

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

La Asociación Argentina de Derecho Internacional agradece a:
SECyT/UNC
Nuevo Banco del Suquía
Manuel Augusto Ferrer
Guillermo Colledge
por su generosa contribución para esta publicación.

ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO INTERNACIONAL

XIV

2005

CÓRDOBA - REPÚBLICA ARGENTINA

I.S.B.N. N° 987-21743-X-X



© Asociación Argentina de Derecho Internacional
Queda hecho el depósito que prevé la Ley 11.723
Impreso en Argentina - Printed in Argentina

DIRECTOR HONORARIO

Ernesto J. Rey Caro

DIRECTORA (Interina)

Zlata Drnas de Clément

CONSEJO DE REDACCIÓN

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

Dirección, redacción y correspondencia:

Casilla de Correo N° 5 Agencia N° 21
5014 - Córdoba - CB4
República Argentina

Los trabajos publicados expresan las opiniones personales de sus autores. La Dirección al igual que la ADDI, no se identifica con ellas.

AUTORIDADES DE LA ASOCIACIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

	2003-2005	2005-2007
Presidente:	Amalia Uriondo de Martinoli	Armando Daniel Abruza
Vicepresidente:	Armando Abruza	María Elsa Uzal
Secretario:	Luis Cruz Pereyra	Luis Cruz Pereyra
Prosecretario:	Carlos Echegaray de Maussion	Carlos Echegaray de Maussion
Tesorero:	Jorge A. Giner	Jorge Stähli
Protesorero:	Carlos Bernardo Guastavino	Carlos Bernardo Guastavino
Consejeros:	Victor Bazán María Susana Najurieta Roberto Vicario Jorge Stähli Gualberto Lucas Sosa Ariel Ricardo Mansi	Ernesto Rey Caro Anunciada Lattuca Luciana Díaz Beatriz Pallarés Alejandro Menicocci Analía Consolo Amalia Uriondo de Martinoli

SECCIÓN DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Director	Zlata Drnas de Clément	Arturo Pagliari
----------	------------------------	-----------------

SECCIÓN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Director	María Elsa Uzal	Roberto Vicario
----------	-----------------	-----------------

SECCIÓN RELACIONES INTERNACIONALES

Director	Liliana Elisabet Bertoni	Ariel Mansi
----------	--------------------------	-------------

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

SECCIÓN DERECHO DE LA INTEGRACIÓN

Director

Veronica Zamzem

Veronica Zamzem

SECCIÓN DOCUMENTACIÓN, METODOLOGÍA DE LA
ENSEÑANZA DEL DERECHO INTERNACIONAL

Director

Jorge Paladino

Jorge Paladino

SECCIÓN DERECHOS HUMANOS

Director

Luciana Díaz de García

Victor Bazán

ÍNDICE GENERAL

DOCTRINA

COMPRESIÓN JUSFILOSÓFICA DE LAS CARACTERÍSTICAS DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y EL CONSENTIMIENTO EN LA COMUNIDAD INTERNACIONAL ACTUAL Por Miguel Ciuro Caldani	17
CRIMEN DE AGRESIÓN, CRIMEN SIN CASTIGO Por Antonio Remiro Brótons	33
LA COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL Y EL ORDEN PÚBLICO EN LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA Por Amalia Uriondo de Martinoli	69
TRATA DE PERSONAS: UN TEMA EMERGENTE EN LA RELACIÓN BILATERAL CON LOS ESTADOS UNIDOS Por Mario J. A. Oyarzábal	95
SENTENCIA: PALAU LITIGAN y PULAU SIPADAN (C.I.J./2002) Por José María Sabat	153
LEGISLACIÓN	
CONVENIOS INTERNACIONALES APROBADOS POR LA REPÚBLICA ARGENTINA	
Período 01-08-2004 al 31-07-2005	167
Por María Alejandra Sticca	167

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

JURISPRUDENCIA

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina

Lariz Iriondo, Jesús María s/ solicitud de extradición (L. 845. XL) 173

RECENSIONES

- ABELLÁN HONRUBIA, Victoria, et al., "Pacis Artes" . Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos, Tomos I y II, Universidad Autónoma de Madrid, 2005, 2.100 pp. 231
- ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA – INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y DERECHO DE LA INTEGRACIÓN. CUADERNO DE DERECHO INTERNACIONAL NÚMERO I, DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DE LOS LAUDOS ARBITRALES DEL MERCOSUR, Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración, Córdoba, 2004, 163 pp. 234
- ALDECOA LUZÁRRAGA Francisco, Tratado por el que se establece una Constitución para la Unión Europea, Madrid, 2004, 316 pp. 236
- ALONSO GARCÍA, Ricardo; SARMIENTO, Daniel; La Constitución Europea – Texto, Antecedentes y Explicaciones, 2005, 1.038 pp. 238
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio Globalización y Orden Internacional, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2005, 76 pp. 239
- DEL CASTILLO, Lilian El Régimen Jurídico del Río de la Plata y su Frente Marítimo, Buenos Aires, 2005, 688 pp. 241
- DREYZIN DE KLOR, Adriana - SARACHO CORNET, Teresita -Trámites Judiciales Internacionales, Buenos Aires, 2005, 582 pp. 243
- DRNAS DE CLÉMENT, ZLATA, Comercio y Ambiente. Las Restricciones No Arancelarias como instrumento de preservación ambiental en el Mercosur, Córdoba, 2005, 289 pp. 246
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, CARLOS, Derecho Internacional Público, Madrid (España), 2003, 250 pp. 248
- FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER. Comisión Parlamentaria Conjunta del MERCOSUR (Editores) Hacia el Parlamento del Mercosur, Konrad Adenauer-Stiftung, Programa Estado de Derecho para Sudamérica, Comisión Parlamentaria Conjunta del MERCOSUR, Montevideo, 2004, 252 pp. 250
- GARCÍA ELORRIO, Aurelio, Agotamiento de los Recursos Internos en los Crímenes Contra la Infancia, Córdoba, 2004, 163 pp. 251
- GARCÍA SEGURA, Caterina y RODRIGO HERNÁNDEZ, Ángel J., El imperio inviable, El orden internacional tras el conflicto de Irak, Madrid 2004, 278 pp. 252
- HERRERO DE LA FUENTE, Alberto. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Una perspectiva pluridisciplinar, Cuadernos del Instituto Rei Alfonso Enriques de Cooperación Transfronteriza, N° 2. Zamora, España, 2003, 267 pp. 255

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

INTEGRACIÓN Y COOPERACIÓN ATLÁNTICO-PACÍFICO, Vol. II. Cátedra Internacional Andrés Bello/ Argentina (Organizadora), Rosario, Argentina, 2004, 448 pp.	258
KISS, Alexandre y otros, La gestion des déchets dans les iles au regard du droit communautaire, Funchal – Madeira, Conceil Européen du Droit de l’Environnement, Valladolid, 2004, 113 pp. en francés.	260
MANGAS MARTÍN, Araceli, La Constitución Europea, Madrid, 2005, 329 pp.	261
MOLINARI, Ángel Ernesto, La Argentina en la Antártida, 100 años de presencia permanente e ininterrumpida. Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, Buenos Aires, 2005, 194 pp.	263
PÉREZ TREMPES, Pablo, Integración Política y Constitución, Corporación Editora Nacional , Quito, 2004, 340 pp.	264
PEROTTI, Alejandro D., Habilitación constitucional para la integración comunitario-Estudio sobre los Estados del Mercosur, Montevideo, 2004, II tomos, 1035 pp.	268
PUEYO LOSA, Jorge (Director), Constitución y ampliación de la Unión Europea: crisis y nuevos retos, Cátedra Albertino de Figueiredo de Pensamiento Económico y Social, Fundación Galicia Europa, Sociedade de estudos internacionais de Galicia, Santiago de Compostela, 2004, 321 pp.	269
REVISTA ARGENTINA DE DERECHO MILITAR Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO, Número 2, Nueva Serie, 2004, 160 pp.	271
REVISTA DEL INSTITUTO DE ESTUDIOS INTERNACIONALES DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE, Dr. Francisco Orrego Vicuña (Director), Año XXXVIII, N° 148, Enero-Marzo, 2005, 113 pp.	275
ROZO ACUÑA, Eduardo, Profili Di Diritto Ambientale da Rio de Janeiro a Johannesburg. Saggi di Diritto Internazionale, Pubblico Comparato, Penale Ed Amministrativo, G. Giappichelli Editores, Torino, 2004, 351 pp. en italiano y castellano.	281
CRÓNICAS	
XVIII CONGRESO ORDINARIO DE LA AADI Conclusiones.	
Recomendaciones	287
Sección Derecho Internacional Publico	287
Sección de Derecho Internacional Privado	289
Sección Derecho de la Integración	293
Sección Relaciones Internacionales	294
Sección de Metodología	295
Sección de Derechos Humanos	296

DOCTRINA

COMPRENSIÓN JUSFILOSÓFICA DE LAS
CARACTERÍSTICAS DE LOS TRATADOS
INTERNACIONALES Y EL CONSENTIMIENTO
EN LA COMUNIDAD INTERNACIONAL ACTUAL*

Miguel Angel Ciuro Caldani**

I. IDEAS BÁSICAS

1. Múltiples factores, entre los que cabe señalar, por ejemplo, la expansión de la economía, tienden a producir hoy un fenómeno de globalización/marginación en el que parece estar formándose cierta estatalidad mundial en etapa "hobbesiana" de concentración del poder¹. En el proceso

(*) Bases de la comunicación presentada por el autor al XXIII Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano-Filipino de Derecho Internacional con el mismo título.

Puede v. la Ponencia. "Creación del Derecho internacional en una sociedad global: importa todavía el consentimiento?". Ponente: Dr. Francisco Orrego Vicuña.

En relación con el tema es posible c. por ej. Monografías.com, Soberanía y Derecho Internacional, Pablo Fernández de Castro, <http://www.monografias.com/trabajos/sobeydcho/sobeydcho.shtml> (28-8-2004).

(**) Miembro del IHLADI. Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario e investigador del CONICET (Argentina).

¹ Es posible v. nuestro artículo "El derecho internacional ante una posible 'preconstitucionalidad' mundial", en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, año 10, t. II, págs. 859/875; también "Análisis cultural de la internacionalidad, la globalización y la integración", en Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, N° 24, págs. 41/56; "Comprensión de la globalización desde la Filosofía Jurídica", en Investigación y Docencia, N° 27, págs. 9 y ss.; "Europa ante los retos de la multiculturalidad y la globalización", en Investigación ... cit., N° 32, págs. 9/14. Pueden v. por ej., en posicio-

de formación del Estado moderno-nacional, luego de que el espacio estatal encontrara la defensa de su consolidación interna en el pensamiento de

nes a veces discrepantes, REMIRO BROTONS, Antonio, "Universalismo, multilateralismo, regionalismo y unilateralismo en el nuevo orden internacional", en *Revista Española de Derecho Internacional*, LI, 1, págs. 11 y ss.; TOUSCOZ, Jean, "Mondialisation et sécurité économique internationale", en *Revue Générale de Droit International Public*, t. 102, págs. 623 y ss.; STIGLITZ, Joseph E., *El malestar en la globalización*, trad. Carlos Rodríguez Braun, 6ª. reimp., Bs. As., Taurus, 2002; SAMPEDRO, José Luis, *El mercado y la globalización*, Barcelona, Destino, 2002; GIBNEY, Matthew J. (ed.), *La globalización de los derechos humanos*, trad. Helena Recassens Pons, Barcelona, Crítica, 2003; FORO INTERNACIONAL SOBRE GLOBALIZACIÓN, *Alternativas a la globalización económica. Un mundo mejor es posible*, trad. Roc Filella Escolá, Barcelona, Gedisa, 2003; ALTVATER, Elmar – MAHNKOPF, Birgit *Las limitaciones de la globalización. Economía, ecología y política de la globalización*, trad. Claudia Cabrera Luna, México, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades de la UNAM, Siglo XXI, 2002; TRIGEAUD, Jean-Marc, "Multiculturalisme et 'droits premiers'", en *Filosofía Oggi*, año XXVI, N. 102, F. II, págs. 135 y ss.; DEHESA, Guillermo de la, *Globalización, desigualdad y pobreza*, Madrid, Alianza 2003; *Le Débat Stratégique N°58 — Septembre 2001, L'hégémonie américaine après le 11 Septembre*, par Saida Bédar, <http://www.ehess.fr/centres/cirpes/ds/ds58/hegemo.html> (27-7-2004); cabe c. por ej. la tarea del Centre de recherche sur la mondialisation, <http://www.globalresearch.ca/articles/LAD205A.html> (30-8-2004); El Desafío ético de la globalización, Zygmunt Bauman, <http://www.ugt.es/globalizacion/bauman.htm> (30/8/2004). La globalización actual está claramente perfilada ya, v. gr., en K. Marx & F. Engels, *Manifiesto del Partido Comunista (1848)*, <http://www.marxists.org/espanol/m-e/1840s/48-manif.htm> (31-1-2005), antecedentes de este enfoque pueden v. en Karl Marx y Friedrich Engels, *Biblioteca de Autores Socialistas, Manuscritos económicos y filosóficos de 1844*, Karl Marx, <http://publicaciones.ua.es/LibrosPDF/0214-8676-24/06.pdf> (31-1-2005). En cuanto a la Filosofía del Derecho Internacional Público, pueden v. por ej. PUIG, Juan Carlos, *Derecho de la Comunidad Internacional*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1974; *Biblioteca Jurídica Virtual, Filosofía del Derecho Internacional*, Basave Fernández del Valle, Agustín, <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=27> (31-1-2005); *Filosofía, La paz perpetua*, Por Immanuel Kant, Traducción Susana Aguiar, <http://www.enfocarte.com/3.21/filosofia2.html> (31-1-2005); *Revista de Retórica y Teoría de la Comunicación*, Año III n° 5, *Del cosmopolitismo a la globalización: Kant y la paz perpetua*, Roberto Augusto Míguez, <http://www.asociacion-logo.org/downloads/05-RobertoAMiguez.pdf> (31-1-2005); Jürgen Habermas, "El dret internacional en la transició cap a una constel·lació postnacional", <http://www.alcoberro.info/habermas1.pdf> (31-1-2005); Roberto Juan Katayama Omura, "Paz Perpetua" y "Guerras Justas": ¿oposición o complementariedad?, http://www.pucp.edu.pe/eventos/congresos/filosofia/programa_general/miercoles/sesion9-10.30/Katayama

Hobbes y la expresión de su afirmación externa en el de Bodin, la misma burguesía, que había contribuido a formarlo, comenzó a “acosar” a los gobiernos monárquicos absolutistas, reclamando la libertad, la democracia e incluso la formación de la “nación”². Las ideas de Locke y de Montesquieu, de Rousseau e incluso de Fichte representan ese proceso de transformación de la realidad que Hobbes y Bodin habían contribuido a teorizar³.

En el campo internacional, al propio tiempo que se formaban los Estados modernos, el legado vital común llevaba a establecer la comunidad juspublicista internacional, teorizada por juristas y teólogos entre los que se encuentran Vitoria y Grocio. En esta comunidad, los tratados internacionales se fueron afirmando progresivamente como fuentes nacidas del consentimiento de esos Estados⁴.

Roberto.pdf (31-1-2004); CICR, Revista Internacional de la Cruz Roja N° 143, pp. 575-588 por Sergio Moratiel Villa, Filosofía del Derecho Internacional: Suárez, Grocio y epígonos, <http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/iwpList163/07435EF044811365C1256DE100556621> (31-1-2005).

² Cabe c. nuestros Estudios de Historia del Derecho, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

³ Pueden c. nuestras Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1991/4.

⁴ Es significativo tener en cuenta los diversos alcances de los tratados internacionales y otras fuentes de la comunidad internacional señalados en la Ponencia.

Pueden v. por ej. MENON, P. K.(Prof.), “The Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations with Special Reference to the Vienna Convention of 1986”, en *Revue de Droit International de Sciences Diplomatiques et Politiques*, año 76, N° 1, págs. 1 y ss.; GUARDIA, Ernesto de la, *Derecho de los Tratados Internacionales*, Bs. As., Abaco, 1997; BIDART CAMPOS, Germán J. (Dr.), “Tratado Internacional”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XXVI, págs. 406 y ss.; HALAJCZUK, Bohdan T. – MOYA DOMÍNGUEZ, María Teresa del R., *Derecho Internacional Público*, 3ª. ed., Bs. As., Ediar, 1999; asimismo c. CVI Modelos 2003, http://www.oajnu.org/modelonu/problemas/DOC_INT.HTM (31-1-2005).

En cuanto a la evolución del Derecho Internacional, cabe c. por ej. MERON, Theodor, “International Law in the Age of Human Rights”, en *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*, t. 301, págs. 9 y ss.; en Internet por ej. arteHistoria, *Evolución del Derecho Internacional*, <http://www.artehistoria.com/frames.htm?http://www.artehistoria.com/historia/contextos/2118.htm> (28-8-2004).

En nuestros días vivimos una nueva era histórica, constituida sobre todo por las posibilidades genéticas respecto de la vida humana, que tiene entre sus importantes exponentes a la globalización/marginación. La posible nueva estatalidad mundial en etapa hobbesiana se manifiesta en la quiebra de cauces juspublicistas internacionales tradicionales, en el avance del reproche penal extranacional (que, sin embargo, excluye a los más poderosos)⁵, en el despliegue del comercio mundial⁶, etc.

En el marco de una situación tan nueva como la de hoy, de cambio tan hondo de las fuentes materiales, parece inevitable y legítimo que se produzcan grandes transformaciones en las fuentes formales, incluso de los tratados, cambios que la Ponencia presenta de manera muy esclarecedora⁷. La tensión permanente entre lo "estatal" ("nacional") y las relaciones entre los "Estados", característica de la "inter-nacionalidad", se manifiesta a favor del primer aspecto (lo estatal) cuando se exige más el consentimiento; en el segundo (la relación) cuando la exigencia se debilita.

Aunque no se comparta su posición, es comprensible que se cuestione en alguna medida el requerimiento del consentimiento de los Estados, por ejemplo por quienes quieren impulsar la intensificación de las relaciones

⁵ Cabe c. nuestro comentario "Pronunciamientos judiciales en un tiempo de hondo cambio histórico", en *Jurisprudencia Argentina*, Lexis Nexis, 1/12/2004, págs. 65/8 (t. IV).

⁶ Pueden v. nuestros artículos "La Organización Mundial del Comercio y la norma hipotética fundamental en nuestro tiempo", en "Investigación ..." cit., N° 29, págs. 37 y ss.; "Comprensión jusfilosófica del Derecho del Comercio Internacional y de su proyección en la cultura de nuestro tiempo", en *Investigación ... cit.* N° 28, págs. 9 y ss.

⁷ Es posible v. ROBERTS, Anthea Elizabeth, "Traditional and Modern Approaches to Customary International Law. A Reconciliation", en *American Journal of International Law*, 95, 4, págs. 757 y ss. En cuanto a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, cabe c. <http://www.derechos.org/nizkor/ley/viena.html> (31-1-2005). Los considerandos de la Convención dicen: "Advirtiéndose que los principios del libre consentimiento y de la buena fe y la norma "pacta sunt servanda" están universalmente reconocidos". El texto de la Convención establece: "9. Adopción del texto. 1. La adopción del texto de un tratado se efectuará por consentimiento de todos los Estados participantes en su elaboración, salvo lo dispuesto en el párrafo 2. / 2. La adopción del texto de un tratado en una conferencia internacional se efectuará por mayoría de dos tercios de los Estados presentes y votantes, a menos que esos Estados decidan por igual mayoría aplicar una regla diferente".

internacionales⁸. Es más: a veces se llega al abandono de los cauces de tratados para resolver como cuestiones privadas asuntos que hacen a la vida pública estatal, según ha sucedido al fin con la "deuda pública" argentina⁹.

Parece relevante considerar, según se propone en el tema, cuáles son los significados jurídicos y sobre todo los rasgos de legitimidad de las soluciones que sostienen más o menos el consentimiento. Nos referimos al consentimiento en el marco de la internacionalidad y su evolución, no al espacio de los procesos de integración, en los que puede ser más fácilmente superado sin ser negado. Tampoco pasamos por alto que es necesario compatibilizar la fuerza de los tratados con la planificación y las costumbres internacionales¹⁰. Aunque no creemos en valoraciones aprioristas, en principio nos decidimos por la defensa del consentimiento estatal.

2. Los significados jurídicos pueden apreciarse mejor cuando se analizan como lo propone, desde la gran corriente integrativista y en el marco de la concepción tridimensional, la teoría trialista del mundo jurídico, fundada por Werner Goldschmidt¹¹. Según el "trialismo", el mundo jurídico

⁸ En relación con los tratados y el consentimiento en su elaboración puede v. por ej. CARREAU, Dominique, "Traité international", en Répertoire de Droit International, París, Dalloz, t. III, 1998; DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, Instituciones de Derecho Internacional Público, 12ª. ed., Madrid, Tecnos, 1999, págs. 157 y ss.; asimismo cabe c. CARRILLO SALCEDO, Juan. Antonio, Curso de Derecho Internacional Público, Madrid, Tecnos, 1991, págs. 103 y ss.

⁹ Es posible v. nuestro artículo "El contrato de deuda externa estatal y sus características administrativas", en Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, 16, págs. 303/11.

¹⁰ Existe alguna semejanza con lo que ocurre en la vinculación de los contratos con las leyes en sentido amplio y con las costumbres; en cuanto a la semejanza y las diferencias cabe c., v. gr., El consentimiento como base en la formación de la regla internacional, http://www.robertexto.com/archivo6/der_inter6.htm (31-1-2005).

¹¹ Pueden v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, Introducción filosófica al Derecho, 6ª. ed., 5ª. reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, Derecho y política, Bs. As., Depalma, 1976; Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

debe construirse como un conjunto de repartos captados por normas y valorados (los repartos y las normas) por la justicia. Los repartos son adjudicaciones de "potencia" e "impotencia" (lo que favorece o perjudica al ser y en especial a la vida) producidas por la conducta de seres humanos determinables.

También es importante aprovechar las perspectivas de la teoría de las respuestas jurídicas, apreciando los alcances de éstas, su dinámica y las situaciones en que se presentan entre sí ¹².

II. EL ANÁLISIS TRIALISTA

a) Dimensión sociológica

3. En la dimensión jurídico-sociológica, vale tener en cuenta las perspectivas de los elementos de los repartos: repartidores (conductores), beneficiarios, objetos, forma¹³ y razones (móviles, razones alegadas y razones sociales)¹⁴. Si se requiere más el consentimiento, avanza el papel repartidor (conductor) de los gobernantes nacionales y sus electores; en tanto, cuando disminuye esa exigencia, se desarrolla el rol de la conducción internacional, quizás más específicamente de la conducción globalizada.

Un aspecto de gran significación para la adopción de las decisiones repartidoras es el reconocimiento de quiénes son beneficiarios, sean gravados (receptores de impotencias) o beneficiados (receptores de potencias). A veces el resguardo del consentimiento brinda espacio y protege a Estados débiles, en otros casos lo hace con Estados fuertes; en algunos supuestos es el debilitamiento del consentimiento el que da ámbito a mayorías de Esta-

¹² Pueden v. nuestros "Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas", Rosario, Consejo de Investigaciones de la UNR, 1976 (2ª. ed. en "Investigación ..." cit., N° 37, págs. 85/140).

¹³ La forma es el camino previo elegido para llegar al reparto.

¹⁴ En cuanto a razones en general, conviene distinguir los móviles, las razones alegadas y las razones sociales que atribuye la comunidad cuando considera que el reparto es valioso. Cuando el reparto es razonable, tiende a ser ejemplar.

dos débiles y en otros casos lo brinda a Estados fuertes. Los Estados fuertes por lo general imponen su voluntad, más allá del consentimiento formal.

Si se atenúa la exigencia del consentimiento, gana espacio el reparto autoritario, desenvuelto por imposición, con su valor poder; si se mantiene el requisito respectivo, avanza el reparto autónomo, surgido del acuerdo de los interesados, con su valor cooperación. En el primer caso, avanza la planificación "gubernamental" global que, como toda planificación gubernamental, indica quiénes son los supremos repartidores y cuáles son los criterios supremos de reparto y cuando está en marcha realiza el valor previsibilidad; en el segundo, se depende más de la ejemplaridad, es decir, del modelo y el seguimiento sobre bases de razonabilidad, que satisface el valor solidaridad.

La autoridad y la autonomía, la planificación y la ejemplaridad pueden referirse a los repartidores, los beneficiarios, el objeto, la forma y las razones. Las cuatro pueden relacionarse con todos los elementos de los repartos de modo que es posible que en unos elementos haya autonomía y en otros autoridad; en unos planificación y en otros ejemplaridad. Por ejemplo: la autonomía puede consistir en el acuerdo en cuanto a quiénes reparten, a quiénes reciben, a qué se adjudica, al camino previo, a los móviles, las razones alegadas o las razones sociales. Muchas veces la autonomía del consentimiento de los Estados se remite al acuerdo por la necesidad de los objetos, aunque en realidad el resto del reparto es autoritario.

La forma de los repartos puede tener más o menos proximidad con el paradigma autoritario o autónomo respectivo: es posible alcanzar el reparto autoritario por la mera imposición, que le es más afín, o por el proceso, que a través de la audiencia se acerca relativamente a la autonomía; el reparto autónomo puede lograrse por la negociación, que por la audiencia le es más afín, o por la adhesión, que se aproxima a la autoridad. Si el consentimiento surge de una mera adhesión, se produce más cercanía con el reparto autoritario; cuando el debilitamiento del consentimiento surge luego de un proceso, se tiene más proximidad con el reparto autónomo. El mundo actual es especialmente autoritario porque los nuevos repartidores supremos de la estatalidad mundial obran por mera imposición.

La atenuación del consentimiento tiende a formar un solo régimen mundial más simple, con el progreso de su valor orden; la afirmación del consentimiento consolida los regímenes estatales, pero produce cierto desorden (anarquía) en el campo externo, con el "disvalor" propio de la arbitrariedad. La afirmación del consentimiento corresponde al fin a un mundo más complejo. De cierto modo, el régimen mundial tiene en los hechos características "imperiales".

La gran mutación histórica que vivimos, en nuestro caso en especial en cuanto al debilitamiento de la exigencia de consentimiento, produce una "revolución", en la que como tal cambian los supremos conductores y los supremos criterios de conducción. Como toda revolución, suscita a su vez cierta anarquía y alguna arbitrariedad.

Un interrogante también significativo, relacionado con los límites necesarios que la naturaleza de las cosas impone a los repartos, es el que se refiere a la posibilidad de defender el consentimiento en tiempos en que las fuerzas y las relaciones de producción se planetarizan y la "constitución material" del mundo parece encaminarse a la globalización/marginación¹⁵. En todo caso importa señalar que normalmente las mayorías sólo pueden imponerse a los débiles.

De cierto modo, el afianzamiento y el debilitamiento del consentimiento estatal son afines respectivamente a los viejos modelos del pactismo y el organicismo en la comprensión del gobierno y la sociedad.

b) Dimensión normológica

4. En la dimensión jurídico-normológica, resulta importante reconocer, por ejemplo, que los tratados son a veces meras fuentes "espectáculo" que, bajo la máscara de autonomía, ocultan repartos autoritarios.

¹⁵ Cabe recordar: LASSALLE, Fernando, *¿Qué es una constitución?*, trad. W. Roces, Bs. As., Siglo Veinte, 1957.

Desde el punto de vista del funcionamiento de las normas, la opción entre el afianzamiento y el debilitamiento del consentimiento de los Estados puede entenderse como la necesidad de ponderación de los respectivos principios de autodeterminación y relacionamiento estatales.

La atenuación de la exigencia del consentimiento debilita el concepto tradicional de soberanía.

El debilitamiento del requisito de consentimiento tiende a colocar la norma hipotética fundamental en el ordenamiento mundial, en tanto cuando se lo exige la norma hipotética es más propia del despliegue estatal.

El normativismo en la construcción del objeto jurídico puede ocultar con especial frecuencia las graves tensiones fácticas que se esconden debajo del debilitamiento del consentimiento de los Estados y que las imposiciones sólo tienen éxito frente a los débiles, pero también esas tensiones pueden resultar valiosas según los contenidos de valor que se adopten.

c) Dimensión axiológica

5. 1. En la dimensión jurídico-axiológica ¹⁶, la exigencia del consentimiento parece ser más afín a la justicia, en tanto su debilitamiento resulta una manera más fácil para instrumentar resultados, emparentada con la utilidad.

La atenuación de la exigencia del consentimiento acentúa la referencia a la justicia construida prescindiendo del consenso ("extraconsensual"), edificada sobre una razón ("monológica"), relativa y quizás general con proyección mundial ¹⁷. En cambio, la afirmación de la exigencia de consentimiento se apoya más en la justicia "consensual", "dialogal", absoluta y general local ¹⁸. Uno de los argumentos que quizás puedan utilizarse a fa-

¹⁶ GOLDSCHMIDT indica que debe denominarse dialógica, por la referencia central a la justicia.

¹⁷ Con el sentido juspublicista que siempre tienen los requerimientos de justicia general, en este caso dirigida a lo internacional o lo global.

¹⁸ Con la pertinente remisión juspublicista local.

vor de la atenuación del consentimiento es la "justicia de llegada", en el sentido de que puede esperarse que con el tiempo la mundialización dé resultados más satisfactorios¹⁹. Puede hablarse de un "parto" histórico.

La atenuación del requisito de consentimiento "desfracciona" las consideraciones de justicia internacional y "fracciona" las internas, produciendo con este corte seguridad internacional; la afirmación de esa exigencia desfracciona las consideraciones de justicia interna y fracciona las internacionales, generando seguridad interna.

El presente debate se mueve en el terreno de los criterios generales orientadores, que son necesarios pero pueden resultar superados por valoraciones completas. En definitiva, para juzgar la afianzamiento o debilitamiento del consentimiento estatal habrá que atender a las particularidades de los casos. No es el mismo el significado de una mayoría de pequeños Estados en una conferencia, con miras a poner freno al poder de grandes potencias avasallantes, que el de la simple invocación de una costumbre para imponerse a Estados débiles.

5. 2. Si se admite el principio supremo de justicia propuesto por el trialismo, de adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para desarrollarse plenamente, es decir para convertirse en persona, pueden reconocerse diversos criterios de legitimidad relacionados con los elementos del reparto antes referidos y con el régimen en su conjunto.

En cuanto a la legitimidad de los repartidores y los beneficiarios, el consentimiento de los Estados acerca a la autonomía de los interesados, que en principio resulta preferible a la "antiautonomía" del mero poder e incluso a la aristocracia (superioridad moral, científica y técnica). En realidad, el consentimiento de los Estados pertenece al campo de la "infraautonomía", es decir, al consentimiento de la mayoría interna (que se manifiesta v. gr. en la democracia). En la actualidad no existen cauces mundiales idóneos para que se expresen efectivamente las grandes mayorías

¹⁹ Es posible v. nuestro trabajo "Hacia una comprensión dinámica de la justicia (justicia y progreso)", en *El Derecho*, t. 123, págs. 715 y ss.

planetarias, a menudo marginadas. Sin embargo, en otra perspectiva, a veces la prescindencia del consentimiento de los Estados se fundamenta en la voluntad de la mayoría de éstos, lo que significa otro enfoque de la infraautonomía (y la democracia). También cabe concebir un "consentimiento en etapas", producido por el consentimiento en participar en una conferencia internacional donde se decide por mayoría (tal vez pueda hablarse de una "preautonomía")²⁰.

Parece que el consentimiento de los Estados permite más cauces a la responsabilidad de los supremos repartidores; su debilitamiento conduce en los hechos a la "irresponsabilidad" de los actuales gobernantes del mundo, casi libres de mecanismos de control. Sin embargo, a veces la prescindencia del consentimiento permite efectivizar la responsabilidad de repartidores estatales al fin débiles.

Cuando se resguarda a Estados débiles, muchas veces se invoca la necesidad (el "merecimiento") de los beneficiarios; si se ampara a Estados fuertes suele esgrimirse la conducta conforme a valores de referencia predominantes (el "mérito")²¹. Sin embargo, estas perspectivas no son excluyentes: es más, los Estados débiles encuentran a menudo su "fuerza" axiológica en el cumplimiento de las reglas de conducta y los Estados fuertes hacen valer con frecuencia su mero poder.

En el horizonte del debate acerca del afianzamiento o el debilitamiento del consentimiento de los Estados se encuentran respectivamente, en alguna medida, la fuerza obligatoria del consentimiento y del objeto de los contratos²².

²⁰ Asimismo quizás pueda hacerse referencia a la "postautonomía". Tal vez el ingresar autónomamente a una conferencia permita decir que debajo de los criterios de decisión concretos hay "paraautonomía" en cuanto se acepta que se decida en la forma establecida en la misma.

²¹ Suele invocarse el cumplimiento de las reglas capitalistas, aunque éste no sea siempre estricto.

²² Puede v. nuestro artículo "Meditaciones acerca de las fuentes de las obligaciones", en *El Derecho*, t. 102, págs. 996 y ss.; también cabe v. por ej. nuestras "Lecciones de Filosofía del Derecho Privado (Historia)", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2003.

Con el consentimiento de los Estados gana notorio espacio la legitimidad en cuanto a la forma, ya que en los cauces estatales suelen producirse vías de audiencia interna relativamente generales, aunque sea para la mera aprobación parlamentaria de los tratados. La audiencia en lo internacional es más restringida.

Respecto de las razones que fundamentan los repartos, parece que el discurso hegemónico que puede abrirse camino a través del debilitamiento del consentimiento estatal carece de razonabilidad para la mayoría de la población planetaria. Las razones que alega resultan con frecuencia falsas y se halla desacreditado ante gran parte de la población mundial.

Las legitimidades de los elementos de los repartos se interrelacionan, y la superioridad del consentimiento estatal en cuanto a repartidores, beneficiarios, forma y ciertos despliegues de las razones hace presumir la mayor legitimidad del objeto e incluso del resto de las razones.

Según el principio supremo adoptado, el régimen justo ha de ser humanista, respetando la unicidad, la igualdad y la comunidad de todos los hombres. La unicidad se viabiliza por el liberalismo político, la igualdad lo hace por la democracia y la comunidad se expresa en la "res publica". La diversidad de Estados y el respeto de su consentimiento resultan especialmente afines a la unicidad y al liberalismo político. La actual globalización/marginación está lejos de contar con cauces de libertad y democracia a

En cuanto a los contratos en particular y la magnitud vinculante del consentimiento y del equilibrio de las prestaciones, cabe c. la otra comunicación que enviamos al Congreso "Reflexiones sobre la CIDAC (CIDIP, México, 1994)"; acerca de nuestra posición al respecto, en gran medida también en defensa de las diversidades culturales, es posible v. nuestros "Aportes para la comprensión axiológico-histórica de la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales", en Boletín de la Sección Derecho Internacional Privado de la AADI, N° 5, págs. 27 y ss.; además pueden c. "Significados jusfilosóficos de los contratos", en "Investigación..." cit., N° 10, págs. 33 y ss.; "La autonomía de las partes en el mundo jurídico en general y en la elección del Derecho aplicable", en "Juris", t. 47, págs. 229 y ss. El transcurso de los sucesos históricos ha ido debilitando nuestra confianza en la autonomía como expresión del consentimiento. Consideramos que es valiosa como requisito sine qua non de la obligación (en el tratado y el "contrato"), pero no como determinante exclusivo de la misma. Creemos que en otro sentido su fundamento principal como fuente de las obligaciones puede ser el dejar que fluyan los acontecimientos.

nivel mundial análogos a los caminos que éstas tienen habitualmente en los ámbitos estatales y, en consecuencia, en el consentimiento de los Estados²³. Aunque tal vez no sea posible oponerse con éxito a la globalización, es importante que ésta respete las particularidades de los Estados, constituyéndose en universalización, y que los niveles de libertad y democracia estatales sean resguardados²⁴.

Pese a que no desconocemos la importancia del desarrollo de la internacionalidad, creemos que en general vale la preservación del consentimiento de los Estados. En este consentimiento se protegen niveles de libertad, de democracia y, en suma, de justicia que la globalización/marginación dista de poder brindar²⁵.

III. EL ANÁLISIS DESDE LA TEORÍA DE LAS RESPUESTAS JURÍDICAS

6. En cuanto a la teoría de las respuestas jurídicas, la atenuación de la exigencia de consentimiento produce la "minusmodelación" del desplie-

²³ Respecto de la intervención popular, puede c. VERDROSS, Alfred, con la colaboración de Stephan Verosta y Karl Zemanek, *Derecho Internacional Público*, trad. Antonio Truyol y Serra, 6ª. ed., 2ª. reimp., Madrid, Aguilar, 1980, págs. 128 y ss., esp. págs. 145 y ss. Cabe c. por ej. STEIN, Eric, "International Integration and Democracy: No Love at First Sight", en *American Journal ... cit.*, 95, 3, págs. 489 y ss.

²⁴ Es posible v. nuestro estudio *El Derecho Universal*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2002. La universalización es un requisito del respeto a la complejidad, uno de los grandes desafíos de nuestro tiempo (cabe v. por ej. BOCCHI, Gianluca - CERUTI, Mauro, *La sfida della complessità*, traducciones de Gianuca Bocchi y Maria Maddalena Rocci, 10ª. ed., Milán, Feltrinelli, 1997; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "El trialismo, filosofía jurídica de la complejidad pura", en *El Derecho*, t. 126, págs. 884 y ss.; *El Derecho como complejidad de "saberes" diversos*, Dra. María Isolina Dabove, http://www.derecho-azul.org.ar/filosofia/documentos/16_Dabove%20Marilina.doc (1-2-2005); *Integrativismo Trialista*, <http://www.conferencias.org.ar/ocs/index.php?cf=1> -1-2-2005-; además, en cuanto al pensamiento complejo desde diversas posiciones puede v., por ej., MORIN, Edgar, "La méthode", du Seuil; *La Sociología de la complejidad* de Niklas Luhmann, <http://www.conocimientoy sociedad.com/sociocompleja.html> -1-2-2005-).

²⁵ En cuanto a los valores del Derecho Internacional, cabe c. por ej. BOUTROS-GALHI, Boutros, "Le droit international à la recherche de ses valeurs: paix, développement, démocratisation", en "Recueil ..." cit., t. 286, págs. 9 y ss.

que estatal y la "plusmodelación" de los desenvolvimientos internacionales o globales; a la inversa, la afirmación de ese requerimiento es relativa "minusmodelación" de lo internacional o global y "plusmodelación" de los despliegues internos. A veces, el consentimiento de los Estados es debilitado, en los hechos, por las presiones externas, generándose un "vaciamiento" de la estatalidad y una "sobreactuación" de la internacionalidad o la globalización. Cuando la pretensión de limitar el consentimiento se produce respecto de grandes potencias, la "plusmodelación" internacional o global es sólo conceptual y en consecuencia "inflacionaria".

En nuestros días hay en general, en consecuencia, una fuerte "plusmodelación", al menos fáctica pero incluso conceptual, del despliegue internacional y una consiguiente "minusmodelación" de lo estatal. Se producen el "vaciamiento" de la estatalidad y la "sobreactuación" de la internacionalidad o la globalización, pero además hay cierta "inflación" de la vocación de control sobre los grandes poderes.

En la perspectivas de las relaciones entre respuestas, en el debilitamiento del consentimiento la internacionalidad o la globalización dominan a lo estatal, en tanto en la afirmación hay cierta "coexistencia" de lo interno y lo internacional o global o lo interno domina a lo internacional o global²⁶.

IV. REFLEXIÓN FINAL

7. El Ponente, doctor Francisco Orrego Vicuña, dice "en tanto seamos capaces de distinguir el derecho de lo que es mero papel el peligro se encontrará bajo control"²⁷. Cabe expresar, asimismo, que en tanto seamos capaces de distinguir los significados complejos del Derecho y de la exi-

²⁶ La coexistencia de respuestas independientes, la dominación, la integración, la desintegración e incluso el aislamiento pueden reconocerse según cuál o cuáles respuestas califican, cómo se establecen los alcances de las cuestiones, si se admite el fraude, si una respuesta puede enviar a otra y si hay posibilidad de rechazo (es posible v. nuestros "Aportes ..." cits., págs. 59 y ss.).

²⁷ Ponencia cit., pág. 15.

gencia o la atenuación del consentimiento de los Estados, el peligro de la globalización/marginación estará bajo relativo control. Creemos que la mundialización es en gran medida un hecho, quizás irreversible, pero la universalización superadora de la globalización/marginación es un deber.

CRIMEN DE AGRESIÓN, CRIMEN SIN CASTIGO*

Antonio Remiro Brotóns * *

PLANTEAMIENTO

1. "Iniciar una guerra de agresión", declaró el Tribunal Militar Internacional de Núremberg en 1946 "no es sólo un crimen internacional; es el crimen internacional supremo, que difiere de los demás crímenes de guerra en que contiene en sí mismo el mal acumulado de todos ellos"¹.

Siendo así, es muy natural que cuando más de medio siglo después ha sido posible, por fin, abrir a la firma el Estatuto de una Corte Penal Internacional con competencia sobre "los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto"², el crimen de agresión haya sido uno de ellos³.

Sin embargo, a diferencia de los otros crímenes (genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra)⁴ sobre los que puede ejercer la

* Este artículo, bajo el título "Agresión, Crimen de Agresión, Crimen sin Castigo", apareció en versión electrónica como "documento de trabajo" de FRIDE (<http://www.fride.org>).

** Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad Autónoma de Madrid.

¹ Sentencia de 30 de septiembre/1 de octubre de 1946. Puede leerse en *American Journal of International Law*, vol. 41, 1947, pp. 172 ss., en p. 186.

² Estatuto de la CPI (Roma, 18 de julio de 1998), Preámbulo, párrafo noveno, y artículo 5.1.

³ Estatuto de la CPI, artículo 5.1, d.

⁴ Estatuto de la CPI, artículo 5.1, a, b y c, 6, 7 y 8.

Corte su competencia desde la entrada en vigor del Estatuto (el 1 de julio de 2002)⁵, el ejercicio de competencia sobre el crimen de agresión queda en suspenso mientras no se apruebe “una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará...(de manera) compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas”⁶.

Eso no ocurrirá mañana y, tal vez, no ocurra jamás. Los artículos 121 y 123 del Estatuto, rectores de su enmienda y revisión, son en sí mismos muy exigentes. En su virtud, transcurridos siete años desde la entrada en vigor del Estatuto, esto es, a partir del 1 de julio de 2009, el Secretario General de las Naciones Unidas convocará una conferencia de Estados partes; en ella, las propuestas sobre el crimen de agresión deberán contar, a falta de consenso, con dos tercios de votos favorables. Las propuestas aprobadas entrarán en vigor un año después de que siete octavos de los Estados partes hayan depositado sus instrumentos de ratificación o de adhesión y sólo entre ellos.

El lector inocente podría sorprenderse de que a pesar del tiempo transcurrido de Nüremberg a nuestros días lo único que los autores del Estatuto de la Corte Penal han sido capaces de codificar es el punto muerto⁷. Más aún teniendo en cuenta que desde 1974 se contaba con una definición de la agresión adoptada por consenso por la Asamblea General de Naciones Unidas, después de veinte años de trabajos⁸, definición que la Comisión de Derecho Internacional entendió que podía ofrecer una guía cuando en 1994 aprobó un proyecto de Estatuto de Corte Penal Internacional⁹.

⁵ De conformidad con lo previsto en el artículo 126.1 del Estatuto.

⁶ Estatuto de la CPI, artículo 5.2.

⁷ La expresión es de S. A. FERNÁNDEZ DE GURMENDI, coordinadora del grupo de trabajo sobre Agresión de la Comisión Preparatoria de la CPI, “An Insider’s View”, en M. POLITI y G. NESI (eds.), *The International Criminal Court and the Crime of Aggression*, Aldershot, 2004, p. 176.

⁸ Res. 3314 (XXIX) de 14 de diciembre de 1974.

⁹ Draft ILC Statute, U.N. GAOR, 49th Sess., Suppl. N° 10, p. 72, para. 6, (Doc. A/49/10, 1994).

Según una extendida opinión, el principal motivo desencadenante de la situación actual tiene que ver con el profundo desacuerdo sobre el papel del Consejo de Seguridad en la persecución del crimen de agresión. De no ser por eso el debate y negociación de la definición (y elementos) del crimen y de las condiciones de ejercicio de la competencia podrían haber prosperado en un plazo razonable.

De ahí que, desdeñando ahora la consideración de las dificultades técnicas de regulación e, incluso, las atractivas posibilidades de análisis de la agresión como un crimen de líderes, o su eventual comisión por responsables de sujetos (o actores) no estatales, el objeto de este trabajo se centre en el extraordinario papel preclusivo de la acción judicial que se quiere atribuir al Consejo de Seguridad y, para ser más exactos, a cada uno de sus miembros permanentes, a partir de una deliberada e interesada confusión de los distintos planos en que puede analizarse la agresión.

El examen es oportuno, una vez que en fechas recientes hemos vivido hechos sugerentes de que la agresión no es ajena a las prácticas de países que se estiman democráticos, prácticas que podrían recrearse si, en lugar de ser censuradas, se soportan con resignación e, incluso, reciben el reconocimiento público a través de la red de palmeros globalizados sostenida por las filantrópicas fundaciones que se proponen construir a sangre y fuego un futuro mejor para nosotros. Llama la atención que ni los sabios designados por el Secretario General de la ONU ni el propio Secretario General al acrisolar su informe, hayan mencionado siquiera esta cuestión. En efecto, el informe del Grupo de Alto Nivel sobre "las amenazas, los desafíos y el cambio" no menciona ni una sola vez la palabra "agresión" en sus más de cien páginas¹⁰. En el informe del Secretario General esa voz aparece una sola vez y en un contexto diferente¹¹.

2. El hecho de que la agresión pueda desencadenar una acción para el restablecimiento de la paz, la exigencia de la responsabilidad del Estado agresor y la persecución penal de los individuos que lo representan plantea

¹⁰ Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos, A/59/565, 2 de diciembre de 2004.

problemas en la determinación de las competencias de los órganos e instituciones llamadas a pronunciarse y en las relaciones que han de guardar entre sí:

1) la acción para el restablecimiento de la paz es, desde luego, competencia del Consejo de Seguridad y, en su defecto, de la Asamblea General de las Naciones Unidas;

2) la competencia del Consejo para fijar las consecuencias de la agresión en el plano de la responsabilidad internacional del Estado culpable es, por lo menos, dudosa y, en todo caso, concurrente con la de otros órganos, en particular los judiciales, con legitimación para intervenir en la solución de diferencias interestatales;

3) esa competencia no se predica en ningún caso, tratándose de órganos políticos, cuando se plantea el enjuiciamiento de los agentes del Estado a los que acusa del crimen de agresión, misión que corresponde a los tribunales (que sí podrían establecerse mediante resolución del Consejo);

4) en los casos en que intervienen los jueces, sea en el plano de la responsabilidad internacional del Estado, sea en la penal individual de sus agentes, ¿están y, si lo están, hasta qué punto, condicionados por las calificaciones del Consejo de Seguridad?;

5) los dos planos de la responsabilidad, la internacional del Estado y la criminal de sus agentes, aunque muy relacionados entre sí, son autónomos. Lo pone de manifiesto el Estatuto de la Corte Penal Internacional cuando advierte 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 al Derecho Internacional”¹² y lo confirma el Proyecto sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobado por

¹¹ K. ANNAN, Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos, A/59/2005, 31 de marzo de 2005, para. 19.

¹² Estatuto de la CPI, artículo 25.4

la Comisión de Derecho Internacional (2001) cuando puntualiza que sus 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 de un Estado”¹³.

EL NUDO DE LA AGRESIÓN

3. La agresión –el acto de agresión- es uno de los tipos, el más grave y, aparentemente, el más preciso dentro de la variedad de sus manifestaciones, a los que hace referencia el artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas¹⁴ para, a partir de ellos, articular los formidables medios que el Capítulo VII pone en manos del Consejo de Seguridad para responder a su responsabilidad de mantener la paz y la seguridad internacionales¹⁵. Se trata de una responsabilidad primordial, no exclusiva, porque también la Asamblea General puede, según la Carta, discutir y hacer recomendaciones sobre toda cuestión relativa al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales¹⁶, pero en todo caso, como advirtió la Corte Internacional de Justicia: “It is only the Security Council which can require enforcement by coercive action against an aggressor”¹⁷.

¹³ Proyecto..., artículo 58. El texto del proyecto y los comentarios que acompañan a los artículos ha sido publicado con una introducción por el último de los ponentes de la Comisión de Derecho Internacional, James CRAWFORD, *The ILC's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge U. Press, 2004. En España ha sido publicado por Dykinson: *Los artículos de la CDI sobre la Responsabilidad Internacional del Estado. Introducción, Texto y Comentarios*, Madrid, 2005 (Introducción y Apéndices han sido traducidos por Luis Fonseca bajo la supervisión de Carlos Espósito). Un examen muy reciente del Proyecto de Artículos se debe a C. GUTIÉRREZ ESPADA, *El hecho ilícito internacional*, Cuadernos Internacionales de la UAM 5, Dykinson, Madrid, 2005.

¹⁴ Dispone el Artículo 39 de la Carta que “El Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá qué medidas serán tomadas de conformidad con los artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales” (énfasis añadido).

¹⁵ Artículo 24.1 de la Carta

¹⁶ Artículos 10, 11, 12 y 14 de la Carta.

¹⁷ Véase opinión consultiva de 20 de julio de 1962 sobre Ciertos gastos de las Naciones Unidas (artículo 17.2 de la Carta), CIJ Reports, 1962, p. 163.

En la práctica, sin embargo, el Consejo de Seguridad ha sido reacio a calificar como agresión situaciones que aparentaban serlo, prefiriendo cultivar la ambigüedad¹⁸. Ya en la guerra de Corea (1950) el Consejo de Seguridad (resolución 82-V) fijó su listón en otro de los tipos mencionados en el artículo 39 de la Carta, el quebrantamiento de la paz, y aún éste ha sido traído a colación en raras ocasiones. Cuando en 1957 se solicitó de los Estados miembros que asistieran al Consejo para “detener la agresión” de Francia y Gran Bretaña a Egipto con ocasión de la crisis desatada por la nacionalización del canal de Suez, los presuntos agresores, miembros permanentes del Consejo, vetaron el proyecto de resolución.

El hecho de que en 1974 la Asamblea General brindase al Consejo una definición de la agresión para iluminar su acción¹⁹, no trajo consigo cambio alguno. Aunque pueden espigarse entre las resoluciones del Consejo

¹⁸ Sobre la práctica del Consejo de Seguridad, especialmente a partir de 1990, véase M. A. CANO, *Las medidas del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en el marco del Capítulo VII de la Carta*, tesis doctoral presentada en la Universidad Juan Carlos I, de Madrid, 2004.

¹⁹ Resolución 3314 (XXIX) de 14 de diciembre de 1974. Define la agresión como “el uso de la fuerza armada por un Estado (o grupo de Estados) contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado (con independencia de su reconocimiento y de su membresía en Naciones Unidas), o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas” (artículo 1), considerando “el primer uso de la fuerza armada por un Estado en contravención de la Carta...prueba, prima facie, de un acto de agresión” (artículo 2) y enumerando, a título ejemplificativo, algunas conductas que podrían caracterizarse así, como la invasión o el ataque armado terrestre, naval o aéreo, incluso contra la flota mercante o civil; el bombardeo del territorio de otro Estado, su ocupación militar, incluso temporal, o su anexión; bloqueo de puertos y costas; la prolongación de la presencia de fuerzas armadas en el territorio de otro Estado, una vez concluido el acuerdo que la justificaba, o su utilización en dicho territorio incumpliendo las condiciones pactadas; la puesta del propio territorio a disposición de otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercero; por último, el envío por un Estado, con su sustancial participación, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que llevan a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado equiparables a los actos mencionados (artículo 3 y 4). Todos ellos tienen que ser, en sí mismos o por sus consecuencias, de “suficiente gravedad”, lo que ha de apreciar el Consejo de Seguridad como la primera de las “circunstancias pertinentes” que le permiten en el caso concreto no calificar como agresión un acto que formalmente lo parece (artículo 2).

algunas que se refieren a la agresión armada o a los actos agresivos de ciertos Estados, la impresión es que aparecen en el texto con una significación retórica, más que legal, pues a menudo se dice en el mismo texto que tales actos son una "amenaza para la paz" internacional²⁰. Así fueron calificados como actos de agresión o actos agresivos una porción de los ejecutados por África del Sur y por Rodesia del Sur contra Estados vecinos²¹, o el raid aéreo efectuado por Israel contra la base de la OLP en Túnez en 1985²². También se suele mencionar la condena por el Consejo de la "agresión armada" perpetrada el 16 de enero de 1977 contra la República Popular de Benin por un grupo de mercenarios²³, pero lo que se pretendió en este caso fue invocar la autoridad del Consejo para respaldar la tesis de que la autoría de la agresión puede ser no estatal, punto muy discutido del que ahora hacemos gracia.

Situaciones aparentemente más graves, como las que protagonizó Iraq con Irán a partir de 1980 y con Kuwait diez años después pasaron por la historia sin que el Consejo se decidiera a calificarlas como "actos de agresión". En el primero de estos casos el Consejo, después de siete años de guerra, advirtió que se encontraba ante un "quebrantamiento de la paz" (resolución 598, de 20 de julio de 1987). En el segundo, a pesar de una más clara materialización de los hechos y del clima político de cooperación entre los miembros permanentes del Consejo surgido al término de la guerra fría, fue igualmente imposible concluir en una calificación formal de agresión²⁴.

²⁰ No obstante, esas calificaciones podrían sentar las bases para exigir la responsabilidad internacional de los Estados a los que se atribuyen dichos actos (véase infra para. 4 ss.).

²¹ Véanse, por ejemplo, resoluciones 387 y 393 (1976), 411 y 418 (1977), 428 (1978), 527 (1982), 546 (1984) y 577 (1985).

²² Resolución 573 (1985). Cuando cuatro años antes la aviación israelí destruyó la central nuclear iraquí de Osiraq, entonces en construcción, el Consejo de Seguridad (resolución 487) condenó el acto, pero no lo calificó como "agresión", lo que sí hizo en cambio la Asamblea General (resolución 36/27, de 13 de noviembre de 1981).

²³ Resolución 405 (1977).

²⁴ De ahí que con toda razón Paz ANDRÉS ("Réplica: cuestiones de legalidad en las acciones armadas contra Irak", Revista Española de Derecho Internacional, vol. XLIII, 1991-1, pp. 117-122, en p. 118) se preguntase si acaso la resolución 3314 (XXIX) que

El 2 de agosto de 1990 el Consejo (resolución 660) condenó la "invasión" de Kuwait, ocurrida ese mismo día, considerándola un "quebrantamiento de la paz". Cuatro días después adoptó sanciones contra Iraq por la "invasión y ocupación" del Emirato (resolución 661) y a la semana declaraba nula y sin efecto su "anexión" (resolución 662). El término "agresión" aparece en la resolución 667 (1990) del 16 de septiembre, pero vinculado al irrespeto de la inviolabilidad de los locales diplomáticos y el secuestro de su personal en Kuwait. El carácter retórico de la mención es confirmado por el hecho de que tanto los textos francés e inglés de la resolución hablan, no de "agresión", sino de *actes agressifs*, *aggressive acts*. Ni siquiera al autorizar a los miembros de la Organización a utilizar todos los medios necesarios, en cooperación con el gobierno kuwaití, para forzar la retirada inmediata e incondicional de Iraq del Emirato (resolución 678-1990, del 29 de noviembre) se decidió el Consejo a formalizar la calificación de los hechos. Para encontrar en este órgano una alusión a la "agresión iraquí" hay que llegar a la declaración de su Presidente, emanada tiempo después, el 31 de enero de 1992, para abordar con carácter programático la responsabilidad del Consejo en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

Cabe preguntarse, después de todo, si acaso una calificación estricta de las situaciones presentadas ante el Consejo de Seguridad es realmente necesaria para poner en marcha las medidas requeridas para el mantenimiento o el restablecimiento de la paz. La respuesta es no y la práctica revela que basta a tal efecto con situar la acción en el marco del capítulo VII de la Carta, sin mayores precisiones, y recurrir en su caso al tipo más genérico de las amenazas a la paz internacional como fundamento de la acción. Se trata de facilitar la adopción de medidas evitando pronunciamientos políticamente problemáticos, innecesarios en tanto aquéllas no están determinadas por éstos.

La última y más palmaria de las agresiones ha sido protagonizada por Estados Unidos, con Gran Bretaña y una "coalición de naciones dispues-

contenía la definición de la agresión, tan laboriosamente elaborada, era ya una pieza del museo de las Naciones Unidas. ¿Habría (en esa fecha) un asunto más propicio para invocarla?

tas", contra Iraq. La guerra de agresión desencadenada el 20 de marzo de 2003 resulta de hechos notorios y su imputación directa a los más altos dirigentes políticos de los Estados implicados no ofrece duda. Un sinfín de declaraciones y manifiestos en todo el orbe conocido lo han denunciado. En el Consejo de Seguridad, sin embargo, el privilegio de impunidad deducido del privilegio del veto reconocido a los miembros permanentes hacía ilusorio cualquier pronunciamiento, siquiera testimonial. Ya era bastante que una mayoría de los miembros del Consejo se negara a cohonestar con su voto la política de fuerza decidida por Estados Unidos²⁵.

EL NUDO DE LA RESPONSABILIDAD

4. Si hacemos abstracción de los casos que implican a los miembros permanentes (y a sus protegidos) es después, al hilo de la responsabilidad internacional deducida de los hechos cuando, en relación con la imputación o atribución de los mismos, la calificación cobra importancia. Situaciones no calificadas por el Consejo o apreciadas simplemente como "amenazas a la paz" (lo más frecuente) o "quebrantamientos de la paz" no bastan por sí mismas para atribuir un ilícito y deducir una responsabilidad, a menos que se personalice al autor. Tratándose de un "acto de agresión" esto parece obvio.

Un acto de agresión genera necesariamente la responsabilidad internacional del Estado agresor. Es esta una responsabilidad acentuada en la medida en que, tratándose de violación grave de una obligación emanada de norma imperativa del Derecho Internacional, su ilicitud no puede ser excluida por ninguna circunstancia (salvo la legítima defensa de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas) ni pueden aceptarse sus consecuencias, reconociéndose el derecho de invocar esta responsabilidad, no sólo a los Estados lesionados, sino también a los no lesionados²⁶.

²⁵ Véase A. REMIRO BROTONS, "Guerras del Nuevo Orden: Iraq, la agresión de los democráticos señores", Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2003, pp. 17-53.

²⁶ Artículos 1, 21, 26, 33.1, 40, 41 y 48 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobado por la Comisión de Derecho Internacional (2001).

Durante veinte años, de 1976 (siendo ponente Roberto Ago) hasta 1996 (cuando la Comisión de Derecho Internacional aprobó en primera lectura el proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos), las violaciones de esta naturaleza recibieron el nombre de crimen²⁷. Para el maestro italiano la guerra de agresión era “el crimen por excelencia”²⁸. Pero no sólo para él. La Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (res. 2625-XXV de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970) ya había afirmado que “una guerra de agresión constituye un crimen contra la paz que, con arreglo al Derecho Internacional, entraña responsabilidad”, afirmación reproducida casi literalmente poco después por la res. 3314 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974, en el anexo que contiene la definición de la agresión²⁹.

En 1983, sin embargo, el ponente Riphagen, que había sustituido a Ago, propuso excluir del proyecto de artículos los actos, como la agresión, cuyas consecuencias jurídicas se trataban en la Carta y sobre los que Naciones Unidas tenía “jurisdicción”. Aunque Riphagen contó con algunos apoyos (McCaffrey, Reuter, Tomuschat), la mayoría de los miembros de la Comisión opinó que el proyecto debía enunciar, por lo menos, en términos generales, las consecuencias jurídicas del crimen.

El resultado final del debate fue el mantenimiento en el proyecto aprobado en primera lectura en 1996 de un artículo (el 39) conforme al cual: “Las consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito del Estado...estarán sujetas, según corresponda, a las disposiciones y procedimientos de la Carta de las Naciones Unidas relativos al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales”.

Esta regla fue duramente combatida por el entonces relator Gaetano Arangio-Ruiz. El profesor italiano reabrió el debate en relación con la vis

²⁷ Véase Artículo 19.3 del Proyecto de Artículos (1996).

²⁸ Véase Quinto Informe, Anuario CDI, 1976, vol. II (1ª Parte), par. 46.

²⁹ Artículo 5.2 del anexo.

atractiva de las competencias del Consejo de Seguridad en el mantenimiento y restablecimiento de la paz y seguridad internacionales sobre la responsabilidad internacional deducida de la agresión. Para Arangio-Ruiz la regla del artículo 39 del proyecto era inaceptable y superflua. Inaceptable, porque "tendría el efecto de subordinar las disposiciones del proyecto sobre responsabilidad a la Carta, incluidos los procedimientos previstos para el mantenimiento de la paz" y, con ello, a las resoluciones del Consejo de Seguridad, lo que no garantizaba la igualdad de los Estados ni la primacía del Derecho sobre las relaciones internacionales; superflua, porque ya se contaba con el artículo 103 de la Carta³⁰.

Según la convincente argumentación del profesor italiano el Consejo de Seguridad no tiene "poderes ilimitados"; derechos y obligaciones de los Estados en el ámbito de la responsabilidad internacional no podían verse afectados por el juego del capítulo VII de la Carta, todo lo más podían ser objeto de atención en el ámbito del arreglo pacífico de controversias (capítulo VI) en el que las facultades del Consejo son sólo recomendatorias. Pretender que un órgano político de composición limitada tenga poderes judiciales o normativos para tratar de los crímenes cometidos por los Estados era, llega a decir Arangio-Ruiz, "contrario a los principios más elementales de un ordenamiento jurídico civilizado"; de ahí que se reconociera una "función judicial importante para la Corte Internacional de Justicia en cuanto complemento indispensable de toda decisión preliminar de la Asamblea General o del Consejo de Seguridad sobre la posible existencia de un crimen"³¹.

Pero tras enfrentarse ásperamente con otros miembros de la Comisión, en particular con el estadounidense Rosenstock- el profesor italiano presentó su dimisión y el artículo 39 se mantuvo, confortado además (el artícu-

³⁰ "En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta", dice el artículo 103, "y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la Carta".

³¹ Véanse las críticas de G. ARANGIO-RUIZ en su artículo "The Federal Analogy and the UN Charter Interpretation: a Critical Issue", EJIL, 1997, pp. 1-28.

lo, no el profesor) por el apoyo de los representantes gubernamentales en la Sexta Comisión (Asuntos Jurídicos) de la Asamblea General, donde sólo Bahrein y Libia se pronunciaron en su contra³².

El tiempo transcurrido ha macerado, sin embargo, esta disposición. Cinco años después (2001) el proyecto de artículos aprobado en segunda lectura se inclinó por una redacción más neutral. "Los presentes artículos", dice el ahora 59 y último del proyecto, "se entenderán sin perjuicio de la Carta de las Naciones Unidas"³³. Las espadas quedan en alto y sería imprudente sostener que las calificaciones del Consejo de Seguridad son preceptivas y vinculantes para otros órganos, especialmente los judiciales, llamados a pronunciarse sobre la responsabilidad internacional de un Estado cuyo origen está en un acto de agresión.

5. Hay medidas, como el requerimiento del cese y no reiteración del ilícito o, incluso, la restitución in integrum, que forman parte, simultáneamente, del hemisferio de la paz y seguridad y del hemisferio de la responsabilidad internacional; pero hay otras, como las demás formas de la reparación (la indemnización, la satisfacción) o la nulidad y no reconocimiento de las ventajas logradas por el infractor como consecuencia del ilícito, que son características de la responsabilidad y en ellas no ha tenido empacho de entrar el Consejo de Seguridad cuando lo ha considerado oportuno. Más allá del mantenimiento o del restablecimiento de la paz, el Consejo atribuye la comisión de ilícitos, determina sus consecuencias jurídicas, establece mecanismos para hacerlas efectivas. Puede decirse, incluso, que al pronunciarse sobre los efectos del ilícito en términos de responsabilidad el Consejo ha tenido en cuenta de hecho los tipos que ha mantenido "ocultos" en sus resoluciones. El artículo 39 de la Carta se ha convertido, observa Mariano Aznar, "en el nuevo ábrete Sésamo que permite al Consejo de Seguridad

³² Véase M. J. AZNAR, Responsabilidad internacional del Estado y acción del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Biblioteca Diplomática Española, M.A.E, Madrid, 2000, pp. 45-70.

³³ El tenor de este artículo coincidía prácticamente con el de una enmienda presentada por M. Bennouna en 1996 y rechazada por la Comisión, con la única diferencia de que la enmienda limitaba la salvedad de la Carta a "las consecuencias jurídicas del hecho internacional ilícito".

adentrarse en la cueva que abriga nuevos poderes coercitivos no claramente recogidos en el capítulo VII de la Carta y que podrían incidir en el ámbito de la responsabilidad internacional del Estado”³⁴.

Sin embargo, a pesar de entrar sin inhibiciones en el ámbito de la responsabilidad internacional, el Consejo ha mantenido su renuencia a precisar la calificación de situaciones que podían encajar en el tipo de la agresión. Así, en la guerra con Iraq, Irán insistió en que se discerniese la responsabilidad del conflicto. El Consejo, por razones políticas, no quiso hacerlo por sí mismo y por la resolución antes mencionada (la 598, de 20 de julio de 1987) pidió al Secretario General que examinase en consulta con las partes la cuestión de “confiar a un órgano imparcial” la investigación de dicha responsabilidad informando al Consejo “lo antes posible”.

Pasaron más de cuatro años antes de que el Secretario General, Pérez de Cuéllar, ya a punto de terminar su mandato, mencionase - en un informe al Consejo, fechado el 9 de diciembre de 1991³⁵, del que no se extrajo ninguna consecuencia práctica- “la agresión de Iraq contra Irán, a la cual ha seguido la ocupación por Iraq de territorios iraníes durante todo el conflicto, en violación de la prohibición del uso de la fuerza, que se considera como una de las reglas de *ius cogens*”.

Estas consideraciones, según Iraq (carta de 22 de diciembre), excedían las facultades del Secretario General, pero para entonces Iraq se encontraba ya bajo el régimen de sanciones impuesto por el Consejo tras fracasar su aventura en Kuwait... La historia del informe del Secretario General tomó, sin embargo, un giro vodevilesco cuando Giandomenico Picco, Secretario General Adjunto para Asuntos Políticos en aquellos años, publicó unas memorias de las que podría desprenderse que el contenido del informe de Pérez de Cuéllar respondía a un pacto con Irán, cuya mediación iba a permitir la liberación de rehenes estadounidenses retenidos en el Líbano³⁶.

³⁴ M. J. AZNAR, *Responsabilidad Internacional...*, cit., p.30.

³⁵ S/23273

³⁶ G. PICCO, *Man Without a Gun. One Diplomat's Secret Struggle to Free the Hostages, Fight Terrorism and End a War*, Nueva York-Toronto, 1999, pp. 118, 150-152, 172, 181, 183, 184, 234, 235, 267, 268.

Naturalmente, el gobierno iraquí que desde mucho antes venía denunciando la existencia de dicho pacto, se cuidó de difundir en Naciones Unidas las páginas pertinentes del extrovertido funcionario jubilado³⁷.

La existencia de una calificación "oculta" de Estado agresor se advierte claramente en el caso Iraq-Kuwait. El Consejo no califica a Iraq de Estado agresor, pero lo trata como tal a la hora de sacar conclusiones³⁸. El Consejo se ocupa expresamente de la clase, cuantía y procedimiento de la reparación. La afirmación principal de la responsabilidad de Iraq por las pérdidas, daños y perjuicios causados a Kuwait o terceros Estados, sus nacionales y empresas, por la invasión y ocupación ilegal del Emirato (resolución 674-1990, de 29 de octubre), reiterada con el alto el fuego provisional (resolución 686-1991, de 2 de marzo), fue ampliamente desarrollada en la resolución 687 (1991), de 3 de abril, que fijó las condiciones para el cese definitivo de las hostilidades, procediendo entre otras medidas a la creación de un Fondo de Compensación para cubrir las pérdidas directas y los daños producidos, incluidos los medioambientales, y de una Comisión para administrarlo (resolución 692-1991, de 20 de mayo)³⁹. Esta Comisión ha examinado varios millones de reclamaciones y adjudicado indemnizaciones por miles de millones de dólares. En una de sus decisiones más importantes, la Comisión acordó imputar a Iraq incluso las pérdidas sufridas por operaciones de sus adversarios durante las hostilidades...

Probablemente quepa dulcificar el carácter de estas medidas señalando que fueron aceptadas expresamente por Iraq al serle planteadas, entre otras, como condiciones sine qua non del alto el fuego⁴⁰, pero de la práctica

³⁷ Anexo a la carta de 5 de febrero de 2001, de Tarek Aziz, Viceprimer Ministro y Ministro de Relaciones Exteriores en funciones de Iraq, al Secretario General, distribuida como documento del Consejo de Seguridad (S/2001/124, de 7 de febrero).

³⁸ M. J. AZNAR, Responsabilidad internacional..., cit., p. 149.

³⁹ La resolución 705 (1991), de 15 de agosto, fijó en el 30% del valor anual de las exportaciones de petróleo iraquíes el umbral máximo del Fondo.

⁴⁰ Cartas del Viceprimer Ministro y Ministro de Relaciones Exteriores de Iraq al Presidente del Consejo de Seguridad y al Secretario General de la ONU, de 2 de abril de 1991 (S/22456) y carta del Presidente del Consejo de Seguridad al Representante Permanente de Iraq, del 11 (S/22485).

se desprende la escasa atención del Consejo –y de su Comisión ad hoc– hacia las normas generales de la responsabilidad internacional en relación con los elementos del ilícito o las circunstancias que excluyen la ilicitud, y la asunción de facultades decisorias en puntos que debían ser resueltos por las partes, acudiendo en su caso a órganos de naturaleza judicial o arbitral⁴¹. El Consejo incursionó incluso en la demarcación de la frontera internacional entre Iraq y Kuwait, imponiéndola⁴².

6. Obviamente, nada de esto funciona frente a un miembro permanente del Consejo de Seguridad o uno de sus protegidos. ¿Acaso es necesario comparar el trato recibido por el Iraq materialmente agresor de 1990 con el Iraq materialmente agredido de 2003? Ahí la idoneidad de los órganos judiciales y arbitrales y, en particular, de la Corte Internacional de Justicia, para pronunciarse sobre la responsabilidad internacional deducida del uso de la fuerza en las relaciones interestatales no sólo es indiscutible, siempre que pueda contarse con un fundamento o título en que basar su competencia sobre un caso concreto, sino que es -a condición de que dicho fundamento exista y la Corte esté dispuesta a reconocerlo- la única esperanza para declarar la observancia o no de las normas y obligaciones internacionales y sacar las consecuencias de la responsabilidad en caso de incumplimiento.

Quienes redactaron la Carta de Naciones Unidas eran conscientes de ello cuando expresamente previeron que, al hacer recomendaciones sobre los procedimientos apropiados para solucionar una controversia cuya continuación es susceptible de poner en peligro la paz y la seguridad interna-

⁴¹ M. J. AZNAR, Responsabilidad internacional...cit., pp. 151-152 y 161 ss.

⁴² Sobre este interesante punto, M. MENDELSON y S. HULTON, "The Iraq-Kuwait Boundary", *British Yearbook of International Law*, 1993, pp. 135-195 (una versión corregida se publicó en francés en el *Annuaire Français de Droit International*, 1993, pp. 178-231). También, la nota de J.P. QUÉNEUDEC, "La démarcation de la frontière entre l'Irak et le Koweït", *Revue Générale de Droit International Public*, 1993, pp. 767-775 (ib., informe de la Comisión de demarcación en pp. 827 y ss.) y E. SUY, "Le Conseil de Sécurité et la frontière entre l'Irak et le Koweït", *El Derecho Internacional en un mundo en transformación. Liber Amicorum...E. Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, 1994.. Asimismo, H. BROWN, "The Iraq-Kuwait Boundary Dispute: Historical Background and the UN Decisions of 1992 and 1993", *IBRU Boundary and Security Bulletin* (octubre 1994), pp. 66-80.

cionales, el Consejo de Seguridad debía tomar en consideración que “las controversias de orden jurídico, por regla general, deben ser sometidas por las partes a la Corte Internacional de Justicia, de conformidad con las disposiciones del Estatuto de la Corte”⁴³.

De hecho, la primera demanda planteada a la Corte (por Gran Bretaña contra Albania) a cargo de los incidentes del Canal de Corfú, en 1947, fue precedida por una recomendación en este sentido del Consejo de Seguridad (res. 22-1947). En la ocasión la Corte emanó uno de sus más célebres dicta al hacer constar la violación de la soberanía albanesa por la acción de la Marina de Guerra británica: “El pretendido derecho de intervención”, dijo la Corte en la sentencia de 9 de abril de 1949, “no puede ser considerado... sino como la manifestación de una política de fuerza, política que en el pasado ha dado lugar a los más graves abusos y que no podría, cualesquiera que sean las deficiencias presentes de la organización internacional, encontrar sitio alguno en el Derecho Internacional”. La intervención, proseguía la Corte, “es posiblemente menos aceptable aún en la forma particular que presentaría aquí, puesto que reservada por la naturaleza de las cosas a los Estados más potentes, podría conducir fácilmente a quebrantar la misma administración de la justicia internacional”⁴⁴. Obviamente, las grandes potencias tomaron nota de lo desagradable que podía resultar el ejercicio independiente de la administración de justicia y, en adelante, no sólo escatimaron las recomendaciones incitadoras de la Carta⁴⁵, sino que fueron más lejos.

A menudo, en efecto, los países demandados han tratado de escabullirse, no sólo discutiendo el título o fundamento de la jurisdicción de la Corte

⁴³ Artículo 36.3 de la Carta.

⁴⁴ Recueil CIJ, 1949, p. 35.

⁴⁵ Uno de los escasos supuestos en que aflora una recomendación de esta especie se advierte en la resolución 395 (1976) en la que el Consejo de Seguridad recomienda que se sigan teniendo en cuenta los esfuerzos de la Corte en la solución de la controversia relativa a la delimitación de la plataforma continental del Mar Egeo entre Grecia y Turquía. Grecia había planteado la cuestión en paralelo ante el Consejo de Seguridad y ante la Corte, que en sentencia de 19 de diciembre de 1978 declaró que no tenía competencia para conocer de la demanda griega, al no haber consentido Turquía su jurisdicción.

en el caso concreto, sino alegando la inadmisibilidad de demandas que tienen que ver con controversias que, por su materia, consideran políticas y deben, en su opinión, reconducirse siempre al Consejo de Seguridad. De admitirse esta doctrina, los miembros permanentes del Consejo y sus protegidos podrán considerarse a salvo de cualesquiera decisiones no consentidas por ellos.

La Corte Internacional de Justicia ha rechazado, sin embargo, la existencia de controversias no justiciables por su pretendida naturaleza política, afirmando –supuesta su competencia- la idoneidad de su ejercicio. La Corte no ha admitido excepciones a la admisibilidad de una demanda basada en semejante discurso, ni siquiera cuando su objeto versaba sobre el uso de la fuerza. Tampoco ha admitido un *domaine réservé* del Consejo en estos casos; por el contrario, ha considerado posible desarrollar su función –decidir sobre una controversia jurídica- en paralelo a la función política del Consejo en el mantenimiento de la paz. Más aún, la Corte ha considerado que su intervención podía tener un añadido efecto benéfico para disolver las amenazas a la paz o superar las consecuencias dañinas de su quebrantamiento y, en este sentido, ha llegado a ordenar cautelarmente, a petición de parte, la suspensión de hostilidades y actos armados.

7. Hemos tenido ejemplos muy señeros de recurso a la Corte Internacional de Justicia por Estados que se han considerado agredidos. La Corte ha analizado los fundamentos de su jurisdicción, cuando han sido contestados por los demandados, y la admisibilidad de la demanda, sin que el conocimiento del caso por el Consejo de Seguridad en virtud de sus competencias en el ámbito de la seguridad colectiva haya influido para sacar el caso de su lista.

Hace veinte años la demanda de Nicaragua (9 de abril de 1984) contra Estados Unidos⁴⁶ marcó un hito, especialmente por ser el demandado un miembro permanente del Consejo de Seguridad que clamaba por el respeto de las competencias de un órgano cuyo ejercicio estaba decidido a arruinar a fin de aislar su política ingerencista y coercitiva no ya de la condena, sino

⁴⁶ CIJ, Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua.

del mero debate. La Corte no entró en este juego. Para comenzar, el 10 de mayo de 1984 ordenó medidas cautelares indicando que Estados Unidos debía poner fin inmediatamente a toda acción cuyo objeto fuese limitar la entrada y salida de puertos nicaragüenses, en particular por la colocación de minas, e instándole a respetar el derecho a la soberanía e independencia de Nicaragua, no comprometiéndolo con actividades militares y paramilitares prohibidas por los principios de Derecho Internacional. Después, la Corte afirmó su competencia, consideró admisible la demanda e idóneo el ejercicio de su jurisdicción (s. de 26 de noviembre de 1984). Finalmente, la Corte declaró al demandado infractor de un puñado de principios fundamentales del Derecho Internacional (s. de 27 de junio de 1986). Sólo el desistimiento de Nicaragua de su demanda para fijar la reparación debida (el 12 de septiembre de 1991) impidió una sentencia que habría cerrado el círculo de la responsabilidad de Estados Unidos, por lo menos en un plano judicial declarativo.

Asimismo, en el tiempo presente comprobamos como el Consejo de Seguridad maneja desde hace años la miserable crisis de la República Democrática del Congo –sus resoluciones se cuentan ya por decenas y hay una operación de mantenimiento de la paz (MONUC) en el territorio⁴⁷ - mientras, simultáneamente, siguen su curso los procedimientos judiciales iniciados con las demandas de este país contra Uganda y Ruanda “en virtud de los actos de agresión armada perpetrados...en violación flagrante de la Carta de las Naciones Unidas”⁴⁸.

Aún podríamos hacer la lista más extensa considerando el pronunciamiento de la Corte en el caso de las Plataformas Petroleras (República

⁴⁷Tomando la res. 1234 (1999) de 9 de abril como punto de partida y hasta el 20 de mayo de 2005 se habían adoptado veinticinco resoluciones por el Consejo de Seguridad, la última (res. 1596) el 18 de abril de este año.

⁴⁸ La demandas fueron interpuestas el 23 de junio de 1999, también contra Burundi. La República Democrática del Congo desistió en 2001 de sus demandas contra Ruanda y Burundi (CIJ, Órdenes de 30 de enero). En relación con Uganda la Corte ordenó las medidas cautelares solicitadas por el Congo (Orden de 1 de julio de 2000). Posteriormente, el 28 de mayo de 2002, Congo presentó una nueva demanda contra Ruanda, ahora por “violaciones masivas graves y flagrantes de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario”.

Islámica de Irán c. Estados Unidos⁴⁹), la demanda de la misma República Islámica de Irán contra Estados Unidos por el incidente aéreo de 3 de julio de 1988 y las demandas de Nicaragua contra Honduras y Costa Rica por acciones armadas fronterizas y transfronterizas, que no siguieron adelante por el desistimiento de los demandantes⁵⁰, o las demandas de Yugoslavia (hoy Serbia-Montenegro) contra los países de la OTAN que bombardearon su territorio en 1999, demandas que naufragaron sólo por el hecho de que la Corte no apreció la existencia de fundamentos de jurisdicción⁵¹.

⁴⁹ La demanda fue interpuesta por la República Islámica de Irán el 2 de noviembre de 1992 con base en "el ataque y destrucción de tres instalaciones de producción petrolera offshore...por buques de guerra de la marina de los Estados Unidos el 19 de octubre de 1987 y el 18 de abril de 1988". La contramemoria de Estados Unidos incluyó una demanda reconventional por "las acciones llevadas a cabo por Irán en el Golfo (Pérsico) en 1987 y 1988, que comportaban operaciones de minado y otros ataques contra barcos que enarbolaban pabellón de los Estados Unidos...". Estos hechos, de una y otra parte, se inscribían en la "guerra de los petroleros" entre 1984 y 1988, dentro del conflicto armado abierto entre Iraq e Irán en 1980. La sentencia de la Corte se dictó once años después (6 de noviembre de 2003) y tuvo que restringir su punto focal para acomodarse a la limitada base jurisdiccional (un tratado de amistad, comercio y relaciones consulares, de 1955) que le había permitido entrar en el fondo, una vez desestimadas las excepciones preliminares planteadas por Estados Unidos (s. de 12 de diciembre de 1996). La Corte, que rechaza la demanda reconventional de los Estados Unidos, declaró que las acciones contra las plataformas petroleras iraníes no podían ser justificadas a la luz del derecho internacional relativo al empleo de la fuerza.

⁵⁰ La demanda iraní fue interpuesta en 1989, desistiendo el demandante en 1996. Las demandas nicaragüenses fueron interpuestas en 1986, una vez dictada la sentencia contra Estados Unidos por sus actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua. El demandante desistió de su demanda contra Costa Rica en 1987 y de su demanda contra Honduras en 1992 (en este caso la Corte ya había afirmado su competencia y la admisibilidad de la demanda, que habían sido contestadas por Honduras (s. de 20 de diciembre de 1988).

⁵¹ Las demandas de Yugoslavia sobre licitud del empleo de la fuerza fueron interpuestas el 29 de abril de 1999 contra Alemania, Bélgica, Canadá, España, Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña, Holanda, Italia y Portugal. La Corte desestimó inmediatamente su jurisdicción sobre España y Estados Unidos, al ser palmaria la falta de fundamento en que basarla. En relación con los demás demandados, las dudas sobre este fundamento condujo a denegar la adopción de medidas cautelares solicitadas por el demandante (Órdenes de 2 de junio de 1999). Posteriormente la Corte apreció que también respecto de éstos carecía de jurisdicción (sentencia de 15 de diciembre de 2004).

8. Prácticamente el único límite que la Corte ha reconocido al ejercicio de su función se ha advertido en la adopción de medidas cautelares solicitadas por una parte cuando, más allá de su propio juicio de oportunidad, ha estimado que las medidas que se le solicitaban podían entrar en conflicto con órdenes emanadas de resoluciones del Consejo.

Cuando es así puede barruntarse que el Consejo, como se evidenció paladinamente en el caso Lockerbie, ha asumido funciones de naturaleza judicial incompatibles con su naturaleza de órgano político. En este caso, el Consejo de Seguridad endosó las exigencias planteadas a Libia por Estados Unidos y Gran Bretaña en su Declaración común de 27 de noviembre de 1991, concretadas *inter alia* en: 1) la entrega de los dos ciudadanos libios acusados de colocar la bomba a bordo del Boeing-747 que cubría el vuelo Pan Am 103, bomba cuya explosión cuando sobrevolaba Lockerbie (Escocia) el 21 de diciembre de 1988, provocó la destrucción del aparato y la muerte de 270 personas; y 2) la asunción de responsabilidad por sus actos, con el abono de las correspondientes indemnizaciones. Si en la resolución 731, de 21 de enero de 1992, el Consejo se limitó a solicitar encarecidamente de las autoridades libias una respuesta completa y efectiva a tales demandas "a fin de contribuir a la eliminación del terrorismo internacional", en la resolución 748 (1992), de 31 de marzo, el Consejo decide, ya en el marco del capítulo VII de la Carta, que Libia debe someterse en dos semanas a las exigencias anglo-norteamericanas y demostrar con actos concretos su renuncia al terrorismo, si quiere evitar la aplicación de las medidas sancionadoras que la misma resolución prevé.

Este caso es, sin embargo, ejemplar para examinar las relaciones de la Corte en el desempeño de su función con el Consejo de Seguridad, pues no en balde Libia había depositado el 3 de marzo de 1992 sendas demandas contra Gran Bretaña y Estados Unidos tratando de reconducir la diferencia a la interpretación o aplicación de la Convención de Montreal, de 23 de septiembre de 1971, sobre la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, convención que Libia consideraba infringida por los demandados en varios de sus artículos. Libia requería de la Corte una declaración en este sentido y, además, que declarara que los demandados estaban "jurídicamente obligados a respetar el derecho de Libia a que la apli-

cación de esta Convención no sea descartada por medios que estarían en todo caso en contradicción con los principios de la Carta y del Derecho Internacional General de carácter imperativo que prohíben el uso de la fuerza y la violación de la soberanía, la integridad territorial, la igualdad soberana de los Estados y su independencia política”.

Gran Bretaña y Estados Unidos, mientras Libia estaba sometida a las sanciones impuestas por el Consejo de Seguridad en la resolución 748 (1992), ampliadas un año y medio después (resolución 883, de 11 de noviembre de 1993), trataron de sacar a la Corte del caso invocando estas resoluciones para alimentar sus alegatos de incompetencia de la Corte, inadmisibilidad de la demanda o falta de objeto de la misma. Aunque la Convención de Montreal atribuyera a Libia los derechos que reivindica, éstos –decían británicos y norteamericanos- no podrían ser ejercidos por la prevalencia de las resoluciones 748 (1992) y 883 (1993) en virtud de los artículos 25 y 103 de la Carta. A partir de estas resoluciones, de haber una diferencia sería la de Libia con el propio Consejo de Seguridad, diferencia que, obviamente, no entraba en las previsiones de la Convención de Montreal.

Este discurso bastó para que la Corte se abstuviera de adoptar las medidas cautelares solicitadas por Libia⁵² con su demanda del 3 de marzo,

⁵² Órdenes de 14 de abril de 1992, adoptadas por once votos contra cinco. Cuando se aprueba la resolución 748 (1992) el 31 de marzo, hacía tres días que habían concluido las audiencias orales ante la Corte y se había iniciado la deliberación de los jueces (Recueil CIJ, 1992, pp. 3 y ss., 114 y ss.). Sobre estas Órdenes y las relaciones entre el Consejo de Seguridad y la Corte Internacional de Justicia, J.M. SOREL, “Les Ordonnances de la Cour...”, *Revue Générale de Droit International Public*, 1993, pp. 689-726; V. GOWLLAND-DEBBAS, “The Relationship Between the ICJ and the Security Council in the Light of the Lockerbie Case”, *American Journal of International Law*, 1994, pp. 643-677; R. St. J. MACDONALD, “The ICJ and the Security Council of the United Nations”, *El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación. Liber Amicorum...E. Jiménez de Aréchaga*, cit.; L. CONDORELLI, “La Corte Internazionale di Giustizia e gli organi politici delle Nazioni Unite”...1994, pp. 897-921. Más recientemente, B. MARTENCZUK, “The Security Council, the International Court and Judicial Review: What Lessons from Lockerbie?”, *European Journal of International Law*, 1999, pp. 517 y ss. En España, M.P. ANDRÉS, “¿De maximis con curat praetor...?El Consejo de Seguridad y el TIJ en el asunto Lockerbie”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 1992, pp. 327-350; E. ORIHUELA, “Las ac-

pero no para que renunciara a conocer del caso. En las sentencias de 27 de febrero de 1998 la Corte rechazó las excepciones de incompetencia e inadmisibilidad de la demanda y reservó, para cuando procediese al examen de fondo, la excepción sobre la pérdida de objeto de las demandas libias, pues dicha excepción, estimó la Corte, no tenía un carácter exclusivamente preliminar sino que, por el contrario, guardaba una "íntima conexión" con el fondo⁵³.

El desistimiento, a raíz de una solicitud conjunta de las partes (cartas de 9 de septiembre de 2003 y orden del Presidente de la Corte del 10) resultante de un acuerdo extrajudicial, nos ha privado de un pronunciamiento sobre puntos de gran interés, a saber, la incompatibilidad entre los derechos de las partes en la Convención de Montreal y sus obligaciones según las mencionadas resoluciones del Consejo de Seguridad, la prevalencia de éstas según los artículos 25 y 103 de la Carta y la consideración, a tal efecto, de su conformidad con (los Principios y Propósitos de) la Carta (artículo 24.2), aunque si nos atenemos al paso cansino del procedimiento, pendiente aún de evacuar la fase oral en la fecha del desistimiento, no parece que las partes (y los jueces), estuvieran impacientes por despejar las incógnitas.

En todo caso, en relación con la afirmación de competencia de la Corte y admisibilidad de la demanda las sentencias de 27 de febrero de 1998 fueron muy claras y directas: si la Corte era competente y la demanda admisible en la fecha de su depósito, los acontecimientos ulteriores, incluidas las resoluciones del Consejo de Seguridad no podían ser tomados en consideración para alterar las conclusiones a las que se hubiera llegado. La fecha

tuación del Consejo de Seguridad de la ONU en el asunto Lockerbie: paradigma de 'incontrolable' abuso de poder", *ib.*, pp. 395-415; A. REMIRO BROTONS, "Desvertebración del Derecho Internacional en la sociedad globalizada", *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. V, 2001, pp. 229-234.

⁵³ SS. de 28 de febrero de 1998 (Cuestiones de interpretación y aplicación de de la Convención de Montreal de 1971 resultante del incidente aéreo de Lockerbie (Jamahiriya Árabe Libia c. Gran Bretaña y Jamahiriya Árabe Libia c. Estados Unidos), CIJ Reports, 1998.

crítica, pertinente, decisiva era siempre la del depósito de la demanda. La sentencia descarta, pues, cualquier efecto de las resoluciones 748 (1992) y 883 (1993), adoptadas en el marco del capítulo VII de la Carta, sobre la competencia de la Corte y la admisibilidad de la demanda, por ser posteriores a la fecha de depósito de ésta; en cuanto a la resolución 731 (1992) que es anterior, "no podría constituir un obstáculo a la admisibilidad", dice la Corte, "pues se trata de una simple recomendación sin efecto vinculante".

Naturalmente, está fuera del alcance de la Corte impedir que el Consejo siga interpretando libérrimamente sus competencias y hollando el territorio judicial, que no se conforma con su naturaleza. Las órdenes de entrega de presuntos terroristas a los países que los reclaman, a menudo miembros permanentes del Consejo, en la senda de Lockerbie, son muy ilustrativas al respecto. Pero esa es otra cuestión que revela los riesgos de un desarrollo perverso del estado de derecho internacional⁵⁴.

EL NUDO DEL CRIMEN

9. El Proyecto de Estatuto de la Corte Penal Internacional presentado a la Conferencia de Roma había incluido el crimen de agresión, dejando abierta su definición, pero no la dependencia de la Corte de las calificaciones previas de los hechos como un acto de agresión por el Consejo de Seguridad en el marco de sus competencias para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales⁵⁵.

El desacuerdo fue radical entre los que, satisfechos en este punto, buscaban además una definición restrictiva del crimen y los que, en dirección contraria, reclamaban una definición amplia y libertad de la Corte en su persecución, con independencia de los pronunciamientos del Consejo de Seguridad al representar su papel en otro orden. Algunos, cuyo desideratum era tachar la agresión de la lista de crímenes bajo competencia de la Cor-

⁵⁴ Véase mi artículo "Terrorismo, mantenimiento de la paz y Nuevo Orden", Revista Española de Derecho Internacional, LIII, 2002, pp. 125-171.

⁵⁵ Artículo 23.2 (Draft ILC Statute, U.N. GAOR, 49th Sess., Suppl. N° 10, pp. 72, 84).

te⁵⁶, aprovecharon la situación para diseminar el temor de un contagio, mortal para el Estatuto; con tal eficacia que incluso beneméritas ONG aceptaron, siquiera tácitamente, la exclusión⁵⁷. El caso es que dos días antes de la conclusión de la Conferencia el crimen de agresión se cayó del Estatuto, siendo recuperado agónicamente en el último minuto bajo la fórmula del artículo 5⁵⁸ por la acción vigorosa de algunos países europeos y de los países en desarrollo.

Habida cuenta de los precedentes y de los objetivos del Estatuto habría sido incongruente e insoportable para la credibilidad de la Corte la exclusión del crimen supremo, más aún cuando su persecución ante jurisdicciones estatales se presenta mucho más problemática. Una exclusión sería involutiva, retrógrada, había alegado en 1994 la Comisión de Derecho Internacional⁵⁹. En la Conferencia de Roma Bélgica subrayó la ilógica de quienes aceptaban que la Corte enjuiciase a los responsables de crímenes de guerra, pero no a los del crimen que, a menudo, los provocaba⁶⁰.

Para combatir la sospecha de que el Estatuto servía la estética de los principios, reenviando ad calendas graecas su aplicación, la Conferencia de Roma encargó expresamente a la Comisión Preparatoria de la Corte la tarea de elaborar propuestas de disposición sobre la agresión⁶¹.

Sin embargo, cuando en septiembre de 2002 se celebró la primera reunión de la Asamblea de Estados Partes se estaba de nuevo en el punto de partida, eso sí, con más documentación, alguna repetitiva, y una experiencia entreverada de recelos y desconfianzas progresivamente mitigadas, pero no desaparecidas.

⁵⁶ En este sentido se expresaron, por ejemplo, Estados Unidos, Israel y México (U.N. Doc. A/CONF. 183/C.1/SR.6 (sexta sesión de 18 de junio de 1998, pp. 5, 6, 11 y 12).

⁵⁷ Véase P. DASCALOPOULOU-LIVADA, "Aggression and the ICC: Views on Certain Ideas and their Potential for a Solution", en M. POLITI y G. NESI (eds.), *The International Criminal Court...*, cit., pp. 79-85, en pp. 79-80.

⁵⁸ Véase supra para. 1.

⁵⁹ Draft ILC Statute, U.N. GAOR, 49th Sess., Suppl. N° 10, p. 72 (Doc. A/49/10, 1994).

⁶⁰ U.N. Doc. A/CONF. 183/C.1/SR.6 (sexta sesión de 18 de junio de 1998, p. 9)

⁶¹ Resolución F, numeral 7, del Acta Final de la Conferencia de Roma.

Frente a quienes proponían echar tierra al debate, olvidándose de él hasta que la Asamblea de Estados Partes decidiera retomarlo, o quemarlo a fuego lento en la Sexta Comisión (Asuntos Jurídicos) de la Asamblea General de Naciones Unidas, se decidió el establecimiento de un grupo de trabajo especial, abierto a todos los miembros de Naciones Unidas y Organismos Especializados, para seguir mareando la cuestión al hilo de las sesiones anuales de la Asamblea de Estados Partes e, incluso, en interludios informales, de haber gobiernos dispuestos a financiarlos⁶².

A fecha 20 de noviembre de 2005 la página de la Corte Penal en Internet mantenía anclada su última actualización en el 10 de septiembre de 2003, incorporando la última de las numerosas propuestas de definición hechas, sin fruto⁶³.

10. La Comisión de Derecho Internacional, que incluyó el crimen de agresión entre los sometidos a la competencia de la Corte en su proyecto de estatuto de 1994⁶⁴, había excusado definirlo. Contándose con una definición autoritativa en el anexo de la res. 3314 (XXIX), adoptada por consenso después de un largo proceso de debate y maduración por un órgano tan representativo como la Asamblea General, bastaba ahora con precisar el crimen vinculando los actos ya tipificados con los sujetos a los que podían ser atribuidos.

En esta línea se han movido muchas propuestas, unas tratando de ampliar la discrecionalidad de la Corte Penal sirviéndose de los términos más genéricos del artículo 1 de la definición de la Asamblea (calzado en la forma del artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas)⁶⁵, y otras copiando

⁶² Véase G. NESI, "An Outsider's View", en M. POLITI y G. NESI (eds.), *The International Criminal Court...*, cit., pp. 172-173.

⁶³ Propuesta de Cuba sobre la definición del crimen de agresión y las condiciones para el ejercicio de jurisdicción (ICC-ASP /2/SWGCA/DP.1, de 4 de septiembre de 2003 (versión revisada de ICC-ASP/1/L.4).

⁶⁴ Artículo 20, b, del proyecto.

⁶⁵ Así, propuesta de Bosnia y Herzegovina, Nueva Zelanda y Rumania (PCNICC/2001/WGCA/DP.2).

prácticamente la definición toda, incluida la lista indicativa de actos de agresión que figura en su artículo 3⁶⁶ e, incluso, ampliándola⁶⁷.

Sin embargo, los mismos Estados que tratan de imponer el control absoluto del Consejo de Seguridad sobre las acciones de la Corte Penal son también los que formulan propuestas definitorias del crimen tendentes a restringir sustancialmente los actos incriminables. Sus iniciativas no parecen, pues, dirigidas a definir el crimen sino, más bien, a redefinir la agresión a efectos de la persecución y responsabilidad criminal.

Las tensiones ya pudieron advertirse en los trabajos preparatorios de la Comisión de Derecho Internacional⁶⁸. En 1991 el proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad incluía un artículo que era una réplica casi exacta de la res. 3314 (XXIX). Tres años después, en el proyecto de Estatuto de Corte Penal, la Comisión omite la definición, pero explica en comentario al articulado que dicha resolución puede ofrecer alguna guía⁶⁹. Finalmente, en 1996, cuando aprueba en segunda lectura el proyecto de Código de Crímenes la Comisión abandona la res. 3314 (XXIX) para adoptar la formulación del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg⁷⁰. En su virtud, es responsable del crimen de agre-

⁶⁶ Así en una propuesta de Egipto e Italia, de 21 de febrero de 1997, anterior a la Conferencia de Roma.

⁶⁷ Así, la llamada propuesta árabe en la Conferencia de Roma (UN Doc. A/CONF.183/C.1/L.56 y Corr. 1). Luego, ya en la Comisión Preparatoria de la Corte Penal, propuesta de Bahrain, Iraq, Líbano, Libia, Omán, Sudán, Siria y Yemen (PCNICC/1999/DP.11).

⁶⁸ V. M. D. BOLLO, *Derecho Internacional Penal. Estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2004, pp. 281-283.

⁶⁹ Tras señalar que "given the provisions of Article 2 (4) of the Charter of the United Nations" la Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, que incorporaba en su anexo una definición de la agresión, "offers some guidance", observa que "a court must, today, be in a better position to define the customary law crime of agresión than was the Nuremberg Tribunal in 1946 (Draft ILC Statute, U.N. GAOR, 49th Sess., Suppl. N° 10, p. 72, para. 6, U.N. Doc. A/49/10, 1994).

⁷⁰ Artículo 6, a, del Estatuto del TMI (anexo al Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945). El Estatuto no definía, a su vez, qué entendía por "guerra de agresión", lo que no impidió perseguir y condenar a quienes se consideraron responsables.

sión “el que, en cuanto dirigente u organizador, participe activamente en la planificación, preparación, desencadenamiento, libramiento de una guerra de agresión cometida por el Estado u ordene estas acciones...”⁷¹.

Esta opción restrictiva, limitada a la guerra de agresión, formalizada ahora por Rusia⁷², parece no disgustar a los demás miembros permanentes del Consejo de Seguridad. Cuenta en su haber con el hecho de que fue este el crimen contra la paz perseguido en Nüremberg (y en Tokio), el único que puede reclamar para sí, según sus patrocinadores, una naturaleza jurídica consuetudinaria oponible erga omnes. Ignora, sin embargo, la evolución de las normas internacionales sobre prohibición de la amenaza y uso de la fuerza a partir del artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas y hace irrelevante, a los efectos de la responsabilidad penal individual, la definición de la agresión consensuada en 1974 (res. 3314-XXIX), alrededor de la cual insisten en girar las propuestas de una mayoría de países.

Otra opción restrictiva fue protagonizada por Alemania al pretender circunscribir el crimen al ataque armado cuyo objeto sea la ocupación militar o la anexión territorial⁷³. De aceptar este punto de vista la destrucción de un país a distancia o desde el aire sin intención de poner el pie en él no sería perseguible criminalmente⁷⁴. Fue una coincidencia que esta propuesta se formulara unos meses antes del bombardeo aéreo de Serbia por algunos de los países miembros de la OTAN, Alemania uno de ellos. Posteriormente, ya en noviembre de 2000, Alemania sostuvo que el crimen de agresión presupone un ataque armado en gran escala contra la integridad territorial de otro Estado manifiestamente injustificado en Derecho Internacio-

⁷¹ Artículo 16 del proyecto. Énfasis añadido. La Comisión tampoco define qué es “guerra de agresión”, arguyendo que “queda fuera del ámbito del presente Código”.

⁷² PCNICC/1999/DP.12.

⁷³ PCNICC/1999/DP.13. Se inspira en el supuesto previsto en la letra a) del artículo 3 de la definición de la agresión de la Asamblea General, artículo que extiende hasta la letra g) la enumeración de actos que, sin ánimo exhaustivo, constituyen agresión (anexo de la res. 3314-XXIX).

⁷⁴ V. L. CONDORELLI, “Conclusions Générales”, en M. POLITI y G. NESI (eds.), *The International Criminal Court...*, cit., p. 158. Tb. H.P. KAUL, “The Crime of Aggression: Definitional Options for the Way Forward”, *ib.*, p. 100.

nal⁷⁵. De esta manera pretendía subrayar la importancia o gravedad del ataque y la indudable ilegalidad en que se producía, dos calificaciones presentes también en las propuestas de otros Estados⁷⁶.

La idea del umbral a partir del cual la agresión se convierte en crimen es en sí misma razonable y todas las propuestas mencionadas pueden ser retomadas como manifestaciones de ella⁷⁷; no obstante, también pueden parecer redundantes en la medida en que la importancia y gravedad de la agresión:

1) está implícita en los tipos del artículo 39 de la Carta de Naciones Unidas, donde se menciona la agresión a continuación del quebrantamiento de la paz;

2) está expresa en la res. 3314 (XXIX), donde "el hecho de que los actos de que se trata o sus consecuencias no son de suficiente gravedad" es una de las circunstancias pertinentes para que el Consejo de Seguridad concluya "que la determinación de que se ha cometido un acto de agresión no estaría justificada"⁷⁸; y

3) está asimismo expresada en el Estatuto de la Corte Penal, al afirmarse su jurisdicción sobre los crímenes más graves⁷⁹.

¿Se pretende ahora sugerir que sólo los actos más graves del más grave de los crímenes más graves deben someterse a la jurisdicción de la Corte? ¿o más bien, lo que va de suyo, que hay usos de la fuerza prohibidos por el Derecho Internacional que sólo cuando traspasan un determinado umbral de gravedad son calificables de agresión, como ya en su día declaró la Corte Internacional de Justicia en el asunto de las actividades militares y

⁷⁵ PCNICC/2000/WGCA/DP.4.

⁷⁶ Esta idea del uso de la fuerza armada en "manifiesta violación de la Carta de las Naciones Unidas" se encuentra también en la propuesta de Grecia y Portugal (PCNICC/2000/WGCA/DP. 5).

⁷⁷ Véase en este sentido PCNICC/2002/WGCA/RT.1, de 1 de abril de 2002, documento presentado por la coordinadora del grupo de trabajo sobre Agresión de la Comisión Preparatoria de la CPI, Silvia A. FERNÁNDEZ DE GURMENDI.

⁷⁸ Artículo 2 del anexo de la res. 3314 (XXIX). Énfasis añadido.

⁷⁹ Preámbulo, párrafo noveno, y artículos 1 y 5.1 del Estatuto.

paramilitares en y contra Nicaragua?⁸⁰ De ser así: 1) la agresión es premisa del crimen; 2) si hay agresión, hay crimen; y 3) la definición del crimen requiere determinar quiénes se vinculan con la agresión, de qué manera y en qué medida.

11. La cuestión más peliaguda (y la respuesta más controvertida) es la relativa a la competencia de los jueces de la Corte Penal para establecer la agresión. Frente a quienes se pronuncian en sentido afirmativo con base en el ejercicio independiente de la función judicial, se levantan otros –muy especialmente los voceros de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad– que sostienen que el ejercicio de dicha función depende inexcusablemente de la previa calificación de los hechos por el Consejo de Seguridad.

Lo primero que hay que advertir a la hora de pronunciarse es que el Estatuto de la Corte reclama sólo que la disposición definiendo el crimen de agresión y las condiciones de ejercicio de la competencia de la Corte sea “compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas”⁸⁰. Eso sería así aunque el Estatuto callara, en virtud de la prevalencia de las obligaciones de la Carta en caso de conflicto con otras obligaciones convencionales⁸¹. La Corte Internacional de Justicia ha debido asumirlo disciplinadamente en el ejercicio de su competencia cuando ha advertido que una decisión suya (en relación con la adopción de medidas cautelares) podía chocar con órdenes obligatorias del Consejo de Seguridad actuando en el marco del capítulo VII de la Carta⁸². Otro tanto podría sucederle a la Corte Penal en el ejercicio de su competencia sobre el crimen de agresión; por lo demás, ya en el Estatuto en vigor se reconocen al Consejo de Seguridad algunos poderes formidables, como el que le faculta para pedir (realmente, ordenar) a la Corte, mediante resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta, la suspensión por doce meses, renovable, de una investigación o un enjuiciamiento⁸³. Recordemos que

⁸⁰ Artículo 5.2 del Estatuto de la CPI.

⁸¹ Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas.

⁸² Véase supra para. 7.

⁸³ Artículo 16 del Estatuto de la CPI.

esta facultad –tan criticada por la dependencia política que impone a la Corte⁸⁴ - ya ha sido utilizada de manera abusiva por el Consejo⁸⁵.

Extender los poderes del Consejo en relación con la actividad de la Corte es, desde luego, posible, aunque sea lamentable; pero el Estatuto no obliga a ello. La compatibilidad con la Carta de una futura disposición relativa al ejercicio de competencia sobre el crimen de agresión no exige una calificación previa del Consejo como requisito sine qua non, como no lo requiere el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia cuando ésta conoce, en paralelo a menudo con el Consejo, de casos que implican el uso de la fuerza⁸⁶.

Es absolutamente impropio sostener la competencia exclusiva del Consejo de Seguridad en la calificación de la agresión previa a la persecución

⁸⁴ Esa fue la razón que declaró India para justificar su voto negativo al Estatuto: “Los poderes concedidos al Consejo parecen la simiente de la destrucción de la Corte Penal Internacional” (comunicado de prensa L/ROM/21, de 17 de julio de 1998).

⁸⁵ Resoluciones 1422 (2002) y 1487 (2003) ordenando la exclusión de toda instrucción o procedimiento criminal contra nacionales de Estados no partes en el Estatuto que participen en operaciones de mantenimiento de la paz autorizadas por el Consejo. Entre nosotros, véase la dura y justificada crítica de C. GUTIÉRREZ ESPADA, “La Corte Penal internacional (CPI) y las Naciones Unidas. La discutida posición del Consejo de Seguridad”, *Anuario de Derecho Internacional*, U. De Navarra, XVIII, 2002, pp. 3-61, en pp. 20-26 y 36-43, y J. CARDONA, “La CPI y el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales”, en J.L. GOMEZ COLOMER, J.L. GONZÁLEZ CUSSAC y J. CARDONA (eds.), *La Corte Penal Internacional (Un estudio interdisciplinar)*, Valencia, 2003, pp. 61-103, en pp. 73-81. Yendo aún más lejos, la resolución 1497 (2003), autorizando el establecimiento de una fuerza multinacional en Liberia, decidió que los efectivos aportados por un Estado que no sea parte en el Estatuto de la CPI quedarán sujetos a la jurisdicción exclusiva de ese Estado a menos que éste haya renunciado expresamente a dicha jurisdicción exclusiva. Todas estas resoluciones, auspiciadas por Estados Unidos, atentan contra el espíritu y la misma letra del artículo 16 del Estatuto (que el Consejo dice aplicar) pues la facultad exorbitante de ordenar la suspensión se limita a investigaciones y enjuiciamientos “ya iniciados”. Es buena noticia que como consecuencia del desgaste político producido por la agresión en Iraq y las violaciones del Derecho Internacional Humanitario en y después de la guerra, Estados Unidos haya debido abandonar en 2004 su proyecto de renovación de las órdenes de suspensión que vencían el 1 de julio, al no poder reunir la mayoría de votos en el Consejo necesaria para ello.

⁸⁶ Véase supra para. 6.

judicial del crimen, arguyendo que no hay otra solución conforme con el Estatuto de la Corte Penal. Por otro lado, introducir una condición así, atendiendo a consideraciones de oportunidad, arruinaría prácticamente las oportunidades de persecución del crimen⁸⁷.

Por supuesto, la declaración por el Consejo de que determinados hechos son una agresión desbrozará el camino de la Corte, aun conservando su competencia para reconsiderar a sus propios efectos dicha calificación. Asimismo, una declaración del Consejo en sentido contrario haría muy difícil la persecución penal de los sujetos a los que se hayan imputado los hechos. Pero si lo primero es altamente improbable, lo segundo es casi inverosímil. El Consejo es un órgano político que vota resoluciones políticas atendiendo a consideraciones que, de ser sustentadas por un juez, estimaríamos tal vez prevaricadoras. Evacuar su responsabilidad primordial en el mantenimiento de la paz o en su restablecimiento no exige del Consejo una calificación precisa conforme a los tipos del artículo 39 de la Carta. A los efectos de condicionar la actuación de la Corte Penal frente al crimen de agresión cabría a lo sumo postular una previa acción del Consejo en el marco del capítulo VII. La previsión del Estatuto de la Corte Penal sobre el ejercicio de su competencia cuando el Consejo, actuando dentro de este marco, remita al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o más de los crímenes que le son sometidos por el Estatuto⁸⁸, podría extenderse al crimen de agresión sin requerir del Consejo una precisa calificación de dicha situación, pues esa indeterminación suele ensanchar la base consensual de sus resoluciones sin limitar el abanico potencial de sus acciones.

Buscando un paso entre las dos orillas, la de los que propugnan la independencia absoluta de la Corte Penal en el ejercicio de su competen-

⁸⁷ V. G. GAJA, "The Respective Roles of the ICC and the Security Council in Determining the Existence of an Aggression", en M. POLITI y G. NESI (eds.), *The International Criminal Court...*, cit., p. 124.

⁸⁸ Artículo 13, b, del Estatuto de la CPI. Veáanse los comentarios de C. GUTIÉRREZ ESPADA, "La Corte Penal internacional (CPI) y las Naciones Unidas...", cit., pp. 26-36, y J. CARDONA, "La CPI y el mantenimiento de la paz...", cit., pp. 63-73.

cia⁸⁹ y la de los que patrocinan su absoluta dependencia del Consejo de Seguridad en la calificación de la agresión⁹⁰, se han hecho numerosas propuestas de compromiso que toman como punto de partida el deber de la Corte Penal de solicitar del Consejo de Seguridad una calificación de los hechos como agresión y la facultad, si el Consejo no se pronuncia en un plazo estatutario de -según unos- actuar conforme a su criterio⁹¹, y -según otros- acudir a la Asamblea General para que solicite de la Corte Internacional de Justicia una opinión consultiva con base en la cual la Asamblea podría aprobar una recomendación a la que se atendería la Corte⁹² ...

12. Realmente quienes predicán la intervención previa y vinculante del Consejo de Seguridad, lejos de tratar de proteger sus competencias según la Carta de las Naciones Unidas, lo que persiguen es extender al Estatuto de la Corte Penal el privilegio del veto de sus miembros permanentes y la impunidad para ellos y sus protegidos. Exigiendo la calificación del Consejo la Corte se convierte en su herramienta judicial cuando la resolución se aprueba y, cuando no, queda a la merced de cada uno de los miembros permanentes. Si la Corte Penal debiera depender del pronunciamiento previo de otro órgano declarando la agresión, lo lógico sería atribuir dicha competencia al órgano judicial principal de Naciones Unidas, la Corte Internacional de Justicia⁹³.

⁸⁹ Así, Cuba (ICC-ASP /2/SWGCA/DP.1), que señala que la falta de determinación por el Consejo de Seguridad de la existencia de un acto de agresión no impedirá el ejercicio de la jurisdicción de la Corte.

⁹⁰ Así Rusia (PCNICC/1999/DP.12), Alemania (PCNICC/1999/DP.13).

⁹¹ En este sentido presentó Camerún una enmienda al artículo 10.1 del Estatuto en la Conferencia de Roma (A/CONF.183/C.1/L.39). Luego, en la Comisión Preparatoria de la CPI, Grecia/Portugal (PCNICC/1999/WGCA/DP.1 y PCNICC/2000/WGCA/DP.5) y Colombia (PCNICC/2000/WGCA/DP.1).

⁹² Así Bosnia y Herzegovina, Nueva Zelanda y Rumania (PCNICC/2001/WGCA/DP.1).

⁹³ En su condición de ponente de la CDI sobre la responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, Gaetano Arangio-Ruiz, había planteado esta posibilidad desde la perspectiva de la jurisdicción contenciosa de la Corte Internacional de Justicia, advirtiendo al mismo tiempo sus limitaciones, deducidas de las actuales bases (consensuales) de su jurisdicción (Anuario de la CDI, 1988, vol. I, p. 114).

DESENLACE

13. En el pasado hemos asistido a la persecución y condena de los autores de una guerra de agresión como crimen contra la paz. Fue en Nuremberg y en Tokio al término de la Segunda Guerra Mundial. Hubo incluso quien, como Rudolf Hess, fue condenado únicamente, a diferencia de sus compañeros de banquillo, por este crimen. Purgó una cadena perpetua de la que sólo pudo librarle la muerte en 1987. Por aquél entonces ni siquiera todos los jueces que formaron parte de los tribunales militares internacionales estuvieron de acuerdo en que la censura moral de la guerra de agresión se había transformado ya en una censura jurídica⁹⁴. Cincuenta años después esas dudas se han despejado, al menos por lo que hace a la guerra de agresión, y cabe sostener que la prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza proclamada por la Carta de las Naciones Unidas extendió el crimen a otras formas de agresión incorporadas en normas de Derecho Internacional Consuetudinario⁹⁵.

Pero esta constatación carece de relevancia práctica si no existe el órgano competente para enjuiciar el crimen y castigar a sus responsables. Una vez en vigor el Estatuto de la Corte Penal es carencia gravísima la hibernación de su competencia sobre el crimen de agresión debido, sobre todo, al afán de los miembros más conspicuos de la sociedad internacional por reducir el tipo criminal y someter en todo caso la persecución y el en-

⁹⁴ En este sentido cabe recordar que los jueces PAL y RÖLING, que se sentaron en el tribunal de Tokio discreparon de la mayoría, al sostener que, si bien los agresores merecían la condena moral, el crimen no era tal antes ni al comienzo de la guerra, pues no se habían satisfecho las condiciones que en las relaciones internacionales podían haberlo originado (B.V.A. RÖLING y C.F. RUTER (eds.), *The Tokyo Judgment*, vol. II, 1977).

⁹⁵ CIJ, s. de 27 de junio de 1986 (Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua), *Recueil*, 1986, p. 103. La Corte hace esta afirmación en relación con la letra g) del artículo 3 de la definición de la agresión de la Asamblea General (res. 3314-XXIX), que albergaba el más problemático y discutido de los supuestos (el envío por un Estado o en su nombre de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que llevan a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado). El supuesto se circunscribe a los actos de fuerza armada "de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados...". En estos términos parece indiscutible la implicación de que todos los supuestos mencionados en el artículo 3 están contemplados hoy por normas consuetudinarias.

juiciamiento al control exclusivo de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad. Ha de descartarse por otro lado la creación de nuevos tribunales internacionales ad hoc, como los decididos por el Consejo para los acontecimientos de la antigua Yugoslavia a partir de 1991 (res. 827, de 25 de mayo de 1993) y para los de Ruanda en 1994 (res. 955 de 8 de noviembre de 1994), tribunales que al ocuparse de crímenes ocurridos en conflictos civiles obviaron en sus estatutos la agresión.

Si consideramos que el crimen de agresión, por su naturaleza, sólo es perseguible ante instancias judiciales internacionales⁹⁶, estamos muertos (aunque podamos resucitar más adelante). La Comisión de Derecho Internacional no llegó a tanto en sus proyectos, pero sí puntualizó que sólo los jueces del Estado nacional de los presuntos implicados podían juzgarlos en defecto o como alternativa a tribunales internacionales. Sin embargo, parece estrecha la Comisión al hacer de la nacionalidad del agresor la única conexión legitimadora de una jurisdicción estatal, y poco realista suponer la disposición de los jueces nacionales a su ejercicio⁹⁷.

La Comisión es estrecha porque: 1) presume que son nacionales quienes toman las decisiones que hacen de su Estado un agresor; y, 2) pasa por alto el interés legítimo del Estado agredido a ejercer la jurisdicción si la oportunidad se presenta, interés que puede ser también el de los países de nacionalidad o residencia de las víctimas. El Estatuto de la Corte Penal afirma que "los crímenes más graves...no deben quedar sin castigo" y a tal fin "hay que adoptar medidas en el plano nacional...siendo deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables"⁹⁸.

Crear, por otro lado, en la disposición del juez nacional a encausar por agresión a sus compatriotas es poco realista, incluso en el caso de que hayan perdido el poder con violencia. Se les pedirán cuentas por genocidio, crímenes contra la humanidad, torturas o crímenes de guerra en conflictos civiles;

⁹⁶ Como ha sostenido, por ejemplo, J. CRAWFORD en la CDI (Anuario de la CDI, 1994, vol. I, p. 221).

⁹⁷ V. G. GAJA, "The Long Journey towards Repressing Aggression", en A. CASSESE, P. GAETA y J.R.W.D. JONES (eds.), *The Rome Statute of the ICC: A Commentary*, Oxford U. Press, 2002, vol. I, p. 432.

⁹⁸ Párrafos cuarto y sexto del preámbulo del Estatuto de la CPI.

en los internacionales, acaso se les persiga por traición a la patria si han sido derrotados, no por agresión. Ahora los tribunales iraquíes tendrían oportunidad de incluir la agresión a Irán y a Kuwait en el pliego de cargos de Sadam Hussein y sus colaboradores. No creo que lo hagan. La diseminación fatal de la culpa del agresor al Estado, a sus instituciones, a sus ciudadanos, que probablemente consintieron, autorizaron o jalearon sus actos frente a enemigos tradicionales, tiene un efecto disuasorio, no sólo sobre la administración de justicia, sino sobre la misma previsión legal. ¿Cuántos ordenamientos estatales recogen el crimen de agresión? ¿Cuántos la jurisdicción sobre el mismo? Los jueces nacionales harán lo posible para tapar las rendijas por las que quieran colarse los venusianos, pioneros de una justicia extraterrestre.

Además, por si esto no bastara, está el asunto de la inmunidad de jurisdicción penal de los agentes del Estado y, muy particularmente, de sus altos dirigentes en tanto se mantienen en sus cargos. La Corte Internacional de Justicia la ha afirmado en términos absolutos frente a tribunales estatales, solicitada al efecto por la República Democrática del Congo, uno de cuyos ministros estaba procesado en Bélgica por crímenes internacionales⁹⁹. Esa inmunidad no opera frente a la Corte Penal Internacional¹⁰⁰, pero el Estatuto dispone que la Corte no puede forzar el deber de cooperación de los Estados partes para entregar a una persona si la entrega es incompatible con las obligaciones relativas a inmunidades que el Derecho Internacional impone (o, incluso, con las que ha asumido mediante acuerdo con un tercero, al margen de tales obligaciones¹⁰¹). Esto último ha sido un coladero para las decenas de acuerdos que con tan fin ha celebrado Estados Unidos para proteger a sus ciudadanos de la Corte, muy oportunamente, teniendo en cuenta el extenso despliegue de sus efectivos y los métodos que inspiran su conducta. Una actitud, por otro lado, muy civilizada, teniendo en cuenta que gentes como John Bolton proponían reducir la Corte a las tinieblas¹⁰².

⁹⁹ S. de 14 de febrero de 2002 en el asunto Orden de arresto de 11 de abril de 2000 (R. D. del Congo c. Bélgica).

¹⁰⁰ Artículo 27 del Estatuto de la CPI

¹⁰¹ Artículo 98 del Estatuto de la CPI.

¹⁰² J. BOLTON, "Courting danger. What's Wrong with the ICC", *The National Interest*, winter 1998-1999, pp. 60-71.

Se atribuye a Agustín de Hipona el relato de un pirata que habiéndose encontrado con Alejandro Magno le espetó que su única diferencia estribaba en la escala de sus depredaciones. El caso es que sólo los piratas son ahorcados. Los agresores pueden dormir tranquilos en su estabilizada condición de presuntos. Morirán de otra cosa, a menos que sean vencidos, en cuyo caso su persecución se alimentará de la derrota. La agresión y el crimen, ¿pertenecen al orbe de la política y la diplomacia, no al de la justicia, que puede servirlos, pero no desbancarlos? De ser así, si en países que salen de la tiranía se pretende sofocar la persecución extraterritorial de otros crímenes gritando ¡viva la democracia, abajo la justicia universal!, pues ese – se dice – es el precio, ¿por qué escandalizarse si frente a la agresión y los agresores también se grita ¡viva la paz, viva (incluso) la libertad, abajo la justicia internacional! Vencedores y vencidos, he ahí la eterna medida del crimen. Si la agresión, como parece, recibe respaldo ciudadano en algunos países desarrollados democráticos, tal vez en vez de un crimen es sólo un punto de vista.

LA COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL Y EL ORDEN PÚBLICO EN LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA

Amalia Uriondo de Martinoli*

I. INTRODUCCIÓN

En un mundo que se caracteriza por la tendencia de los Estados a flexibilizar sus fronteras y alcanzar la integración en el terreno jurídico por medio de convenios internacionales, cobra especial relieve el mutuo auxilio que pueden prestarse las autoridades que ejercen la función jurisdiccional en otros Estados con la finalidad de administrar justicia.

La cooperación jurídica internacional engloba toda aquella actividad de naturaleza procesal desarrollada en un Estado, al servicio de un proceso incoado o a incoarse ante extraña jurisdicción¹. La cooperación puede consistir en la transmisión de notificaciones y comunicaciones que es preciso canalizar en territorio extranjero, la ejecución de una diligencia probatoria, extendiéndose su contenido a las solicitudes de información del derecho de un país a los tribunales de otro. Existe también la posibilidad de requerir la adopción de medidas cautelares o precautorias en un país diferente de aquél en donde se tramita el proceso. Con relación al reconocimiento o ejecución

* Profesora de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Internacional.

¹ TELLECHEA BERGMAN, Eduardo, "La cooperación Jurídica Internacional de mero trámite y probatoria", en Curso de Derecho Procesal Internacional y Comunitario, obra dirigida por Angel LANDONI SOSA, Fundación de Cultura Universitaria, Universidad de la República de Montevideo, 1997, 149/164 pp.

de una resolución extranjera, mayoritariamente se la excluye del contenido de la institución aunque, en sentido amplio, también sea necesaria la cooperación para que la sentencia goce de eficacia extraterritorial². Debo puntualizar que de no existir la asistencia judicial internacional, se frustraría el buen fin del proceso en el que se sustancia una situación del tráfico jurídico externo- imposibilidad de realizar notificaciones, diligenciar pruebas, etc.

Precisamente, el interés que movilizó a los primeros delegados a las Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado, ha sido el de ofrecer las respuestas jurídicas que, en dicho ámbito, requieren los nuevos tiempos. Así, cabe mencionar las Convenciones Interamericanas de Panamá de 1975 sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, Recepción de Pruebas en el Extranjero y sus Protocolos Adicionales de 1979 y 1984, respectivamente; las Convenciones de Montevideo de 1979 sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, Eficacia Extraterritorial de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, y Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero. Conviene asimismo citar las Convenciones de Montevideo de 1989 sobre Restitución Internacional de Menores, Obligaciones Alimentarias y la de México de 1994 sobre Tráfico Internacional de Menores, cuyos objetivos sólo pueden concretarse a través de la efectiva cooperación entre las autoridades de distintos Estados.

Para fijar el régimen jurídico en el sector de la asistencia judicial internacional, ha de estarse en primer término, a lo dispuesto en los convenios internacionales en los que Argentina es parte. La primacía de los convenios es excluyente y deriva directamente de lo prescripto en la primera parte del art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional -luego de su reforma en 1994-, al expresar que "los tratados y los concordatos tienen jerarquía superior a las leyes". Sin que ello implique desconocer que dicha primacía, ya había sido reconocida por nuestro país el 27 de setiembre de 1983 cuando, mediante ley 22.921, se autoriza al Ejecutivo Nacional a ejercer su poder jurídico de ratificar la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Dere-

² PÉREZ MILLA, Javier, La notificación judicial internacional, Ed. Comares, Granada 2000, p. 6.

cho Internacional Privado³, cuyo art. 1 establece: "La determinación de la norma jurídica aplicable para regir situaciones vinculadas con derecho extranjero, se sujetará a lo regulado en esta Convención y demás convenciones internacionales suscriptas o que se suscriban en el futuro en forma bilateral multilateral por los Estados Partes. En defecto de norma internacional, los Estados Partes aplicarán las reglas de conflicto de su derecho interno".

Es por eso, que los comentarios tienen como objetivo poner de manifiesto la aplicación de las Convenciones elaboradas en las Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado -CIDIP- por parte de nuestros tribunales; y la posibilidad que éstos tienen de rehusar el cumplimiento de un exhorto o desconocer la eficacia extraterritorial de un pronunciamiento foráneo cuando está en juego el orden público internacional argentino.

A tal efecto, efectuaremos un somero examen de las disposiciones contenidas en algunos de los convenios sobre cooperación internacional. Seguidamente, desglosaremos las sentencias pronunciadas por las distintas instancias judiciales del país en orden a destacar las siguientes cuestiones: identificación de las fuentes convencionales aplicables al caso concreto; y la cláusula de orden público internacional.

II. CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE EXHORTOS O CARTAS ROGATORIAS.

Se ha visto ya, que la cooperación internacional en la realización de la justicia llamó la atención de los Gobiernos de los Estados Miembros de la OEA, encontrando su primera regulación en el seno de la Primera Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado - Panamá 1975- mediante la adopción de reglas comunes para el cumpli-

³ Son también Estados partes: Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Inf. www.oas.org del 8/02/05.

miento y tramitación de los exhortos o cartas rogatorias entre los Estados Partes⁴.

Desde el punto de vista del ámbito de aplicación material, se aplica a materias civil o comercial, aunque el convenio faculta a los países ratificantes a declarar que dicho ámbito se extiende a la "tramitación de exhortos o cartas rogatorias que se refieran a materia criminal, laboral, contencioso - administrativo, juicio arbitral u otras materias objeto de jurisdicción especial" (art. 16). El auxilio comprende la realización de actos procesales de mero trámite -notificaciones, citaciones, emplazamientos- o la recepción u obtención de pruebas e informes en el extranjero. Quedan excluidos los actos que impliquen ejecución coactiva.

Los exhortos o cartas rogatorias, que podrán ser tramitados por las propias partes interesadas, por vía judicial, diplomática, consular, o por la Autoridad Central designada⁵, deberán ir acompañados de la documentación que se entregará al citado notificado o emplazado (vgr. copia autenticada de la demanda y sus anexos, y de los escritos y resoluciones que sirvan de fundamento a la diligencia solicitada; información escrita acerca de cuál es el órgano jurisdiccional requirente, etc.).

Asimismo, deberán ajustarse a las exigencias formales, procesales y sustanciales especificadas en el texto. Las primeras están destinadas a asegurar la autenticidad del instrumento -legalización, individualización del tribunal exhortante-; su comprensión -traducción al idioma oficial del Estado requerido-; y cumplimiento -identidad del apoderado de la parte solicitante-.

⁴ La Convención, que entró en vigencia el 16 de enero de 1976, ha sido ratificada por la República Argentina luego de su aprobación por ley 23.503 (B.O. 16/10/87). Depositaron también los respectivos instrumentos de ratificación: Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. En el año 1987 España depositó el instrumento de adhesión. Inf. www.oas.org del 8/02/05.

⁵ Las vías diplomática o consular, a través de la Autoridad Central o por los tribunales de las zonas fronterizas, acreditan sin necesidad de legalización la autenticidad de las rogatorias remitidas por su intermedio.

Dentro de las procesales correspondería incluir la información de los términos de que dispone la persona afectada por la medida para actuar, las advertencias que le hiciera el órgano requirente sobre las consecuencias que entrañaría su inactividad, y la tramitación especial o la observancia de formalidades adicionales solicitadas por este tribunal.

El requisito sustancial, alude a la causa tradicional de denegación de la solicitud por contrariedad con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico del foro exhortado.

La atribución de las costas y demás gastos del trámite y cumplimiento de los exhortos o cartas rogatorias, correrán por cuenta de los interesados, pudiéndose obtener, sin embargo, el beneficio de pobreza conforme a las leyes del Estado requerido.

Finalmente, de modo expreso aclara que la prestación del auxilio no implicará de manera definitiva el reconocimiento de la competencia del órgano jurisdiccional requirente ni el compromiso de reconocer la validez o de proceder a la ejecución de la sentencia que dictare.

Con la finalidad de fortalecer y facilitar la cooperación internacional en materia de procesos judiciales, en la Segunda Conferencia Especializada Interamericana, celebrada en Montevideo en 1979, se adoptó el Protocolo Adicional a la Convención antes citada⁶. El cuerpo normativo crea documentos y establece reglas procesales adicionales para facilitar la diligencia de los exhortos o cartas rogatorias bajo la Convención, con excepción de las actuaciones procesales para la recepción y obtención de pruebas en el extranjero.

Luego del sucinto examen del marco convencional, avanzaremos sobre las resoluciones pronunciadas por nuestros tribunales bajo el alero de esa normativa.

⁶ El Protocolo vincula a Argentina, Brasil, Chile, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Inf. www.oas.org del 8/02/05.

1) CNCiv., sala I, febrero 24-2000-“Garramone, Esteban I. y otro c. Solanet, Rodolfo y otro s/exhorto”⁷.

A) Los hechos y antecedentes del caso.

El Juez del Tribunal Superior del Estado de California (EEUU- Condado de Orange), mediante exhorto, invocando la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, solicitó al tribunal argentino competente la recepción de una declaración testimonial a prestar por una persona llamada Mariana Solanet a través de un interrogatorio escrito. Presentado el exhorto en debida forma por los autorizados para su diligenciamiento, la juez a quo designó audiencia a efectos de obtener la declaración de la testigo.

En ese acto, la declarante manifestó su condición de hija del demandado, razón por la cual, el juzgado argentino a cargo del auxilio judicial internacional resolvió que: “en virtud de lo dispuesto por el art. 427 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que no autoriza la declaración como testigos de consanguíneos o afines en línea directa con las partes, salvo en caso de reconocimiento de firmas, y de conformidad con lo establecido por la ley 23.481 en su art. 2^º, no procede la declaración de la testigo Mariana Solanet por lo que se excluye su testimonio”.

⁷ Publicado en el Diario El Derecho de 14 de setiembre de 2000, con nota a fallo de Raúl Alberto Ramayo “El auxilio judicial internacional argentino en materia de declaración de testigos”. Un desarrollo profundizado sobre este tema puede verse en FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L., “Conocimiento y prudencia: dos virtudes reunidas en un fallo aleccionador”, Colección de análisis jurisprudencial- Derecho Internacional Privado y de la Integración, Ed. La Ley, Bs. As., 2004, ps. 513/521.

⁸ Debe señalarse que la ley 23.481 (B.O. 22/4/87) sólo aprueba la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero y consta de dos artículos, de los cuales el 2º es de mera forma. La disposición a la que alude el magistrado es el art. 2 del instrumento internacional, el cual exime al Estado requerido de diligenciar el pedido cuando fuere contrario a sus disposiciones legales. El convenio cuenta con la ratificación de Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. Inf. www.oas.org del 8/02/05.

El representante de la parte actora al fundar en la alzada su apelación sostuvo: a) que el principio de cooperación judicial que inspira la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero debe prevalecer sobre lo dispuesto por el art.427; b) que el art. 2 del citado convenio no resuelve la cuestión "pues no se trata de un medio probatorio prohibido ni está en juego el orden público, pues Rodolfo Solanet no reviste el carácter de demandado, tal como podría considerarse para la ley argentina"; c) que la testigo puede aportar elementos a la investigación judicial; d) que no medió oposición de los interesados; y e) que de acuerdo a lo establecido por el art. 8 de esta Convención, el cumplimiento del exhorto no implicará en definitiva el compromiso de reconocer la validez o de proceder en el futuro a la ejecución de la sentencia que se dictare.

En su dictamen, el Fiscal de Cámara se expidió a favor de la confirmación de la resolución apelada a tenor del art. 2, apartado primero, de la mencionada Convención, que dispone que no se cumplirá la diligencia solicitada en el caso de que fuere contraria a disposiciones legales en el Estado requerido que expresamente la prohiban. Asimismo, citó el art.5, según el cual los exhortos o cartas rogatorias relativos a la recepción u obtención de pruebas se cumplirán de acuerdo con las leyes y normas procesales del Estado requerido; y el art. 16, que faculta a ese Estado a rehusar el cumplimiento del exhorto cuando sea manifiestamente contrario a su orden público. En consecuencia, "haciendo mérito de la prohibición contenida en el art. 427 de la ley procesal señaló, que la misma se encuentra fundada en la preservación de la familia, siendo dicha prohibición absoluta y de orden público, no pudiéndose prescindir de ella aun mediando conformidad de partes".

B) Sentencia de la Cámara.

El pronunciamiento del tribunal de apelación gira en torno a tres cuestiones esenciales:

a) Identificación de la fuente normativa a tener en consideración para la resolución del caso correspondiente.

La Cámara comienza declarando que no resulta aplicable al caso la Convención Interamericana invocada por los representantes de los actores

y por el Fiscal de Cámara. Reconoce que el requerimiento de la cooperación judicial de otro país para obtener la declaración de un testigo queda comprendida dentro del ámbito material de aplicación de la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, adoptada por la Primera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado - Panamá 1975- la cual ha sido aprobada por la ley 23.481, y luego ratificada por Argentina. No obstante ello, concluye que ésta no resulta aplicable al supuesto por la falta de ratificación del país del magistrado requirente (EEUU).

La materia bajo tratamiento resulta, entonces, encuadrada en la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, producto, al igual que la anterior, de la actividad de la Primera Conferencia, la que sí ha sido ratificada por ambos Estados y, precisamente, fue el convenio invocado por el juez exhortante⁹. De acuerdo al alcance del texto convencional, éste se aplica a los instrumentos de cooperación judicial internacional expedidos en actuaciones y procesos en materia civil o comercial por los órganos jurisdiccionales de los Estados Partes y que tengan por objeto: a) la realización de actos procesales de mero trámite, tales como notificaciones, citaciones o emplazamientos en el extranjero; b) la recepción y obtención de pruebas e informes en el extranjero, salvo reserva al respecto (art. 2).

b) El art. 427 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Determinada la fuente normativa a tener en consideración para la resolución de la causa, el tribunal de apelación se detiene a precisar los alcances que cabe asignar al impedimento legal para que puedan prestar declaración testimonial determinadas personas (art. 427). A tal fin, señala los tres aspectos que en materia de prueba suelen distinguir la doctrina y las nor-

⁹ Conforme a las reservas hechas al ratificar la Convención sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, los Estados Unidos asumen las relaciones que se derivan de este tratado únicamente con respecto a los Estados que hayan ratificado o se hayan adherido a esta Convención y a su Protocolo Adicional del año 1979, entre los que vimos se encuentra la República Argentina,

mas del Derecho Procesal Internacional con miras a determinar la ley aplicable a los mismos: la admisibilidad de la prueba y la apreciación o valoración probatoria, quedan sujetas a "la ley de fondo que regula el acto jurídico materia de juicio"; mientras que la tramitación o diligenciamiento se rige por las reglas procesales del Estado requerido (*lex fori*)¹⁰.

Sobre esta base, la alzada considera que el citado art. 427 no debe ser atendido como derecho aplicable a la cuestión en que se trata de obtener en nuestro país una declaración testimonial a requerimiento de un tribunal estadounidense, ya que el ámbito de aplicación de la ley procesal del juez argentino se encuentra limitado a lo que pueden denominarse como cuestiones procedimentales, y ciertamente éste "...es el ámbito a que se refiere el art. 10 de la Convención, bajo el claro título de "Tramitación". Por consiguiente, la admisibilidad de la testimonial de parientes de las partes, en línea recta, se rige por la ley extranjera que regula este aspecto.

c) El art. 427 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y el orden público internacional argentino.

La última cuestión se relaciona con la posibilidad de denegar el auxilio solicitado de acuerdo a lo dispuesto por el art. 17 de la Convención, que faculta al Estado requerido a rehusar el cumplimiento de un exhorto o carta rogatoria cuando sea manifiestamente contrario a su orden público.

La Cámara considera que el art. 427 del Código Procesal es una disposición de orden público, que consagra la prohibición legal para que determinadas personas puedan ser ofrecidas como testigos. Esta conclusión la lleva a examinar si el principio de protección de la armonía y solidaridad familiar, que informa el impedimento legal contenido en dicho artículo,

¹⁰ Esa es también la solución contenida en los arts. 1 y 2 de los Tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889 y 1940. El primero fue ratificado por Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay; Colombia adhirió. El segundo ha sido ratificado por Argentina, Paraguay y Uruguay; entre estos Estados sustituye al Tratado anterior de 1889.

puede catalogarse también como un principio de orden público internacional. De esa calificación derivan distintas consecuencias: en el primer supuesto, la norma no puede ser derogada por la voluntad de las partes (CCivil, art. 21); en el segundo, el tribunal requerido estaría facultado a rechazar la aplicación de la legislación extranjera; a denegar el reconocimiento o ejecución de sentencias de ese origen; o el cumplimiento de actos de auxilio judicial internacional.

El tribunal descarta la última posibilidad, por cuanto sostiene que no existe en el derecho del foro una norma que acuerde al art. 427 la característica de ser una disposición de orden público internacional; y que la tendencia de la más moderna legislación internacional es concebir a esta excepción, no como disposición sino como un conjunto de principios básicos del ordenamiento del foro. A renglón seguido añade, que la concepción de orden público internacional “como característica de disposiciones se encuentra, salvo precepto legal expreso, en franca retirada en el derecho comparado y en la opinión de los autores iusprivatistas”¹¹, destacando su excepcionalidad para casos de indispensable defensa de principios absolutamente necesarios del ordenamiento, por lo que sólo cabe acudir a ella en casos extremos. Además, la incompatibilidad de la legislación extranjera con el ordenamiento del foro debe ser “manifiesta”, según lo dispuesto por el art. 17 de la Convención de cuya aplicación se viene tratando.

La alzada resalta la inexistencia de una norma o criterio unánime en el país, habida cuenta de su organización federal y la facultad reservada a las provincias para legislar en materia procesal. Es por ello que, parafraseando a Werner Goldschmidt manifiesta que: “ninguna norma extranjera infringe el orden público, si análoga norma se encuentra admitida en el derecho provincial donde lo hubiere”¹². En relación específica con el auxilio judicial internacional, al examinar cuestiones vinculadas con el orden público, sigue al mismo autor que dice no creer que tomar declaración a un testigo pariente en línea recta de una de las partes lo conculque¹³.

¹¹CNCiv., sala I, abril 20-1995- “Martov, Samuel s/sucesión ab-intestato”, apar. VII-segundo párrafo, ED, 162-598.

Sobre la base de estos razonamientos, la Cámara considera que la producción de la prueba testimonial solicitada por el juez estadounidense, no es contraria, de manera manifiesta, al orden público internacional argentino, por lo que resuelve revocar la resolución del a quo y devolverle los autos.

d) Importancia e implicancias del fallo.

La Cámara llama la atención que en el seno de la Primera Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado exista una superposición de reglamentación en materia probatoria, pues resulta injustificable haber incluido el tema de la recepción y obtención de pruebas e informes en el extranjero en la Convención sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, debido a que la materia había sido objeto de un régimen específico en un tratado independiente. Con incuestionable acierto, apunta en palabras de Parra Aranguren¹⁴, que esta superposición, fruto del apresuramiento y ausencia de un análisis coordinado de los diversos proyectos en el ámbito de la CIDIP I, constituye una innecesaria fuente de dificultades.

En un contexto internacional que tiende a la integración en el terreno jurídico por la ratificación de convenios internacionales, sobresale la particular preocupación que revela la Cámara por resaltar el carácter excepcional del orden público internacional. En efecto, si bien reconoce que el orden público aparece como un principio necesario del que no puede prescindirse, destaca su excepcionalidad para casos de indispensable defensa de principios absolutamente necesarios del ordenamiento del Estado requerido. Asimismo, advierte que dicha incompatibilidad no funciona en cualquier grado sino que debe ser manifiesta, ya que esta exigencia constituye un criterio común acogido por otros instrumentos internacionales.

¹² GOLDSCHMIDT, Werner, *Suma de Derecho Internacional Privado*, 2º ed., p. 99.

¹³ GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado*, 5º Ed., Depalma, Bs.As., 1985, p. 479.

¹⁴ PARRA ARANGUREN, Gonzalo, *Codificación del Derecho Internacional Privado en América*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 1982, ps.337/8.

2) CNCiv. sala J, agosto 25-1998, "N.,S.R. y O.R.M. s/divorcio"¹⁵.

La reseña de este fallo procura brindar otro ejemplo en el que los tribunales argentinos analizan el ámbito material de aplicación de los convenios internacionales, en orden a identificar la fuente normativa aplicable al caso concreto.

A) Los hechos y antecedentes del caso.

En la sentencia de divorcio los cónyuges acordaron todo lo relativo a la tenencia del hijo menor, régimen de visitas, alimentos y liquidación de la sociedad conyugal. Ante el incumplimiento de lo convenido en materia alimentaria y la pasividad demostrada por el padre del menor, se lleva a cabo el apercibimiento mediante la traba de un embargo sobre los fondos que pudieran existir en la cuenta de titularidad o cotitularidad del alimentante en el Bank of América- EEUU- y la retención y depósito directo en autos de una suma de dinero en concepto de alimentos.

Con el propósito de efectivizar la medida dispuesta, se ordena el libramiento de un exhorto diplomático conforme a lo establecido en el art. 2 inc. a) de la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias¹⁶. Asimismo, se dispuso el libramiento de una rogatoria –en los términos del inc. b) del antedicho artículo- para requerir al "Internal Revenue Service Center", que informe si el demandado es titular o cotitular de cuentas corrientes, cajas de ahorro, de depósito, acciones, bonos, todo valor o bien que pudiera encontrarse a su nombre (art. 2, inc. b).

El exhorto librado con motivo del embargo antes referido fue devuelto, porque en atención a lo informado por la Autoridad Central del país requerido, no era posible cumplimentar lo solicitado por ir "más allá del tipo de asistencia legal que se puede proveer bajo la ley y la práctica de los Estados Unidos de América". Por lo tanto sugiere contrate los servicios de un abogado de tal jurisdicción.

La información solicitada por el segundo de los exhortos señalados, no fue brindada por "una cuestión de confidencialidad".

¹⁵ El Derecho, 184-35.

¹⁶ Ver nota 4.

Frente a ello, la actora pretende el libramiento de un nuevo exhorto, a través del cual se perseguía la traba de la medida cautelar ordenada sobre los fondos existentes en la cuenta referenciada. En orden a fundamentar su petición cita también, la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares adoptada por la CIDIP II en la ciudad de Montevideo en el año 1979¹⁷; la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución en el Extranjero de la Obligación de Prestar Alimentos¹⁸; y la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, la cual comparte con la Constitución Nacional la misma jerarquía (art. 75, inc. 22).

La resolución negativa del juez a quo, motiva el recurso que -en representación de su hijo menor- interpone la demandante.

B) Sentencia de la Cámara.

a) identificación de la fuente normativa a tener en consideración para la resolución del caso correspondiente.

El tribunal resolvió confirmar el pronunciamiento que rechazó la pretensión de la actora, a fin de que se librara un nuevo exhorto a los mismos fines y efectos que el devuelto. En tal sentido, sostuvo que el objeto de la medida pretendida quedaba fuera del ámbito de aplicación de la citada convención, ya que no se trataba de un acto procesal de mero trámite, tales como notificaciones, citaciones o emplazamientos (art. 2, inc. a); y porque se establece una expresa prohibición respecto a actos que impliquen ejecución coactiva (art. 3).

No obstante descartar la aplicación de la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución en el Extranjero de la Obligación de Prestar Alimentos – a causa de la falta de ratificación de Estados Unidos de Norteamérica-,

¹⁷ La Convención ha sido ratificada por la República Argentina luego de su aprobación por ley 22.921 (B.O. 27/9/83). También la ratificaron: Colombia, Ecuador, Guatemala, Paraguay, Perú y Uruguay. Inf. www.oas.org del 8/02/05.

¹⁸ A través de la ley 17.156 (B.O. 10/11/67) se autorizó la adhesión a la Convención adoptada por la Conferencia de la ONU reunida en la ciudad de Nueva York en 1956.

consideró que dicha normativa no modificaba lo expuesto. El Preámbulo expresa que su finalidad, es establecer los medios conducentes para resolver las graves dificultades legales y prácticas que suscita la ejecución en el extranjero de decisiones relativas al cumplimiento alimentario. Pero ello, no autoriza a disponer la reiteración de una cuestión que ya fue contemplada en el país requerido, cuyo resultado, es el comunicado por la Embajada de la República Argentina en los Estados Unidos.

Con respecto a la invocada Convención sobre los Derechos del Niño, la Cámara concluyó que no sería aplicable por haber excedido el menor la edad dieciocho años, que es el límite de protección que el texto establece al principio de su articulado. Asimismo afirmó, que la citada Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares ha sido ratificada por la República Argentina, más lo cierto es que no lo fue por los Estados Unidos de América.

Atento a que no se advierte que por el hecho de reiterar lo solicitado, se pueda obtener una respuesta distinta a las brindadas con motivo de las rogatorias anteriores, se decidió confirmar lo resuelto por el magistrado de grado.

III. CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE EFICACIA EXTRATERRITORIAL DE LAS SENTENCIAS Y LAUDOS ARBITRALES EXTRANJEROS.

En esta ocasión abordaremos el tema referido a los efectos que pueden desplegar las decisiones pronunciadas en otro Estado que resuelven asuntos que afectan a particulares o sujetos que actúan en calidad de tal. Se trata de decidir si se acepta o no la solución que a una determinada cuestión ya ha proporcionado una autoridad extranjera. No podemos dejar de señalar que la ausencia de reconocimiento de dichas resoluciones perjudicaría la continuidad en el espacio de las soluciones jurídicas, convirtiéndose en soluciones claudicantes- válidas exclusivamente en el territorio del país en que han sido dictadas e inválidas fuera del mismo¹⁹ -, lo que importaría la

¹⁹ CALVO CARAVACA, Alfonso L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, Introducción al Derecho Internacional Privado, Editorial Comares, Granada, 1997, p. 470.

negación del objeto y función del Derecho Internacional Privado: la continuidad de las relaciones jurídicas en el espacio²⁰.

El sistema argentino sobre la eficacia extraterritorial de sentencias extranjeras cuenta con una pluralidad de regímenes jurídicos: a) Convenios multilaterales generales, cuyas disposiciones son aplicables a un conjunto amplio de materias; b) Convenios bilaterales; c) Acuerdos elaborados en el marco del proceso de integración económica; y d) Régimen de producción interna.

Cuando al juez nacional se le solicita el reconocimiento y ejecución de una decisión extranjera, esta pluralidad de regímenes le plantea la necesidad de determinar cuál es el convenio aplicable al caso concreto, pues ya tuvimos la oportunidad de advertir que sólo podrá apelar a la normativa interna en defecto de regulación convencional.

Para resolver el conflicto entre tratados sucesivos concernientes a la misma materia, se estará a lo dispuesto por las cláusulas de compatibilidad contenidas en sus textos respectivos²¹, y a la aplicación del convenio más favorable a la eficacia de la sentencia. Por ejemplo, el art. 35 del Protocolo de la Leñas de 1992²² establece que no restringirá las disposiciones de las convenciones que sobre la misma materia hubieran sido suscriptas anteriormente entre los Estados Partes del Mercosur en tanto no lo contradigan. Cabe, entonces, aludir a la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, adoptada por la Segunda Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado, en la ciudad de Montevideo, en el año 1979²³, que

²⁰ FERNÁNDEZ ROSAS, José Carlos/SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *Derecho Internacional Privado*, Primera Edición, Civitas, Madrid 1999, p. 253.

²¹ Conf. art. 30. 2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

²² A través del Protocolo los Estados Partes -Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay- se comprometen a prestarse asistencia mutua y amplia cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa (art. 1).

²³ La República Argentina ratificó la Convención luego de su aprobación por ley 22.921 (B.O. 27/9/83). Son también Estados partes: Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Inf. www.oas.org del 8/02/05.

vincula a los cuatro Estados del bloque regional, aunque es dable advertir que en pocos supuestos podrá hacerse efectiva tal salvedad ya que los legisladores de la integración la tomaron como modelo²⁴. Tampoco se puede perder de vista que la Convención tiene un ámbito de aplicación más restringido, ya que excluye la materia administrativa contemplada por aquél.

Así, es posible observar que desde los Tratados de Derecho Procesal de Montevideo de 1889 y 1940 que sólo comprendían los asuntos civiles y comerciales²⁵, progresivamente se fue ampliando a los pronunciamientos dictados en procesos laborales, administrativos e inclusive penales en materia de reparación de daños y restitución de bienes (art. 18 del Protocolo de Las Leñas).

Ante la ausencia de cláusulas de compatibilidad, las relaciones entre los Estados que son parte de los convenios sucesivos sobre la misma materia se rigen por la regla de la temporalidad, esto es, prevalece el posterior sobre el tratado anterior, cuyas disposiciones se aplicarán únicamente en la medida que sean compatibles con las del tratado posterior²⁶.

En líneas generales, los acuerdos internacionales prescriben similares condiciones –formales, procesales y sustanciales- a ser verificados por el juez requerido para conferir eficacia dentro de su territorio a las resoluciones jurisdiccionales pronunciadas en otro Estado Parte.

Con relación a los recaudos formales que deben cumplir la sentencia y la documentación anexa –autenticidad, traducción si correspondiere y legalización- también se han operado cambios dirigidos a acelerar el trámite, por ejemplo, en el Protocolo de La Leñas la legalización no resulta exigible porque se ha convenido que la tramitación sea realizada a través de las autoridades centrales (art. 2).

²⁴ Se alejan de la Convención cuando suprimen: a) la exigencia de la legalización - al prever la tramitación vía Autoridad Central-; b) que el demandado sea notificado o emplazado de modo sustancialmente equivalente a la aceptada por la ley del Estado donde la sentencia deba surtir efectos; y c) cuando añaden la excepción de litispendencia y cosa juzgada.

²⁵ La reforma introducida en 1940 incluyó los asuntos contenciosos-administrativos (art. 3).

²⁶ Conf. art. 30. 3 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

Desde el perfil de los requisitos procesales, el régimen convencional e interno coinciden en exigir que el tribunal sentenciador tenga jurisdicción en la esfera internacional para conocer y juzgar en el asunto "de acuerdo con la ley del Estado donde deban surtir efectos"²⁷. En la medida que se controla a tenor de los criterios atributivos de jurisdicción directa del foro de reconocimiento y no del ordenamiento del cual proviene la sentencia, surge con nitidez la adhesión a la doctrina bilateralista como método de control de la jurisdicción internacional extranjera²⁸.

²⁷ Tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940, art. 5, inc. a); CIDIP de 1979, art. 2, inc. d); Protocolo de Las Leñas, art. 20, inc. c); Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, art. 517, inc. 1º. Corresponde dejar en claro que la mencionada Convención Interamericana es un convenio simple, porque sólo fija las reglas de reconocimiento de las decisiones judiciales. Es por ello, que para lograr una eficaz aplicación de su art. 2 inc. d), en la Tercera Conferencia Especializada celebrada en La Paz, Bolivia, en 1984, se adoptó la Convención sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras que establece un marco normativo con el fin de evitar conflictos de competencia entre sus Estados Partes. Conviene también señalar que esta aspiración se ha prolongado en el tiempo, pues cuenta con una única ratificación - México- y aún no entró en vigencia. Inf. www.oas.org del 8/02/05.

²⁸ La otra doctrina es la unilateralista con sus dos variantes: simple, en virtud de la cual se examina la jurisdicción internacional del tribunal extranjero según los criterios atributivos de jurisdicción directa de su propio ordenamiento; doble, que consiste en la verificación de la jurisdicción internacional del tribunal de origen de la sentencia con arreglo a sus propios criterios atributivos de jurisdicción directa, no obstante, autoriza al Estado requerido a denegar el reconocimiento cuando invada la jurisdicción internacional exclusiva del foro. Ver CALVO CARAVACA, Alfonso, La sentencia extranjera en España y la competencia del juez de origen, 1986, p. 58 y ss.

En su comentario al fallo de 21 de marzo de 1989 pronunciado por la Cámara Nacional Civil sobre la petición de reconocimiento de un divorcio extranjero y la correspondiente inscripción de la extinción del matrimonio en el registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, RADZYMINSKI, Alejandro expresa que el caso "M., A.A.E. y Y., G. S.", "sugiere un original parámetro de control -de notoria inclinación liberal- en razón del cual toda vez que la jurisdicción internacional argentina de carácter exclusivo no sea conculcada, corresponde reputar satisfecho el recaudo del art. 517 del cód. procesal y juzgar en consecuencia al pronunciamiento foráneo -a este respecto- susceptible de reconocimiento en el país". Es pertinente aclarar que los peticionantes de nacionalidad extranjera - la cónyuge alemana y el marido británico- contrajeron matrimonio en la República Argentina y posteriormente mudaron su domicilio a Londres, donde obtuvieron la disolución del vínculo matrimonial. La

Junto a esta condición, se mencionan la notificación en debida forma legal y con tiempo suficiente para que el demandado pueda organizar su defensa en el proceso desarrollado en el Estado de origen; y el carácter de ejecutoriada o fuerza de cosa juzgada que debe revestir la decisión²⁹.

Finalmente, en iguales o parecidos términos, se establecen los motivos de denegación del reconocimiento o de la ejecución:

a) la incompatibilidad de la sentencia con otra pronunciada con anterioridad o simultáneamente en el Estado requerido, entre las mismas partes, sobre la misma causa e identidad de objeto³⁰.

b) el carácter manifiestamente contrario al orden público del Estado requerido de reconocimiento o ejecución. A diferencia de la anterior condición, es un principio que se reitera en la legislación internacional e interna³¹.

Frente al reconocimiento global de todos los pronunciamientos de la sentencia extranjera, la Convención de 1979 admite incluso la posibilidad

disposición que reglamenta la jurisdicción internacional de los tribunales argentinos para conocer en causas de disolución matrimonial (C. Civil, art. 227) no consagra el carácter exclusivo de la misma por la localización del último domicilio conyugal efectivo o del domicilio del cónyuge demandado en territorio patrio, ver *El Derecho*, t. 137-401/410. Ahora bien, la localización en nuestro país de los dos criterios atributivos de jurisdicción internacional motivó al Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba a rechazar el diligenciamiento del exhorto y a anticipar la ineficacia de la sentencia extranjera de divorcio, reputando al tribunal alemán incompetente dado que, en el caso, la jurisdicción internacional argentina se impone con carácter de exclusiva, TS Córdoba, sala contenciosoadministrativo-diciembre 21/1989 "B., B. c.D.de B., L.E.", La ley- Córdoba, 1990-789.

²⁹ Tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940, art. 5, incs. b) y c); CIDIP de 1979, art. 2, incs. e), f) y g); Protocolo de Las Leñas, art. 20, incs. d) y e); Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, art. 517, incs. 1) y 2).

³⁰ Protocolo de Las Leñas, art. 22; Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, art. 517, inc. 5. Los Tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940, ni la Convención Interamericana de 1979 contemplan este presupuesto del reconocimiento y del exequatur.

³¹ Tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940, art. 5, inc. d); CIDIP de 1979, art. 2, inc. h); Protocolo de Las Leñas, art. 20, inc. f); Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, art. 517, inc. 4).

de que haya un reconocimiento parcial cuando ésta no pueda tener eficacia en su totalidad, es decir, admitiéndolo con relación a ciertos pronunciamientos independientes entre sí contenidos en el fallo³².

El breve recorrido por las condiciones establecidas en las fuentes de origen internacional como en las de origen interno, se justifica porque ello nos permitirá intentar realizar un análisis adecuado de la eficacia en Argentina de una sentencia pronunciada en un Estado Parte de un instrumento convencional.

1) CS, octubre 15-1996- "Riopar, S.R.L. c. Transportes Fluviales Argenrío, S.A. s/exhorto"³³.

A) Los hechos y antecedentes del caso.

El juez de la República de Paraguay cursó una rogatoria al juez argentino a fin de que se oficiase al Registro Nacional de Buques para la cancelación de una hipoteca naval que gravaba las embarcaciones que fueron subastadas en un juicio ejecutivo sustanciado en ese país, siendo la firma Riopar S.R.L. adjudicataria de los bienes en aquel remate.

Por decisión de primera instancia, se negó el libramiento del oficio al Registro Nacional de Buques para la cancelación de la hipoteca naval que gravaba las embarcaciones subastadas por orden judicial en la República de Paraguay, debido a que el acreedor hipotecario, notificado por oficio, careció de la oportunidad de conocer la sentencia de remate dictada en jurisdicción extranjera en tiempo útil como para organizar y presentar la

³² El reconocimiento parcial está contemplado específicamente en el art. 23 del Protocolo de Las Leñas. Dentro de las más modernas legislaciones americanas nos parece oportuno recordar su recepción por la Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela de 1998.

³³ Diario El Derecho 1º de abril de 1997, con nota a fallo de PALACIO, Lino Enrique "Algunas reflexiones acerca del recurso extraordinario federal frente a la aplicación de tratados internacionales". Un análisis detallado de la temática sobre la que versa el fallo puede verse en FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L., "Reconocimiento y ejecución extranjeras: la delicada pero decidida intervención del orden público internacional", Colección de análisis jurisprudencial, ob. cit., ps. 478/495.

defensa de sus derechos con anterioridad a la subasta pública que tuvo lugar el 19 de enero de 1993.

La sala 3 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, confirmó lo resuelto en la instancia anterior. Contra dicha sentencia, la firma Riopar S.R.L.- adjudicataria de los bienes en el remate- interpuso recurso extraordinario federal, el cual fue concedido.

B) El pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

No obstante considerar que la decisión del a quo no revestía el carácter de sentencia definitiva, el Alto Tribunal juzgó que debe ser equiparada a tal a los efectos de la apelación extraordinaria, pues entraña la negativa al cumplimiento de la rogatoria cursada por un juez extranjero, comprometiendo la observancia por el Estado Nacional de sus obligaciones internacionales.

Declaró, asimismo, formalmente admisible el recurso extraordinario, en razón de hallarse en juego la interpretación y aplicación del Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940³⁴ y la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, siendo la decisión contraria al derecho que el apelante fundó en tales convenios.

a) El orden público internacional.

Admitido el recurso, la Corte señaló que la extensión de la eficacia de la resolución judicial dictada en la República de Paraguay estaba condicionada a la satisfacción de ciertos recaudos establecidos en los tratados que unen a ambos Estados, "algunos de los cuales pueden ser verificados de oficio por el juez requerido, entre ellos, la compatibilidad de lo actuado y resuelto con los principios y leyes de orden público del Estado en que se pida el reconocimiento o la ejecución" (art. 2, inc. h, de la Convención Interamericana; art. 5, inc.d, del Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940).

³⁴ En vigor entre Argentina, Paraguay y Uruguay.

En ese sentido, el tribunal expresó que el silencio y falta de intervención del acreedor hipotecario en el juicio ejecutivo llevado a cabo en el extranjero, afectan el principio del debido proceso adjetivo consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional³⁵ que integra el orden público internacional argentino y a él debe conformarse todo procedimiento que concluya en la sentencia dictada por autoridad judicial extranjera con efectos extraterritoriales en la República. A la luz del art. 2, inc. f) de la Convención Interamericana - que condiciona la extensión de la eficacia de la sentencia fuera del territorio dentro del cual fue emitida a "que se haya asegurado la defensa de las partes"- resolvió que, a pesar que los tratados aplicables no prevén plazos procesales, pues ello corresponde al derecho interno del Estado donde tiene lugar el procedimiento, las formas procesales deben cumplirse de manera que no se frustre su finalidad esencial. En consecuencia, "corresponde al juez del Estado requerido ponderar si, en la especie concreta, la citación fue regular y dio posibilidad real de asegurar la defensa de la parte, sin que ello implique incurrir en una revisión de fondo".

En suma, la Corte decidió confirmar la sentencia apelada atento a que " la orden judicial de extinguir, sin debate, la hipoteca naval regularmente constituida y registrada en el Estado de la bandera que el buque y las barcasas tenían al tiempo de los hechos, coloca en indefensión a la parte beneficiada por la garantía real y afecta principios constitucionales que integran el orden público internacional argentino (arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional).

IV. REFLEXIONES FINALES.

La intensificación de las relaciones privadas internacionales, producto del desarrollo de los medios de comunicación en el mundo - que facilitan el desplazamiento de personas y bienes, la celebración de contratos a distan-

³⁵ El art. 18 de la Constitución Nacional establece que: "Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos", y dichas garantías judiciales también están consagradas en el art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica que tiene, a partir del año 1994, jerarquía constitucional.

cia, vía fax, Internet, etc- así como la creciente interdependencia social y económica de los Estados que ha dado lugar a la integración de éstos en un ente político y organizativo diverso³⁶, conllevan la necesidad de profundizar la cooperación jurídica internacional para llevar a buen término un proceso en el que se sustancia una situación de tráfico jurídico externo.

A través de la reseña de las sentencias seleccionadas, procuramos destacar la colaboración que existe entre nuestros tribunales y los órganos judiciales extranjeros, desde la solicitud para diligenciar una prueba, pasando por el pedido de trabar un embargo que debía efectivizarse fuera del territorio nacional, hasta llegar al reconocimiento y ejecución de una sentencia pronunciada en otro Estado.

Ahora bien, el deber de cooperación, que aparece como el mejor reconocimiento hacia la diversidad de los órdenes jurídicos y hacia el respeto por el derecho foráneo³⁷, tiene ciertas salvaguardas, entre ellas, agazapada y al acecho se encuentra siempre la excepción de orden público internacional. Los textos interamericanos contienen expresamente esta cláusula de reserva que "es en definitiva, el orden público del foro, el conjunto de principios fundamentales e inderogables por voluntad de las partes, en que se asienta el orden jurídico local y que el juez que entiende en la causa debe invocar y utilizar para excluir la aplicación de un Derecho extranjero...que resulta lesivo a tales principios"³⁸.

En un contexto internacional que tiende a la integración, resulta necesario evitar invocaciones abusivas del orden público que se traduzcan en inmotivadas causas de rechazo del auxilio judicial solicitado³⁹, "puesto que

³⁶ FERNÁNDEZ ROSAS, José Carlos/SÁNCHEZ LORENZO, *Sixto, Derecho Internacional Privado*, ob. cit. ps.29 yss.

³⁷ OPERTTI BADÁN, Didier, "La asistencia judicial internacional. Un enfoque general. Últimos desarrollos en el ámbito penal", en *Curso de Derecho Procesal Internacional y Comunitario*, obra dirigida por Angel Landoni Sosa, Fundación de Cultura Universitaria, Universidad de la República de Montevideo, 1997, ps.133/147.

³⁸ KALLER ORCHANSKY, Berta, *Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado*, Ed. Plus Ultra, Bs. As., 1994, p. 356.

³⁹ La integración conduce a disminuir o atenuar las barreras del orden público, en tal sentido, CIURO CALDANI, Miguel Ángel expresa que en un ámbito comunitario, "Bajo el

resulta sumamente peligrosa esta facultad en tribunales naturalmente inclinados a la aplicación de sus propias leyes materiales”⁴⁰.

Un buen ejemplo del alcance del correctivo, se infiere del caso del juez estadounidense que pide a su par argentino competente la recepción de una declaración testimonial a prestar por la hija del demandado, por lo que la Cámara ingresa en el terreno movedizo del orden público, en orden a deslindar los límites difusos que presenta la excepción desde la perspectiva interna e internacional. Con gran acierto señala que cualquier norma coactiva, opuesta a la autonomía de las partes en el ámbito del derecho interno, por el mero hecho de serlo no constituye, por razón de orden público internacional, obstáculo a la aplicación del derecho extranjero, al reconocimiento o ejecución de decisiones de ese origen o a la cooperación jurídica internacional.

Cabe traer a colación la Declaración hecha por la República Oriental del Uruguay al suscribir los textos interamericanos, en el sentido de dejar expresa y claramente señalado que el orden público internacional es un instituto jurídico singular, no identificable necesariamente con el orden público interno de cada Estado.

Asimismo, bueno es recordar que a raíz de la ratificación de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado⁴¹, adoptada por la Segunda Conferencia Especializada en la ciudad de Montevideo, en el año 1979, el carácter excepcional del orden pú-

amparo del poder y la previsibilidad, se produce un campo mayor para el juego de la cooperación y de la solidaridad”, cita del artículo “Bases para los regímenes de jurisdicción y ley aplicable en la integración del Mercosur”, publicado en Investigación y Docencia, N° 23, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario, 1993, p. 7. Asimismo, sostiene que el juego de “las pautas más o menos abstractas para resguardar la existencia del ámbito receptor ante la posible amenaza de la respuesta recibida” evidencia que “la integración se vale de la disminución de las reservas en los partícipes del proceso”, en “Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas”, Investigación y Docencia, N° 37, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario, 2004, p. 125.

⁴⁰ CNCiv., sala I, abril 20-1995- “Martov, Samuel s/sucesión ab-intestato”, apar. VII-segundo párrafo, ED, 162-598.

⁴¹ Ver nota 3.

blico se ha reafirmado en el derecho positivo argentino. En efecto, la reserva sólo autoriza a prescindir de la aplicación normalmente aplicable si fuere "manifiestamente contraria a los principios de su orden público" (art. 5), con el añadido del adverbio "manifiestamente" se hace hincapié en el carácter excepcional del recurso. Tal es el alcance que Uruguay le otorga a la cláusula de reserva en la citada Declaración, al afirmar que "la fórmula aprobada comporta una autorización excepcional a los distintos Estados Partes para que en forma no discrecional y fundada, declaren no aplicable los preceptos de la ley extranjera cuando éstos ofendan en forma concreta, grave y manifiesta, normas y principios esenciales de orden público internacional en los que cada Estado asiente su individualidad jurídica".

Esa fue la línea argumental del pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para negar el libramiento de un oficio al Registro Nacional de Buques para la cancelación de una hipoteca naval, advirtiendo que el acreedor hipotecario, notificado por oficio, careció de la posibilidad de tomar conocimiento de la sentencia de remate dictada en jurisdicción extranjera en tiempo útil como para organizar y presentar la defensa de sus derechos con anterioridad a la subasta. Acorde al principio constitucional del debido proceso legal, el demandado tiene el derecho a ser citado y/o emplazado en forma regular y con tiempo suficiente, de modo que haya dispuesto de la efectiva posibilidad de articular su defensa jurídica en el procedimiento abierto en el extranjero.

La jurisprudencia ha señalado que el objeto del procedimiento de exequatur no es la relación sustancial debatida en el proceso cuya sentencia se pretende hacer reconocer, sino la decisión o fallo extranjero como tal, a través de un examen de índole procesal tendiente a verificar su idoneidad ejecutoria en el país⁴². El límite de orden público en el exequatur atiende a

⁴² CNCiv., sala G, marzo 21-1989- "M., A.A.E. y Y., G.S.", primer párrafo, EL Derecho 137-401 con nota a fallo de RADZYMINSKI, Alejandro P., "El reconocimiento de sentencias extranjeras de divorcio en Argentina". La Cámara Civil inaugura la doctrina a cuyo tenor el testimonio de la sentencia de divorcio extranjera es sustituible por un certificado emanado de una autoridad judicial del Estado en el cual la decisión fue pronunciada (Gran Bretaña), siempre que satisfaga no sólo los recaudos de índole formal - autenticación, tra-

la protección de valores fundamentales de índole social o económica del foro, en un tiempo histórico determinado, es decir, de los valores presentes en el momento en que se solicita el reconocimiento, no en el de dictarse la resolución judicial extranjera⁴³. Para precisar cuáles son los principios fundamentales del ordenamiento jurídico argentino, es preciso examinar, en primer lugar, los principios contenidos en la Constitución Nacional –vgr. igualdad ante la ley, no discriminación por razón de sexo, igualdad de los cónyuges o de los hijos, la protección del menor, el derecho a la propiedad privada, libertad de empresa etc.-

El hecho de examinar que la sentencia extranjera no sea contraria al orden público internacional argentino, no implica que deba realizarse una revisión de fondo de dicha decisión, esto es, controlar la ley aplicada por el juez del Estado de origen o la valoración de los hechos que dicho órgano jurisdiccional realizó⁴⁴. En ese sentido, a los efectos de revocar la resolución de primera instancia la Cámara Nacional ha dicho que el juez argentino carece de facultades para revisar la solución de fondo dada por el tribunal del Estado de Virginia (EEUU) en la sentencia cuyo reconocimiento se pretende por vía de exequatur - en el caso, la que hizo lugar a un pedido de cambio de nombre- ni siquiera cuando dicho tribunal ha aplicado derecho material argentino⁴⁵.

ducción- sino que de sus enunciaciones resulte acreditado que se colman todos los extremos exigidos por el art. 517 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación para consentir que la sentencia foránea despliegue sus efectos en el país.

⁴³ FERNÁNDEZ ROSAS, José Carlos/SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *Derecho Internacional Privado*, ob.cit., p. 293.

⁴⁴ CALVO CARAVACA, Alfonso I./CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Introducción al Derecho Internacional Privado*, ob. cit., p. 540.

⁴⁵ El magistrado anterior rechazó el pedido de inscripción de la partida de nacimiento extranjera y la sentencia que hizo lugar a un pedido de cambio de nombre cuyo reconocimiento se pretendía, porque resultaba violatoria de los principios de orden público establecidos en la ley sobre el "Nombre de las Personas Naturales" N° 18.248 (B.O. 24/6/1969). Contrariamente a lo expresado en la resolución recurrida, la Cámara consideró que tal sentencia no afectaba el orden público local, desde que la propia ley del nombre admite excepciones al principio de inmutabilidad en el art. 15. CNCiv., sala E, 3/7/2001- "Cameron, Claudia E." La Ley, t. 2002-A-498.

Conviene también dejar en claro que tanto el régimen interno como convencional, regulan de manera separada el control de las garantías procesales y el control de orden público (CPCCN, art. 517, incs. 2 y 4; Convención Interamericana, art. 2, incs. e), f), y h).

Podemos concluir que el desconocimiento o la utilización incorrecta de los convenios por parte de los órganos jurisdiccionales y otras instancias públicas de un país, lleva a frustrar las ventajas que brinda el derecho convencional, aunque loable por cierto resulte la actividad jurisdiccional dirigida a corregir estos excesos. La revocatoria judicial no constituye el paradigma del proceder jurídico, dado que ésta presupone un largo camino que debilita la seguridad jurídica y la confianza primigenia que debería descollar ab initio en las relaciones entre los Estados.

Sólo nos resta esperar que el espíritu de colaboración que subyace en las resoluciones presentadas, otorgando a la excepción de orden público internacional su justo alcance, proyecte su luz e ilumine el juicio de los magistrados llamados a resolver las cuestiones propias del Derecho Internacional Privado.

TRATA DE PERSONAS:
Un Tema Emergente en la Relación Bilateral
con los Estados Unidos

Mario J. A. Oyarzábal *

§ I . PRESENTACIÓN

Por primera vez el año pasado el Gobierno de los Estados Unidos incluyó a la Argentina entre los países cuyo gobierno no cumple con estándares mínimos –determinados por el Congreso estadounidense– para la eliminación de la trata de personas, aunque está haciendo esfuerzos significativos para lograrlo. De acuerdo con el Informe sobre Trata de Personas emitido por la Oficina para el Monitoreo y Combate de la Trata de Personas del Departamento de Estado de los Estados Unidos el 14 de junio de 2004¹, la Argentina constituye primariamente un país de destino para hombres, mujeres y niños traficados con fines de explotación sexual y laboral. La mayoría de las víctimas son mujeres y niños traficados desde Paraguay, Bolivia, Brasil y la República Dominicana para satisfacer la demanda del comercio

(*) Miembro Titular de la A.A.D.I. Profesor de la Universidad Nacional de La Plata. Miembro del Cuerpo Permanente del Servicio Exterior de la Nación. Cónsul Adjunto de la República Argentina en Nueva York. Master of Laws (LL.M.), Harvard University.

¹ US Department of State, Office to Monitor and Combat Trafficking in Persons, 2004 Trafficking in Persons Report; disponible en el sitio de Internet del Departamento de Estado de los Estados Unidos en <http://www.state.gov/documents/organization/34158.pdf>. El Informe 2004 es el cuarto que el Departamento de Estado difunde anualmente desde junio de 2000.

sexual en la Argentina. Mujeres y niños argentinos son similarmente traficados desde zonas rurales a zonas urbanas dentro de la Argentina, pero también al extranjero, principalmente España, con fines de prostitución. Hombres y mujeres bolivianos son generalmente traficados hacia la Argentina para someterlos a trabajos forzados. Este año, el Gobierno estadounidense volvió a clasificar a la Argentina entre los países de riesgo².

En términos generales, el Informe sobre Trata de Personas refleja la importancia que el Gobierno estadounidense atribuye al problema de la trata internacional de seres humanos, y constituye una declarada herramienta diplomática para estimular el diálogo y la acción de algunos gobiernos extranjeros con miras a la erradicación de este flagelo que afecta a casi un millón de personas anualmente en todo el mundo. Según surge del Informe, la Argentina enfrenta un "severo" problema de "trata ilegal de personas" cuya erradicación figura entre las prioridades de los Estados Unidos en su agenda bilateral con nuestro país.

El presente estudio tiene por objeto analizar el problema de la trata de personas en la Argentina en el contexto de la protección de los derechos humanos y de la agenda bilateral con los Estados Unidos. Con este propósito, dividiremos el análisis en cuatro partes centrales: conceptualización, dimensión global e implicancias de la trata de personas (§ II); la prohibición de la trata bajo el derecho internacional y el derecho internacional de los derechos humanos (§ III); el tema en las prioridades de la política exterior estadounidense (§ IV); y la situación en la Argentina (§ V). La investigación se centrará en dos instrumentos jurídicos, uno internacional y otro extranjero: el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente de Mujeres y Niños, adoptado por las Naciones Unidas en diciembre de 2000 y ratificado por la Argentina a fines de 2002, que determina las obligaciones internacionales de nuestro país en este campo; y la Ley de Protección de las Víctimas de la Trata de los Estados Unidos

² 2005 Trafficking in Persons Report (en adelante 2005 TIP Report); disponible en <http://www.state.gov/documents/organization/47255.pdf>

y sus modificatorias y complementarias, que fija los contornos de la política del Departamento de Estado y otros organismos estadounidenses frente al creciente fenómeno de trata de personas en el mundo.

Se sostiene que el Gobierno Nacional debe priorizar y disponer las acciones de respuesta más efectivas al flagelo de la trata de personas internacional e interna en la Argentina, atento las implicancias que la falta de resultados concretos inmediatos podría generar en la relación con los Estados Unidos; y aún más importantemente, porque afecta a un número considerable de argentinos y extranjeros a quienes las autoridades tienen la obligación internacional y constitucional de proteger.

§ II . DEFINICIÓN Y DIMENSIÓN GLOBAL DE LA TRATA DE PERSONAS

1. Definición. La Trata de Personas como Forma Moderna de Esclavitud. Trata y Tráfico Ilegal de Migrantes

El Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente de Mujeres y Niños, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en noviembre de 2000 y sobre el que volveremos más adelante³, define la trata de personas en el artículo 3 (a) de la siguiente manera:

“Por ‘trata de personas’ se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una posición de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra persona, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”.

³ Ver infra § IV.2.

Pese a que existe consenso en que la "trata" de personas constituye un delito internacional, los participantes en esfuerzos anti-trata se encuentran fuertemente divididos acerca de cómo definir y enfrentar el problema⁴. La mayoría de las definiciones incluye el cruce de fronteras (internacionales) y un elemento de coerción, pero aun esos dos aspectos son a veces cuestionados en debates que dejan trascender importantes diferencias políticas, legales y filosóficas⁵. El personal de seguridad suele ver en la trata un problema relacionado primariamente con el crimen organizado vinculado a la inmigración y al trabajo ilegales; los activistas anti-prostitución distinguen entre la trata para la industria del sexo y para otros propósitos; mientras que algunos grupos feministas ponen énfasis en la explotación de la mujer, con independencia de la profesión⁶.

Aunque la definición de "trata" de las Naciones Unidas es neutra en cuanto al sexo y a la edad de las personas, el debate se ha centrado en las mujeres y niños que constituyen la mayoría de las personas traficadas. Dado que el comercio sexual constituye una de las razones principales de la trata, se discute si la trata debe permitirse cuando un individuo presta el consentimiento y, similarmente, si la prostitución y el trabajo sexual son actividades respecto de las cuales un individuo puede o debería ser capaz de consentir libremente⁷.

Existe la tendencia, tanto en la literatura jurídica como no jurídica, a ver en la trata de personas una forma moderna de esclavitud⁸. Inducido por

⁴ Sobre la definición de trata de personas en general, ver Dan Everts, "Human Trafficking: The Ruthless Trade in Human Misery", *Brown Journal of World Affairs*, vol. 10, 2003, pp. 149-58; Alison N. Steward, "Report from the Roundtable on the Meaning of 'Trafficking in Persons': A Human Rights Perspective", *Women's Rights Law Reporter*, vol. 20, 1998, pp. 11-19.

⁵ Cf. Kara Abrahamson, "Beyond Consent, Toward Safeguarding Human Rights: Implementing the United Nations Trafficking Protocol", *Harvard International Law Journal*, vol. 44, 2003, p. 473.

⁶ *Id.*, pp. 473-74.

⁷ *Id.*, pp. 474-75. Ver también infra nota 72.

⁸ Sobre la trata de personas como una forma de esclavitud, ver Kevin Bales & Peter T. Robins, "'No One Shall Be Held in Slavery or Servitude': A Critical Analysis of International

elementos criminales, dificultades económicas, corrupción gubernamental, disrupción social, inestabilidad política, desastres naturales y guerras, el “comercio de esclavos del siglo veintiuno” provee a la demanda global de trabajo barato y vulnerable. Se ha sugerido que las normas de derecho internacional convencionales y consuetudinarias relativas a la esclavitud y prácticas esclavistas tradicionales deberían ser revisadas para incluir las situaciones actuales de violación de derechos humanos relacionadas con la trata de personas y el trabajo ilegal forzado⁹.

Finalmente, la trata internacional de personas debe diferenciarse del tráfico ilegal de migrantes (o contrabando de extranjeros), aunque la diferenciación no siempre es evidente. Por tráfico generalmente se entiende la facilitación del ingreso de una persona ilegalmente en un país, por el pago de un precio, con el consentimiento del migrante. Las víctimas de la trata, en cambio, nunca han prestado su consentimiento o lo han hecho bajo coerción o engaño de los tratantes, a menudo sin saber que serán sometidas a prostitución o trabajos forzados¹⁰. El tráfico puede, consecuentemente, convertirse en trata, si está presente un elemento de fraude, fuerza o coerción.

Slavery Agreements and Concepts of Slavery”, *Human Rights Review*, vol. 2, 2001, pp. 18-45 (proponiendo una nueva definición universal del concepto de ‘esclavitud’, incorporando tanto la esclavitud sexual como la derivada del matrimonio forzado); Baher Azmy, “Unshackling the Thirteenth Amendment: Modern Slavery and the Reconstructed Civil Rights Agenda”, *Fordham Law Review*, vol. 71, 2001, pp. 982-1061 (describiendo la trata como una herramienta de una nueva forma moderna de esclavitud y concentrándose en los remedios civiles disponibles en la legislación estadounidense contra los tratantes); Margaret Murphy, “Modern Day Slavery: The Trafficking of Women to the United States”, *Buffalo Women’s Law Journal*, vol. 9, 2000-01, pp. 11-16 (sosteniendo que la esclavitud está “viva y saludable” en los Estados Unidos).

⁹ Ver Yasmine A. Rassam, “Contemporary Forms of Slavery and the Evolution of the Prohibition of Slavery and the Slave Trade under Customary International Law”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 39, 1999, pp. 303-52. Ver también infra nota 134.

¹⁰ Sobre la distinción entre la trata de personas y el tráfico de migrantes en general, ver Friedrich Heckmann et al, “Transatlantic Workshop on Human Smuggling Conference Report”, *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 15, 2000, pp. 167-82 (analizando ambos problemas en China, Europa y el hemisferio occidental); Jacqueline Baba, “Lone Travelers: Rights, Criminalization, and the Transnational Migration of Unaccompanied Children”, *University of Chicago Law Roundtable*, vol. 7, 2000, pp. 269-94 (analizando el problema de la migración internacional de niños no acompañados por adultos).

2. Modalidades y Causas de la Trata de Seres Humanos. Globalización, Crimen Organizado y Estrategias Viables de Lucha contra la Trata de Personas

Ningún país es inmune a la trata de seres humanos. Cada año, entre seiscientas y ochocientas mil personas son traficadas ilegalmente entre diferentes países (trata internacional). Algunas organizaciones internacionales y no gubernamentales estiman que el número real es mucho mayor. Esta cifra se suma a los tres o cuatro millones de personas que son traficadas anualmente dentro de un mismo país (trata interna)¹¹. Peor aún, la trata de seres humanos, tanto internacional como interno, está en vigoroso crecimiento¹². América Latina y el Caribe no sólo juegan un rol significativo en el número de personas, principalmente de mujeres y niños, traficados hacia los Estados Unidos y otros países desarrollados y en vías de desarrollo – más de cien mil mujeres y niños cada año; sino que también constituyen una importante puerta de acceso hacia aquellos países para personas originadas en otros lados¹³. Por ejemplo, Brasil y la República Dominicana vie-

¹¹ La Organización Internacional del Trabajo estima que hay doce millones trescientas mil personas en el mundo sometidas a trabajo esclavo en sus distintas modalidades. Ver Una alianza global contra el trabajo forzoso, Conferencia Internacional del Trabajo, 93ª reunión, 2005, Informe I (B), p. 12; disponible en http://www.ilo.org/dyn/declaris/DECLARATIONWEB.DOWNLOAD_BLOB?Var_DocumentID=5061

¹² Ver Franck Laczó & Marco A. Gramegna, "Developing Better Indicators of Human Trafficking", *Brown Journal of World Affairs*, vol. 10, 2003, pp. 179-94 (analizando las razones detrás de la limitada disponibilidad de información confiable sobre la magnitud del problema de la trata de personas, incluido la incompatibilidad de las fuentes de información y la renuencia de las agencias gubernamentales en compartir la información con sus contrapartes extranjeras y aun con otras agencias responsables también de la lucha contra la trata de personas dentro del mismo país. El artículo sugiere un mejor uso de la información que colecta la Organización Internacional para las Migraciones y organizaciones no gubernamentales que proveen asistencia a víctimas de la trata, como métodos para mejorar la información disponible).

¹³ Michael R. Candes, "The Victims of Trafficking and Violence Protection Act of 2000: Will it Become the Thirteenth Amendment of the Twenty-first Century?", *University of Miami Inter-American Law Review*, vol. 32, 2001, p. 580. Ver también Francis T. Miko, *Trafficking in Women and Children: The US and International Response*, Congressional Research Service Report 98-649C, 10 May 2000; disponible en <http://www.usis.it/policy/topics/trafficking/crs000510.htm>

nen segundo y cuarto respectivamente en el número de mujeres trabajando como prostitutas fuera de su país en el mundo¹⁴. Brasil es considerado el país con el mayor problema de prostitución infantil del mundo¹⁵. México es el principal proveedor de niños hacia los Estados Unidos¹⁶. Según la Organización de los Estados Americanos, más de dos millones de niños son abusados sexualmente en América Latina¹⁷.

Las víctimas son generalmente sometidas a prostitución¹⁸, o forzadas a trabajar en canteras, fábricas y plantaciones¹⁹, o utilizadas como servicio

¹⁴ Cf. Candes, *supra* nota 13, p. 580 y nota 58.

¹⁵ Ver Miko, *supra* nota 13, n. 30.

¹⁶ Ver Candes, *supra* nota 13, p. 580 y la bibliografía citada en n. 61.

¹⁷ Ver Miko, *supra* nota 13, n. 30.

¹⁸ Sobre la trata de personas con fines de prostitución en general, ver Nora V. Demleitner, "Forced Prostitution: Naming an International Offense", *Fordham International Law Journal*, vol. 18, 2004, pp. 163-97 (argumentando que el crimen de prostitución forzada es un delito complejo del que participan una serie de personas: proveedores, financistas, clientes y prostitutas, todos los cuales deberían ser penalizados); Michelle O. P. Dunbar, "The Past, Present, and Future of International Trafficking of Women for Prostitution", *Buffalo Women's Law Journal*, vol. 18, 1999-2000, pp. 103-28 (sugiriendo que los tratantes sean juzgados por un tribunal penal internacional); Barri K. Flowers, "The Sex Industry's Worldwide Exploitation of Children", *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 575, 2001, pp. 147-55 (argumentando que la explotación sexual de niños debe ser considerada desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos); Cheryl Hanna, "Introduction to 'Symposium on Sexual Slavery: The Trafficking of Women and Girls into the United States for Sexual Exploitation'", *Hastings Women's Law Journal*, vol. 13, 2000, pp. 1-7 (discutiendo la relación entre la prostitución legalizada y la trata, la victimización de las mujeres y cuestiones migratorias); Laurie Hauber, "The Trafficking of Women for Prostitution: A Growing Problem within the European Union", *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 21, 1998, pp. 183-99 (concluyendo que la Unión Europea debe desarrollar una respuesta global al problema de la trata que incluya tanto medidas legales como extralegales). Sobre la trata de mujeres para satisfacción sexual de contingentes militares, ver el discurso de la actual Ministra de la Corte Suprema de Justicia argentina Carmen M. Argibay, "Stefan S. Riesenfeld Symposium 2002: Sexual Slavery and the 'Comfort Women' of World War II", *Berkeley Journal of International Law*, vol. 21, 2003, pp. 375-89 (analizando los "indicios" de esclavitud inherentes en el sistema japonés de 'satisfacción de las tropas' y urgiendo a la comunidad internacional a adoptar medidas efectivas para eliminar todas las formas de discriminación que subyacen a las formas modernas de esclavitud). Ver también, Kelly D. Askin, "Prosecuting Wartime Rape and Other Gender-

doméstico²⁰, niños soldados²¹ y otras formas de explotación involuntaria. Se estima que el setenta y cinco por ciento de todas las víctimas son trafica-

related Crimes under International Law: Extraordinary Advances, Enduring Obstacles”, *Berkeley Journal of International Law*, vol. 21, 2003, pp. 288-349 (argumentando que a partir del establecimiento de los tribunales internacionales para Ruanda y la ex-Yugoslavia, que permitió procesar exitosamente varias formas de violencia sexual, estos crímenes han finalmente alcanzado el rango de violaciones internacionales graves y de normas de ius cogens); Christine Chinkin, “Gender, Human Rights and Peace Agreements”, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 18, 2003, pp. 867-86 (analizando el rol del género y los derechos humanos en los acuerdos de paz); Christine Chinkin, “Women’s International Tribunal on Japanese Military Sexual Slavery”, *American Journal of International Law*, vol. 95, 2001, pp. 335-41 (analizando las pruebas presentadas durante el Tribunal Internacional Sobre Crímenes de Guerra Contra las Mujeres establecido en Tokio en el año 2000, donde se consideró la responsabilidad penal de funcionarios políticos y militares japoneses de alto rango, así como del Estado japonés, por la violación y esclavitud sexual de mujeres en que la Fuerzas Armadas japonesas incurrieron durante los años 1930-1940 en el sudeste asiático); Jennifer Murray, “Who will Police the Peace-Builders? The Failure to Establish Accountability for the Participation of United Nations Civilian Police in the Trafficking of Women in Post-conflict Bosnia and Herzegovina”, *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 34, 2003, pp. 475-527 (analizando la responsabilidad de las Naciones Unidas por los abusos sexuales cometidos por las fuerzas de paz durante el conflicto de Bosnia). En respuesta a una serie de denuncias de abuso sexual por parte de integrantes de las fuerzas de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas, el Secretario General Kofi Annan aprobó en junio de 2004 el Documento de Posición sobre Trata Humana y Operaciones de Paz de las Naciones Unidas del Departamento de Mantenimiento de la Paz (UNDPKO) que, conjuntamente con el Código de Conducta de las Naciones Unidas sobre Explotación y Abuso Sexual, promueven una política de “tolerancia cero” en materia de abuso y trata de personas por parte de las fuerzas de mantenimiento de la paz. Ver Under-Secretary General for Peacekeeping Operations Jean-Marie Guéhenno, Presentation to the Security Council on the Issue of Sexual Exploitation and Abuse, 31 May 2005; disponible en inglés en <http://www.un.org/Depts/dpko/dpko/articles/article310505.htm>

¹⁹ Sobre la trata de mano de obra en general, ver Shelley Case Inglis, “Expanding International and National Protection Against Trafficking for Forced Labor Using a Human Rights Framework”, *Buffalo Human Rights Law Review*, vol. 7, 2001, pp. 55-104 (analizando la normativa internacional y de los Estados Unidos relativa a la trata de mano de obra forzada, y sugiriendo la necesidad de una reforma que ofrezca una mayor protección a las víctimas); Fang-Lian Liao, “Illegal Immigrants in Garment Sweatshops: The Universal Declaration of Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights”, *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, vol. 3, 1996, pp. 487-508 (sugiriendo reforzar el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de las Naciones

das para explotación sexual²². Otras modalidades de explotación incluyen la trata de mujeres con fines de matrimonio²³, y de niños con fines de turis-

Unidas y otros instrumentos internacionales que prohíben la esclavitud, a través de los derechos políticos).

²⁰ Sobre el llamado "comercio de mucamas y niñeras" en general, ver Joan Fitzpatrick & Katrina R. Kelly, "Gendered Aspects of Migration: Law and the female Migrant", *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 22, 1998, pp. 47-112 (analizando las tendencias y modalidades que asume la trata de mano de obra para servicio doméstico, así como la inadecuación del derecho internacional actual para proteger los intereses de estos migrantes); Mary Romero, "Immigration, the Servant Problem, and the Legacy of the Domestic Labor Debate: 'Where Can You Find Good Help These Days!'", *University of Miami Law Review*, vol. 53 (1999), pp. 1045-64 (argumentando que el comercio de servicio doméstico es una ocupación de ricos); Mary Romero, "Nanny Disputes and Other Stories: Imagining Immigrant Women's Labor in the Social Reproduction of American Families", *DePaul Law Review*, vol. 52, 2003, pp. 809-47 (concluyendo que la legislación migratoria y laboral estadounidense en vigor, sumado a las preferencias de los empleadores, conduce a perpetuar la condición de subordinación de la inmigrante mujer procedente de países del tercer mundo).

²¹ Sobre la trata de niños para fines militares en general, ver Verónica Escobar, "Reclaiming the 'Little Bees' and the 'Little Bells': Colombia's Failure to Adhere to and to Enforce International and Domestic Laws in Preventing Recruitment of Child Soldiers", *Fordham International Law Journal*, vol. 26, 2003, pp. 785-869 (analizando los tratados internacionales que prohíben el empleo de niños en conflictos armados, y proponiendo medidas que el Gobierno colombiano debería adoptar para paliar este problema, incluido una mejor aplicación de los tratados internacionales y leyes nacionales; Steven Hick, "The Political Economy of War-Affected Children", *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 575, 2001, pp. 107-201 (discutiendo el problema de la explotación sexual de niños abandonados o huérfanos por parte de soldados durante conflictos armados).

²² Ver Kristiina Kasganpunta, United Nations Office on Drugs and Crime, *Collecting Data on Human Trafficking*; disponible a través del sitio de Internet de la Oficina contra la Droga y el Delito de Naciones Unidas, en http://www.unodc.org/unodc/en/trafficking_human_beings.html

²³ Sobre los llamados "matrimonios por catálogo" (Mail-Order Bride) en general, ver Margaret F. Brinig, "In Search of Prince Charming", *Journal of Gender, Race and Justice*, vol. 4, 2001, pp. 321-36 (argumentando que en la mayoría de las sociedades, las mujeres han sido educadas a buscar la riqueza y la felicidad a través del matrimonio, y que muchas de ellas están dispuestas a poner en riesgo su salud emocional y física en pos del cortejo y el matrimonio); Christine S. Y. Cheng, "The Mail-Order Bride Industry: The Perpetuation of Transnational Economic Inequalities and Stereotypes", *University of Pennsylvania Journal*

mo sexual²⁴ y de adopción internacional ilegal²⁵, además del comercio ilegal de órganos humanos²⁶.

of International Economic Law, vol. 17, 1996, pp. 1155-1208 (indicando que los matrimonios por catálogo constituyen un comercio floreciente entre los Estados Unidos y otros países desarrollados y países en vías de desarrollo como Rusia y Filipinas. La autora argumenta que la industria perpetúa el sexismo, racismo y subordinación económica entre las mujeres así casadas y sus maridos y entre los dos países del marido y de la esposa respectivamente); Ryah Liliith, "Buying a Wife but Saving a Child: A Deconstruction of Popular Rhetoric and Legal Analysis of Mail-Order Brides and Intercountry Adoptions", Buffalo Women's Law Journal, vol. 9, 2000-01, pp. 225-62 (analizando el paralelismo entre el matrimonio por catálogo y la adopción internacional en las transacciones entre Estados Unidos y Asia, y argumentando que en el matrimonio por catálogo está explícito lo que en la adopción internacional está implícito: la compra de personas del tercer mundo para completar las familias de una antigua potencia imperial y colonial); Kate O'Rourke, "To Have and To Hold: A Postmodern Feminist Response to Mail-Order Bride Industry", Denver Journal of International Law and Policy, vol. 30, 2000, pp. 476-97 (analizando el problema de los matrimonios por catálogo desde el punto de vista de una teoría feminista del derecho).

²⁴ Sobre el turismo sexual con niños en general, ver Eric Thomas Berkman, "Responses to the International Child Sex Tourism Trade", Boston Collage International and Comparative Law Review, vol. 19, 1996, pp. 397-422 (culpando a los países industrializados, como Estados Unidos, Alemania, Gran Bretaña y Australia, por proveer la demanda que alimenta este turismo sobre todo en los países del sudeste asiático. El autor también describe las medidas adoptadas por esos países para paliar el problema); Heather C. Giordanella, "Status of § 2423(b): Prosecuting United States Nationals for Sexually Exploiting Children in Foreign Countries", Temple International and Comparative Law Journal, vol. 12, 1998, pp. 133-57 (analizando la Child Sexual Abuse Prevention Act de los Estados Unidos, que permite procesar a ciudadanos estadounidenses que viajan al extranjero para tener relaciones sexuales con niños); Margaret A. Healy, "Prosecuting Child Sex Tourists at Home: Do Laws in Sweden, Australia and the United States Safeguard the Rights of Children as Mandated by International Law?", Fordham International Law Journal, vol. 18, 1995, 1852-1923 (argumentando que las legislaciones adoptadas por Suecia, Australia y Estados Unidos que permiten procesar a los abusadores de niños, pese a que constituyen un avance importante, no resultan suficientes para proteger a las víctimas; y que el problema del turismo sexual con niños no se resolverá hasta que los países desarrollados adopten una estrategia global que incluya legislación adecuada, cooperación internacional y ayuda a ONG's que abogan por los derechos de los niños; Jonathan Todres, "Prosecuting Sex Tour Operators in US Courts in an Effort to Reduce the Sexual Exploitation of Children Globally", Boston University Public Interest Law Journal, vol. 9, 1999, pp. 1-23 (analizando la capacidad del Gobierno de los estados Unidos para procesar a operadores de turismo que ofrecen estos "paquetes", bajo la legislación estadounidense vigente, en particular la llamada Mann Act). Sobre el turismo

El costo humano y social de la trata es inconmensurable. Las víctimas de la trata sufren un daño físico y emocional que a menudo tiene carácter

sexual con niños en América Latina, ver Nancy Beyer, "The Sex Industry Spreads to Costa Rica and Honduras: Are These Countries Doing Enough to Protect Their Children from Sexual Exploitation?", *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 29, 2001, pp. 301-33 (proponiendo medidas para prevenir la explotación sexual de niños en Costa Rica y Honduras); Kathy J. Steinman, "Sex Tourism and The Child: Latin America's and the United State's Failure to Prosecute Sex Tourists", *Hastings Women's Law Journal*, vol. 13, 2002, pp. 53-75.

²⁵ Sobre la trata de niños para fines de adopción en general, ver Richard R. Carlson, "The Emerging Law of Intercountry Adoptions: An Analysis of the Hague Convention on Intercountry Adoptions", *Tulsa Law Journal*, vol. 5, 1991, pp. 571-616 (analizando la Convención de La Haya de 1993 sobre la Protección del Menor y la Cooperación respecto a la Adopción Internacional, la cual busca llenar la laguna legal existente en materia de adopción internacional, por medio de la creación de normas de procedimiento, conflicto de leyes y reconocimiento de sentencias de adopción, y del establecimiento de una cooperación y control internacionales); Sara Dillon, "Making Legal Regimes for Intercountry Adoptions Reflect human Rights Principles: Transforming the United Nations Convention on the Rights of the Child with the Hague Convention on Intercountry Adoption", *Boston University International Law Journal*, vol. 21, 2003, pp. 179-257 (analizando la relación entre la casi universalmente ratificada Convención sobre los Derechos del Niño y la más reciente Convención de La Haya sobre Adopción Internacional); Ahilemah Jonet, "Legal Measures to Eliminate Transnational Trading of Infants for Adoption: An Analysis of Anti-Infant Statutes in the United States", *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, vol. 13, 1990, pp. 305-30 (analizando la legislación estadounidense en materia de adopción internacional). Ver también María Susana Najurieta, *Coordinación de ordenamientos jurídicos en materia de adopción internacional*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2004, pp. 249-72 (analizando los recaudos administrativos adoptados en España, Francia y los Países Bajos para garantizar la constitución de adopciones genuinas y prevenir el tráfico de niños).

²⁶ Sobre la trata de órganos en general, ver Troy R. Jensen, "Organ Procurement: Various Legal Systems and Their Effectiveness", *Huston Journal of International Law*, vol. 22, 2000, pp. 555-84 (argumentando que la disparidad que existe entre la oferta y la demanda de órganos humanos disponibles para trasplante a menudo conduce a la utilización de métodos ilegales para obtener los órganos necesitados. El autor también analiza la legislación brasileña sobre donación de órganos, además de otros países); María N. Morelli, "Organ Trafficking: Legislature Proposals to Protect Minors", *American University Journal of International Law*, vol. 10, 1995, pp. 917-54 (analizando la situación en Guatemala y otros países latinoamericanos, y sugiriendo la necesidad de proteger a los niños contra la trata de órganos); Christian Williams, "Combating the Problems of Human Rights Abuses and Inadequate Organ Supply through Presumed Donative Consent", *Case Western Reserve Journal*

permanente, causados por la violencia extrema y las drogas con que suelen ser subyugados, la exposición a enfermedades de transmisión sexual incluido el SIDA, la falta de alimentación y atención médica adecuadas, el aislamiento y la dominación psicológica por los tratantes. Además, la trata de personas promueve otras actividades ilícitas, como el tráfico de drogas, el lavado de dinero, la falsificación de documentos y el contrabando de migrantes, con el consiguiente debilitamiento del estado de derecho y la autoridad gubernamental.

Las causas de la trata son complejas y están íntimamente interrelacionadas. Entendida la trata como un "mercado" global, las víctimas constituyen la oferta, en tanto que los empleadores abusivos y los explotadores sexuales representan la demanda²⁷. La oferta de víctimas es motorizada por numerosos factores, entre los que resaltan las condiciones de extrema pobreza, sumado a la atracción por los estándares de vida más elevados de otros países, la carencia de estructuras sociales y económicas sólidas, la falta de oportunidades laborales, la violencia y discriminación contra las mujeres y niños, el crimen organizado, la corrupción gubernamental, la inestabilidad política, las guerras y tradiciones culturales como la esclavitud tradicional. Del lado de la demanda, aparecen la industria del sexo, incluidos el turismo sexual y la pornografía infantil, que han devenido internacionales con la facilidad que da el uso de nuevas tecnologías como la

of International Law, vol. 26, 1994, pp. 315-64 (proponiendo un mayor rol del derecho internacional para minimizar los abusos de derechos humanos en el proceso de trasplante de órganos, así como la armonización y aplicación extraterritorial de las leyes nacionales de trasplantes de órganos).

²⁷ 2005 TIP Report, pp. 17-18. Sobre la trata de personas y globalización en general, ver Moises Naim, "Five Wars of Globalization", *American University International Law Review*, vol. 18, 2002, pp. 1-18 (identificando cinco guerras globales que enfrentan los gobiernos: el tráfico ilegal de drogas, de armas, de derechos intelectuales, de personas y de dinero; que el autor ve como "diferentes expresiones de un fenómeno mas amplio incentivado por la globalización"); Aiko Joshi, "The Face of Human Trafficking", *Hastings Women's Law Journal*, vol. 13, 2002, pp. 31-52 (analizando en profundidad los vínculos entre globalización, industrialización y trata de personas); Vidyamali Samarasinghe, "Controlling Globalization in Anti-Trafficking Strategies in Asia", *Brown Journal of World Affaire*, Vol. 10, 2003, pp. 91-104 (analizando la relación entre globalización y el aumento de la trata de mujeres en Asia, y hablando de un "lado oscuro de la globalización").

Internet y el desarrollo de las comunicaciones aéreas; así como la necesidad global de trabajo barato, vulnerable e ilegal²⁸. El vínculo entre la oferta y demanda lo proveen los tratantes, que constituyen el tercer aspecto del comercio global de personas. Aunque las modalidades de la trata difieren regionalmente de acuerdo con las prácticas comerciales habituales en cada región²⁹, los tratantes a menudo inducen a las potenciales víctimas con promesas de matrimonio, empleo o educación, para después obligar a la persona a prostituirse o someterla a trabajos forzados, sin que las esperanzas de una vida mejor lleguen nunca a materializarse.

La Organización de las Naciones Unidas estima que la trata de personas constituye la tercera fuente de ingresos del crimen organizado, después del tráfico de estupefacientes y de armas en el mundo³⁰. Según la US Federal Bureau of Investigation (FBI), las ganancias netas de la trata de seres humanos ascienden a nueve mil quinientos millones de dólares por año³¹.

²⁸ Sobre la "demanda" de personas, en especial de mujeres y niños, ver Norma Hotaling & Leslie Levitas-Martin, "Increased Demand Resulting in the Flourishing Recruitment and Trafficking of Women and Girls: Related Child Sexual Abuse and Violence Against Women", *Hastings Women's Law Journal*, vol. 13, 2002, pp. 117-25; Alex Y. Seit, "The Role of Market Forces in Transnational Violence", *Albany Law Review*, vol. 60, 1997, pp. 635-51.

²⁹ Ver Louise Shelley, "Trafficking in Women: The Business Model Approach", *Brown Journal of World Affairs*, vol. 10, 2003, pp. 119-32 (demostrando cómo la trata de personas, sobre todo de mujeres, está integrada en las prácticas del comercio, y cómo la cultura de cada región afecta los métodos de la trata. La autora sugiere que la trata debe ser combatida, no solo por medios legales, sino a través de cambios en la estructura económica).

³⁰ Sobre la proliferación e impacto de grupos criminales transnacionales involucrados en la trata de personas, y las actividades de las Naciones Unidas y organizaciones regionales en la coordinación internacional para combatirlos, ver Melvyn Levitsky, "Transnational Criminal Networks and International Security", *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 30, 2003, pp. 227-40 (describiendo las tendencias generales en el crimen organizado transnacional, que revelan una red rica, poderosa y compleja de actividades ilegales); Robin M. Rumpf, "The New Slavery: The United Nations' Interregional Crime and Justice Research Institute's Global Program against Trafficking in Human Beings", *New York Law School Journal of Human Rights*, vol. 19, 2003, pp. 879-99 (describiendo las mejores técnicas para enfrentar el problema del crimen organizado involucrado en la trata de personas).

³¹ Cf. 2005 TIP Report, pp. 13-14.

Las organizaciones que trafican en seres humanos utilizan muchos de los métodos y rutas empleadas por los carteles de narcotraficantes –camiones, barcos/contenedores, aviones y rutas de a pie³². Una vez que un “punto débil” en el transporte, la frontera o la aduana se establece y consolida, el tipo de producto (drogas, armas, seres humanos) traficado importa poco, excepto en la medida en que puede ser ocultado³³.

Parece obvio que toda estrategia anti-trata, para tener éxito, debe considerar los tres aspectos de la trata: la oferta, a través de programas que alerten a las comunidades acerca de los peligros de la trata, y mejoren y expandan las oportunidades educacionales y económicas de los grupos vulnerables; la demanda, por medio de la identificación y el procesamiento de los empleadores de mano de obra forzada y explotadores de esclavos sexuales y su escarnio público; y los tratantes, a través de una mayor coordinación de los programas anti-trata a nivel local, nacional, regional e internacional, la lucha contra la corrupción pública que facilita este comercio, la movilización de la sociedad civil, y personal capacitado para identificar y asistir a las víctimas.

§ III. TRATA DE PERSONAS Y DERECHO INTERNACIONAL

1. La prohibición de la Trata de Personas en el Derecho Internacional. Los Tratados Anti-trata y Anti-esclavitud

La trata de personas viene preocupando a la comunidad internacional desde hace más de un siglo³⁴. A finales del siglo diecinueve y principios del

³² Levitsky, *supra* nota 30, p. 230.

³³ *Id.*, p. 230.

³⁴ El primer instrumento internacional que condenó la trata de esclavos es, aparentemente, la Declaración relativa a la Abolición Universal de la Esclavitud de 1815. Se estima que entre 1815 y 1957 se implementaron alrededor de 300 tratados internacionales destinados a suprimir la esclavitud. Ver David Weissbrodt & Anti-Slavery International, *Contemporary Forms of Slavery: Updated Review of the Implementation of and Follow-Up to the Conventions on Slavery*, UN ESCOR Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, 52nd Session, Agenda Item 56, para. 3, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2000/3 (2000).

veinte, información sobre el fenómeno creciente de la trata de blancas llevó a varios países, principalmente europeos, a concluir tratados internacionales que requerían la criminalización de la trata y la explotación sexual y la cooperación entre los Estados partes para el castigo de los responsables y el rescate de las víctimas. Estos tratados no definieron la trata, aunque hacían referencia a la "obtención de mujeres o niñas para propósitos inmorales en el extranjero"³⁵. Los primeros tratados fueron el Acuerdo Internacional para Asegurar una Protección Eficaz contra el Tráfico Criminal Denominado Trata de Blancas de 1904³⁶, y la Convención Internacional para la Supresión de la Trata de Blancas de 1910³⁷.

A pesar de la persistencia del problema y la preocupación internacionales, estos instrumentos tuvieron limitada aceptación. Cuando la Sociedad de las Naciones fue creada en 1920, hizo dos nuevos intentos de paliar este problema, con énfasis nuevamente en las mujeres y los niños³⁸. El Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Niños de 1921³⁹ estuvo dirigido a "asegurar mas completamente la supresión de la trata de mujeres y niños" descritas en los convenios de 1904 y 1910; en tanto que el Convenio para la Represión de la Trata de Mujeres Mayores de Edad de 1933⁴⁰ tuvo también por fin "completar" la labor de los tratados originarios.

³⁵ Ver Joan Fitzpatrick, "Trafficking as a Human Rights Violation: The Complex Intersection of Legal Frameworks for Conceptualizing and Combating Trafficking", *Michigan Journal of International Law*, vol. 24, 2003, p. 1143, n. 4 y la bibliografía citada (explicando que la terminología "trata de blancas", utilizada en las primeras convenciones internacionales, reflejaba la percepción de que el problema era causado por extranjeros que secuestraban mujeres y niñas europeas y norteamericanas para venderlas como esclavas, usualmente esclavas sexuales, en el extranjero. La expresión "trata de blancas" fue acuñada por los abolicionistas con la intención de generar simpatía pública por las víctimas). Ver también Demleitner, *supra* nota 18, pp. 165-67 (explicando la historia de la expresión "trata de blancas").

³⁶ UN Sales No. 1950.IV.1.

³⁷ UN Sales No. 1950.IV.2.

³⁸ Ver Elizabeth M. Bruch, "Models Wanted: The Search for an Effective Response to Human Trafficking", *Stanford Journal of International Law*, vol. 40, 2004, pp. 8-9.

³⁹ 53 UNTS 39 (1921).

⁴⁰ 53 UNTS 49 (1933).

La Organización de las Naciones Unidas tuvo también un rol activo frente al problema de la trata de seres humanos casi desde su creación. Y aunque la Carta de San Francisco no hizo mención específica a la trata de personas como tema de preocupación internacional, en 1949 la Organización adoptó la Convención para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena⁴¹, que consolidó y suplementó los tratados existentes y tomó, por primera vez en la historia, medidas destinadas a combatir la prostitución. Sin embargo, las medidas de ejecución fueron extremadamente débiles y en general la Convención tuvo limitada efectividad. En verdad, la Convención de 1949 fue el último intento de la comunidad internacional por combatir la trata de seres humanos en casi 50 años⁴². Aunque además de los tratados anti-trata, hubo otra serie de tratados durante el mismo periodo relativos a la esclavitud⁴³ y los trabajos forzados⁴⁴, no hubo un intento real de utilizar estos últimos para responder al problema de la trata⁴⁵.

La preocupación por la trata de seres humanos tomó nuevo vuelo en la década de 1970 como parte del movimiento global en favor de los derechos de la mujer. Desde entonces se ha convertido en el centro de significativa atención, principalmente en los foros internacionales relativamente moder-

⁴¹ 96 UNTS 272 (1949).

⁴² Mary Robinson, *Informal Note by the United Nations High Commissioner for Human Rights*, UN GAOR, Ad Hoc Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime, 4th. Sess., UN Doc. A/AC.254/16 (1999). Hubo, sin embargo, referencia a la trata en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979. Ver *infra* § III.3.

⁴³ Convención sobre la Esclavitud, 60 UNTS 253 (1926); Protocolo para Modificar la Convención sobre la Esclavitud, 182 UNTS 51 (1953); Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud, 266 UNTS 40 (1956) (expandiendo el alcance de la Convención sobre la Esclavitud a prácticas tales como servidumbres por deudas, la condición de siervo, ciertas formas serviles de matrimonio, y la explotación de menores).

⁴⁴ Convención (Nro. 105) sobre Trabajos Forzados, 320 UNTS 291 (1957); Convención (Nro. 29) sobre Trabajos Forzados o Compulsivos de la Organización Internacional del Trabajo, 39 UNTS 55 (1930); Convención sobre Trabajadores Migrantes (disposiciones complementarias), 1120 UNTS 323 (1975).

⁴⁵ Ver Bruch, *supra* nota 38, p. 10, n. 47 y la bibliografía citada.

nos de derechos humanos y de las mujeres, como las conferencias mundiales sobre la mujer de 1975 (México), 1980 (Copenhague), 1985 (Nairobi) y 1995 (Beijing)⁴⁶, y la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993⁴⁷. Sin embargo, la actividad internacional en materia anti-trata no se materializó en un tratado internacional hasta la adopción en el año 2000 del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente de Mujeres y Niños, complementaria de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional⁴⁸.

El Protocolo provee la primera definición internacional de trata de personas⁴⁹, aunque en el marco de un régimen destinado a dar una respuesta internacional al fenómeno del crimen organizado, y no en el marco de un régimen de derechos humanos o laborales, aunque diversas ONGs de derechos humanos jugaron un rol crucial en su negociación⁵⁰. Asimismo, el Protocolo sigue la controvertida senda de concentrarse en la trata de mujeres y niños con el propósito de prostitución. No obstante ello, y aunque la efectividad del Protocolo para combatir la trata de personas es aún incierta,

⁴⁶ Ver respectivamente, UN Report of the World Conference of the International Women's Year, p. 79, para. III.7, UN Doc. E/CONF 66/34, UN Sales No. E.76.IV.1 (1976); UN Report of the World Conference of the UN Decade for Women: Equality, Development and Peace, International Women's Year, p. 103, UN Doc. A/CONF 94/35, UN Sales No. E.60.IV.3 (1980); UN Report of the World Conference to Review and Appraise the Achievements of the UN Decade for Women: Equality, Development and Peace, p. 70, paras. 290-91, UN Doc. A/CONF 116/28/Rev.1, UN Sales No. E.85.IV.10 (1986); UN Report on the Fourth World Conference on Women, Beijing Declaration and Platform of Action, UN Doc. A/CONF 177/Rev.1, UN Sales No. 96.IV.13 (1995), Traffic in Women and Girls, G.A. Res. 50/167, 50th. Sess., 99th. plen. mtg., paras. 113, 122, UN Doc. A/RES/50/167 (1995).

⁴⁷ Ver UN World Conference on Human Rights, Vienna Declaration and Program of Action, pp. 33-34, para. I.18, UN Doc. A/CONF 157/23 (1993).

⁴⁸ GA Res. 55/25, UN GAOR, 55th. Sess., Annex 2, Supp. No. 49, p. 60, UN Doc. A/45/49 (2001).

⁴⁹ Art. 3 (a), reproducido supra § II.1

⁵⁰ Ver Anne Gallagher, "Human Rights and the New UN Protocol on Trafficking and Migrant Smuggling: A Preliminary Analysis", Human Rights Quarterly, vol. 23, 2001, pp. 984-85 n. 67-68 (explicando el rol de las ONGs en la adopción de la definición de trata). Ver también Fitzpatrick, supra nota 35, pp. 1143-67 (concluyendo que el Protocolo constituye un avance en la reconceptualización de la trata como una preocupación de derechos humanos, además de un tema criminal y migratorio).

el mismo provee los contornos de la respuesta internacional a este problema para el futuro cercano⁵¹.

2. El Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños

El Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente de Mujeres y Niños tuvo su origen en una propuesta del Gobierno argentino, presentada durante la Séptima Reunión de la Comisión de Prevención del Crimen y la Justicia Criminal de las Naciones Unidas en 1998, de elaborar una convención contra la trata de menores a la luz de la creciente evidencia del involucramiento del crimen organizado en esta actividad⁵². La iniciativa fue luego expandida para incorporar la trata de todas las personas. Luego de extensas negociaciones, el Protocolo fue abierto a la ratificación de todos los Estados en Palermo, Italia, en diciembre de 2000 (de ahí el nombre de Protocolo de Palermo, con el que también se lo conoce) y entró en vigor el 23 de diciembre de 2003⁵³.

El Protocolo adopta el enfoque llamado “de las tres P” (proteger; procesar; y prevenir) abogado por el Gobierno estadounidense como estrategia para combatir la trata, y seguido también por la legislación de ese país⁵⁴.

⁵¹ Cf. Bruch, *supra* nota 38, p. 15.

⁵² Elizabeth F. Defeis, “Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons—A New Approach”, *ILSA Journal of International and Comparative Law*, vol. 10, 2004, p. 487.

⁵³ Ratificado hasta la fecha por 87 países, incluido la Argentina. Estados Unidos lo firmó pero no lo ratificó. La lista de los Estados signatarios y de los Estados parte puede ser consultada en http://www.unodc.org/unodc/en/crime_cicp_signatures_trafficking.html

⁵⁴ Ver The President’s Interagency Council on Women (actualmente Office of Trafficking in Persons), US Department of State, *Pressing Forward to Stop Trafficking in Women and Children*, p. 2 (2000). Ver también en general LeRoy G. Potts, Jr., “Global Trafficking in Human Beings: Assessing the Success of the United Nations Protocol to Prevent Trafficking in Persons”, *George Washington International Law Review*, vol. 35, 2003, pp. 227-49 (analizando el enfoque de las “tres P” y proponiendo nuevas medidas para ayudar en la lucha contra la trata en cada uno de los tres campos); y Linda Smith & Mohamed Mattar, “Creating International Consensus on Combating Trafficking in Persons: US Policy, The Role of the

Este enfoque aparece evidente en el artículo 2 que establece los "fines" del Protocolo, y que son:

- a) Prevenir y combatir la trata de personas, prestando especial atención a las mujeres y los niños;
- b) Proteger y ayudar a las víctimas de dicha trata, respetando plenamente sus derechos humanos; y
- c) Promover la cooperación entre los Estados Parte para lograr esos fines.

"P" es procesar: El Protocolo exige a los Estados Parte penalizar la trata de personas, por medio de la adopción de leyes que prohíban esa conducta (art. 5). Esas conductas incluyen los actos que caen en la definición de trata del artículo 3 inciso a) del Protocolo, así como la tentativa, la complicidad, y la organización y dirección de otras personas para la comisión de un delito.

La puesta en práctica de esas medidas es obligatoria para los Estados y exige que las diferentes autoridades y organismos encargados de hacer cumplir la ley cooperen en la identificación de los delincuentes y de las víctimas, el intercambio de información y el entrenamiento de los investigadores y del personal de ayuda a las víctimas⁵⁵.

Se ha dicho que para que el Protocolo tenga éxito, las ONG, la ONU y los miembros clave de la Organización, como los Estados Unidos, deben adoptar un rol activo en este campo e incentivar a los Estados a adoptar medidas tendentes al procesamiento de los responsables⁵⁶. Actualmente, muy pocos países tienen leyes que tipifican la trata de personas como un delito penal⁵⁷. La Oficina contra la Droga y el Delito de Naciones Unidas

UN, and Global Responses and Challenges", WTR Fletcher Forum of World Affairs, vol. 28, 2004, pp. 155-74 (analizando las disposiciones del Protocolo en las tres áreas: prevención, protección y castigo).

⁵⁵ Defeis, supra nota 52, p. 489.

⁵⁶ Potts, supra nota 54, p. 241.

⁵⁷ Id.

ha ofrecido asistencia a los países para la elaboración de legislación destinada a combatir el crimen organizado y la trata de personas⁵⁸. Existe el reconocimiento de que todos los Estados deberán dictar leyes anti-trata si se desea evitar el surgimiento de "bolsones" regionales o nacionales donde los tratantes puedan refugiarse y sacar ventaja de la falta de una legislación que castigue la trata⁵⁹. Existe también el reconocimiento de que el problema sólo puede ser enfrentado con éxito si los países con mayores recursos ayudan a aquellos cuya situación económica los hace más vulnerables a la acción de grupos criminales involucrados en la trata y el tráfico de seres humanos⁶⁰. A este respecto, suscitó especial atención la decisión del Gobierno italiano, anunciada durante la ceremonia de firma del Protocolo en Palermo, de entregar el veinticinco por ciento de todos los bienes confiscados a la ONU para ayudar a otros países miembros en la implementación de la Convención y sus respectivos protocolos⁶¹.

"P" es proteger: Además de la penalización de la trata, el Protocolo exige a los Estados adoptar medidas destinadas a proteger y asistir a las víctimas. El Protocolo reconoce que las víctimas de la trata están a menudo en situación de gran peligro y necesitan de asistencia y apoyo, particularmente si son repatriadas a su país de origen. Es por ello que el Protocolo prevé la confidencialidad de las actuaciones judiciales relativas a la trata (art. 6 inc. 1), así como la posibilidad de obtener indemnización por los daños sufridos (art. 6 inc. 6)⁶². El Protocolo también promueve la asistencia social a las víctimas, como son la provisión de alojamiento adecuado, asistencia médica, psicológica y material, y oportunidades de empleo, educación y capacitación (art. 6 inc. 3).

⁵⁸ Press Release, United Nations, More than 120 Nations Sign New UN Convention on Transnational Organized Crimes High-Level Meeting Concludes in Palermo, UN Doc. L/T/4359, 15 Dec. 2000.

⁵⁹ Potts, *supra* nota 54, p. 241.

⁶⁰ *Id.*, p. 242.

⁶¹ Ver Pino Arlacchi, Closing Remarks, High-level Conference for the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols Thereto, 15 Dec. 2000; disponible en http://www.unodc.org/unodc/speech_2000-12-15_1.html

Un tema de arduo debate durante las negociaciones del Protocolo fue el del estatus legal de las víctimas extranjeras luego de su rescate y si las mismas deben ser repatriadas a su país de origen. Los Estados desarrollados a donde generalmente las víctimas son traficadas, expresaron la preocupación que, si se reconocía a las víctimas un "derecho" a permanecer en su territorio, el Protocolo acabaría facilitando la trata de personas y la inmigración ilegal. Contrariamente, los Estados cuyos nacionales son principalmente objeto de la trata, argumentaron que la repatriación sin más de los rescatados podría exponerlos a una situación de peligro, posiblemente a merced de los grupos criminales que los había originalmente traficado⁶³. El texto del Protocolo exige a los Estados parte "considerar" la adopción de leyes o medidas que permitan a las víctimas de la trata de personas permanecer en su territorio temporaria o permanentemente "cuando proceda" (art. 7 inc. 1), así como "facilitar y aceptar" la repatriación de las víctimas al Estado del que sean nacionales o residentes legales cuando fueron traficadas al país de destino (art. 8 inc. 1). La repatriación de las víctimas es preferentemente voluntaria y debe tener en cuenta la seguridad de la persona y el estado de los procedimientos legales relacionados con la trata (art. 8 inc. 2). Esto último tiene por fin reducir la probabilidad de que los testigos de la víctima sean repatriados antes de que tengan la posibilidad de testificar⁶⁴.

Activistas de derechos humanos han visto en el Protocolo una oportunidad perdida para proteger los derechos de las víctimas de la trata, consecuencia en parte de la falta de compromiso de los gobiernos en proveer servicios y protección a extranjeros indocumentados aún cuando han sido víctimas de un crimen tan horrible⁶⁵. Se ha criticado, asimismo, que la pro-

⁶² Ver Defeis, supra nota 52, p. 489.

⁶³ Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, Supplementing the UN Convention Against Transnational Organized Crime, UN Ad Hoc Committee for the Elaboration of a Convention Against Transnational Organized Crime, 11th Sess., Agenda Item 3, at 1, A/AC.254/4 (1999), revised by UN Doc. A/AC.254/4 (2000).

⁶⁴ Defeis, supra nota 52, p. 490.

⁶⁵ Por ejemplo, el Protocolo no exige a los gobiernos proporcionar alojamiento o asistencia médica, psicológica o legal en caso de arresto, detención o repatriación sumaria de las

tección y apoyo a las víctimas es crucial para obtener su testimonio y procesar a los culpables, y que el apoyo que provee el Protocolo es inadecuado para ese fin⁶⁶.

Algunos países han modificado ya su legislación para proteger a las víctimas contra la repatriación involuntaria. Significativamente, la Ley de Protección de las Víctimas de Trata, aprobada por el Congreso estadounidense en octubre de 2000⁶⁷, otorga generosos beneficios migratorios para las víctimas de formas graves de trata. La llamada "Visa T" permite a los beneficiarios permanecer legalmente en los Estados Unidos durante tres años, al cabo de los cuales puede solicitar la residencia permanente. Las víctimas de la trata pueden también acceder a los beneficios de la seguridad social de que disfrutaban los refugiados⁶⁸.

"P" es prevenir: Si bien el Protocolo constituye un paso importante en la lucha contra la trata, su éxito depende en gran medida en los esfuerzos de prevención entre los Estados de donde las personas son "exportadas" y los Estados de destino⁶⁹.

En primer lugar, el Protocolo establece que los Estados tienen la responsabilidad de prevenir la trata. El artículo 9 indica que "[l]os Estados Parte establecerán políticas, programas y otras medidas de carácter amplio con miras a... [p]revenir y combatir la trata de personas" (inc. 1 a), "recurriendo en particular a la cooperación bilateral o multilateral, a fin de mitigar factores como la pobreza, el subdesarrollo y la falta de oportunidades equitativas que hacen a las personas, especialmente las mujeres y los niños, vulnerables a la trata" (inc. 4).

víctimas; ni las víctimas son notificadas cuando los tratantes son dejados en libertad. El Protocolo tampoco permite a las víctimas permanecer en el país, aun temporariamente, si es peligroso que regresen a su país de origen. Ver en general, Defeis, supra nota 52, p. 490.

⁶⁶ Defeis, supra nota 52, p. 491.

⁶⁷ Ver infra § IV.1.

⁶⁸ Para un breve comentario sobre la "Visa T", ver Fitzpatrick, supra nota 35, pp. 1161-63.

⁶⁹ Potts, supra nota 54, p. 242.

A diferencia de la Convención de 1949⁷⁰, el Protocolo no considera la penalización de la prostitución como un medio para combatir la trata⁷¹. La Convención consideraba la prostitución (no sólo la trata de personas con fines de prostitución) como "incompatible con la dignidad y el valor de la persona humana" (Preámbulo) y exigía a los Estados "adoptar medidas para la prevención de la prostitución" (art. 16). El Protocolo, en cambio, aborda el problema de la demanda, y exige a los Estados "desalentar la demanda que propicia cualquier forma de explotación conducente a la trata de personas, especialmente de mujeres y niños" (art. 9 inc. 5). Adicionalmente, impone en los Estados la obligación de adoptar medidas para contrarrestar las posibilidades de revictimización, esto es, que una vez rescatadas, las personas vuelvan a ser objeto de una nueva trata (art. 9 inc. 1 b)⁷².

El Protocolo también establece que los Estados Parte "reforzarán, en la medida de lo posible, los controles fronterizos que sean necesarios para prevenir y detectar la trata de personas" (art. 11 inc. 1). Entre otras medidas, cada Estado debe considerar la posibilidad de prever, de conformidad con su derecho interno, denegar la entrada o revocar visados a personas implicadas en la comisión de los delitos tipificados en el Protocolo (art. 11 inc. 5).

Como veremos más abajo, Estados Unidos está actuando enérgicamente para combatir la trata, tanto en ámbito doméstico como internacional. En

⁷⁰ Ver supra nota 41.

⁷¹ Ver en general Smith & Mattar, supra nota 54, pp. 159-60.

⁷² Probablemente la cuestión más controvertida entre las delegaciones y grupos de derechos humanos que participaron de la redacción del Protocolo fue la definición de trata en relación con la prostitución. Mientras algunos consideran la prostitución como esencialmente forzada o involuntaria, un punto de vista reflejado en la Convención de 1949; otros ven el trabajo sexual como una elección ocupacional legítima para algunas mujeres y confinan la definición de trata a las situaciones de engaño o coacción. El Protocolo, al incluir elementos de engaño y coacción en la definición de trata de adultos, esencialmente adopta el enfoque de quienes creen que la prostitución puede constituir una elección voluntaria. No obstante ello, dado que las inequidades sociales y económicas pueden llevar a muchas mujeres a prostituirse, el debate sobre el carácter voluntario o involuntario de la prostitución está lejos de haber concluido. Ver Fitzpatrick, supra nota 35, p. 1153. Ver también la bibliografía citada supra en n. 18.

este último campo, la Ley de Protección de las Víctimas de Trata y sus modificatorias ofrece ayuda a gobiernos extranjeros interesados en eliminar la trata, y establece un procedimiento para "cortar" la ayuda no-humanitaria a gobiernos que toleran o condonan la trata⁷³.

3. La Trata de Personas como Violación de Derechos Humanos

Además de los tratados anti-trata y anti-esclavitud, las convenciones internacionales de derechos humanos son también relevantes, en un doble sentido. En primer lugar, en cuanto se refieren específicamente a la trata de seres humanos (o la esclavitud). Y en segundo lugar, porque la trata de personas constituye una violación de otros derechos humanos, como son el derecho a no ser sometido a tortura ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, el derecho a la vida, a la dignidad y a la seguridad, a la libertad de circulación, el derecho a trabajar (y a recibir una compensación) y el derecho a una salud integral. La trata de niños viola el derecho inherente de los niños de vivir en un ambiente protegido y de ser libre de todas las formas de abuso y explotación⁷⁴.

Todos los tratados principales de derechos humanos: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, y los tratados regionales de derecho humanos, incluido el Pacto de San José de Costa Rica, prohíben la esclavitud y la trata de esclavos en todas sus modalidades⁷⁵.

⁷³ Ver infra § IV.2.

⁷⁴ Tal Raviv, "International Trafficking in Persons: A Focus on Women and Children. The Current Situation and the Recent International Legal Response", *Cardozo Women's Law Journal*, vol. 9, 2003, p. 666. Ver la Convención sobre los Derechos del Niño, infra nota 78, art. 32.

⁷⁵ Declaración Universal de Derechos Humanos, GA Res. 217(A)(III), art. 4, UN Doc. A/810 (1948); Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, GA Res. 2200, art. 8, UN Doc. A. 6316 (1966); Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, art. 4, UNTS 222 (1950); Convención Americana de Derechos Humanos, art. 6, OAS Treaty Series No. 36 1144, UNTS 423 (1969); Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, art. 5, OUA Doc. CAB/LEG/3 rev. 5, 21 ILM 58 (1981).

En lo que respecta a la trata de mujeres, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979⁷⁶ establece que “[l]os Estados Parte adoptarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer” (art. 6). La separación de las frases “todas las formas de trata de mujeres” y “explotación de la prostitución” ha sido interpretada en el sentido de incluir en el ámbito de protección a las víctimas traficadas para propósitos diferentes de la prostitución⁷⁷.

En cuanto a la trata de menores, la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 1990, el reciente Protocolo Facultativo relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Pornografía Infantil de 2000, y la Convención sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación de la Organización Internacional del Trabajo de 1999 (Convención 182)⁷⁸, expresan “tolerancia cero” frente a la trata y la explotación de niños⁷⁹. Se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años. La Convención sobre los Derechos del Niño, que es el tratado de derechos humanos con mayor número de ratificaciones del mundo, protege a los niños contra la trata, venta, explotación laboral y sexual, y exige a los Estados Partes a adoptar medidas de carácter legislativo, administrativo, social y educacional para asegurar su implementación. El Protocolo, que entró en vigor en enero de 2002, prohíbe la venta de niños, la prostitución y la pornografía infantil, y cubre todos los aspectos relevantes de la lucha anti-trata: prevención, criminalización, co-

⁷⁶ 1249 UNTS 13 (1979).

⁷⁷ Ver Raviv, *supra* nota 74, p. 666.

⁷⁸ Convención sobre los Derechos del Niño, GA Res. 44/25, UN GAOR, 45th Sess., Supp. No. 49, UN Doc No. A/44/49 (1990); Protocolo Facultativo relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Pornografía Infantil, GA Res. 54/268 annex II 54, UN Doc. A/54/49 (2000); Convención sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación, Convención No. 182 de la OIT, 38 ILM 1207 (1999).

⁷⁹ Raviv, *supra* nota 74, pp. 666-67.

operación internacional, extradición, y asistencia a las víctimas⁸⁰. Por su parte, la Convención 182 de la OIT incluye entre las peores formas de trabajo infantil la esclavitud, trata, servidumbre por deudas, el trabajo forzoso, la prostitución y la pornografía infantil, el uso de niños para actividades ilícitas, como la producción y el tráfico de estupefacientes, y el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños (art. 3).

La preocupación por los derechos humanos de las víctimas de trata llevó al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos a establecer en 1999 un programa para integrar consideraciones de derechos humanos en las iniciativas internacionales, regionales y nacionales anti-trata por medio de un desarrollo legal y político⁸¹. Continuando con los esfuerzos por impregnar de una visión "ius-humanística" al Protocolo de Palermo, en mayo de 2002, el Alto Comisionado sometió al Consejo Económico y Social los Principios y Directrices Recomendados en Materia de Derechos Humanos y Trata de Personas. Estos Principios y Directrices están dirigidos a los responsables políticos a nivel internacional, nacional y local, y reflejan un análisis cuidadoso de los desafíos de proteger los derechos humanos de las víctimas de trata⁸².

Los Principios enfatizan la "primacía" de los derechos humanos, que han de constituir "el centro de toda la labor para prevenir y combatir la trata de personas y para proteger y dar asistencia y reparación a las víctimas (Principio Nro. 1). El Principio Nro. 2 establece la obligación de actuar con

⁸⁰ Ver Michael J. Dennis, "Newly Adopted Protocols to the Convention on the Rights of the Child", *American Journal of International Law*, vol. 94, 2000, pp. 789-96 (analizando los dos protocolos adoptados por la Asamblea General de la ONU el 25 de mayo de 2000, relativos a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Pornografía infantil y de Niños en los Conflictos Armados).

⁸¹ Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights to the Economic and Social Council, UN ESCOR, Substantive Sess. 2002, para. 61, UN Doc. E/2002/68 (2002).

⁸² Fitzpatrick, *supra* nota 35, p. 1154. Los Principios y Directrices están disponibles en [http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/63898101a6a32e23c1256bf30052b9f7/\\$FILE/N0240171.pdf](http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/63898101a6a32e23c1256bf30052b9f7/$FILE/N0240171.pdf)

la “diligencia debida”, fórmula que ha sido promovida en relación con otros tipos de violencia contra las mujeres, para describir las obligaciones de los Estados de prevenir, investigar y castigar⁸³. El Principio Nro. 3 exige que las medidas contra la trata no se apliquen de modo que redunden en desmedro de los derechos humanos de las víctimas; un punto que es desarrollado en la Directriz Nro. 1 que establece que las medidas anti-trata no deben aplicarse discriminatoriamente por razones de género (1.4), ni afectar la libertad de desplazamiento (1.5), ni afectar el derecho de pedir y obtener asilo contra la persecución (1.6)⁸⁴. El Principio Nro. 4 afirma que las estrategias contra la trata considerarán a la demanda como una de sus causas fundamentales; un punto luego desarrollado en la Directriz Nro. 7. El Principio Nro. 7 prohíbe el castigo de las víctimas de la trata por haber entrado o residir ilegalmente o haber participado en actividades ilícitas como consecuencia directa de su situación. El Principio Nro. 10, a su vez, establece el criterio del “mejor interés del niño”⁸⁵. En tanto que el Principio Nro. 11 establece que se ofrecerá a las víctimas alternativas jurídicas a la repatriación en los casos en que sea razonable llegar a la conclusión que constituirá un grave riesgo para su seguridad o la de su familia.

Como bien se indica en la Directiva Nro. 1, “[l]as infracciones de los derechos humanos son a la vez causa y consecuencia de la trata de personas”. Las causas incluyen la discriminación por razón del género, el desdén por los intereses de los niños, y la privación de derechos sociales y económicos en situaciones de extrema pobreza⁸⁶. De ahí que una estrategia eficaz de prevención debe contemplar programas que ofrezcan maneras de ganarse la vida, capacitación para las mujeres y otros grupos tradicionalmente en situación de desventaja, oportunidades educacionales a los niños, campañas de información para la población en general con miras a promover una mayor conciencia de los problemas que entraña la trata de personas, y oportunidades legales de migración laboral.

⁸³ Fitzpatrick, *supra* nota 35, pp. 1154-55.

⁸⁴ *Id.*, p. 1155.

⁸⁵ *Id.*, p. 1156.

⁸⁶ *Id.*, p. 1156.

§ IV. La Trata de Personas en la Legislación y la Política Exterior Estadounidense

1. La Respuesta del Gobierno Estadounidense al Fenómeno de la Trata Internacional de Seres Humanos

En los últimos años, Estados Unidos ha adoptado una enérgica política anti-trata tanto a nivel doméstico como internacional. El 28 de octubre de 2000, el Presidente Clinton refrendó la Ley de Protección de las Víctimas de Trata (TVPA)⁸⁷; modificada tres años más tarde por la Ley de Reautorización de la Protección de las Víctimas de Trata (TVPRA)⁸⁸. El objetivo de esta legislación es combatir la trata de personas, la que es definida como una “manifestación contemporánea de la esclavitud”, a través del castigo justo y efectivo a los tratantes, la protección de las víctimas⁸⁹, y la movilización de diversos organismos del Gobierno estadounidense, en la campaña anti-trata⁹⁰. Este es el enfoque de las “tres P” –prevención, protección y prosecución– a que hicieramos referencia con anterioridad. La TVPA es el resultado de una iniciativa legislativa conjunta demócrata-republicana, y fue aprobada por 371 votos contra 1 en la Cámara de Representantes y por unanimidad en el Senado, lo que explica la continuidad de las grandes líneas de la política estadounidense en este campo pese al cambio de partido en la Casa Blanca.

⁸⁷ Trafficking Victims Protection Act, Public Law 106-386, 106th Congress, 28 Oct. 2000, 114 Stat. 1464, codificada en 22 USC § 7101 et seq. (2000). Muy recomendable es el artículo de Susan Tiefenbrun, “The Saga of Susannah. A US Remedy for Sex Trafficking in Women: The Victims of Trafficking and Violence Protection Act of 2000”, *Utah Law Review*, 2000, p. 107-75. Ver también Kara C. Ryf, “The First Modern Anti-Slavery Law: The Trafficking Victims Protection Act of 2000”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 34, 2002, pp. 45-71; Candes, *supra* nota 13, pp. 571-602; Desarrollos legislativos: “The Trafficking Victims Protection Act”, *Harvard Law Review*, vol. 118, 2005, pp. 2180-2202.

⁸⁸ Trafficking Victims Protection Reauthorization Act, Public Law 108-193, 108th Congress, 19 Dec. 2003, 117 Stat. 2875.

⁸⁹ 22 USC § 7101 (notes).

⁹⁰ 22 USC §. 7103.

El 13 de febrero de 2002, el Presidente Bush creó una Oficina para el Monitoreo y Combate de la Trata de Personas⁹¹ para implementar la TVPA en el ámbito del Departamento de Estado⁹². Y el 25 de febrero del mismo año, el Presidente firmó una Directiva Presidencial de Seguridad Nacional que sienta la política de la Administración sobre la prostitución, a la que ve como “inherentemente dañina y deshumanizante y [que] contribuye al fenómeno de la trata de personas”⁹³. El 30 de abril el Presidente refrendó la Ley de Remedios Procesales y otras Herramientas para Terminar con la Explotación de los Niños Hoy también de 2003, que establece penas de prisión de hasta treinta años para los ciudadanos o residentes permanentes de Estados Unidos que practican turismo sexual con menores en el exterior⁹⁴.

En septiembre de 2003, en su discurso ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, el Presidente Bush anunció una iniciativa especial de 50 millones de dólares para “apoyar el trabajo de organizaciones que están rescatando mujeres y niños de la explotación, y dándoles refugio y tratamiento médico y la esperanza de una nueva vida”. En 2004 la Administra-

⁹¹ Executive Order 13257 (2002).

⁹² US Department of State Office to Monitor and Combat Trafficking in Persons, cuyo sitio Web es <http://www.state.gov/g/tip/>

⁹³ Trafficking in Persons National Security Presidential Directive, 25 Feb. 2003; disponible en <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2003/02/20030225.html>. En el marco de esta política, el Gobierno de Estados Unidos impulsó ante la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer de la ONU una Resolución sobre la Reducción en la Demanda de Mujeres en la Trata de Mujeres y Niñas para Todas las Formas de Explotación. Esta es la primera resolución de un órgano de las Naciones Unidas dirigida a eliminar la demanda de la trata humana y que toma nota del vínculo entre la explotación comercial del sexo y la trata. La Resolución fue co-auspiciada por más de 50 países y adoptada por consenso el 11 de marzo de 2005. Ver Press Release, WOW/1504, Commission on the Status of Women, 49th session, 11 March 2005; disponible en <http://www.un.org/News/Press/docs/2005/wom1504.doc.htm>

⁹⁴ Prosecutorial Remedies and Other Tools to end the Exploitation of Children Today Act (PROTECT Act), Public Law 108-21, 108th Congress, 30 April 2003, 117 Stat. 650. Asimismo, el Gobierno de Estados Unidos financia la ONG World Vision, para llevar a cabo un importante programa de concientización pública y prevención de este delito en el exterior. Para información sobre este programa, ver <http://www.worldvision.org>

ción Bush dio prioridad en la asignación de fondos en América Latina, a Brasil y México.

El 23 de diciembre de 2003, Estados Unidos ratificó el Protocolo Facultativo relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Pornografía Infantil, y el Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en Conflictos Armados. Sin embargo, no ha ratificado el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente de Mujeres y Niños.

La TVPA reconoce que la trata de personas es un grave crimen transnacional, y que la única forma de enfrentarlo es a través del trabajo cooperativo bilateral y multilateral entre los países para erradicar la industria⁹⁵. En este marco, se establece que "Los Estados Unidos deben urgir a la comunidad internacional a actuar enérgicamente en los foros multilaterales para comprometer a los países recalcitrantes a realizar esfuerzos serios y sostenidos para eliminar la trata y proteger a las víctimas de la trata"⁹⁶. Para ello, la TVPA crea un Grupo de Tareas inter-departamental presidido por el Departamento de Estado y destinado a monitorear y combatir la trata internacional de seres humanos⁹⁷. La función primaria de este Grupo de tareas es determinar y evaluar el progreso de Estados Unidos y otros países en la lucha contra la trata en función del cumplimiento de ciertos estándares mínimos para eliminar la trata⁹⁸, y ayudar a los Gobiernos extranjeros a alcanzar dichos estándares⁹⁹.

Los llamados "estándares mínimos para la eliminación de la trata de personas" no son estándares universales, en el sentido de haber sido adoptados por una conferencia o tratado internacional o por un organismo inter-

⁹⁵ 22 USC § 7101(a)(24).

⁹⁶ 22 USC § 7101(a)(24).

⁹⁷ Interagency Task Force to Monitor and Combat Trafficking, 22 USC § 7103. Luego de modificaciones introducidas por la TVPRA, el Grupo de tareas está formado por los departamentos de Estado, de Justicia, de Trabajo, de Seguridad Interior, de Salud y Servicios Humanos, y la Agencia estadounidense para el Desarrollo Internacional.

⁹⁸ 22 USC § 7103(d)(2).

⁹⁹ 22 USC § 7103(d)(4).

nacional responsable de esta problemática. Antes bien, se trata de criterios establecidos por el Congreso estadounidense con miras a la evaluación de un país. El fracaso en adoptar medidas significativas para cumplir con tales estándares puede determinar el establecimiento de sanciones por parte del Gobierno estadounidense contra dicho país. Los estándares mínimos establecidos por la TVPA del año 2000 son:

(1) El gobierno del país debe prohibir las formas graves de la trata de personas y castigar los actos constitutivos de la trata.

(2) Para el caso de la comisión a sabiendas de un acto de trata que involucre el uso de fuerza, fraude, coerción, o en el cual la víctima de tráfico sexual es un niño incapaz de prestar un consentimiento válido, o de trata que incluya violación o secuestro o que cause la muerte de la persona, el gobierno del país debe establecer penas semejantes a la que se establece para crímenes graves, como el abuso sexual.

(3) Para el caso de la comisión a sabiendas de cualquier forma grave de trata de personas, el gobierno del país debe establecer penas suficientemente altas para prevenirla y que reflejen la naturaleza aberrante del delito.

(4) El gobierno del país debe hacer esfuerzos serios y sostenidos para eliminar las formas graves de trata de personas¹⁰⁰.

El cuarto estándar mínimo fue modificado por la TVPRA del año 2003, y actualmente requiere la consideración de diez factores indiciarios de los "esfuerzos serios y sostenidos" para eliminar las formas graves de la trata de personas, a saber:

(1) Si el gobierno del país investiga y procesa vigorosamente actos de formas graves de trata de personas, y establece penas y condena a las personas responsables de tales actos, que tienen lugar total o parcialmente en el territorio del país (...).

¹⁰⁰ 22 USC §. 7106(a).

(2) Si el gobierno del país protege a las víctimas de formas graves de trata e incentiva la asistencia en la investigación y procesamiento de dicha trata, incluyendo disposiciones que prevean alternativas legales a su expulsión a países en los cuales enfrentarían represalias o dificultades, y asegure que las víctimas no son inadecuadamente encarceladas, multadas o de otro modo penalizadas solamente por actos ilícitos que son resultado directo de la trata sufrida.

(3) Si el gobierno del país ha adoptado medidas para prevenir formas graves de la trata de personas, como informar y prevenir al público, incluido las víctimas potenciales, acerca de las causas y consecuencias de las formas graves de trata de personas.

(4) Si el gobierno del país coopera con otros gobiernos en la investigación y procesamiento de formas graves de trata de personas.

(5) Si el gobierno del país extradita a personas acusadas de actos de formas severas de trata de personas en los mismos términos y substancialmente la misma medida que otras personas acusadas de otros delitos graves (o, en la medida en que tal extradición sería incompatible con las leyes de ese país o con acuerdos internacionales de los cuales el país es parte, si el gobierno está tomando todas las medidas apropiadas para modificar o reemplazar dichas leyes y tratados de modo tal de permitir tal extradición).

(6) Si el gobierno del país monitorea los patrones de inmigración y emigración como evidencia de formas graves de trata de personas y si las fuerzas de seguridad del país reaccionan frente a esa evidencia de una manera compatible con la investigación y procesamiento de los actos de dicha trata, así como con la protección de los derechos humanos de las víctimas y del derecho humano internacionalmente reconocido a salir de cualquier país, incluido el propio, y de regresar al propio país.

(7) Si el gobierno del país investiga, procesa, establece penas y condena vigorosamente a los funcionarios públicos que participan o

facilitan formas graves de trata de personas, y toma todas las medidas adecuadas contra funcionarios que condonan dicha trata (...).

(8) Si el porcentaje de víctimas de formas graves de trata en el país que son extranjeros es insignificante.

(9) Si el gobierno del país, de acuerdo con su capacidad, sistemáticamente monitorea sus esfuerzos para satisfacer los criterios descritos en los párrafos (1) a (8) y hace público periódicamente los resultados de tales esfuerzos.

(10) Si el gobierno del país realiza un progreso apreciable en la eliminación de formas graves de trata con relación a los resultados del año anterior¹⁰¹.

Para ayudar a otros países a eliminar la trata, la TVPA autoriza al Presidente a asistir a gobiernos extranjeros en la elaboración de proyectos de ley que prohíban y castiguen los actos constitutivos de trata; la investigación y el procesamiento de los tratantes; la creación y mantenimiento de establecimientos, programas, proyectos y actividades para la protección de las víctimas; y la expansión de programas de intercambio y de visitantes internacionales para personal gubernamental y no-gubernamental para combatir la trata¹⁰². El propósito de los programas internacionales es crear consenso en el extranjero acerca de los peligros de la trata, principalmente de mujeres, y tratar de cambiar valores anti-feministas firmemente arraigados que existen en algunos países plagados por la pobreza e inadecuada educación¹⁰³.

Adicionalmente, el Grupo de Tareas provee asistencia económica y social a países extranjeros, para asistir al rescate, rehabilitación y reintegración de las víctimas de la trata¹⁰⁴.

¹⁰¹ 22 USC §. 7106(b). Los factores 8 a 10 fueron agregados por la TVPRA.

¹⁰² Cf. Public Law 106-386, 106th Congress, § 109 (2000) (incorporando § 134 re: Assistance to Foreign Countries to Meet Minimum Criteria, al Capítulo 1 de la Parte 1 de la Foreign Assistance Act of 1961, 22 USC § 2151 et seq.).

¹⁰³ Tiefenbrun, *supra* nota 87, p. 170.

¹⁰⁴ 22 USC §. 7105(a)(1).

La TVPA busca también atacar el problema de la trata a través de programas destinados a mejorar las oportunidades económicas de las víctimas potenciales de la trata. Estas iniciativas incluyen: el establecimiento de programas de micro-préstamos, capacitación para el desarrollo de negocios, capacitación y consultaría laboral; programas para promover la participación de las mujeres en la toma de decisiones económicas; programas para mantener a los niños, especialmente las niñas, en la escuela primaria y secundaria, y para educar a las personas que han sido víctimas de la trata; desarrollo de programas educativos relativos a los peligros de la trata; subsidios a organizaciones no-gubernamentales para promover los roles y capacidades políticos, económicos, sociales y educativos de las mujeres en sus países¹⁰⁵; y un esfuerzo específico para incrementar la toma de conciencia e información públicos sobre los peligros de la trata¹⁰⁶.

Según un informe, durante el año fiscal 2004, el Gobierno estadounidense apoyó aproximadamente 251 programas anti-trata en más de 86 países por un total de noventa y seis millones de dólares, lo que eleva la inversión a doscientos noventa y cinco millones en los últimos cuatro años¹⁰⁷.

Por último, la TVPA busca prevenir la trata de personas a través de la imposición de consecuencias políticas y económicas a los países que participan o condonan la trata. La TVPA requiere del Grupo de Tareas que anualmente prepare y someta al Congreso un informe sobre el estado de los esfuerzos que realizan los gobiernos extranjeros para combatir la trata. Sobre la base de este informe, el Presidente tiene la discreción de denegar asistencia (financiera) externa¹⁰⁸. Por lo demás, la mera publicación de estos informes puede tener un impacto político y social en los países que sufren la humillación de ser citados como incumplidores¹⁰⁹.

¹⁰⁵ 22 USC §. 7104(a)(1-5).

¹⁰⁶ 22 USC §. 7104(b).

¹⁰⁷ 2005 TIP Report, pp. 246-47.

¹⁰⁸ 22 USC § 7107.

¹⁰⁹ Tiefenbrun, *supra* nota 87, p. 171.

2. El Informe sobre Trata de Personas. Su Metodología y Significación como Instrumento de la Política Exterior Estadounidense

El Informe sobre Trata de Personas constituye un aspecto central de la TVPA. Su objetivo es “aumentar la conciencia global e incentivar a los gobiernos extranjeros a adoptar medidas efectivas para combatir todas las formas de la trata de personas”. También refleja los “esfuerzos de una creciente comunidad de naciones en intercambiar información y trabajar en conjunto para luchar contra la trata de seres humanos”¹¹⁰.

El Informe sobre Trata de Personas incluye los países que el Gobierno de los Estados Unidos considera que durante el año de cobertura (generalmente de abril del año anterior a marzo del año en que se publica el informe) han devenido países de origen, tránsito o destino para un número significativo de víctimas de formas graves de trata. En cada caso, se describe la naturaleza y dimensión de la trata de personas, las razones que llevaron a incluir al país en el Informe, y los esfuerzos de su Gobierno en combatir la trata. También contiene una evaluación del cumplimiento por el país de estándares mínimos para la eliminación de la trata, y sugiere programas o acciones a adoptar con ese fin.

A partir de la información reunida a través de las embajadas y consulados estadounidenses, las embajadas extranjeras en Washington, organizaciones internacionales y no gubernamentales que trabajan en temas de derechos humanos y trata, y aún las denuncias de particulares, el Departamento de Estado determina si un país es “un país de origen, tránsito o destino para un número significativo de víctimas de formas graves de trata”, del orden de las 100 o más víctimas, para ser incluido en el Informe. El país es entonces clasificado en una de las siguientes tres listas, según la extensión de las medidas adoptadas por su gobierno para eliminar la trata:

Lista 1: Países cuyos gobiernos cumplen acabadamente con los estándares mínimos establecidos por la TVPA.

¹¹⁰ 2005 TIP Report, p. 5.

Lista 2: Países cuyos gobiernos no cumplen con los estándares mínimos pero están haciendo esfuerzos significativo para alcanzarlos.

Lista 3: Países cuyos gobiernos no cumplen con los estándares mínimos y tampoco hacen esfuerzos significativo para alcanzarlos¹¹¹.

Existe también una Lista Especial de Países en Observación, creada por la TVPRA de 2003, compuesta principalmente de los países de la Lista 2 en los cuales: (a) el número absoluto de víctimas de formas graves de trata es muy significativo o está incrementándose significativamente; o (b) no se ha presentado evidencia de que se hayan aumentado los esfuerzos para combatir formas graves de trata de personas en relación con el año anterior; o (c) la determinación de que un país está haciendo esfuerzos significativo para cumplir con los estándares mínimos se basó en el compromiso de adoptar medidas adicionales durante el siguiente año¹¹².

La determinación de incluir un país en la Lista 2 ó 3 depende de varios factores, incluidos la cifra global de personas traficadas en el país, el grado de no-cumplimiento con los estándares mínimos, en particular el grado en que funcionarios públicos participan, facilitan, condonan, o son cómplices de la trata, y qué medidas pueden razonablemente adoptarse para cumplir con los estándares mínimos a la luz de la capacidad y recursos del gobierno¹¹³.

Los gobiernos de los países incluidos en la Lista 3 pueden estar sujetos a sanciones, que varían según que el país reciba o no ayuda no humanitaria ni de naturaleza comercial de los Estados Unidos. En el primer caso, el Gobierno estadounidense podrá suspender dicha ayuda. En el segundo caso, podrá suspender el otorgamiento de fondos para la participación de funcionarios o empleados del país sancionado en programas de intercambio cultural y educativo. Dichos gobiernos enfrentan también la oposición del Gobierno estadounidense al otorgamiento de préstamos u otra ayuda financiera por parte del Fondo Monetario Internacional y bancos multilaterales de

¹¹¹ 22 USC §. 7107(b)(1).

¹¹² Special Watch List, 22 USC §. 7107(b)(3).

¹¹³ 22 USC §. 7107(b)(4), reordenado por la TVPRA.

desarrollo durante el año fiscal subsiguiente (que comienza el 1 de octubre del año de publicación del Informe). Queda eximida la ayuda de carácter humanitario, o de naturaleza comercial, o ayuda al desarrollo destinada a satisfacer necesidades humanas básicas, no administrada ni que confiera un beneficio al gobierno del país sancionado¹¹⁴. Todas las sanciones que establece la TVPA pueden ser condonadas cuando según el Gobierno estadounidense, el país ha alcanzado los estándares mínimos o está haciendo esfuerzos significativos para cumplirlos¹¹⁵, o es necesario para evitar efectos adversos significativos en poblaciones vulnerables, incluidos mujeres y niños¹¹⁶. Significativamente, también se autoriza a condonar las sanciones cuando ello redunde en beneficio de los intereses nacionales estadounidenses¹¹⁷.

En los dos últimos informes, de 2004 y de 2005, la Argentina fue clasificada como una zona de riesgo (Lista 2). La falta de avances concretos en la lucha contra la trata podría ocasionar que la Argentina caiga en la Lista de países en observación o aún en la Lista 3 el año próximo; donde ya se encuentran otros países latinoamericanos como México, Bolivia, Cuba, Ecuador y Venezuela¹¹⁸.

3. La Utilización de Sanciones Unilaterales por Estados Unidos contra los Países que Condonan la Trata. Análisis Crítico

El Informe sobre Trata de Personas constituye una declarada herramienta diplomática del Gobierno de los Estados Unidos en la lucha contra la trata de personas, con el objetivo de fortalecer el diálogo y la cooperación internacionales, incentivar las acciones de algunos gobiernos extranjeros, y servir como guía en la adopción de programas y políticas de prevención, protección y castigo de la trata de seres humanos¹¹⁹.

¹¹⁴ 22 USC §. 7107(d)(1).

¹¹⁵ 22 USC §. 7107(d)(3).

¹¹⁶ 22 USC §. 7107(d)(5)(B).

¹¹⁷ 22 USC §. 7107(d)(4).

¹¹⁸ Ver 2005 TIP Report, p. 42.

¹¹⁹ Ver 2005 TIP Report, p. 29.

Esos esfuerzos laudables de cooperación internacional por parte de los Estados Unidos han sido, sin embargo, criticados por los países objeto de las sanciones como una violación de la jurisdicción doméstica (soberanía) de los Estados y de los principios del sistema de las Naciones Unidas, y un ejemplo patente del “sentido de superioridad hegemónica americana”¹²⁰. Por el otro lado, se ha dicho que el aumento de la carga financiera y de los riesgos en los países donde la trata se origina, podría indirectamente reducir los incentivos de ganancias comerciales y disuadir a los tratantes de la tentación de embarcarse o persistir en esta industria¹²¹.

Una pregunta que vale la pena hacerse es si la suspensión de la asistencia no-humanitaria o relacionada con el comercio a los países que no hacen esfuerzos suficientes y apropiados para eliminar la trata es consistente con el propósito de la TVPA de eliminar la trata a nivel mundial.

El uso del comercio exterior y la asistencia económica para alcanzar objetivos de política exterior no es nuevo¹²². Estados Unidos ha impuesto sanciones económicas durante muchos años, con diversos objetivos políticos, incluidos la lucha contra la proliferación nuclear, la desestabilización de regímenes hostiles y la promoción de la democracia y de los derechos humanos¹²³. Una de sus aplicaciones más visibles es en el contexto de la lucha contra el narcotráfico, en el que los resultados han sido dudosos. Peor aún, las sanciones pueden impedir significativamente la cooperación (que se manifiesta a través del intercambio de información de inteligencia sobre

¹²⁰ Tiefenbrun, *supra* nota 87, pp. 173-74.

¹²¹ *Id.*, p. 174.

¹²² Ver en general el interesantísimo estudio de Sarah H. Cleveland, “Norm Internalization and US Economic Sanctions”, *Yale Journal of International Law*, vol. 26, 2001, pp. 1-92 (analizando la validez de las sanciones económicas unilaterales bajo el derecho internacional convencional y consuetudinario y concluyendo que, a diferencia del uso unilateral de la fuerza, la Carta de las Naciones Unidas no prohíbe el uso de medidas económicas unilaterales para promover sus fines. La autora sostiene que, aunque el unilateralismo estadounidense es vulnerable a la politización y el abuso de la agenda de los derechos humanos, cuando es utilizado de manera consistente con los estándares internacionales, contribuye significativamente al desarrollo de un sistema de ejecución transnacional de los derechos humanos y laborales).

¹²³ *Id.*, pp. 31-33.

las rutas y técnicas de los tratantes y que permite su aprehensión), y destruir los esfuerzos de establecer una "fuerza internacional" para luchar contra el problema de la trata transnacional¹²⁴. Además, las sanciones exacerbaban la causa principal de la trata, al empobrecer aún más a los países afectados y tornarlos más vulnerables a la actividad de los tratantes. Así, se disminuyen indirectamente las oportunidades económicas para las potenciales víctimas de la trata, con la consecuencia de que la trata continúa siendo una opción¹²⁵. Las sanciones pueden también poner en peligro el trabajo que vienen realizando importantes ONGs estadounidenses en el extranjero, particularmente de difusión de los peligros de la trata, al minar la confianza depositada en ellas por la población y los activistas locales¹²⁶. Finalmente, la TVPA impone sanciones a los países que no cumplen con los estándares mínimos para eliminar la trata, los que incluyen la prohibición de la trata y penalización de los tratantes, la protección de las víctimas y la colaboración con los gobiernos extranjeros con este fin. Las sanciones económicas no sólo no facilitan este proceso, sino que penalizan a las víctimas y los gobiernos en vez de castigar a los tratantes¹²⁷.

El fracaso de los Estados Unidos en ratificar y ejecutar el Protocolo de Palermo constituye otra importante debilidad estructural del régimen de sanciones unilaterales contenido en la legislación anti-trata estadounidense¹²⁸, por cuanto el Gobierno estadounidense aparece imponiendo a otros Estados obligaciones (sobre prevención y castigo de la trata y protección de las víctimas) que no son vinculantes para los Estados Unidos¹²⁹. Afortunadamente, Estados Unidos ha ratificado algunas convenciones que enfocan directamente al problema de la trata como la Convención sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil¹³⁰, o se refieren a ella, como el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos¹³¹; lo que

¹²⁴ Ryf, supra nota 87, p. 64.

¹²⁵ Id., p. 64.

¹²⁶ Id., pp. 64-65.

¹²⁷ Id., pp. 64-65.

¹²⁸ Ver en general Cleveland, supra nota 122, pp. 69-71.

¹²⁹ Id., pp. 69-70.

¹³⁰ Ver supra nota 78.

¹³¹ Ver supra nota 75.

ha reducido, aunque no eliminado, la disonancia entre las sanciones estadounidenses y la práctica de ratificación¹³². Por lo demás, el hecho de que las obligaciones que impone la TVPA se centren en la erradicación de las “formas más graves de la trata de personas”¹³³, como el trabajo forzado, incluida la explotación del trabajo infantil, y otras prácticas similares de esclavitud, que son generalmente incluidas entre las normas de jus cogens del derecho internacional consuetudinario¹³⁴, disminuye todavía más la preocupación respecto de la validez formal de esas obligaciones, por cuanto la protección contra esos delitos es universalmente reconocidas por el derecho internacional¹³⁵.

Finalmente, una crítica persistente a los informes del Departamento de Estado apunta a la “selectividad” en la imposición de sanciones, que pone en tela de juicio la legitimidad de la acción unilateral¹³⁶. En efecto, se ha dicho que Estados Unidos es más proclive a penalizar a los países pequeños (como Bolivia y Camboya) por sobre los grandes (v.gr. China y Rusia), y a los enemigos (Sudán, Corea del Norte) o países con que mantiene una relación pugnaz (como Cuba y Venezuela) por sobre los amigos (v.gr. Arabia Saudita o Indonesia), por prácticas de derechos humanos similares¹³⁷. Se sostiene que, si la práctica de medidas unilaterales de Estados Unidos ha de complementar el sistema internacional (incentivando el cumplimiento de los derechos humanos), en vez de aislarlo y delegitimizarlo, las sanciones unilaterales deben adoptarse de la manera mas “principista” (despolitizada) posible¹³⁸.

¹³² Cleveland, supra nota 122, pp. 70-71.

¹³³ Ver supra nota 100.

¹³⁴ Ver Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States, § 702 Comment n (1987) (indicando que la prohibición internacional contra la esclavitud puede razonablemente ser entendida como incluyendo la prohibición contra el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el trabajo infantil y otras prácticas similares a la esclavitud). Ver también supra nota 9 y párrafo al que acompaña. Asimismo, ver Askin, supra nota 18.

¹³⁵ Cleveland, supra nota 122, pp. 70.

¹³⁶ Id., pp. 74-75. Ver supra nota 117.

¹³⁷ Ver en general, Cleveland, supra nota 122, pp. 75. Ver también, White House Press Release, Memorandum for the Secretary of State: Presidential Determination No. 2004-46, 10 Sept. 2004; disponible en <http://www.state.gov/g/tip/rls/prsr/36127.htm>

¹³⁸ Cleveland, supra nota 122, p. 75. Ver también Candes, supra nota 13, pp. 600-01.

§ V. LA TRATA DE PERSONAS EN LA ARGENTINA

1. La Situación en la Argentina. La Carencia de Datos que Permitan Dimensionar el Problema de la Trata en la Argentina. El Rol de la Cancillería como Impulsora de Políticas Anti-trata a Nivel Interno

Pese a que no existen estudios o estadísticas que den cuenta de la magnitud del fenómeno de la trata de personas en la Argentina, el número de casos que están tomado conocimiento público sugiere un agravamiento significativo de la situación en los últimos cinco años. Según un informe de la Fiscalía General de Política Criminal y Derechos Humanos de la Nación, los casos ingresados entre el 16 de octubre de 2003 y el 15 de octubre de 2004 dan cuenta de que se ha producido un sensible incremento de la demanda y que también se ha visto incrementada la solicitud de intervención efectuada por el Ministerio Público Fiscal y por el Poder Judicial de la Nación¹³⁹.

En nuestro país existe un elevado nivel de trata interna, de zonas rurales a los centros urbanos, y entre las diversas provincias, principalmente de mujeres y niñas para explotación en el comercio sexual¹⁴⁰. También hay casos de trata para trabajo esclavo o servil, particularmente en las provincias del norte; y aun de casos de matrimonio servil, servidumbre por deudas y trata para extracción de órganos. Pero la trata para prostitución y pornografía representa el noventa por ciento de los casos reportados. Las redes de tratantes operan a menudo en varias provincias simultáneamente.

¹³⁹ Procuración General de la Nación, Informe Anual 2004, § 2.B. Informe del Área de Tutelas Especiales a cargo del Dr. Eugenio Pablo Freixas, pp. 120-23; disponible en <http://www.mpf.gov.ar/Informe%20Anual/Fiscalia%20Gral%20Politica%20Criminal.pdf>

¹⁴⁰ Un caso emblemático es el de la tucumana Marita Verón, secuestrada en abril de 2002, aparentemente por una banda de tratantes de blancas, que aún se encuentra desaparecida. Gracias a la lucha de su familia por encontrarla, más de 15 mujeres fueron liberadas de distintos prostíbulos. Ver <http://www.casoveron.org.ar/>. Recientemente, la prensa dio cuenta de otro episodio en el que la policía liberó a cuatro menores misioneras, incluida una niña de 14 años, de un prostíbulo en el barrio de Belgrano de la Capital Federal. Los tratantes secuestraban o reclutaban a las víctimas con falsas promesas de empleo, y luego de disimular con documentación falsa su minoridad, las "vendían" a diversos prostíbulos por la suma de mil pesos cada una. Ver <http://www.clarin.com/diario/2005/07/03/policiales/g-05615.htm>.

Argentina es también un país de destino para hombres, mujeres y niños trasladados de Paraguay, Brasil, Perú y Bolivia para propósitos de explotación sexual y trabajo forzado¹⁴¹. Los tratantes generalmente facilitan la entrada ilegal de las víctimas como turistas, falsifican documentos para ocultar su nacionalidad y edad, y por medio de amenazas y del uso de violencia física y psicológica, restringen su libertad de movimiento. Finalmente, la Argentina también “exporta” mujeres y niñas a Estados Unidos, Europa y Asia, además de los países limítrofes, principalmente para explotación sexual. Algunas organizaciones de derechos humanos, citando un informe de abril de 2004 de la OIT al que no hemos tenido acceso, indican que 500.000 personas en la Argentina están involucradas en la trata de mujeres y el tráfico sexual de menores¹⁴².

A fines de 2002, la Argentina ratificó la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y su Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente de Mujeres y Niños¹⁴³. Casi tres años después, el país no ha tipificado el delito de trata ni ha puesto en funcionamiento un Plan Nacional de Acción para prevenir y combatir la trata de personas y proteger a las víctimas, como lo exigen los artículos 5 y 9 respectivamente del Protocolo y otras disposiciones relacionadas. Sin embargo, sí se han realizado algunos avances, particularmente en el ámbito de protección a las víctimas, de la política migratoria e iniciativas a nivel internacional y regional¹⁴⁴. A pesar de que “en el tema de la trata coinciden en general tanto los partidos políticos como el Gobier-

¹⁴¹ Según un informe reciente de la Organización Internacional para las Migraciones aún no publicado, el 62% de los casos de trata reportados en Paraguay son hacia la Argentina. Entre 1996 y 2000, la Argentina fue también destino de miles de mujeres dominicanas traficadas con fines de prostitución. Ver http://www.iom.int/DOCUMENTS/PUBLICATION/SP/trata_dominicanas.pdf

¹⁴² Ver <http://www.derechos.org/nizkor/arg/doc/trata1.html>

¹⁴³ Aprobados por ley 25.632, BO 30 ago. 2002.

¹⁴⁴ Ver en general el Informe Argentino a la XXXII Asamblea de Delegadas de la Comisión Interamericana de Mujeres, OEA/Ser.L/II.2., CIM/doc.17/04; disponible en <http://www.oas.org/CIM/XXXII%20Asamblea%20de%20Delegadas/DOCUMENTOS/CIM-doc%2017.esp.doc>

no y las ONG¹⁴⁵, la adopción de las medidas anti-trata de que daremos cuenta seguidamente, se debió quizás tanto a una toma de conciencia sobre la necesidad de combatir el crimen organizado en la Argentina y proteger los derechos humanos de las víctimas, como a imperativos de la política exterior, en el marco de los compromisos internacionales asumidos por la Argentina en los últimos años, de la incidencia del tema en la relación con los países limítrofes, y de la preocupación manifestada por el Gobierno estadounidense sobre el problema de la trata en nuestro país.

En el ámbito regional, la Argentina ratificó la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, aprobada por la V Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado, convocada por la OEA en la ciudad de México en 1994, cuyo objetivo es la prevención y sanción del tráfico internacional de niños y, en el orden civil, su amparo y la indemnización de los daños¹⁴⁶. También ha apoyado activamente el trabajo que, desde hace cinco años, viene realizando la Comisión Interamericana de Mujeres en la investigación y el fomento de la capacidad para combatir la trata de mujeres, niñas y niños y adolescentes¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Reportaje a Mercedes Assorati, Coordinadora del Proyecto FOINTRA en el diario La Mañana de Neuquén del 7 de julio de 2005, disponible en http://www.lmsur.com.ar/05-07-07/n_puntosvista44.asp

¹⁴⁶ Aprobada por ley 25.179, BO 26 oct. 1999. Ratificada hasta la fecha por Belice, Brasil, Colombia, Costa Rica, Panamá, Paraguay y Uruguay. Sobre esta Convención, ver Alicia Perugini Zanetti, "Algunas reflexiones en torno a la Convención Interamericana sobre el Tráfico Internacional de Menores", Revista de Derecho de Familia, vol. 30, 2005, pp. 128-49; A. Reta, "Aspectos penales de la Convención Interamericana sobre el Tráfico Internacional de Menores", Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado, 1994, pp. 83-86; Gualberto L. Sosa, "La Convención Interamericana sobre el Tráfico Internacional de Menores", El derecho internacional privado interamericano y el derecho de la integración, ed. Tercer Milenio, Corrientes, pp. 137-76; Eduardo Tellechea Berman, "Aproximación a la Convención Interamericana sobre el Tráfico Internacional de Menores", Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado, 1994, pp. 63-84; Amalia Uriondo de Martinoli, "Convención Interamericana sobre el Tráfico Internacional de Menores (CIDIP V, México 1994)", El Derecho, 22 nov. 1994. Ver también Najurieta, supra nota 25, pp. 215-25.

¹⁴⁷ Sobre la labor de la Comisión Interamericana de Mujeres y las actividades desarrolladas en la Argentina en el último año, ver su Informe Anual sobre el Combate contra el Delito de la Trata de Personas, especialmente Mujeres, Adolescentes, Niñas y Niños en las

En el contexto del MERCOSUR, el Gobierno argentino propuso el tema de la trata durante la IX Reunión Especializada de la Mujer del MERCOSUR en mayo de 2003, obteniendo la inclusión del Párrafo 9 del Comunicado Conjunto de los Presidentes del MERCOSUR, Bolivia y Chile, del 18 de junio de 2003, que establece el compromiso de los gobiernos de incluir la trata de personas en sus agendas y de realizar un trabajo coordinado y conjunto en la materia¹⁴⁸.

Asimismo, en materia de protección de las víctimas, la Cancillería argentina ha empezado a capacitar a sus funcionarios a cargo de temas consulares para que puedan prestar asistencia adecuada a los argentinos que son objeto de trata en el exterior¹⁴⁹. La Representación Especial para Temas de la Mujer en el Ámbito Internacional, que es el área responsable para la trata de personas en la Cancillería, está elaborando un Protocolo de Acción Interinstitucional con otros ministerios e instituciones nacionales y provinciales con el fin de coordinar y optimizar esfuerzos, acciones y estrategias de prevención y eliminación de la trata y proveer asistencia y protección integral a las víctimas. Se estima que este Protocolo permitiría dar continuidad a los casos de trata detectados en el exterior una vez que las víctimas o los tratantes llegan al país¹⁵⁰. Un importante componente de este proyecto es la capacitación adecuada de las fuerzas de seguridad, en particular de la Policía Federal, la Gendarmería Nacional y la Prefectura Naval, en temas de trata.

En este marco, la Cancillería ha venido también desarrollando acciones de sensibilización y difusión, a través de la organización de foros como

Américas, OEA/Ser.G, CP/doc.4023/05; disponible en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3640.pdf>. Ver también las siguientes resoluciones de la Asamblea General de la OEA: Combate a la Trata de Personas, especialmente Mujeres, Adolescentes, Niñas y Niños, AG/RES 2019 (XXXIV-O/04); Combate a la Explotación Sexual Comercial, el Tráfico Ilícito y la Trata de Niñas, Niños y Adolescentes en el Hemisferio, AG/RES 2050 (XXXIV-O/04); Combate al Delito de la Trata de Personas, especialmente Mujeres, Adolescentes, Niñas y Niños, AG/RES 1948 (XXXIII-O/03).

¹⁴⁸ Disponible en http://www.mrree.gub.uy/Mercosur/ComunicadosCumbresPres/Junio2003/Comunicado_MERCOSUR_Bolivia_y_Chile.htm

¹⁴⁹ Ver supra nota 144, pp. 6-7.

¹⁵⁰ Id., p. 7.

la Primera Jornada Interdisciplinaria sobre Trata de Mujeres realizada en Buenos Aires 20 de marzo de 2003 con los auspicios de la Organización Internacional para las Migraciones y de la Comisión Interamericana de Mujeres de la Organización de Estados Americanos; y el Taller Binacional de Trabajo Argentino-Dominicano sobre Trata de Personas, realizado en Buenos Aires el 19 de marzo de 2004 con el auspicio también de la OIM¹⁵¹. El rol de la Organización Internacional para las Migraciones en esta tarea merece ser destacada. Preocupada por la situación argentina, en marzo de este año la OIM creó el Proyecto de Fortalecimiento Institucional en la Lucha contra la Trata de Personas en Argentina (FOINTRA), con el objetivo de “reforzar las capacidades de los funcionarios gubernamentales y no gubernamentales”, “homogeneizar los conocimientos” sobre este flagelo, e “incentivar la reflexión institucional acerca de la necesidad de establecer mecanismos de lucha y acción contra la [t]rata de [p]ersonas” –un Plan de Acción Nacional de Lucha contra la Trata de Personas. El Proyecto es financiado por el Departamento de Estado de los Estados Unidos y en principio durará un año, hasta marzo de 2006¹⁵².

Por otra parte, en la última Reunión de Coordinación Nacional de la Reunión Especializada de la Mujer del MERCOSUR, en noviembre de 2004, se designó un “Punto Focal Nacional” en materia de trata de personas que, a propuesta de la Cancillería, recayó en la Oficina de Asistencia Integral a la Víctima del Delito (OFAVI), de la Procuraduría General de la Nación¹⁵³. La Oficina constituye parte integrante del esquema que tiene responsabilidad primaria en materia penal, tanto en lo relativo a prevención, investigación, enjuiciamiento de los delitos, como en la atención y asistencia a las víctimas. Asimismo, el titular de la Oficina preside el Consejo Federal de

¹⁵¹ Ver Organización Internacional para las Migraciones, Migración, prostitución y trata de mujeres dominicanas en la Argentina, Buenos Aires, 2003; disponible en <http://www.oimconosur.org/docs/pdf/46.pdf>

¹⁵² Sobre el FOINTRA y la labor de la OIM en el tema de trata de personas en la Argentina, ver http://www.oimconosur.org/banners_htm/index.php?url=trata2

¹⁵³ Ver XII Reunião Especializada da Mulher do MERCOSUL, Rio de Janeiro, 11 e 12 de novembro de 2004, Mercosul/Rem/Ata N° 2/04, p. 3; disponible en <http://www.mec.gov.br/spmu/AtaREM.pdf>

Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito, que nuclea a catorce oficinas de estas características dependientes del Ministerio Público, secretarías o ministerios de gobierno o justicia provinciales.

Finalmente, la Cancillería ha sido co-responsable de otros avances alcanzados en materia de tráfico de migrantes y de erradicación del trabajo infantil. En cuanto al tráfico, la Argentina negoció y ratificó el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, complementario de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional¹⁵⁴, y subsecuentemente modificó su política migratoria, incluyendo el tráfico entre los impedimentos para el ingreso y la permanencia de extranjeros al territorio argentino (art. 29 inc. c.), y tipificando el delito de "tráfico ilegal de personas" (art. 116) por primera vez en nuestro país¹⁵⁵.

En cuanto a la segunda problemática, el 25 de agosto de 2000 se creó la Comisión Nacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (CONAETI) en el ámbito del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social con el objeto de coordinar, evaluar y dar seguimiento a los esfuerzos a favor de la persecución y erradicación real y efectiva del trabajo infantil¹⁵⁶. La Comisión está conformada por representantes de instituciones públicas, entre ellas la Cancillería, organizaciones de empleadores y trabajadores y ONGs con interés en la materia, y cuenta con el asesoramiento del Programa para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC) de la Organización Internacional del Trabajo¹⁵⁷ y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia¹⁵⁸.

¹⁵⁴ Aprobado por Ley 25.632, BO 30 ago. 2002.

¹⁵⁵ Ley 25.871 de Política Migratoria Argentina, BO 21 ene. 2004. El artículo 116 dice: Será reprimido con prisión o reclusión de uno (1) a seis (6) años el que realizare, promoviere o facilitare el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a la República Argentina.

Se entenderá por tráfico ilegal de personas, la acción de realizar, promover o facilitar el cruce ilegal de personas, por los límites fronterizos nacionales con el fin de obtener directa o indirectamente un beneficio.

¹⁵⁶ Decreto Nacional 719/2000, BO 30 ago. 2000. Sobre los planes y programas de la Comisión, ver su sitio de Internet en <http://www.trabajo.gov.ar/conaeti/>

¹⁵⁷ <http://www.oit.org.pe/ipec/>

¹⁵⁸ <http://www.unicef.org/spanish/>

2. Propuestas Legislativas contra la Trata

Sin perjuicio de estos avances, la situación institucional y legal respecto de la trata de personas no ha variado sustancialmente en la Argentina desde la ratificación del Protocolo de Palermo en agosto de 2002. Con el fin de cumplir con las obligaciones asumidas internacionalmente, se han presentado dos proyectos de ley de la Oficina de Asistencia Integral a la Víctima del Delito y de la Diputada Nacional María Elena Barbagelata respectivamente, que son complementarios y esperan tratamiento parlamentario este año.

El proyecto elaborado por la OFAVI de Ley de Represión de la Trata y Tráfico de Personas y Delitos Conexos y Asistencia a sus Víctimas, sigue punto por punto el Protocolo de Palermo. Tipifica, por primera vez en el derecho argentino, el delito de trata y define las distintas formas de explotación que lo configuran. En la actualidad, la trata interna no es objeto de un tipo legal específico en el derecho argentino, con lo que los tratantes y otros participantes de la trata pueden ser procesados únicamente si su conducta configura algún otro delito tipificado en el Código Penal, como son la corrupción de menores (art. 125), la promoción y facilitación de la prostitución ajena (arts. 125 bis, 126 y 127), la producción o publicación de pornografía infantil (arts. 128 y 129), el sometimiento de una persona a servidumbre (art. 140), y otros delitos contra la libertad individual (arts. 141 a 149). La trata internacional está parcialmente tipificada en los artículos 127 bis y 127 ter del Código Penal¹⁵⁹, que reprimen con reclusión o prisión de tres a 15 años según el caso, a quienes promuevan o faciliten la entrada o salida del país de una persona para que ejerza la prostitución¹⁶⁰.

¹⁵⁹ Según Ley 25.087, BO 14 mayo 1999.

¹⁶⁰ El artículo 127 bis dice:

El que promoviere o facilitare la entrada o salida del país de menores de 18 años para que ejerzan la prostitución, será reprimido con reclusión o prisión de 4 a 10 años. La pena será de 6 a 15 años de reclusión o prisión cuando la víctima fuere menor de 13 años. Cualquiera que fuese la edad de la víctima, la pena será de reclusión o prisión de 10 a 15 años cuando mediare engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de

Los desplazamientos dentro del país no quedan comprendidos en el tipo penal, como tampoco la forma culposa del tráfico internacional. No es necesario que el ingreso o egreso de la víctima de la Argentina se efectivice para la consumación del delito¹⁶¹.

El proyecto de la Procuración también establece que las víctimas no serán imputables por las infracciones al orden migratorio, el ejercicio de la prostitución, o delitos que sean resultado directo de haber sido víctima de trata; ni serán en ningún caso alojadas en cárceles, establecimientos penitenciarios o destinados al alojamiento de personas procesadas o condenadas. Actualmente, es común que las víctimas sean detenidas por la posesión de documentos falsos, provistos por los tratantes para ocultar que son extranjeras o menores de edad.

El proyecto define los derechos de las víctimas, incluido la alternativa de permanecer en la Argentina para las víctimas de trata internacional que no deseen regresar al país de origen. Asimismo, se crea un Programa Nacional de Prevención y Asistencia a las Víctimas de la Trata de Personas en el ámbito del Ministerio de Desarrollo Social. Se ha criticado, sin embargo, que el Ministerio de Desarrollo Social no es un ámbito adecuado para liderar el Programa Nacional. El delito de trata es esencialmente compartimentado y requiere de la actuación de distintos sectores del Gobierno y de la sociedad civil. Una alternativa mejor consistiría en crear un

intimidación o coerción, como también si el autor fuera ascendiente, cónyuge, hermano, tutor o persona conviviente o encargado de su educación o guarda.

Por su parte, el artículo 127 ter indica:

El que promoviere o facilitara la entrada o salida del país de una persona mayor de 18 años para que ejerza la prostitución mediando engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción, será reprimido con reclusión o prisión de 3 a 6 años.

¹⁶¹ Ver Carlos Fontán Balestra, *Derecho penal. Parte especial*, actualizado por Guillermo A. C. Ledesma, 16a ed. actualizada, Buenos Aires, 2002, pp. 197-203 y 254-54. Para un temprano estudio sobre el problema de la trata en la Argentina, ver Afatió Molinario, "Breves antecedentes acerca de la prostitución y de la trata de mujeres", *Jurisprudencia Argentina*, 1958-III, p. 11 et seq.

grupo multisectorial o mesa de trabajo interdisciplinaria permanente, que opere como coordinador, contralor y distribuidor de responsabilidades¹⁶².

Este proyecto de ley ha sido generalmente bienvenido por las ONG y otros expertos argentinos en materia de trata, quienes, sin embargo, destacan la necesidad de incluir disposiciones que prevean que los bienes incautados a los tratantes sean destinados obligatoriamente a los programas de prevención, atención, retorno y reintegración de las víctimas. Se ha planteado, asimismo, la necesidad de buscar una respuesta jurídica adecuada a la dificultad de probar el engaño o la coacción que vicia el consentimiento de la víctima de la trata. Se ha sostenido que la prueba del no consentimiento de la víctima no debería constituir un elemento indispensable del delito de trata, si la ley ha de constituir un instrumento eficaz para el procesamiento de los tratantes, y también porque la trata está generalmente asociada al desempleo y la pobreza extrema y ninguna persona se somete voluntariamente a condiciones de esclavitud si tiene otras opciones¹⁶³. Naturalmente que en el marco del respeto a los principios fundamentales del debido proceso de los tratantes que garantiza el artículo 18 de la Constitución Nacional.

Finalmente, no existe consenso acerca de la naturaleza federal o común del futuro delito de trata. Se sostiene que la naturaleza transfronteriza (internacional e interprovincial) de la trata, y su vinculación con el accionar de mafias organizadas susceptible de comprometer la seguridad del Estado, demandan una estrategia de prevención, investigación y prosecución centralizada en la policía y la justicia federal. No obstante, se expresan discrepancias acerca de la capacidad operativa de la Policía Federal para responder rápidamente a los numerosos casos de trata que se presentan¹⁶⁴.

¹⁶² Cf. las conclusiones del Seminario sobre Propuestas Legislativas para la Lucha contra la Trata de Personas (aún no publicadas), organizado por el FOINTRA el 19 de mayo de 2005. Sobre este seminario, ver <http://www.oimconosur.org/notas/buscador.php?tipo=unico¬a=244>

¹⁶³ Id.

¹⁶⁴ Id.

En cuanto al proyecto de ley de la Diputada Barbagelata, es esencialmente de naturaleza preventiva y de asistencia a las víctimas. El proyecto crea una Oficina para la Prevención y Asistencia a las Víctimas de la Trata de Personas en el ámbito del Ministerio de Desarrollo Social, con la participación de diversos organismos gubernamentales. Se ha sostenido que debería definirse con mayor claridad las instancias decisorias, los mecanismos de coordinación interinstitucional, y las responsabilidades financieras y de otra índole de los diversos organismos del Estado incluidos en el proyecto. El proyecto tampoco indica cómo se instrumentaría la adhesión de las provincias, ni establece mecanismos de coordinación interjurisdiccional, indispensables en los casos de trata¹⁶⁵.

3. La Trata de Personas como "Prioridad Suprema" de la Política Exterior de Estados Unidos hacia Argentina. La Cooperación Internacional

Los avances hechos en la lucha contra la trata de personas en la Argentina no han bastado para impedir que el Gobierno estadounidense volviera a incluir este año, por segunda vez consecutiva, a la Argentina entre los países de riesgo (Lista 2). Algunas partes relevantes del Informe sobre Trata de Personas emitido por la Oficina para el Monitoreo y Combate de la Trata de Personas del Departamento de Estado de los Estados Unidos el 3 de junio de 2005 rezan:

"El gobierno de Argentina no cumple plenamente con las normas mínimas para la eliminación de la trata, sin embargo, está haciendo grandes esfuerzos para lograrlo. Los funcionarios del gobierno investigaron y procesaron casos relacionados con círculos de explotación sexual con fines de prostitución, y el gobierno designó un coordinador nacional para temas de trata de personas. Las acciones futuras del gobierno deberían encarar la lentitud del proceso judicial y garantizar que todo funcionario que facilite o esté involucrado en la trata de personas sea enjuiciado. El gobierno debería implementar políticas nacionales para proteger a las víctimas, prevenir la trata,

¹⁶⁵ Id.

reforzar los esfuerzos para procesar a los tratantes y reunir información sobre delitos de trata de personas y enjuiciamientos.

El gobierno no tuvo una estrategia coordinada de ejecución de la ley ni legislación integral para la lucha contra la trata.

[N]o hubo servicios del gobierno que satisficieran específicamente las necesidades de las víctimas de la trata de personas y sólo algunas ONG trabajaron directamente con las víctimas. Sigue pendiente de aprobación en el Congreso el proyecto de ley que consiste en un programa de asistencia y protección de las víctimas de la trata de personas.

Los esfuerzos de prevención del Gobierno durante el periodo que abarca el informe fueron muy puntuales y no alcanzaron para educar al público en general¹⁶⁶ .

El Informe subraya el Programa “Luz de Infancia” para la Prevención y Erradicación de la Explotación Sexual Comercial Infantil en Puerto Iguazú desarrollado por la CONAETI¹⁶⁷; y los programas del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, que sirvieron para concientizar al público y para lograr y lograr una educación más generalizada¹⁶⁸. También se destacan las acciones de la Cancillería de capacitación de sus funcionarios y difusión acerca de los peligros de la trata.

En cambio, no se da demasiado peso a los proyectos de ley aún no sancionados, ni a las conferencias y planes de acción destinados a estable-

¹⁶⁶ 2005 TIP Report, pp. 55-56. Traducción al español del Gobierno estadounidense, disponible en el sitio Web de la Embajada en Buenos Aires: <http://usembassy.state.gov/buenosaires/www/htrafpers2005.html>

¹⁶⁷ La información sobre el Programa Luz de Infancia está disponible en <http://www.trabajo.gov.ar/conaeti/actividades/plan.htm>.

¹⁶⁸ En particular, se mencionan el establecimiento de una línea telefónica de emergencia (0800-666-8537), la campaña de anuncios públicos llevada a cabo por el Gobierno de la Ciudad, y de educación en las escuelas secundarias y capacitación de los funcionarios de la salud pública para la identificación y asistencia a las víctimas de la explotación sexual de menores. Para información sobre los programas que desarrolla la Dirección General de la Mujer del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en este campo, ver http://www.buenosaires.gov.ar/areas/des_social/mujer/violencia/programas.php?menu_id=6233

cer los objetivos y crear consenso en la lucha contra la trata, atento la metodología general del Informe de focalizar en acciones gubernamentales concretas para combatir la trata, como procesamientos importantes, condenas y sentencias de prisión a los tratantes, la protección de las víctimas y los esfuerzos preventivos¹⁶⁹.

En los últimos años, en diversas reuniones mantenidas entre funcionarios argentinos y estadounidenses a distintos niveles, el Gobierno de los Estados Unidos ha expresado especial preocupación por la falta de controles efectivos en la zona de la Triple Frontera, donde la trata de mujeres y niñas, principalmente paraguayas y brasileñas hacia la Argentina con fines de explotación sexual, constituye un problema recurrente¹⁷⁰. No obstante, la referencia en el Informe 2005 al Programa Luz de Infancia puede leerse como un reconocimiento de la Administración Bush a los esfuerzos argentinos por erradicar el flagelo de la explotación sexual de niños en esta zona. Entre los impactos positivos de este Programa, cabe mencionar la interrelación e intercambio de información estratégica entre las autoridades de Argentina, Brasil y Paraguay que han permitido un mayor control sobre la zona; el funcionamiento de un Centro de Asistencia Integral para la asistencia y contención de los niños, niñas y adolescentes y su reinserción social; y el establecimiento de una Red Social Solidaria destinada a la prevención y erradicación de este flagelo en Puerto Iguazú. La coordinación general y técnica de este Programa está a cargo de la CONAETI, que actúa a través de un Comité Local Multisectorial con funciones ejecutivas. El Comité trabaja en conjunto con las organizaciones locales de Foz do Iguazu (Brasil) y Ciudad del Este (Paraguay), a través de sus respectivos comités locales¹⁷¹.

Según el Informe sobre las Prácticas de Derechos Humanos en la Argentina publicado el 28 de febrero de 2005 por la Oficina para la Democracia, los Derechos Humanos y el Trabajo del Departamento de Estado esta-

¹⁶⁹ 2005 TIP Report, p. 26.

¹⁷⁰ 2005 TIP Report, pp. 175-76.

¹⁷¹ Ver supra nota 167.

dounidense, durante 2004 la coordinación por el combate de la trata continuó siendo un “tema de inquietud” y una “prioridad suprema” para los Estados Unidos¹⁷². A lo largo del año, los funcionarios de la Embajada de los Estados Unidos en Buenos Aires mantuvieron un perfil alto con funcionarios argentinos del nivel nacional y provincial, con la prensa y grupos de la sociedad civil respecto de los casos de trata que se conocieron¹⁷³. En dos oportunidades durante 2004, un representante de la Oficina para el Monitoreo y Combate de la Trata de Personas viajó a la Argentina para explicar la política estadounidense en el tema y reunirse con funcionarios argentinos, fiscales, la Organización Internacional para las Migraciones y ONG¹⁷⁴.

La preocupación del Gobierno estadounidense se reflejó incluso en la entrega del Premio 2004 a los Logros en Derechos Humanos y Democracia que entrega el Departamento de Estado a sus funcionarios diplomáticos, en el que Kim Kambourian, funcionaria de la Embajada en Buenos Aires obtuvo la segunda mención por su “activismo en monitorear la explotación laboral de menores en la Argentina” y la “energía y perspicacia en demostrar al grupo país que la Argentina merecía ser incluida entre los países de la Lista 2, dado la severidad del problema de la trata de personas”¹⁷⁵.

El Gobierno estadounidense también hizo lobby ante el Gobierno argentino para la formalización de un proceso de coordinación interministerial y la designación de un coordinador central de los esfuerzos para combatir la trata de personas en el país. La designación recayó, como viéramos anteriormente, en la Oficina de Asistencia Integral a la Víctima del Delito, dependiente de la Procuraduría General de la Nación, como Punto Focal Na-

¹⁷² US Department of State, Bureau of Democracy, Human Rights and Labor, 2004 Country Reports on Human Rights Practices, Argentina; disponible en <http://www.state.gov/g/drl/rls/hrrpt/2004/41746.htm>; traducción al español del Gobierno estadounidense, disponible en el sitio Web de la Embajada en Buenos Aires: <http://usembassy.state.gov/buenosaires/wwwhdeargentina2005.html>

¹⁷³ Id.

¹⁷⁴ Id.

¹⁷⁵ Ver 2004 Human Rights and Democracy Achievement Award Winners, Supporting Human Right and Democracy: The US Record 2004-05, 28 March 2005, disponible en <http://www.state.gov/g/drl/rls/shrd/2004/43114.htm>

cional con responsabilidad tanto en materia preventiva, penal, como asistencial a nivel federal y de coordinación de los servicios semejantes creados en las diversas jurisdicciones¹⁷⁶.

Finalmente, en los dos últimos años, Estados Unidos ha financiado diversos programas, seminarios y el trabajo de expertos para mejorar la crisis de la trata en la Argentina. Entre esas iniciativas se destaca el Proyecto FOINTRA, financiado por la Oficina de Asuntos Internacionales de Narcóticos y Ejecución de la Ley del Departamento de Estado de Estados Unidos¹⁷⁷ y la Organización Internacional para las Migraciones, de "fortalecimiento institucional de la lucha contra la trata" en el país. El Proyecto está desarrollando una fuerte campaña de sensibilización a favor de la adopción de una legislación anti-trata, y una serie de capacitaciones en las cuatro provincias donde lleva a cabo actividades (Buenos Aires, Chubut, Jujuy y Misiones). Participan también de este Programa la Procuración General de la Nación, el Consejo Federal de Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito, el Consejo Nacional de la Mujer, la Secretaría de Derechos Humanos y el Programa Nacional Anti-Impunidad del Ministerio de Justicia, el Consejo Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, el Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires, la Universidad de Lanús y la Red NO a la Trata, entre otros organismos nacionales y provinciales y entidades no gubernamentales¹⁷⁸.

4. Las Potenciales Consecuencias de que Argentina no alcance los Estándares Mínimos de la Legislación Estadounidense para la Eliminación de la Trata de Personas

En el Informe 2004 y, de nuevo, en el 2005 sobre trata de personas que publica el Gobierno estadounidense, la Argentina fue clasificada entre los países que no cumplen con los estándares mínimos para la eliminación de la trata aunque está haciendo esfuerzos significativos para alcanzarlos (Lis-

¹⁷⁶ Ver supra nota 153

¹⁷⁷ US Department of State Bureau for International Narcotics and Law Enforcement Affairs (INL); <http://www.state.gov/inl/>

¹⁷⁸ Ver supra nota 152.

ta 2 de la TVPA). Esta lista incluye países con tan disímil grado de desarrollo económico y seguridad jurídica como Afganistán, Bangladesh, Chad, Egipto, Finlandia, Irán, Israel, Japón, Rumania, Suiza y Tailandia; y en América Latina, Chile, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Panamá y Perú. También los cuatro países del MERCOSUR¹⁷⁹.

Colombia es el único país latinoamericano clasificado en la Lista 1 (países que cumplen acabadamente con los estándares mínimos de la TVPA). Pese a constituir un importante país de origen y de tránsito para mujeres traficadas con fines de explotación sexual, Colombia se ha provisto de una legislación anti-trata adecuada y lidera los esfuerzos de prevención y de protección de las víctimas en la región. Los programas anti-trata, los esfuerzos de coordinación inter-institucional y de investigación y prosecución de los tratantes, son a menudo considerados ejemplares¹⁸⁰.

En el lado opuesto del espectro, de países sudamericanos que pueden quedar sujetos a sanciones por su pobre performance en la lucha contra la trata de personas (Lista 3), se encuentran Bolivia, Cuba, Ecuador y Venezuela. El Gobierno del Presidente Chávez ha reaccionado enfáticamente contra el alegado rol de su país en la trata internacional de personas. En un comunicado oficial emitido el mismo día de la publicación del Informe 2005, la Embajada de Venezuela en Washington cuestionó sus conclusiones como una demostración de cómo la Administración del Presidente Bush ha politizado su trabajo sobre derechos humanos¹⁸¹. Las sanciones contra Venezuela y otros países de la Lista 3 podrían conocerse en el próximo mes de septiembre, para entrar en vigor el 1 de octubre de 2005, con el comienzo del nuevo año fiscal. Se estima que las sanciones contra Venezuela repetirán el esquema del año anterior: congelamiento de la mayoría de las formas de asistencia, con excepción de la ayuda destinada a fortalecer el proceso democrático¹⁸².

¹⁷⁹ 2005 TIP Report, p. 42.

¹⁸⁰ 2005 TIP Report, pp. 84-85.

¹⁸¹ Ver Comunicado Embajada de Venezuela en respuesta al informe sobre tráfico de personas, 3 junio 2005; disponible en http://www.embavenez-us.org/_spanish/

¹⁸² Ver White House Press Release, Memorandum for the Secretary of State: Presidential Determination No. 2004-46, supra nota 137.

México, un importante aliado y socio comercial de Estados Unidos integra por segunda vez consecutiva la Lista Especial de Países en Observación, debido a la magnitud del problema de la trata, su fuerte vinculación con grupos criminales organizados que operan internacionalmente, la falta de una voluntad inequívoca por investigar y procesar a los tratantes, y el nivel inadecuado de asistencia a las víctimas¹⁸³.

La inclusión de un país en una u otra lista, decíamos con anterioridad, no es permanente. Por ejemplo, en el Informe 2005, Gana y Taiwán bajaron de la Lista 1 a la Lista 2 respecto del Informe 2004. China bajó de la Lista 2 a la Lista 2 de países en observación; en cambio Japón subió de la Lista 2 de países en observación a la Lista 2 en el mismo periodo. Bolivia pasó de la Lista 2 de países en observación a la Lista 3; en tanto que Camboya bajó directamente de la Lista 2 a la Lista 3. En 2005, ningún país escaló a la Lista 1 de los países que cumplen con la totalidad de los estándares mínimos de la TVPA.

La aprobación por parte del Congreso argentino de los proyectos legislativos en danza sobre trata de personas, sumado a esfuerzos más sostenidos de coordinación inter-institucional y protección de las víctimas, podría facilitar precisamente ese desarrollo: que Argentina pasara de la Lista 2 a la Lista 1 en el Informe 2006, o aún que dejara de aparecer en los informes si la magnitud de la trata de personas en la Argentina se redujera significativamente en los años venideros. En cambio, la evaluación por parte de Gobierno estadounidense de que la Argentina no está haciendo suficientes esfuerzos para combatir la trata, aún si el número de víctimas no se incrementara significativamente en 2005, podría determinar que el país cayera a la Lista especial 2 de países en observación e incluso directamente a la Lista 3 en el Informe 2006.

La inclusión en la Lista 2 de países en observación no tendría consecuencias inmediatas para nuestro país, mas allá de denostar un retroceso en la lucha contra la trata de personas que provoca una atención especial por parte del Departamento de Estado de los Estados Unidos, que está obligado

¹⁸³ 2005 TIP Report, pp. 156-57.

a reexaminar la situación argentina en una “evaluación interina” que debe presentar al Congreso antes del 1 de febrero del año posterior a su inclusión en dicha categoría¹⁸⁴.

En tanto, el emplazamiento de la Argentina en la Lista 3, no parece factible en el cercano o mediano plazo, a la luz de las actividades que tanto las autoridades nacionales como de varias provincias vienen llevando a cabo en esta materia en nuestro país; y también porque la Lista 3 se integra por lo general de países con regímenes no democráticos o gobiernos acusados (por Estados Unidos) de violación sistemática de derechos humanos. Pero si ocurriera, la Argentina podría quedar excluida de numerosos programas, proyectos y actividades de que participa bajo la Ley de Asistencia Extranjera estadounidense de 1961¹⁸⁵, y que van de la asistencia para la adquisición de armamentos, a programas de asistencia técnica y de intercambio educativo y cultural, reforma judicial, lucha contra el narcotráfico, etc.. Además de otros beneficios que disfruta bajo el Sistema Generalizado de Preferencias¹⁸⁶ (en el caso de productos argentinos producidos en todo o en parte con mano de obra forzada o infantil)¹⁸⁷ y el EXIMBANK (asistencia crediticia para transacciones de exportación e importación, cuando su denegatoria sirva para promover la política estadounidense en materia de derechos humanos, incluido la erradicación del trabajo infantil)¹⁸⁸. Adicionalmente, tal caracterización de la Argentina como un país que condona el tráfico humano, ocasionaría un verdadero descrédito para el país en el exterior, y para una administración – del Presidente Kirchner – que ha hecho del respeto por los derechos humanos uno de los ejes centrales de su Gobierno.

Pero una tal situación es aún más grave por lo que representaría: el fracaso de la estrategia gubernamental y la falta de voluntad política suficiente por erradicar el flagelo de trata de personas en la Argentina, con la consecuencia de que miles (quizás decenas de miles) de mujeres, hombres

¹⁸⁴ 22 USC §. 7107(b)(3)(B).

¹⁸⁵ Foreign Assistance Act of 1961, 22 USC § 2151 et seq.

¹⁸⁶ Generalized System of Preferences (GSP), 19 USC § 2462(c)(7) (2000).

¹⁸⁷ US Tariff Act, § 307, 19 USC § 1307 (1997).

¹⁸⁸ 12 USC § 635(b)(1)(B) (2000).

y niños argentinos y extranjeros quedarían a merced de grupos criminales organizados en condiciones de esclavitud en todo el país, y excluidas del amparo de la ley. El impacto de ese desarrollo en términos de un aumento general de la criminalidad, la pérdida de recursos humanos laborables, el aumento de los costos de la salud pública, y la erosión de la autoridad del Gobierno, podría ser irreversibles.

§ VI. CONSIDERACIONES FINALES

Cada año cientos (quizás miles) de hombres, mujeres y niños son traficados hacia, desde y dentro de Argentina, y sometidos a condiciones de trabajo esclavo, principalmente de prostitución. En diciembre de 2002 la Argentina ratificó el Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente de Mujeres y Niños, asumiendo una serie de obligaciones relativas al combate de la trata y la protección de las víctimas. Luego de casi tres años, el país se encuentra en mora, ya que aún no ha tipificado el delito de trata ni ha puesto en funcionamiento un Plan Nacional de Acción para la lucha contra este flagelo.

La falta de avances suficientes en el combate de la trata produjo que este año, por segunda vez consecutiva, el Gobierno de Estados Unidos calificara a la Argentina como una zona de riesgo. Si la situación persistiera, la Argentina podría ser objeto de sanciones económicas, como la terminación de asistencia técnica y financiera en diversos ámbitos, incluido el educativo, y la oposición del Gobierno estadounidense en los organismos multilaterales de crédito como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial. Esta perspectiva genera un incentivo considerable (y válido) para aprobar la postergada legislación.

Se plantea, sin embargo, que el verdadero incentivo ha de ser la suerte de las víctimas y de la sociedad en general frente al flagelo de la trata vinculada al accionar del crimen organizado. La adopción de una legislación integral y de un plan de lucha adecuado contra la trata constituye una obligación de las autoridades y un derecho de todas las personas –de verse libres del delito y decidir su propio destino. Donde el delito florece, la autoridad del gobierno y el estado de derecho se debilitan.

SENTENCIA: PALAU LITIGAN y PULAU SIPADAN
(C.I.J./2002)

José María Sabat*

Introducción: Asia del Sudoeste y la Argentina.

Intentar analizar esta pequeña cuestión de soberanía entre Indonesia y Malasia no resulta una cuestión lejana sino de interés por la importancia que esta zona (Insulindia) puede adquirir en un futuro para nuestra política exterior y también por los fundamentos mismos de la sentencia.

Más aún cuando en esta zona en el periodo posterior a la IIGM se encontró gravemente confrontado el principio de libre determinación de los pueblos, y por ende de los problemas emanentes del fenómeno de la descolonización.

Estos dos problemas son claves para la construcción de una política de estado relativa al mundo asiático inclusive para comprender con qué visión ingresaron ellos en la comunidad internacional, al obtener su independencia y cesación del régimen colonial¹.

Pero esta inmensa área, en contra de toda opinión general, es sustantiva para una visión correcta de las relaciones internacionales y económicas de

* Profesor Titular de Derecho Internacional Público. Universidad del Salvador. Miembro Titular de la AADI.

¹ El establecimiento de un sistema jurídico diferente para cada colonia fue típico del derecho colonial inglés, antípoda del sistema social francés, basado en un régimen general uniforme.

nuestra república. Para comprender esto basta tener en cuenta el peso del área en el voto de las N.U.

Los mencionados Estados de Malasia e Indonesia, en cuanto a sus límites y soberanía actual, puede decirse que son una consecuencia del colonialismo holandés (en cuanto a Indonesia) y del colonialismo británico (en cuanto a Malasia), y de los procesos de reparto coloniales que, si bien nacen aquí en el siglo XVII, se fraguan a fines del siglo XIX, proceso en el que estuvieron presentes Gran Bretaña, Holanda, Francia y, en menor escala, Alemania y Portugal. El primer país europeo presente en esta zona fue Portugal, cuando en 1511, Alfonso de Albuquerque –virrey de la India– ocupa la ciudad de Malacca.

En el siglo XVII los Países Bajos se alían con el sultán de Johore para desplazar a Portugal y en 1786 Gran Bretaña ocupa Penang y poco después funda Singapur (1819).

En definitiva Malasia quedó bajo el sistema colonial británico (1795/1963) pero no constituyó una unidad sino un conjunto de países sujetos al protectorado británico, cada uno de ellos con un sistema legal propio²⁻³.

Por el tratado angloholandés de 1824 quedó definida Malasia como área de influencia británica e Indonesia como área de influencia holandesa⁴.

En el análisis jurídico de esta situación, no podemos olvidar que de acuerdo a las normas generales del derecho internacional público, un país sometido a protectorado, no pierde su personería internacional, ni su sistema constitucional, si bien queda sujeto a una incapacidad de hecho para el ejercicio de su soberanía, que se manifiesta en el ejercicio del *ius legationis*

² Francia adquirirá un complejo sector de influencia en lo que hoy constituye Laos, Camboya, y Vietnam, con costas sobre el golfo de Tonkin, y al norte de Malasia.

³ Vide Fiedhouse David, "Los imperios coloniales desde el siglo XVIII", 1984, 146/147 pp.

⁴ Caso típico de tratados de reparto de influencias, figura típica del derecho colonial. Hoy serían tratados posiblemente nulos en colisión con el *ius cogens* internacional.

tanto activo como pasivo por el Estado protector, al igual que el *treaty making power*⁵⁻⁶.

Esta situación se mantendrá hasta la II Guerra Mundial, durante la cual toda Malasia incluyendo Singapur quedó bajo la ocupación del Imperio Japonés (1942/1945)⁷.

Al terminar la misma, tanto la India, como Birmania y Malasia obtienen su autonomía dentro del "Commonwealth Británico" (1947). La autonomía a cada uno de los sultanatos malayos, les fue concedida el 31 de agosto de 1957⁸⁻⁹.

A partir de ese momento comienza un complejo proceso de integración federal a fin de incluir no solo los antiguos protectorados británicos ubicados en la península de Malaya sino también a aquellos protectorados ubicados en la isla de Borneo, es decir Sabah, Brunei y Sarawak (British Borneo) y a la estratégica isla de Singapur.

La Federación de Malasia quedó constituida el 16 de septiembre de 1963, reuniendo 11 Estados⁹.

⁵ Esta zona fue relevante en lo económico por las plantaciones realizadas por los ingleses de caucho (*Haveas brasilensis*) y de las minas de estaño.

⁶ Gran Bretaña, mantuvo cuidadosamente las formas del protectorado, emitiendo moneda y estampillas para cada uno de ellos, con la efigie del soberano local.

⁷ La ocupación japonesa de Singapur, implicó una crisis internacional de la magnitud de la rendición de Port Arthur (1904), culminación de la guerra ruso japonesa, o del bombardeo de Pearl Harbour (Hawaii).

⁸ Osmańczyk, E. J., Enciclopedia Mundial de Relaciones Internacionales, p. 716, voz Malasia.

⁹ Johore, Negri Sembilan, Selangor, Pahang, Terengganu, Kelatan, Perak, Penang, Kedah, Perlis y Singapur. Atento los grandes yacimientos de petróleo, Gran Bretaña, no aceptó que Brunei, se incorporara a la federación (1963), designando un "Alto Comisionado". En 1971, reconoció al sultán de Brunei como autoridad soberana, salvo el derecho de legación activo y pasivo. El comité de descolonización de las N. U. exigió que Brunei pudiera ejercer su derecho de auto determinación. (Osmańczyk, E. J. op. cit., p. 15) (voz Brunei). La R. Argentina, reconoció a "Brunei Durassalam", durante la presidencia del Dr. Alfonsín, por un decreto (1985).

El resultado positivo de esta federación fue un caso excepcional, ya que la mayoría de las federaciones intentadas en el periodo moderno de descolonización fracasaron¹⁰.

Durante el periodo colonial la R. Argentina nunca tuvo una delegación consular en estos territorios que permitiera hablar de relaciones pre o protodiplomáticas.

Argentina reconoció a la Federación de Malasia por medio del decreto 7785/1963 del 18 de septiembre de 1963¹¹.

La ex colonia británica de Singapur, que en un primer momento se integró a esta federación, se separó el 9 de agosto de 1965¹², constituyéndose en Estado independiente que fue también reconocido por la R. Argentina¹³.

Un detalle relevante en la historia diplomática de la F. de Malasia fue la oposición de la R. de Indonesia a la constitución de la Federación. Esta situación fue solucionada poco después mediante la firma del "Tratado de Bangkok" (otoño de 1966), seguido por el establecimiento de relaciones diplomáticas, en agosto de 1967 entre ambos países¹⁴.

¹⁰ El "Colonial office" británico intentó la federación en el caso de las colonias de Kenia – Tanganika – Uganda, en forma previa a la independencia. Hoy solo subsiste Tanzania resultado de la unión de las ex colonias de Tanganika y Zanzibar. Se intentó en el Caribe y el resultado fue una verdadera "balcanización". El mismo resultado negativo se obtuvo en el intento de unión federal entre Nyazaland y ambas Rhodesias (también excolonias británicas).

¹¹ Tanzania fue reconocido por la R. Argentina a través de una declaración conjunta, estableciendo relaciones diplomáticas y consulares, firmada simultáneamente en Buenos Aires, Nueva York y Dar es Salaam el 7 de marzo de 1974.

¹² Rec. de Malasia: Dto 7785/1963 del 18 de septiembre de 1963. Se estableció la embajada en virtud del dto 4062/67 del 7 de junio de 1967, MRECCE-RA, Sección Tratados, (carpeta otros).

¹³ Osmańczyk, E. J. op. cit., pp. 716 y 988 (voz Singapur).

¹⁴ Rec. de Singapur: Se realizó un comunicado conjunto sobre el establecimiento de relaciones diplomáticas, firmado en el Bangkok, el 12/7/1974, firmado por el embajador Carlos de Posadas (RA) y el embajador Chi Ovyang (Sing.)

Con posterioridad mejoraron las relaciones al firmarse en mayo de 1970, un tratado de amistad malayo-indonesio y en 1972, un tratado de ayuda mutua militar por el problema de los guerrilleros comunistas en Borneo¹⁵⁻¹⁶.

En cambio, durante el dominio holandés, Indonesia (Indias Orientales Holandesas) fue sometida a un sistema colonial directo pero con una administración unitaria, salvo con relación a su colonia de Nueva Guinea que fue administrada aparte. Renouvin hace resaltar en su obra la importancia de esta colonia "el gran imperio colonial holandés, rosario de islas y de archipiélagos que de Sumatra a Nueva Guinea se extendía de Oeste a Este 5.000 km"¹⁷⁻¹⁸.

Esta enorme colonia fue ocupada en 1942 por el Imperio del Japón. Ella procedió a declarar su independencia apenas se rindió su ocupante el 17 de agosto de 1945.

El proceso fue complejo ante la renuencia de Holanda a reconocer esta nueva situación, intentándose un acuerdo por medio del "Lindggadjati Agreement" (23 de marzo de 1947). Asimismo, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas designó una comisión informativa compuesta por los cónsules residentes en Batavia (hoy Yakarta), es decir Australia, China, Bélgica, Estados Unidos y Francia¹⁹.

Dicha comisión -que se transformo en UNCI (United Nations Commission for Indonesia)- elaboró el tratado de Tregua denominado "Renville Agreement" (19/1/1948) y el "Acuerdo de Mesa Redonda" (21/11/1949) que implicaba el reconocimiento de su soberanía y la unión económica holando-indonesia²⁰.

¹⁵ Osmańczyk, E. J. op. cit., p. 716.

¹⁶ Osmańczyk, E. J. op. cit., p. 716.

¹⁷ La cuestión comunista era cuestión de Estado para Indonesia, ya que el partido comunista indonesio era uno de los mayores del mundo.

¹⁸ Renouvin P. Historia de las relaciones internacionales, p. 542.

¹⁹ Fieldhouse, op. cit., pp. 258/268.

²⁰ Esto es demostrativo de la importancia internacional en casos especiales de la presencia de los cónsules de un país. Llama la atención la ausencia en ese momento de crisis de un cónsul británico en Batavia. Un caso similar se dio en 1906, al establecerse la administración internacional de Tangerang, a través de los cónsules de los países allí representados.

A diferencia del caso de Malasia, la R. Argentina tuvo a fines del siglo XIX un cónsul honorario en la ciudad de Sociabia, don Teodoro Alejandro Stibbe, designado el 24 de diciembre de 1886 y que duró hasta principios del siglo XX²¹. En la memoria argentina de 1927, figura publicada una extensa relación del cónsul general argentino en Holanda el cual dedica todo un capítulo a las colonias holandesas y otro específico para las Indias Orientales Holandesas²².

La R. Argentina reconoció a la R. de Indonesia en forma implícita al acordar establecer relaciones diplomáticas (1956) llamando la atención esta demora en el reconocimiento²³.

La demanda conjunta malayo-indonesia.

El 2 de noviembre de 1998, las Repúblicas de Indonesia y Malasia presentaron su demanda en forma conjunta ante la Corte Internacional de Justicia de La Haya. La petición concernía a la soberanía sobre las islas de Pulau Litigan y Pulau Sipadan²⁴ que ambas partes se atribuían.

Las Islas son relativamente pequeñas y se ubican en el mar de las Islas Celebes a lo largo de la costa NE de la Isla de Borneo, enorme usla subdividida entre ambos países.

El proceso arbitral comenzó, cuando ambos países procedieron a notificar a la Corte, el compromiso firmado en Kuala Lumpur (Malasia), el 31 de mayo de 1997, el cual había entrado en vigor el 14 de mayo de 1998 y había establecido como árbitro a esta Corte Internacional.

En el compromiso arbitral malayo-indonesio, las partes solicitan a la Corte Internacional de Justicia que proceda a determinar "sobre la base de los tratados, acuerdos y todo otro elemento de prueba producido por ellas,

²¹ Unión disuelta en agosto de 1954. En 1962 se produce una muy discutida transferencia de soberanía de Holanda hacia Indonesia sobre Nueva Guinea Occidental.

²² MMREC-R. Argentina, 1895, p. 464.

²³ MMREC-R. Argentina, 1927, p. 862 y ss.

²⁴ Parece no existir un reconocimiento formal por notas reversales estableciendo relaciones diplomáticas, firmado en Washington el 30 de junio de 1956, firmado por el embajador Adolfo Vicchi (RA) y el embajador Moekarto Notowidigyo.

si la soberanía sobre Pulau Litigan y Pulau Sipadan, pertenece a la República de Indonesia o a Malasia”.

Las partes expresan en este documento el deseo de resolver su diferendo “dentro del espíritu de las relaciones amistosas existentes entre ellas, establecido en el tratado de amistad y de cooperación de 1976, en Asia del Sudeste”, así como “aceptar la sentencia que la Corte dicte como definitiva y obligatoria para ellas”. Atento a que ninguna de las partes tenía en el tribunal un juez de su nacionalidad y de acuerdo al Estatuto de la Corte se procedió a designar jueces ad hoc para ellas.

Así se integro el tribunal con un juez por Malasia Dr. Weeramantry y un juez por Indonesia, Dr. Franck²⁵.

En cuanto a la parte procesal, cada una de las partes presentó en este proceso una memoria, una contramemoria y una réplica en los plazos establecidos por la Corte.

El derecho internacional procesal

Desde una óptica muy personal, creemos que después de la evolución y nacimiento del derecho internacional penal, se está dando nacimiento al derecho internacional procesal, así como con anterioridad nacieron como ramas especializadas del derecho internacional publico, el derecho del mar, el derecho de los tratados, o el derecho de la integración de Estados. Partimos del principio que ninguna de ellas es autónoma desde el momento que se rigen todas ellas por los principios básicos del derecho internacional público, pero que constituyen ramas del mismo, desde el momento en que tienen bibliografía y enseñanza propia.

Esta claro, que el origen de esta rama es antiguo, ya que ella abarca todo lo relativo a la resolución pacífica de conflictos, arbitraje, tribunales internacionales, e incluso la protección diplomática.

Pero lo que requiere un estudio y una teoría propia es el de la acción internacional (en sentido procesal) y de los actos del tribunal internacional.

²⁵ Pulau en idioma indonesio y malayo significa Isla.

El proceso internacional simple y el complejo.

Así como en el derecho interno, evolucionó primero toda la teoría del proceso simple, y luego aparecieron todas las figuras conducentes al proceso complejo, lo mismo se produjo en el derecho internacional público.

Ya la aceptación de una demanda conjunta frente a un tribunal implica una evolución profunda, en la abreviación de la litis, excluyéndose así el traslado y la traba de la litis.

Pero aquí se produjo una situación diferente ante la presentación de la República de Filipinas²⁶ como tercero interesado o tercero con mejor derecho.

Esto significó la existencia de dos sentencias en el mismo proceso, una relativa a la presentación de Filipinas y otra relativa al fondo de la cuestión entre Indonesia y Malasia.

La demanda de Indonesia.

En esta disputa, Indonesia sostuvo que el título principal de su soberanía sobre las islas surge del tratado o convención anglo holandés de 1891, como Estado sucesor de los Países Bajos. Esta postura la obliga a demostrar que a partir de esa fecha Holanda gozaba realmente de un título perfecto y que ella había ejercido la soberanía.

El país insular interpreta que el límite entre las posesiones británicas y holandesas, establecido por la convención de 1891, era el paralelo de 4° 10' lat N. y al encontrarse al Sur de este paralelo las islas Pulau Litigan y Pulau Sipadan la soberanía sobre ellas le había correspondido originalmente a Holanda y en consecuencia hoy a Indonesia como sucesora de aquella²⁷.

²⁶ Un mapa calificable de histórico se encuentra en "Atieler Gran Atlas Geográfico", Ins. Geográfico de Gotha, 1909, plancha 67. "Ostindische Inseln", con un cuarterón especial para Borneo del Norte y Borneo Holandés, figura la isla de Sebatik, sobre el paralelo de 4 Lat. N, y enfrente a ella, el "Ligitan Gruppe". Debe destacarse que la isla de Borneo se encuentra separada de las Islas Celebes por el Estrecho de Makasar.

²⁷ El tribunal estuvo compuesto por el Juez Guillaume (presidente) (Francia), el juez Shi Jiunyong (vicepresidente) (China), y como jueces Oda, Raymond Ranjeva (Madagascar), Herczegh, Fleischhauer, Abdul Koroma (Sierra Leona), Vlanden Vereschetin (Rusia), Rosalyn

La demanda conjunta de Malasia

La postura de la Federación de Malasia en su demanda, con relación al Tratado de límites anglo-holandés de 1891, fue la de reconocer su existencia y validez, pero considerar que, analizado este tratado en su conjunto, lleva a la evidencia que la intención de ambas partes fue precisar exclusivamente el límite o frontera (*border line*) entre las posesiones británicas y holandesas en el territorio de las Islas de Borneo y de Sebatik y que la línea de límites se prolongaría entonces hasta el punto más oriental de esta última. El criterio malayo parecería ser un criterio sumamente restrictivo, *pedem literae*. Parece así rechazar cualquier argumento que se basara en el criterio de proximidad.

La presentación de Filipinas como tercero.

La R. de Filipinas se presentó en este proceso como tercero interesado, (demanda de intervención), pedido basado en el art. 62 del Cap. III del Estatuto de la Corte que establece que si un Estado tiene un interés jurídico que pueda ser afectado por la decisión del litigio puede pedir a la Corte *in litem*. El pedido filipino fue rechazado por una sentencia interlocutoria de la Corte el 23 de octubre de 2001²⁸.

El antecedente más antiguo del rechazo del pedido de intervención de un tercero en un proceso arbitral que conozco, fue el del arbitraje norteamericano del Presidente Rutherford Hayes (EE.UU.) en la cuestión entre la Argentina y Paraguay sobre el sector entre el río Pilcomayo y el Río Verde. En esa oportunidad se rechazó el pedido boliviano de intervención como tercero interesado.

Auto interlocutorio *in re* Filipinas.

La Corte aquí se manifiesta partidaria del sistema procesal más simple y menos evolucionado, rechazando la intervención de Filipinas y por ende

Higgins (Gran Bretaña), Gonzalo Parra Arangueren (Venezuela), Peter Kooijmans (Holanda), Francisco Rezek (Brasil), Awn Shawkat Al Khasawneh (Jordania), Thomas Buergenthal (Estados Unidos), Nabil Elaraby (Egipto) (vocales).

²⁸ ICJ-CIJ, informe 17/12/2002.

la posibilidad del denominado proceso complejo. De esta manera para Filipinas la sentencia definitiva sería “res inter alios acta”, abarcando solo en sus efectos a Indonesia y a Malasia.

La sentencia definitiva.

Con posterioridad (junio 2002), se realizó el proceso verbal, compuesto por dos sesiones de Indonesia y dos de Malasia y un segundo turno de una sesión para cada país²⁹.

La sentencia definitiva se dictó el 17 de diciembre de 2002 por la Corte Internacional de Justicia, sentencia que tuvo carácter de definitiva, no recurrible y obligatoria para las partes. La Corte decidió -por 16 votos contra 1- que “la soberanía sobre Pulau Litigan y Pulau Sipadan corresponde a Malasia” con el voto afirmativo de todos sus jueces, más el voto del juez ad hoc por Malasia y Dr. Weeramantry. El Dr. Oda agregó al voto mayoritario una declaración individual. El Dr. Franck (ad hoc por Indonesia) votó en contra.

La Corte en su fallo comienza por analizar el contexto histórico complejo en el cual se inscribe este diferendo, pasando inmediatamente al análisis de los títulos invocados por las partes.

Entonces a analizar la aplicación del tratado de 1891, invocado por Indonesia. La Corte resuelve que teniendo en cuenta su objeto, ésta no puede interpretarlo como estableciendo una línea de partición de la soberanía sobre las islas ubicadas a lo largo y al Este de la Isla de Sebatik, concepto que considera ratificado por los trabajos preparatorios y por la conducta ulterior de las partes. Asimismo, afirma que este razonamiento no puede ser impugnado por el material cartográfico presentado³⁰.

Habiendo descartado la aplicación del tratado de 1891 al caso, busca determinar si alguno de los dos países puede invocar un título por la vía de la sucesión de estados, ya que ambos estados rechazaron en su memoria que se pudieran considerar a estas islas “res nullius” o “terrae nullius”³¹.

²⁹ ICJ-CIJ, informe 23/5/2002.

³⁰ ICJ-CIJ, informe del 17/12/2002.

³¹ En el derecho internacional latinoamericano, se rechazó siempre la existencia de “terrae nullius”, al invocarse el “uti possidetis”. Este último excluye la figura anterior.

La Corte rechazó el supuesto título de Indonesia como sucesora de Holanda, basada en el un tratado concluido con el sultán de Bouloungan (titular originario de las islas) y tampoco acepto la tesis de Malasia según la cual, habría adquirido la soberanía sobre ambas islas basada en una sucesión de títulos, a partir del título del sultán de Sulu (primitivo soberano), que habría pasado primero a España, luego a los Estados Unidos, a Gran Bretaña (Estado de Borneo del Norte) y finalmente a Malasia³².

Entró el Tribunal entonces a analizar si alguna de las partes, ante la falta de título, podrían detentar el derecho a la soberanía en base al ejercicio continuo y efectivo de la autoridad sobre dichas islas con la intención y la voluntad de ejercerlos en calidad de soberano³³.

Aquí Indonesia adujo la presencia continua primero de la marina real holandesa y luego de la marina de la República De Indonesia y el uso tradicional por parte de los pescadores indonesios de las aguas que bañan estas dos islas.

En cuanto a esto, la Corte llega a la conclusión de que la prueba aportada por Indonesia no permite concluir que las autoridades marítimas consideraran a ambas islas y a las aguas circundantes como sujetas a la soberanía de Holanda primero y de Indonesia luego.

La Corte rechazó la actividad de las personas privadas que no se fundan en una reglamentación oficial o no se encuentran sujetas al control de la autoridad pública³⁴.

Habiendo rechazado paso a paso los títulos esgrimidos por Indonesia, entra a analizar la prueba de Malasia en cuanto a actos continuos y efectivos de administración de las islas. Malasia invoca, en primer término, las medidas tomadas por las autoridades de Borneo del Norte para reglamentar y limitar la recolección de los huevos de tortuga en Litigan y Sipadan. Esta

³² ICJ-C1J, Informe del 17/12/2002.

³³ En una analogía con el derecho privado o interno sería el ejercicio del "animus" o "animus domine" de la posesión de bienes inmuebles.

³⁴ ICJ-C1J, Informe del 17/12/2002.

actividad revestía una cierta importancia económica en la región según la ordenanza de Borneo del Norte de 1917 aplicada al menos hasta 1950.

Malasia adujo además la construcción de faros en ambas islas -en Sipadan en 1962 y en Litigan en 1963- que existen aún hoy y son mantenidos por las autoridades malayas.

La Corte señala que las medidas aducidas por Malasia son modestas en número, pero abarcan actos legislativos, administrativos y quasi judiciales. Todo ello en un período considerable, demostrando su intención de ejercer la actividad estatal en relación a ambas islas y sin que existiera manifestación de desacuerdo o presentación de protestas por parte de Indonesia ni de su predecesor los Países Bajos.

La sentencia deja un sabor de insatisfacción o dubitativo. Las partes reconocen que no pueden existir res o terrae nullius, por ende debe fallarse por el *uti possidetis iuris*, pero la sentencia se basa en el principio de efectividad. El razonamiento de la sentencia requeriría una mayor elaboración pero recuerda en alto grado al del tribunal arbitral en el caso chileno-argentino del canal de Beagle.

Hubo un voto particular del juez Oda y el voto disidente del juez ad hoc Frank (por Indonesia).

LEGISLACIÓN

CONVENIOS INTERNACIONALES APROBADOS POR LA
REPUBLICA ARGENTINA
PERIODO 01-08-2004 al 31-07-2005

Sistematización a cargo de María Alejandra Sticca

SUMARIO: 1- Comercio Internacional - 2- Comunicaciones y Transporte - 3- Cooperación Cultural, Científica, Técnica, Económica, Financiera, Industrial y Comercial - 4- Cooperación Fronteriza - 5- Cursos de Aguas Internacionales - 6- Derecho Aeronáutico y Espacial - 7- Derecho Diplomático y Consular - 8- Derecho Fiscal - 9- Derecho Humanitario - 10- Derechos Humanos - 11- Derecho Internacional Penal - 12- Derecho Internacional Privado - 13- Derecho Laboral y Social - 14- Derecho Marítimo - 15- Energía y Materiales Nucleares - 16- Extradición - 17- Integración - 18- Medio Ambiente - 19- Migraciones - 20- Organizaciones y Asociaciones Internacionales y Regionales - 21- Paz y Amistad - 22- Pesca - 23- Prevención y Represión del Tráfico de Estupefacientes - 24- Sanidad - 25- Turismo - 26- Otras disposiciones legales de la República Argentina de interés para el Derecho Internacional.

1. COMERCIO INTERNACIONAL

2. COMUNICACIONES Y TRANSPORTE

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

3. COOPERACIÓN CULTURAL, CIENTÍFICA, TÉCNICA, ECONÓMICA, FINANCIERA, INDUSTRIAL Y COMERCIAL

Ley 25.939 Acuerdo sobre Cooperación minera suscripto con la República Bolivariana de Venezuela en Caracas, el 12/07/2000. Aprobación
Sanción: 22/09/2004 Promulgación: 18/10/2004 B.O.: 19/10/2004

Ley 25.950 Acuerdo de cooperación económico y comercial suscripto con la República Islámica de Pakistán, en Buenos Aires el 11/07/2002. Aprobación
Sanción: 20/10/2004 Promulgación: 11/11/2004 B.O.: 15/11/2004

Ley 25.960 Acuerdo sobre la Aceptación mutua de prácticas enológicas suscripto en Toronto el 18/12/2001. Aprobación
Sanción: 10/11/2004 Promulgación: 03/12/2004 B.O.: 06/12/2004

Ley 25.998 Protocolo modificatorio del Protocolo Ejecutivo hecho en Roma el 29/03/1999 del Tratado General de Amistad y Cooperación Privilegiada entre la República Argentina y la República Italiana del 06/04/1998 para la creación de un Programa Económico. Aprobación
Sanción: 16/12/2004 Promulgación: 10/01/2005 B.O.: 13/01/2005

4. COOPERACIÓN FRONTERIZA

5. CURSOS DE AGUAS INTERNACIONALES

6. DERECHO AERONÁUTICO Y ESPACIAL

Ley 25.949 Acuerdo marco de cooperación en el campo de las actividades espaciales suscripto con el Gobierno de la República Argelina Democrática y Popular, en Argel el 13/07/2002. Aprobación
Sanción: 20/10/2004 Promulgación: 11/11/2004 B.O.: 15/11/2004

7. DERECHO DIPLOMÁTICO Y CONSULAR

8. DERECHO FISCAL

Ley 25.953 Convenio para evitar la doble imposición e impedir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y al capital proveniente de la

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

explotación de aeronaves en el transporte internacional suscrito con el Gobierno de la República de Panamá el 10/05/1996 en Panamá y protocolo adicional suscrito en Buenos Aires el 20/08/1997. Aprobación

Sanción: 03/11/2004 Promulgación: 02/12/2004 B.O.: 03/12/2004

9. DERECHO HUMANITARIO

10. DERECHOS HUMANOS

Ley 25.932 Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptado en New York el 18/12/2002. Aprobación

Sanción: 08/09/2004 Promulgación: 30/09/2004 B.O.: 01/10/2004

11. DERECHO INTERNACIONAL PENAL

Ley 26.003 Tratado sobre traslado de nacionales condenados y cumplimiento de sentencias penales, suscrito con la República de Chile, en Santiago, el 29/10/2002. Aprobación

Sanción: 16/12/2004 Promulgación: 10/01/2005 B.O.: 13/01/2005

Ley 26.004 Acuerdo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre los Estados Partes del MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile, suscrito en Buenos Aires el 18/02/2002. Aprobación

Sanción: 16/12/2004 Promulgación: 10/01/2005 B.O.: 13/01/2005

Ley 26.023 Convención Interamericana contra el Terrorismo, adoptada en Bridgetown, Barbados, el 03/06/2002. Aprobación

Sanción: 30/03/2005 Promulgación: 15/04/2005 B.O.: 18/04/2005

Ley 26.024 Convenio Internacional para la represión de la Financiación del Terrorismo, adoptado el 09/12/1999 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Aprobación

Sanción: 30/03/2005 Promulgación: 15/04/2005 B.O.: 19/04/2005

12. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

13. DERECHO LABORAL Y SOCIAL

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

14. DERECHO MARÍTIMO

15. ENERGÍA Y MATERIALES NUCLEARES

- Ley 26.014 Acuerdo sobre cooperación en los usos pacíficos de la energía nuclear suscripto con Australia en Canberra el 08/08/2001. Aprobación Sanción: 16/12/2004 Promulgación: 10/01/2005 B.O.: 14/01/2005

16. EXTRADICIÓN

17. INTEGRACIÓN

- Ley 25.934 Enmienda al Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa entre los Estados Partes del MERCOSUR, suscripto el 05/07/2002 en Buenos Aires. Aprobación Sanción: 08/09/2004 Promulgación: 30/09/2004 B.O.: 04/10/2004

- Ley 25.935 Acuerdo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa entre los Estados Partes del MERCOSUR y la República de Bolivia y la República de Chile, suscripto el 05/07/2002 en Buenos Aires. Aprobación Sanción: 08/09/2004 Promulgación: 30/09/2004 B.O.: 04/10/2004

18. MEDIO AMBIENTE

- Ley 26.011 Convenio de Estocolmo sobre contaminantes orgánicos persistentes adoptado en Estocolmo, Reino de Suecia, el 22/05/2001. Aprobación Sanción: 16/12/2004 Promulgación: 10/01/2005 B.O.: 17/01/2005

19. MIGRACIONES

20. ORGANIZACIONES Y ASOCIACIONES INTERNACIONALES Y REGIONALES

21. PAZ Y AMISTAD

22. PESCA

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

23. PREVENCIÓN Y REPRESIÓN DEL TRÁFICO
DE ESTUPEFACIENTES

24. SANIDAD

- Ley 26.041 Convenio de Cooperación en materia de salud entre la República Argentina y la República del Perú, suscripto en la ciudad de Lima el 19/05/2003. Aprobación
Sanción: 01/06/2005 Promulgación: 05/07/2005 B.O.: 06/07/2005

25. TURISMO

- Ley 25.968 Acuerdo de Cooperación en el área del Turismo, suscripto con la República de Armenia, en Buenos Aires, el 03/05/2002. Aprobación
Sanción: 24/11/2004 Promulgación: 17/12/2004 B.O.: 20/12/2004

26. OTRAS DISPOSICIONES LEGALES DE LA REPÚBLICA
ARGENTINA DE INTERÉS PARA EL DERECHO INTERNACIONAL

JURISPRUDENCIA

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina

LARIZ IRIONDO, JESÚS MARÍA S/ SOLICITUD DE EX-
TRADICIÓN (L. 845. XL)

Sentencia de 10 de mayo de 2005

Suprema Corte:

I-Contra la sentencia del titular del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 11 (fs. 836/875), por la cual se denegó la extradición de Jesús María Lariz Iriondo solicitada por las autoridades judiciales del Reino de España, el representante de este Ministerio Público Fiscal interpuso recurso ordinario de apelación (fs. 877) que fue concedido a fs. 878.

II-Para rechazar el pedido el magistrado consideró que la acción por la que se requería a Lariz Iriondo se encontraba extinguida para la ley argentina, circunstancia que impedía el extrañamiento pues, conforme a lo estipulado en el artículo 9º, inciso «c», del «Tratado de Extradición y Asistencia Judicial Internacional en Materia Penal con el Reino de España» (ley 23.708), se requiere que la acción penal se encuentre vigente para los dos órdenes jurídicos. En tal sentido, consideró que desde la fecha de comisión de los hechos hasta el pedido de arresto preventivo que concluyera con la detención de Lariz Iriondo habían transcurrido los términos previstos para la prescripción de la acción penal. Para determinar cuál es el plazo de prescripción a tener en cuenta, el magistrado aseveró que el «hecho» por el que se requiere la extradición consiste en: «la comisión del delito de atentado contra el orden constitucional (artículo 213 bis del Código Penal argentino) que concurre en forma real con el delito de homicidio agravado en grado de tentativa, siendo que este último concurre en forma ideal con los delitos de lesiones graves y estrago agravado».

A partir de esta calificación e interpretando el precedente «Mario Fabbrocino» (Fallos: 323:3699), argumentó que debía, por un lado, considerarse la prescripción del delito del artículo 213 bis (ocho años) y, por el otro, la del concurso ideal del homicidio agravado tentado, las lesiones graves y el estrago (doce años). Sobre la base de estos cálculos y, contrariamente a lo alegado por el fiscal en el debate, juzgó que el plazo de prescripción

había transcurrido por no verificarse actos de carácter interruptivo anteriores al pedido de arresto preventivo que originara este proceso.

III-Desde el punto de vista metodológico, considero necesario responder, en primer término, las objeciones vinculadas con el encuadramiento normativo de los hechos por los que se requiere la extradición de Lariz Iriondo y, sólo en segundo término, a las relativas a la prescripción, ya que éstas variarían la conclusión a la que se arribe en este punto dependiendo necesariamente de la adecuada tipificación del hecho imputado al ciudadano español requerido. Conforme surge de la descripción de los hechos obrantes en el pedido formal de extradición, se le imputa a Lariz Iriondo que: «puesto de acuerdo con Juan Ignacio Jayo Bustinduy, Miguel Alberdi Zubizarreta y Juan Ignacio Iriondo Gárate, todos ellos miembros activos de la Organización terrorista E.T.A., deciden acabar con la vida de varios funcionarios de policía encargados de la oficina de renovación del Documento Nacional de Identidad de la Comisaría de Policía de Eibar (Guipuzcoa) que circulaban en un vehículo policial camuflado modelo K y los que ocupaban vehículos de escala (las furgonetas de la Policía Nacional), cuando circulaban por el lugar conocido como Alto del Malzaga (lugar elegido por Juan Ignacio Jayo Bustinduy y Miguel Alberdi Zubizarreta entre las localidades de Elgoibar y Eibar. El artefacto explosivo a base de goma 2, tornillos y tuercas como metralla es confeccionado por Alberdi Zubizarreta (a) 'el gordo', y tras una reunión de todo el grupo la noche del 8 de octubre de 1984 en el bar Txarridana de Elgoibar, los cuatro miembros del grupo se dirigen en dos coches hasta el lugar elegido, con carácter previo colocan dos detonadores al artefacto y luego de comprobar que el camino está libre llegan al sitio donde tendrá lugar la acción al día siguiente. Una vez en el Alto de Malzaga, ubican el artefacto consistente en una especie de 'hornillo' (olla a presión) en una leve depresión del terreno junto a uno de los márgenes de la autopista, con un puesto de control por cable a más de 30 metros en un camino forestal. La colocación la hacen Juan Ignacio Jayo y Juan Ignacio Iriondo, mientras que la conexión del cable al detonador la realizan Jesús María Lariz Iriondo y Miguel Alberdi Zubizarreta. Al día siguiente, 9.10.1984, por la mañana Alberdi y Jayo deciden comprobar si las víctimas están en el Ayuntamiento de Elgoibar trabajando en el Documento Nacional de Identidad, lo que da resultado positivo sobre las 11 horas. Seguidamente se encuentran con Iriondo a la entrada de la autopista. Desde allí, se dirigen en el vehículo de Alberdi hasta Ermua en donde secuestran 'a punta de pistola' el vehículo Renault 12, matrícula BI-0742-C, a su propietario Ramón Álvarez Arias, al que secuestran y transportan hasta un pinar, a unos 700 metros del lugar del atentado y lo dejan atado a un tronco. Sobre las 14.20 horas comprueban como los funcionarios y sus escoltas suben a sus respectivos vehículos tomando la dirección de Eibar. Delante de la comitiva policial circula Alberdi para avisar, Iriondo aguarda en la autopista con el turismo sustraído y Jayo activa el artefacto pero lo hace anticipadamente. Como consecuencia de la acción resultan heridos dos Auxiliares de la Dirección General de la Policía y el Conductor del vehículo, también funcionario público...» (fs.110).

Además de este hecho puntual se le imputa, asimismo, que anteriormente, también como miembro de la organización E.T.A., había colocado y hecho explotar artefactos explo-

sivos en diversas sucursales bancarias, a saber: el 8 de diciembre de 1982 en la sucursal del Banco Santander de Azcoitia; el 9 de enero de 1983 en el Banco Guipuzcoano de Deva; el 11 de junio de 1983, en el Banco de Santander de Vergara; el 15 de agosto de 1983 en el Banco de Vizcaya de Motrico y, ese mismo día, otro en el Banco Guipuzcoano de la misma localidad. Así también, se le imputa que, en fecha no determinada, junto con otros miembros del comando, sustrajo un automóvil R 12, matrícula SS-7634-B, amenazando con sus armas al propietario, a quien dejaron atado en un descampado, para luego dirigirse a una sala de fiestas llamada Guass para secuestrar a su propietario, intento que se vio frustrado al no poder localizarlo. Por último, se le atribuye que el 6 de agosto de 1984, junto con los miembros del comando, utilizando cócteles Molotov, quemó un automóvil Peugeot de matrícula francesa, y el 16 de agosto de ese mismo año, con otros miembros del comando, procedió a quemar otros vehículos de matrícula francesa con la misma metodología (fs. 109/110). Estos son los hechos por los que se requiere la extradición de Lariz Iriondo, tal como surge del pedido de extradición citado.

IV-El modo en que el magistrado español produce el encuadramiento típico en sus normas internas no puede ser debatido en este proceso puesto que a los tribunales argentinos les está vedado controvertir o modificar la calificación efectuada por el Estado requirente (Fallos: 284:459; 305:725 y 315:575, entre muchos otros). Distinto es el caso de la calificación en el ordenamiento punitivo argentino propuesta en la sentencia recurrida. Como se dijo, para dar por acreditado el requisito de la «doble subsunción», el juez de la instancia calificó los hechos como atentado contra el orden constitucional en concurso real con los delitos de homicidio agravado en grado de tentativa, lesiones graves y estrago agravado, que concurren idealmente entre sí. Ahora bien, a juicio del suscripto, esta calificación no se compadece con los hechos que -conforme lo expuesto en los acápites anteriores- forman parte del pedido. Sabido es, y también lo tiene dicho la Corte, que la acreditación de este extremo no exige identidad normativa entre los tipos penales en que los Estados contratantes subsumieron los hechos que motivaron el pedido (Fallos: 317:1725; 319:277, entre otros), sino que lo relevante es que las normas penales del país requirente y requerido prevean y castiguen en sustancia la misma infracción (doctrina de Fallos: 284:459; 306:67; 315:575; 319:277 y 531; 320:1775; 323:3055; entre otros).

Ahora, si bien el concurso de delitos propuesto en la sentencia puntualiza los hechos que conforman el pedido de extradición, no abarca íntegramente lo que el Tribunal ha dado en llamar la «sustancia de la infracción». En efecto, la múltiple tipificación intentada por el sentenciante no acierta, a mi juicio, a englobar el elemento subjetivo constituido por la voluntad final que une los numerosos hechos ilícitos que se le atribuyen a Lariz Iriondo, ni considera la especial peligrosidad del medio empleado y, además, desdeña el objetivo de este accionar, cual es el hacer zozobrar la tranquilidad pública mediante la intimidación a una cantidad indeterminada de personas. En el caso, de una u otra forma, la subsunción en tipos penales del Código Penal argentino, si bien podría contemplar ciertos aspectos de los hechos que se le imputan al extraditable, dejan fuera características trascendentales, ocultando la magnitud de los ilícitos perpetrados.

V-Concretamente, los hechos por los cuales Lariz Iriondo es requerido deben ser calificados, a la luz del derecho de gentes, como actos de terrorismo. Desde su redacción original el texto de la ley fundamental (artículo 102, actual 118) previó la competencia de los tribunales nacionales para juzgar los «crímenes contra el derecho de gentes» aun cuando éstos se produjeran fuera de los límites territoriales de la Nación. En esa norma el constituyente dejó plasmada su intención de colaborar con la comunidad internacional para perseguir los crímenes contra el derecho internacional. El Tribunal ha aplicado, desde sus albores, el derecho de gentes en numerosos casos que le ha tocado resolver, interpretando la regla contenida en el artículo 118 conforme ha ido evolucionando con el tiempo, es decir, según el grado de desarrollo que presentaran sus postulados a la hora de resolver las cuestiones sometidas a juzgamiento (Fallos: 2:46; 4:50; 28:31; 43:321; 211:162; 305:2150; 318:2148). Si bien no existe en el ámbito del derecho internacional convencional una definición de terrorismo, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas ha expresado que en dicha categoría deben ser comprendidos «los actos criminales con fines políticos concebidos o planeados para provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en personas determinadas» y ha dicho, asimismo, que tales actos «son injustificables en todas las circunstancias, cualesquiera sean las consideraciones políticas, filosóficas, ideológicas, raciales, étnicas, religiosas o de cualquier otra índole que se hagan valer para justificarlos» (Resolución 51/210 -A/RES/51/210- del 16 de enero de 1996, Medidas para eliminar el terrorismo internacional»). La voluntad de la comunidad internacional de cooperar en la investigación y sanción de los actos terroristas no es un hecho reciente. Entre los primeros empeños por abordar el fenómeno del terrorismo como materia de preocupación jurídica para la comunidad internacional estuvo la redacción, por parte de la Sociedad de las Naciones, de la Convención de Ginebra de 1937 para prevenir y sancionar el terrorismo, la que nunca entró en vigencia (ver League of Nations, Convention for the Prevention and Punishment of Terrorism, O.J. 19 at 23 (1938), League of Nations, Doc. C. 546 (I) M.383 (I) 1937, V (1938), citada en el «Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos» de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, del 22 de octubre de 2002, OEA/Ser.L/V/II.116). Posteriormente, la Organización de las Naciones Unidas adoptó iniciativas similares contra el terrorismo a través de la negociación de tratados multilaterales y de la labor de sus órganos en distintos niveles. Así, por ejemplo, la Asamblea General adoptó la Resolución 3034 (XXVII) sobre medidas para prevenir el terrorismo internacional -ONU GAOR, sesión plenaria 2114^a, 19 de diciembre de 1972-; el Consejo de Seguridad adoptó la Resolución 1269 (1999) sobre la adopción de medidas destinadas a eliminar el terrorismo internacional -ONU SCOR, 4053^a sesión, ONU Doc. S/RES/1269 (1999), 19 de octubre de 1999-; y la Comisión de Derecho Internacional en 1990 incluyó su tratamiento en el Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad -Vol. II, Parte II, págs. 28-29-. Los Estados miembros y los órganos de las organizaciones internacionales regionales se han empeñado análogamente en abordar las manifestaciones del terrorismo en sus respectivas jurisdicciones a través de la negociación de convenciones multilaterales y de otras medidas (por ejemplo, Consejo de Europa: «Convención Europea para la Eliminación del Terrorismo», del 27 de enero de 1997; la Organización de la Unidad Africana:

«Convención sobre la Prevención y el Combate contra el Terrorismo», aprobada en Argel el 13 de julio de 1999, entre muchos otros). En el sistema interamericano, en particular, las iniciativas contra el terrorismo más notables incluyen la promulgación en 1977 de la «Convención para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexa cuando éstos tengan trascendencia internacional» (aprobada el 2 de febrero de 1971, Serie sobre tratados OEA N° 37), la labor actual del Comité Interamericano contra el Terrorismo (Resolución de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, OEA/Ser.P, AG/RES. 1650, del 7 de junio de 1999, donde se establece el Comité Interamericano contra el Terrorismo) y la «Convención Interamericana contra el Terrorismo», recientemente adoptada (OAS AG/RES.1840 -XXXII-O/02- segunda sesión plenaria, 3 de junio de 2002, aprobada por nuestro país mediante la ley 25.762).

En el artículo 2 de este texto convencional se define el crimen de terrorismo mediante una remisión a distintos textos convencionales sobre la materia. Así, dicha norma establece: «1. Para los propósitos de esta Convención, se entiende por 'delito' aquellos establecidos en los instrumentos internacionales que se indican a continuación: a) Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, firmado en La Haya el 16 de diciembre de 1970; b) Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 23 de septiembre de 1971; c) Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1973; d) Convención Internacional contra la toma de rehenes, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre de 1979; e) Convenio sobre la protección física de los materiales nucleares, firmado en Viena el 3 de marzo de 1980; f) Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que prestan servicios a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 24 de febrero de 1988; g) Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, hecho en Roma el 10 de marzo de 1988; h) Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, hecho en Roma el 10 de marzo de 1988; i) Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1997; j) Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1999". Precisamente, la hipótesis fáctica por la cual se requiere la extradición de Jesús María Lariz Iriondo encuadra, a mi juicio, dentro de las previsiones del «Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas», aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1997, suscripto por la República Argentina el 2 de septiembre de 1998, aprobado por ley 25.762, del 16 de julio de 2003, y ratificado el 25 de septiembre de 2003 (en adelante: el Convenio). En su artículo 2 establece: «1. Comete delito en el sentido del presente Convenio quien ilícita e intencionadamente entrega, coloca, arroja o detona un artefacto o sustancia explosivo u otro artefacto mortífero en o contra un lugar de uso público, una instalación pública o de gobier-

no, una red de transporte público o una instalación de infraestructura: a) Con el propósito de causar la muerte o graves lesiones corporales, o b) Con el propósito de causar una destrucción significativa de ese lugar, instalación o red que produzca o pueda producir un gran perjuicio económico. 2. También constituirá delito la tentativa de cometer cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1. 3. También comete delito quien: a) Participe como cómplice en la comisión de un delito enunciado en los párrafos 1 ó 2, o, [...] c) Contribuya de algún otro modo a la comisión de uno o más de los delitos enunciados en los párrafos 1 ó 2 por un grupo de personas que actúe con un propósito común; la contribución deberá ser intencional y hacerse con el propósito de colaborar con los fines o la actividad delictiva general del grupo o con conocimiento de la intención del grupo de cometer el delito o los delitos de que se trate».

Como se advierte, las disposiciones contenidas en el Convenio describen con claridad la materia de prohibición por la cual el Reino de España solicita la extradición de Lariz Iriondo. En efecto, tal como surge de la descripción contenida en el pedido de extradición de fs. 108/113, reseñada en detalle en el acápite III de este dictamen, se le imputa a Jesús María Lariz Iriondo pertenecer a la organización E.T.A. y, en ese carácter, se le atribuye la colocación de siete explosivos, dos hechos de robo de vehículos, el secuestro de dos personas, el depósito de armas y de explosivos y la colocación de un explosivo plástico en el lugar por donde habría de transitar un automóvil del Cuerpo Nacional de Policía que, por detonar antes de lo previsto, hizo fracasar el resultado homicida del acto, pero provocó heridas de gravedad a los tripulantes del automóvil (fs. 108 y siguientes).

La aplicación de este instrumento convencional no sólo es adecuada por cuanto refleja en toda su dimensión la conducta por la cual se solicita la extradición, sino también porque el Estado requirente es parte del Tratado. En efecto, el «Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas» fue suscripto por el Reino de España el 1º de mayo de 1998 y ratificado el 30 de abril de 1999. Más aun, surge del artículo 9 del propio Convenio que «...se considerarán incluidos entre los que dan lugar a extradición en todo tratado de extradición concertado entre Estados Partes con anterioridad a la entrada en vigor del presente Convenio...». Esta afirmación también es concordante con lo estipulado en el artículo 3 del «Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en Materia Penal entre el Reino de España y la República Argentina» (ley 23.708), el cual establece que también darán lugar a extradición los delitos incluidos en los convenios multilaterales en los que ambos países sean parte. De todos modos, debe quedar en claro que la ratificación en años recientes del «Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas» por parte de nuestro país sólo ha significado, como ya lo adelantara, la reafirmación por vía convencional del carácter de delito contra el derecho de gentes que, como se desprende de los antecedentes mencionados, ya se postulaba desde antes para el terrorismo; en otras palabras, es una manifestación más del proceso de codificación del Derecho internacional no contractual preexistente. Por consiguiente, debe entenderse que las infracciones previstas por el Convenio antes citado dan lugar a extradición conforme a los parámetros incluidos en este último.

VI-La aplicación preferente al caso del «Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas», en tanto ley de cooperación internacional específica para el caso, determina también la solución que cabe adoptar acerca de la cuestión relativa a la subsistencia o extinción de la acción penal.

Como se advierte ya de los tratados e instrumentos internacionales mencionados en el acápite precedente, la comunidad internacional ha avanzado en una unánime condena del terrorismo y ha expresado una clara voluntad de juzgarlo y sancionarlo en la conciencia de que su erradicación no interesa sólo al Estado directamente perjudicado, sino que constituye una meta cuyo logro beneficia, en última instancia, a todas las naciones civilizadas, que están obligadas, por ello, a cooperar en la persecución y sanción del terrorismo, tanto por la vía de los tratados internacionales vigentes, como por la coordinación de sus derechos internos. (Fallos 319:510, voto del juez Boggiano).

Esta es la concreción del conocido principio *aut dedere aut iudicare*, también incluido entre las obligaciones del «Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas», que en el artículo 6.4 establece que: «cada Estado Parte tomará [...] las medidas necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos enunciados en el artículo 2, en los casos en que el presunto delincuente se halle en su territorio y dicho Estado no conceda la extradición a ninguno de los Estados Partes que hayan establecido su jurisdicción de conformidad con los párrafos 1 ó 2».

También el principio *aut dedere aut iudicare* se desprende de la obligación del artículo 8.1 del Convenio, que dispone: «[...] el Estado Parte en cuyo territorio se encuentre el presunto delincuente, si no procede a su extradición, estará obligado a someter sin demora indebida el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, según el procedimiento previsto en la legislación de ese Estado, sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido o no cometido en su territorio. Dichas autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a cualquier otro delito de naturaleza grave, de acuerdo con el derecho de tal Estado». Finalmente, el Convenio reafirma esta idea al establecer en su artículo 9.5 que: «las disposiciones de todos los tratados de extradición vigentes entre Estados Partes con respecto a los delitos enumerados en el artículo 2 se considerarán modificadas entre esos Estados en la medida en que sean incompatibles con el presente Convenio». En otras palabras, dado su carácter posterior y su especificidad en la materia, la solicitud de extradición de Lariz Iriondo debe analizarse a la luz de lo normado en el «Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas». Sólo en la medida en que no resulten incompatibles podrán aplicarse otras normas derivadas del derecho de extradición o cooperación judicial. Conforme lo expuesto, cabe afirmar que toda disposición normativa estipulada en el «Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en Materia Penal entre el Reino de España y la República Argentina» contraria o incompatible con lo normado en el mencionado Convenio multilateral debe considerarse derogada por aplicación de los principios de *lex specialis*. De allí que cuando el Convenio establece en su artículo 9.5 que: «las disposiciones de todos los tratados de extradición vigentes entre Estados Partes con respecto a los delitos enumerados en el artículo 2 se con-

siderarán modificadas entre esos Estados en la medida en que sean incompatibles con el presente Convenio», debe entenderse que se ha operado una modificación, para este tipo de delitos, del artículo 9, inciso «c», del tratado de extradición bilateral (ley 23.708), pues un rechazo de la extradición fundada en la eventual prescripción de la acción sería incompatible con la obligación de cooperar, sin excepción alguna fundada en el derecho interno, en la persecución y sanción de los actos de terrorismo acordada entre Argentina y España en virtud de ese mismo Convenio. Vista la cuestión desde esta perspectiva, la sentencia recurrida resulta arbitraria, pues soslaya toda interpretación de lo dispuesto por el tratado multilateral, dado que sólo hace referencia al tratado de asistencia entre el estado argentino y el español celebrado en 1987, pero omite toda consideración a la norma que específicamente se aplicaba al caso. En tal sentido, la afirmación del sentenciante en cuanto a que, según la legislación argentina, los delitos que se le imputan a Lariz Iriondo se encuentran prescriptos es inoponible a lo estipulado en el Convenio, dado que una afirmación de tal naturaleza lleva a negar la extradición alegando la mera aplicación de derecho interno. Estas argumentaciones son, a su vez, inconsistentes con la regla estipulada por el artículo 27 de la «Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados» en tanto que: «una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado». Por tal motivo, no puede alegarse que ha operado la prescripción de la acción penal en el caso sin frustrar el objeto del «Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas», al que nuestro país voluntariamente se ha sometido. Además, un rechazo del extrañamiento fundado en consideraciones puramente internas conllevaría la responsabilidad del Estado argentino ante la comunidad internacional, y la Corte debe velar porque la buena fe que rige la actuación del Estado Nacional en el orden internacional para el fiel cumplimiento de las obligaciones emanadas de los tratados y otras fuentes de derecho internacional no se vea afectada a causa de actos u omisiones de sus órganos internos -preámbulo y artículo 2.2 de la Carta de las Naciones Unidas, artículo 5º, inciso b y c de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados- (Fallos: 315:1492; 316:1669; 317:1282; 318:373, entre otros). Por último, no debe perderse de vista que nos encontramos en el presente con un proceso de extradición internacional de criminales, por lo cual no se juzga sobre la responsabilidad de quien se encuentra sometido a este proceso sino, únicamente, sobre la identidad del requerido y el cumplimiento de las condiciones previstas en las leyes y tratados aplicables (Fallos: 42:409; 150:316; 166:173; 178:81; 212:5; 213:32; 236:306; 284:459; 291:195; 308:887; 311:1925; 314:1132 y 318:373). En tal sentido, debe considerarse al Convenio como la herramienta más idónea para hacer efectiva la cooperación internacional en lo que respecta a la investigación y sanción de los delitos que, a la luz del derecho de gentes, son considerados «terrorismo». La utilización de este instrumento convencional de ningún modo menoscaba la calificación de los ilícitos como delitos del orden interno del estado argentino y español. En otras palabras, el Convenio no tipifica o crea un nuevo delito (terrorismo) sino que establece un marco de cooperación según el cual los Estados Partes se someten a sus reglas para hacer efectiva «la cooperación internacional entre los Estados con miras a establecer y adoptar medidas eficaces y prácticas para prevenir

esos atentados terroristas y enjuiciar y castigar a sus autores» (cfr. exordio del Convenio). En síntesis, la circunstancia de que el hecho que se le imputa a Lariz Iriondo pudiera encontrarse prescripto para la legislación nacional resulta inoponible para impedir el extrañamiento so pena de que el Estado argentino pueda incurrir en responsabilidad internacional. Todo esto, según la opinión de este Ministerio Público Fiscal, surge de la correcta aplicación de la normativa multilateral que une a la República Argentina y al Reino de España en el hecho motivo de extradición.

VII-A la luz de las disposiciones del Convenio la competencia del estado español para juzgar los hechos que se le imputan a Lariz Iriondo es clara (todos ellos acaecieron en territorio español, sus autores y víctimas son españoles). El propio convenio establece la obligación de que cada estado parte ejerza su jurisdicción criminal cuando los hechos se cometieran: «a) En el territorio de ese Estado, o b) A bordo de un buque que enarbole el pabellón de ese Estado o de una aeronave matriculada de conformidad con la legislación de ese Estado en el momento de la comisión del delito, o c) Por un nacional de ese Estado». Y, subsidiariamente, cuando: «a) Sea cometido contra un nacional de ese Estado, o b) Sea cometido en o contra una instalación gubernamental en el extranjero, inclusive una embajada u otro local diplomático o consular de ese Estado, o c) Sea cometido por un apátrida que tenga residencia habitual en el territorio de ese Estado, o d) Sea cometido con el propósito de obligar a ese Estado a realizar o abstenerse de realizar un determinado acto, o e) Sea cometido a bordo de una aeronave que sea explotada por el gobierno de ese Estado» (artículo 6). Surge con toda claridad, entonces, la obligación y competencia de los tribunales del Estado requirente para juzgar los hechos por los cuales se solicitara la extradición de Lariz Iriondo. A estos efectos téngase en cuenta que el Tribunal tiene dicho que el fundamento del instituto de extradición radica en el interés común a todos los estados de que los delincuentes sean juzgados en el país a cuya jurisdicción internacional corresponde el conocimiento de los respectivos hechos delictivos (Fallos: 298:126 y 138; 308:887; 318:887; 324:3713).

VIII-De no compartirse la interpretación que aquí se ha propuesto acerca de la utilización preferente del citado «Convenio» para resolver la procedencia de la extradición de Lariz Iriondo, considero, de todos modos, que debe ser rechazada por arbitraria la interpretación en materia de prescripción efectuada por el juez de la instancia a la luz de los antecedentes del caso. En efecto, la sentencia en crisis pretende encontrar respaldo a su argumentación en que no existieron actos con entidad suficiente para interrumpir el plazo de prescripción entre la fecha en que acaecieron los hechos y el de la solicitud de arresto preventivo de fs. 2. Pero, para así razonar, debió desconocer efectos interruptivos tanto a la resolución de fecha 18 de marzo de 1985 dictada por el juez español, como al requerimiento de extradición ante la República Oriental del Uruguay del año 1992. En lo que respecta al primero de esos actos, merced a un seccionamiento de las circunstancias fácticas del pedido, el juez consideró que en el auto de procesamiento del 18 de marzo de 1985 (fs. 128/131) no se contempló la autoría de Lariz Iriondo por la colocación de un explosivo al paso del vehículo policial al que ya se hiciera referencia, y a partir de esa premisa concluyó que dicha resolución no podía ser invocada como secuela del juicio, respecto de ese hecho puntual; carácter

que sí, en cambio, concedió al auto de procesamiento dictado posteriormente, el 5 de marzo de 2002. No obstante, basta una comparación de la descripción de los hechos contenida en ambas resoluciones para advertir lo erróneo de dicha prédica: en un principio (auto del año 1985) Lariz Iriondo no aparece cumpliendo un rol materialmente activo en la determinación del objetivo y la posterior colocación de la bomba; pero, en la resolución del año 2002, luego de un normal enriquecimiento probatorio, se le imputa concretamente el carácter de autor del hecho. Así lo manifiesta el propio magistrado a fs. 134. No es esto muy diferente de lo que ocurre cotidianamente en cualquier proceso que tramita en nuestro país: personas que prima facie parecen vinculadas a hechos ilícitos en forma indirecta, en el devenir de la investigación, resultan imputados como sus principales autores. Sólo me resta señalar que no puede entenderse más que como un error material la afirmación que hace el juez español, al referirse al atentado del 9 de octubre de 1984, en cuanto a que: «por estos hechos y delitos Jesús María Lariz Iriondo no fue procesado en el Auto de 18.03.85» (fs. 134). Ello es así, pues justamente en esa resolución (fs.130) se «DECLARAN PROCESADOS ... [entre otros] a JESÚS MARIA LARIZ IRIONDO», y entre los hechos descriptos se encuentra claramente el ocurrido el 9 de octubre de 1984 que el juez Castro Meije calificó como estrago del art. 554 de la ley penal entonces vigente. En otras palabras, uno de los siete estragos por los cuales se procesa a Lariz Iriondo lo constituye ese atentado. Descartadas entonces las supuestas discordancias entre ambas decisiones de la justicia española, también cae por infundada la atribución de intenciones aviesas que señala el magistrado sentenciante: «el Estado requirente intentó que pase inadvertida la variación del hecho del día 9 de octubre de 1984, que comienza a modificarse...» (fs. 849 vta.). Es precisamente porque ambas resoluciones contienen una única descripción del mismo hecho acaecido -pero respondiendo cada una de ellas a distintos estadios del progreso procesal- que se ha acompañado copia de ambos autos de procesamiento. En definitiva, remitir sendos decisorios es muestra cabal de transparencia y no de haber acudido a un tapujo procesal. Esto también es lo que se infiere de los mismos recaudos. Así, en el pedido de extradición el titular del Juzgado Central de Instrucción Número Cinco señala como fundamento de éste que: «...se ha dictado contra Jesús María Lariz Iriondo autos motivados de procesamiento y prisión de 18.03.85 y 05.03.02...»; a su vez, el fiscal de la Audiencia Nacional refiere que: «...en sustento de la demanda de extradición, debe remitirse a las autoridades de la República Argentina una copia certificada de los Autos de procesamiento y prisión de 18.3.1985 y 5.3.2002, en los que se contiene relación de los hechos, lugar y fecha en que ocurrieron...» (cfr. fs. 115), que el magistrado remite de conformidad «... para que tenga efecto tal proposición y solicitud de extradición cúrsese en tal sentido a la Autoridad judicial competente de Argentina acompañándose testimonio literal de esta resolución y los particulares mencionados por el Ministerio Fiscal, todo ello con el visto bueno del proveyente...» (fs. 126/127). Por otro lado, no se comprenden las razones que se aducen para no considerar como secuela de juicio el pedido de extradición que tramitara ante la República Oriental del Uruguay, a pesar de que su pertinencia está acabadamente corroborada por las afirmaciones del representante del Ministerio Público Fiscal español (fs. 118) y del juez argentino que entendió en primer término en este proceso (fs. 280/281). También aquí, más allá de la arbitrariedad que implica negar un hecho de cuya existencia las

partes guardan coincidencia, la actitud del juzgador implica, lisa y llanamente, descreer de las manifestaciones del Estado requirente sin un sustento objetivo válido. En efecto, esta conclusión conlleva al apartamiento inmotivado por parte del a quo de principios claves del derecho internacional de los tratados según los cuales la buena fe se presupone en los compromisos convencionales (artículo 26 de la «Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados»). No puede dudarse sin más de que el Reino de España aplica y ha de aplicar con justicia la ley de la tierra (Fallos: 187:371). Por otro lado, la ley de Cooperación Internacional en Materia Penal, que constituye la pauta idónea para interpretar el texto de los tratados en materia de asistencia judicial internacional y es complementaria de ellos (artículo 2º, segundo párrafo de la ley 24.767), establece expresamente que la presentación en forma de los documentos hacen presumir la veracidad de su contenido y la validez de las actuaciones a las que se refieren (artículo 4º, tercer párrafo). Esta presunción normativa atiende a los principios precedentemente expuestos, por cuanto no resulta posible dudar de las manifestaciones contenidas en documentos emanados de las autoridades de un país extranjero, salvo que existan constancias objetivas que permitan impugnarlas, circunstancia que no se advierte ni ha sido señalada en la sentencia. En síntesis, la aseveración de que el auto de procesamiento del año 1985 no contempla el hecho motivo de este pedido de extradición y, por ello, no puede ser invocado como secuela de juicio resulta una afirmación únicamente basada en la voluntad del magistrado federal -y, como tal, arbitraria-, que se opone a constancias claras y explícitas obrantes en este proceso. E idéntica arbitrariedad cabe predicar respecto de su negativa a considerar como secuela del juicio el pedido de extradición a la República Oriental del Uruguay del año 1992, cuya existencia se halla acreditada en la causa. Esta falencia adquiere aun mayor significación si se advierte que, según la jurisprudencia de V.E. que el propio sentenciante cita en su apoyo (Fallos: 323:3699), constituyen secuela de juicio respecto del atentado objeto del presente caso, al menos, el auto de procesamiento del 18 de marzo de 1985, el sometimiento del requerido al procedimiento de extradición 18 de mayo de 1992 y el pedido de extradición a la República Oriental del Uruguay también del año 1992, el auto de procesamiento del 5 de marzo de 2002, la solicitud de arresto preventivo del 21 de noviembre de 2002, la solicitud de extradición del 25 de noviembre de 2002 -incorporado al expediente el 19 de diciembre de 2002-, y demás actos ocurridos en este expediente donde se evidencia claramente, por un lado, que no han transcurrido los plazos del artículo 62 del Código Penal y, por el otro, la persistente voluntad de España de juzgar a Lariz Iriondo por los hechos ya reseñados. A esta misma solución ya había llegado el juez de primera instancia que entendió en primer término en su resolución de fs. 280/281, que quedara firme por no haber sido recurrida correctamente (fs. 324).

IX-Ahora bien, tanto el «Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en Materia Penal» argentino-español como el Convenio reconocen, como excepción para la remisión del individuo a la nación que lo requiere, la posibilidad de que éste pueda ser sometido a tratos o penas crueles (artículo 10 del tratado de extradición y 12 de la convención).

Esta preocupación también ha tenido recepción en la sentencia aquí en crisis. Sobre el punto, curiosamente se dispuso en una suerte de «sentencia subsidiaria», esto es, ciertos

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

condicionamientos para la remisión del extraditabile a España, limitaciones que sólo cobrarían efectividad en el supuesto de que V.E. revocase el fallo. Huelga decir que esta pretensión de otorgarle a la sentencia de primera instancia efecto ultra vires, imponiéndole así ciertas condiciones a la decisión del Tribunal es, a todas luces, inválida.

Ahora bien, tampoco considero atendibles las alegaciones de Lariz Iriondo referidas a un supuesto peligro de ser sometido a tratos y penas crueles. Como se ha dicho en Fallos: 324:3484 en el que se trajeron agravios de similar índole respecto de un pedido de la República del Paraguay, «debe tenerse en cuenta en estos casos, no tanto las referencias genéricas a una situación determinada sino si en la causa existen elementos que permitan poner en tela de juicio la correcta actuación en este proceso en particular de la justicia del país requirente» (del punto III del dictamen de esta Procuración General que la Corte comparte y hace suyo). Y, en el caso, no existe absolutamente ninguna circunstancia objetiva que permita inferir este peligro. Por otro lado, adviértase que se ha resaltado en el transcurso del debate que la supuesta intolerancia contra algunos militantes de ETA detenidos, le es atribuida a una fuerza política que hoy ya no gobierna en España (cfr. los dichos de Adolfo Pérez Esquivel en el debate, fs. 821/822). Sin embargo, y a todo evento, resultará aplicable la solución adoptada por el Tribunal en Fallos: 322:507 donde sostuvo que, en caso de comprobarse la verosimilitud del planteo efectuado por el requerido -la existencia de torturas y malos tratos en el país requirente-, el Poder Ejecutivo deberá disponer su entrega en condiciones que preserven su seguridad personal (considerando 9º y voto del juez Fayt, considerando 11º). Ello sin perjuicio de que, tal como se ha dicho en otras oportunidades, debe tenerse en cuenta que existen en el país requirente mecanismos de protección nacionales y supranacionales que, a todo evento, podrán ejercer un control acerca de las condiciones que preocupan al requerido (Fallos: 324: 3484 y los votos de los ministros Belluscio, Boggiano y Bossert, considerando 33º y el voto del ministro Petracchi, considerando 35º en Fallos 322:41).

X-Por todo lo expuesto, a mi juicio, corresponde revocar la sentencia apelada y conceder la extradición solicitada por el Reino de España. Buenos Aires, 21 de septiembre de 2004. Es Copia Esteban Righi—

Buenos Aires, 10 de mayo de 2005.

Vistos los autos: «Lariz Iriondo, Jesús María s/ solicitud de extradición».

Considerando:

1) Que el señor juez a cargo del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 11 declaró improcedente la extradición de Jesús María Lariz Iriondo al Reino de España en razón de considerar extinguida la acción penal, según la legislación de la República Argentina, respecto del hecho por el cual consideró que había sido requerida su entrega, especificó, de manera subsidiaria y para el caso de que lo así resuelto fuera revocado, que el país requirente debería brindar una serie de garantías respecto del trato carcelario al que se vería sometido el requerido en jurisdicción española (fs. 836/875). El representante del Ministerio Público Fiscal interpuso recurso de apelación ordinaria contra esa decisión

(fs. 877) que fue concedido (fs. 878) y mantenido en esta instancia por el señor Procurador General de la Nación (fs. 892/903). El apoderado del Reino de España presentó el memorial obrante a fs. 921/947 mediante el cual adhirió a los agravios de la parte recurrente y solicitó la revocación de la resolución apelada. La defensa de Lariz Iriondo mejoró los fundamentos a fs. 952.

2) Que de todas las cuestiones que integraron el debate en este procedimiento de extradición, ha de considerarse en primer término la referida a la prescripción de la acción penal según la legislación argentina, toda vez que fue el fundamento de la resolución denegatoria y, por ende, materia central de la apelación fiscal que mantuvo el señor Procurador General de la Nación en esta instancia.

3) Que el art. 9 del Tratado de Extradición aplicable, aprobado por ley 23.708 consagra que «No se concederá la extradición:...c) cuando de acuerdo a la ley de alguna de las partes se hubiera extinguido la pena o la acción penal correspondiente al delito por el cual se solicita la extradición».

4) Que el agravio referido a la prescripción de la acción penal no puede escindirse de otras dos cuestiones que también son materia de apelación: el alcance de los hechos incluidos en el pedido de extradición y su subsunción legal según las leyes del país requerido.

5) Que en cuanto al primer punto, el a quo consideró que «solamente puede entenderse que el pedido de extradición se refiere a los hechos y delitos de los días 8 y 9 de octubre de 1984 de la forma narrada en el pedido de extradición» (fs. 851) en el que Jesús María Lariz Iriondo (a) Maki, junto con otros miembros activos de la organización terrorista ETA atentaron, mediante el empleo de explosivos, contra la vida de varios funcionarios de policía encargados de la oficina de renovación del Documento Nacional de Identidad de la Comisaría de Policía de Eibar (Guipúzcoa). A resultas del cual resultaron heridos dos auxiliares de la Dirección General de la Policía -Josefa Pimental Muñoz y Nieves Amigo Recondo- y el conductor del vehículo, también funcionario, José Rubio Charco. Y que, en la misma fecha, secuestraron «a punta de pistola» al propietario del vehículo Renault 12 matrícula BI-0742-C -Ramón Álvarez Arias- a quien transportaron hasta un pinar cercano al atentado y lo dejaron atado a un tronco. Calificó tales hechos, según la legislación argentina, como infracción al art. 213 bis del Código Penal en concurso real con el delito de tentativa de homicidio calificado (art. 80, incs. 5 y 6 del Código Penal) que concurre, a su vez en forma ideal, con el delito de lesiones graves (art. 90 del Código Penal) y estrago agravado (art. 186, inc. 4 del Código Penal) (fs. 852 vta./853). Sobre esa base y con sustento en lo resuelto por el Tribunal en Fallos: 323:3699 (considerando 5° y sus citas), aplicó el principio del paralelismo para computar el plazo de prescripción en el caso de los hechos típicos que concurren en forma real. Así, por un lado, fijó la prescripción de la acción penal nacida del tipo penal del art. 213 bis del Código Penal (asociación ilícita) en ocho años por ser el máximo de pena previsto (art. 62, inc. 2 del Código Penal) para ese tipo de delito. De otra parte, seleccionó entre los hechos típicos que concurren en forma ideal -tentativa de homicidio calificado, lesiones graves y estrago agravado- el plazo de prescripción de 12 años previsto para la figura del

homicidio agravado en grado de tentativa por contemplar la pena mayor (arts. 54 y 62, inc. 2° del Código Penal).

Tomó como fecha de inicio del plazo el 8 y 9 de octubre de 1984 por ser la de comisión del delito y consideró que a la fecha de interposición del pedido habían transcurrido 18 años y 1 mes, sin que se hubieran verificado actos interruptivos del curso de la acción penal. Desestimó que tuvieran entidad interruptiva los dos actos procesales extranjeros invocados por el Ministerio Público Fiscal en posición a la que adhirió el representante del país requirente en esta instancia: tanto la orden de procesamiento y prisión del juez español dictada el 18 de marzo de 1985 (fs. 123/131) como el pedido de extradición formulado por el Reino de España a la República Oriental del Uruguay en 1992. Para así concluir, el a quo tuvo en cuenta que el propio juez del país requirente reconoció, en el auto de procesamiento del 5 de marzo de 2002 obrante a fs. 132/135: «en relación a los hechos y delitos de los días 8 y 9 de octubre de 1984, que Jesús María LARIZ IRIONDO no fue procesado en el auto del 18 de marzo de 1985» (fs. 850) y, que «En consecuencia, no puedo tener por probado que el actual pedido es por los mismos hechos que se ha solicitado en 1992 la extradición...al Uruguay» (fs. 873). A lo que agregó que el juez exhortante omitió toda referencia sobre esto último y no acompañó documental que probara las anteriores gestiones que el Reino de España realizó ante el Estado uruguayo respecto del requerido (fs. 850).

(...)

6) Que en ese orden de ideas, el Tribunal considera que asiste razón al señor Procurador General y al Reino de España al agraviarse en esta instancia porque el pedido de extradición obrante a fs. 108/113 es suficientemente claro e incluye, en sustento de la entrega de Lariz Iriondo, la totalidad de los hechos descritos en los dos autos de procesamiento y prisión acompañados y dictados en su contra por la justicia española.

En el primero de esos autos -de fecha 18 de marzo de 1985 (fs. 123/131)- Jesús María Lariz Iriondo fue procesado y se dictó orden de «prisión incondicional» en su contra por los siguientes hechos:

1) formar parte, junto con Juan Ignacio Iriondo Grate, de un comando de ETA militar denominado «IRAULTZA» que tenía a su disposición un subfusil y cuatro pistolas. Asimismo, a principios de 1984, haber pasado a formar parte del comando «MORKAIKO UNIFICADO», al unificarse aquél con otro denominado «MORKAIKO», a cuya disposición quedaron las armas de ambos comandos (fs. 128).

2) En tal carácter, haber colocado artefactos explosivos en las siguientes oportunidades:

a) el 8 de diciembre de 1982, en la Sucursal Banco de Santander de Azcoitía, b) el 9 de enero de 1983, en el Banco Guipuzcoano de la localidad de Deva, c) el 11 de junio de 1983, en el Banco Santander de la localidad de Vergara, d) el 15 de agosto 1983, en el Banco de Vizcaya de Motrico, e) el 15 de agosto 1983 en el Banco Guipuzcoano de Motrico.

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

3) En fecha no determinada haber sustraído, junto a otros miembros del comando ya unificado, el automóvil Renault 12, matrícula SS-7634-B amenazando con sus armas al propietario del mismo al que dejan atado con cuerdas en un descampado y se dirigen a una sala de fiestas llamada GUASS con intención de secuestrar a su propietario, de lo cual desisten al no localizarlo.

4) El 6 de agosto de 1984, la quema de un automóvil Peugeot de matrícula francesa utilizando cócteles molotov.

5) El 16 de agosto de 1984, la quema de varios vehículos franceses con cócteles molotov.

6) El 8 y 9 de octubre de 1984, atentado junto con otros miembros del grupo ya unificado, contra miembros del equipo de renovación del Documento Nacional de Identidad, previa sustracción del vehículo marca Renault 12 matrícula BI-0742-E, cuyo propietario fue amenazado con armas de fuego y abandonado, atado a un árbol en un descampado. Los hechos así descriptos fueron calificados por el país requirente, con invocación de las normas del Código Penal vigentes en el momento en que se produjeron, como: pertenencia a bandas armadas (art. 174 bis); 2 hechos de detención ilegal (art. 480); 7 hechos de estrago (art. 554); 2 robos de vehículo automotor (art. 516 bis); depósito de armas de guerra (art. 258) y depósito de explosivos (art. 264). En el segundo auto extranjero -de fecha 5 de marzo de 2002 (fs. 132/135)- se decretó el procesamiento y la prisión provisional incondicional de Lariz Iriondo por tentativa de asesinato respecto de Josefa Pimentel Muñoz y Nieves Amigo Recondo -ambas auxiliares de la Dirección General de la Policía encargados de la oficina de renovación del Documento Nacional de Identidad de la Comisaría de Policía de Eibar (Guipúzcoa)- y José Rubio Charco -quien conducía el vehículo policial que las transportaba- en ocasión del atentado que habría tenido lugar el 9 de octubre de 1984 contra el vehículo en el que circulaban. La imputación contenida en esta segunda orden fue calificada como «tres delitos de terrorismo» (art. 572 inc. 1 apartados 1 y 2) bajo la modalidad de tentativa de asesinato (arts. 139, 140 y 16 del Código Penal del actual código penal que se corresponden con el derogado art. 406 que regía al momento de los hechos) (fs. 134). La orden de procesamiento y prisión del 5 de marzo de 2002 no hizo sino ampliar el marco de imputación dirigido contra Lariz Iriondo respecto del hecho cometido entre el 8 y 9 de octubre de 1984, al incorporar a la imputación originaria «tres delitos de terrorismo» (art. 572 inc. 1 apartados 1 y 2) bajo la modalidad de tentativa de asesinato (arts. 139, 140 y 16 del Código Penal del actual código penal que se corresponden con el derogado art. 406 que regía al momento de los hechos) (fs. 134).

La circunstancia de que, como el propio juez a quo reconoce, uno de los hechos incluidos en la primer orden -el acaecido entre el 8 y 9 de octubre de 1984- fue «relatado de una forma más amplia en el pedido de extradición y en el auto de procesamiento del 5 de marzo de 2002» (fs. 848) en modo alguno pudo generar las apreciaciones obrantes a fs. 849 vta. in fine. En cuanto a las apreciaciones del juez apelado obrantes a fs. 848 vta./849, cabe señalar que las circunstancias allí señaladas no resultan óbices para la procedencia de la entrega ya que es antigua doctrina del Tribunal que este tipo de procedimiento no reviste el carácter de

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

un verdadero juicio criminal, en tanto no importa el conocimiento de la materia de fondo del proceso ni implica decisión alguna acerca de la culpabilidad o inculpabilidad del individuo cuya entrega se requiere en relación con los hechos que dan lugar al reclamo (Fallos: 166:173, citado el Fallos: 311:1925).

7) Que esclarecido así el alcance del pedido de extradición, cabe analizar la subsunción legal de la totalidad de los hechos descriptos a los efectos de examinar seguidamente lo atinente a la eventual prescripción penal de la acción penal, según la legislación argentina.

Sobre el particular, la parte recurrente, en posición a la que adhirió el representante del Reino de España (punto II.2. de su memorial), considera que el encuadre legal de los hechos en cuestión en las normas del Código Penal es inadecuado por cuanto no refleja en toda su dimensión la conducta por la cual se solicita la entrega, al no contemplar sus características trascendentales y desconocer la magnitud de los ilícitos perpetrados (fs. 894). Propone en su reemplazo la de «actos de terrorismo» en el marco del Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas en la medida que la descripción que contiene el art. 2 de ese convenio multilateral, del cual el Reino de España es también parte al haberlo suscripto el 1° de mayo de 1998 y ratificado el 30 de abril de 1999, describiría con claridad la materia de prohibición por la cual se solicita la extradición de Lariz Iriondo (fs. 896/899). El Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas fue adoptado en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas mediante Resolución 164, en el 52a. Período de Sesiones de la Asamblea General, el 15 de diciembre de 1997 y entró en vigencia internacional el 23 de mayo de 2001. Fue suscripto por la República Argentina el 2 de septiembre de 1998, aprobado por ley nacional 25.762 y ratificado el 25 de septiembre de 2003. Entró en vigor para nuestro país 30 días después (art. 22.2.). En su art. 2 consagra que: «1. Comete delito en el sentido del presente Convenio quien ilícita e intencionadamente entrega, coloca, arroja o detona un artefacto o sustancia explosivo u otro artefacto mortífero en o contra un lugar de uso público, una instalación pública o de gobierno, una red de transporte público o una instalación de infraestructura: a) Con el propósito de causar la muerte o graves lesiones corporales, o b) Con el propósito de causar una destrucción significativa de ese lugar, instalación o red que produzca o pueda producir un gran perjuicio económico. 2. También constituirá delito la tentativa de cometer cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1. 3. También comete delito quien: a) Participe como cómplice en la comisión de un delito enunciado en los párrafos 1 ó 2, o b) Organice o dirija a otros a los efectos de la comisión del delito enunciado en los párrafos 1 ó 2, o c) Contribuya de algún modo a la comisión de uno o más de los delitos enunciados en los párrafos 1 ó 2 por un grupo de personas que actúe con un propósito común; la contribución deberá ser intencional y hacerse con el propósito de colaborar con los fines o la actividad delictiva general del grupo o con conocimiento de la intención del grupo de cometer el delito o los delitos de que se trate.

8) Que, según surge de las constancias de autos (fs. 840/840 vta.), el representante del Ministerio Público Fiscal en primera instancia nunca hizo referencia a este marco normativo. Por el contrario, propuso el adoptado por el juez de primera instancia. El Reino de

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

España no era parte en el trámite en ese momento. El requerido se agravia porque estima que la cuestión no fue invocada en las instancias anteriores.

9) Que, sin embargo, el Tribunal se considera habilitado para considerar el punto teniendo en cuenta la amplitud de esta vía ordinaria para tratar esta cuestión de derecho y las posibilidades que tuvo el requerido -como de hecho lo hizo- de hacer valer su defensa sobre el punto en el memorial de fs. 952.

10) Que cabe señalar, en primer lugar, que el Código Penal argentino incluyó, con la sanción de la ley 23.077 el 9 de agosto de 1984 -con carácter previo a algunos de los hechos en que se funda el pedido-, un espectro normativo que contempla alternativas típicas no consideradas en las instancias anteriores y que podrían tener pertinencia a los fines de subsumir los hechos en que se funda el pedido de extradición en la legislación argentina. Ello en la medida en que suplirían sino todas, al menos, algunas de las insuficiencias que señala el señor Procurador General de la Nación en el dictamen que antecede.

11) Que, sin embargo, sea cual fuera la alternativa típica que el Tribunal adopte y aun las soslayadas en la instancia anterior, y si, incluso, entre ellas, optara por la calificación más gravosa prevista para cada tipo penal en cuestión, ello no permitía superar el límite de 12 años que el art. 62, inc. 2° del código de fondo fija como tope máximo de prescripción de la acción para tipos penales que, como en el sub lite, tienen previstas penas de reclusión o prisión temporales, ni en su caso el de 15 años, si se tratara del supuesto previsto en el inc. 1° de dicha norma. Ello, aun utilizando las calificaciones agravadas contempladas para las figuras penales básicas que a continuación se individualizan, e incluso sujetas al aumento de pena contemplado en el art. 227 ter del Código Penal, si se considerara que acciones como las imputadas contribuyen, en el contexto en que se llevaron a cabo, a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional.

12) Que, en efecto, el hecho imputado a Lariz Iriondo por su pertenencia a la asociación -calificada como ilícita- E.T.A. se extiende desde por lo menos el 8 de diciembre de 1982 y hasta al menos el 9 de octubre de 1984. En el marco de esa asociación, se habrían llevado a cabo los siete hechos constitutivos del delito de estrago de fecha 8 de diciembre de 1982, 9 de enero de 1983, 11 de junio de 1983, 15 de agosto de 1983 -en dos oportunidades-, 6 de agosto de 1984 y 16 de agosto de 1984. Estos concurren entre sí en forma real y, a su vez, con dos hechos de robo calificado -uno de ellos cometido el 9 de octubre de 1984 y el otro en fecha no determinada, pero necesariamente anterior a esa y no más allá del 8 de diciembre de 1982-. El del 9 de octubre de 1984, a su vez, en concurso real con el delito que el juez a quo calificó como de tentativa de homicidio agravado (art. 80, incs. 5 y 6 del Código Penal).

13) Que, por aplicación de la teoría del paralelismo (Fallos: 323:3699), transcurrieron más de 12 años -o incluso más de 15- desde la fecha de comisión de cada uno de los hechos descriptos en el considerando anterior como así también desde el 9 de octubre de 1984, última fecha que se tiene de referencia acerca de la pertenencia de Lariz Iriondo a la organización E.T.A.

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

14) Que, para agotar el análisis de las soluciones que podría ofrecer el derecho interno, cabe señalar que la Convención Constituyente de 1994 reguló, en el art. 36 (Imperio de la Constitución. Sanciones. Ley de ética pública), algunos de los denominados delitos «contra los poderes públicos y el orden constitucional» previstos por el Código Penal en el título X. Fijó como bien jurídico protegido «el orden institucional y el sistema democrático» (conf. Primera Parte, Capítulo Segundo: «Nuevos Derechos y Garantías»).

La incidencia que la cuestión podría tener en el sub lite está dada porque uno de sus párrafos consagra que «Las acciones respectivas [civil y penal] serán imprescriptibles». Sin embargo, no es claro que esa cláusula contemplara supuestos como el de autos y, menos aún, si es factible su aplicación retroactiva (Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994, Tomo IV, pág. 4061 y ss., Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, La Ley Ed., 1995).

15) Que, por lo expuesto, cabe concluir -en una primera aproximación a la problemática planteada en autos- en que la acción penal nacida de los hechos imputados a Lariz Iriondo estaría prescripta a la luz de la legislación argentina. Tal conclusión no variaría aun cuando se soslayaran las mayores restricciones introducidas en ese precepto legal por la reciente ley 25.990 al enunciar cuáles son los actos interruptivos de la acción penal y se mantuviera, en materia de extradición, el criterio del Tribunal de Fallos: 323:3699 («Fabbrocino»).

Tampoco, de acogerse el agravio fiscal y del país requirente y asignarle -como correspondería según quedó expuesto en el considerando 6°- efecto interruptivo, a la orden de procesamiento y prisión de fecha 18 de marzo de 1985, respecto de los delitos de asociación ilícita y estrago cometido el 9 de octubre de 1984 (fs. 123/131).

En efecto, incluso desde la fecha de esa orden de procesamiento y prisión transcurrieron más de 12 años o, en la hipótesis más gravosa, 15 años hasta que se registra el pedido de extradición que data de finales de 2002. Igual conclusión cabe adoptar respecto del delito de tentativa de homicidio, por estar ya prescripta la acción penal nacida del mismo, para el ordenamiento jurídico argentino, al dictarse la orden de detención del 5 de marzo de 2002 (fs. 132/137).

16) Que tanto el Ministerio Público Fiscal como el país requirente pretenden asignarle efecto interruptivo al pedido de extradición que el Reino de España le habría formulado en el año 1992 a la República Oriental del Uruguay respecto de Lariz Iriondo por los mismos hechos que dan sustento a este trámite. Sin embargo el juez desestimó esa postura invocando que el magistrado omitió toda referencia sobre el particular y no acompañó documental que probara las anteriores gestiones que el Reino de España realizó ante el Estado uruguayo respecto del requerido (fs. 850 y 857 vta./859). No hay elementos que controvertan el punto ni existen antecedentes que permitan considerar viable ese acto como interruptivo del curso de la acción penal.

17) Que el señor Procurador General de la Nación propone superar el óbice que en el sub lite representa la prescripción de la acción penal para el país requerido a partir de considerar aplicable al caso el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas. Argumenta que las disposiciones de este convenio multilateral modifican, para los delitos en él contemplados y en los que deberían subsumirse los que motivan este pedido de extradición, el tratado bilateral entre la República Argentina y el Reino de España (ley 23.708). Específicamente en lo que respecta a la prescripción de la acción penal para el país requerido como causal para denegar la colaboración internacional, según el art. 9, inc. c.

Para así concluir, invoca el párrafo 9 del Preámbulo de ese convenio multilateral que reza «Convencidos de la necesidad urgente de que se intensifique la cooperación internacional entre los Estados con miras a establecer y adoptar medidas eficaces y prácticas para prevenir esos atentados terroristas y enjuiciar y castigar a sus autores».

Asimismo, el art. 6.4., en concordancia con el art. 8.1., en cuanto consagra el principio *aut dedere aut judicare*. Por último, el art. 9.5. en cuanto fijaría un criterio de relación con otros tratados vigentes entre las partes. En ese contexto, considera que «...un rechazo de la extradición fundada en la eventual prescripción de la acción sería incompatible con la obligación de cooperar, sin excepción alguna fundada en el derecho interno, en la persecución y sanción de los actos de terrorismo acordada entre Argentina y España en virtud de ese mismo Convenio» (fs. 898/898 vta.).

18) Que tal conclusión se apoya en una interpretación exclusivamente literal que atenta con el objeto y fin del Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas ya que desatiende el contexto en el que están insertas las citadas cláusulas convencionales sin correlacionar, además, ese instrumento internacional con los demás tratados vigentes sobre la materia que conforman un régimen interrelacionado y de mutuo refuerzo que debe aplicarse de manera integral a fin de acordar plena eficacia al acervo jurídico internacional existente en la lucha contra el terrorismo.

En efecto, el objeto y fin del Convenio en cuestión fue ampliar el ámbito material de aquellos hechos pasibles de ser calificados como «actos de terrorismo» y, por ende, delictuales. Su Preámbulo consagra el propósito de «intensificar la cooperación internacional entre los Estados con miras a establecer y adoptar medidas eficaces y prácticas para prevenir esos atentados terroristas y enjuiciar y castigar a sus autores» atento que «...las disposiciones jurídicas multilaterales vigentes no bastan para hacer frente debidamente a esos atentados» al no contemplar «los atentados terroristas con explosivos u otros artefactos mortíferos» (párrafos 7 a 9). El texto aprobado mantuvo la redacción del proyecto original y, en lo que aquí concierne, preservó dentro del ámbito de las regulaciones nacionales tanto la obligación de «...tipificar, con arreglo a su legislación interna...» los actos definidos en el art. 2 como delictuales y «sancionar esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su naturaleza grave» (art. 4) como la de regular las condiciones que rigen la cooperación penal -incluida la extradición- respecto de tales delitos a los que consideró sujetos a

extradición. El art. 9 consagra este último, al considerar «delitos extraditables» los consagrados en el Convenio (art. 2) y fijar distintas consecuencias jurídicas a resultas de ello, según si los Estados que han de prestarse cooperación jurídica están unidos o no convencionalmente. Para aquellos Estados Partes que -como sucede entre la República Argentina y el Reino de España- están unidos por tratados de extradición anteriores a la entrada en vigencia de este convenio multilateral, fija la obligación de considerar como «extraditables» los delitos alcanzados por el ámbito de aplicación material del Convenio (art. 9.1.). Asimismo, contempla la obligación de fijar su jurisdicción en los supuestos que regula en el art. 6° y la aplicación del principio *aut dedere aut judicare* «...en los casos en que el presunto delincuente se halle en su territorio y dicho estado no conceda la extradición...» (párrafo 4°). En este supuesto, estará obligado a «...someter sin demora indebida el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, según el procedimiento previsto en la legislación de ese Estado, sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido o no cometido en su territorio. Dichas autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a cualquier otro delito de naturaleza grave de acuerdo con el derecho de tal Estado» (art. 8.1). Por último, el Convenio no incluye ningún tipo de referencia al extremo de la prescripción de la acción penal, sea a los fines de la extradición o del juzgamiento en las jurisdicciones nacionales.

19) Que semejante regulación se condice con la de los tratados que le sirvieron de fuente. En este sentido, ver los arts. 2, 8 y 10.1 de la Convención Internacional contra la toma de rehenes -Naciones Unidas, 1979- aprobada por ley nacional 23.956 (1991) y en vigor desde el 3 de junio de 1983. Asimismo, los arts. 5, 10 y 11.1. del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima -Roma, 1988- suscrito por la República Argentina el 10 de marzo de 1988 y aprobado por ley 24.209.

Los demás instrumentos internacionales que también integran el acervo jurídico internacional existentes en la lucha contra el terrorismo regulan otras modalidades de actos terroristas y reproducen, a esos fines, cláusulas sustancialmente análogas a las antes reseñadas (conf. Mensaje del Poder Ejecutivo al Congreso Nacional sometiendo a su consideración el proyecto de ley tendiente a aprobar el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, «Diario de Sesiones Ordinarias 2002 de la Cámara de Diputados de la Nación», 9 de septiembre de 2002, Orden del Día 938, pág. 7). Así, el Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves -La Haya, 1970- aprobado por decreto-ley 19.793 (arts. 2, 7 y 8.1.); el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil -Montreal, 1971- aprobado por ley nacional 20.411 y su Protocolo Adicional para la represión de los actos ilícitos de violencia en aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional -Montreal, 1988- aprobado por ley 23.915 (arts. 3, 7 y 8.1.); la Convención sobre la prevención y castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos -Naciones Unidas, 1973- aprobado por ley 22.509 (arts. 2, 7 y 8.1.); el Convenio sobre la protección física de los materiales nucleares -Viena, 1980- aprobado por ley 23.620 (arts. 7, 10 y 11.1.) y el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas

en la plataforma continental -Roma, 1988- aprobado por ley 25.771 (art. 1). En igual sentido, el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo -Naciones Unidas, 1999- suscripto por la República Argentina el 28 de marzo de 2001 y recientemente aprobado por ley 26.024 (arts. 4, 10 y 11.1). Por último, los dos proyectos de Convención para la lucha contra el terrorismo que se debaten actualmente, uno en el ámbito del Consejo de Europa y otro en el de Naciones Unidas, siguen los lineamientos descriptos en lo que concierne a las cuestiones antes referidas.

20) Que el art. 9.5. del Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas consagra que «Las disposiciones de todos los tratados de extradición vigentes entre Estados Partes con respecto a los delitos enumerados en el art. 2° se considerarán modificadas entre esos Estados en la medida en que sean incompatibles con el presente Convenio». El señor Procurador General de la Nación considera que este dispositivo convencional, al fijar un criterio de relación con otros tratados vigentes entre las partes, modifica -dada su incompatibilidad- el art. 9, inc. c del tratado bilateral entre la República Argentina y el Reino de España (ley 23.708) en cuanto exige que la acción penal nacida del delito en que se funda el pedido de extradición no esté prescripta para el país requerido.

En este sentido, el primero de los tratados adoptados en la década del 60 en el ámbito internacional fue el Convenio para las Infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves suscripto en Tokio, aprobado por ley 18.730. Consagra que «...ninguna disposición de este convenio se interpretará en el sentido de crear una obligación de conceder la extradición» (art. 16.2.). Sin embargo, esta cláusula no fue recogida en los demás convenios sobre terrorismo. Análoga cláusula a la del citado art. 9.5. incluyen los convenios que le sirvieron de fuente (art. 9.2. de la Convención Internacional contra la toma de rehenes y art. 11.7. del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima). No así los demás convenios multilaterales celebrados en el marco de las Naciones Unidas en la lucha contra el terrorismo, con excepción del Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo que lo recepta en el art. 11.5. En consecuencia, una interpretación del citado art. 9.5. a partir del texto y dentro del contexto, teniendo en cuenta el objeto y fin del Convenio (art. 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados) pone de manifiesto que la modificación de los acuerdos bilaterales vigentes entre estados partes de este Convenio sólo rige en la medida en que regulen aspectos que también aparecen contemplados en el tratado multilateral dando lugar a una situación de incompatibilidad. El Convenio no es en sí un tratado de extradición propiamente dicho, sino un complemento de los tratados de extradición en vigor entre los estados partes. De allí que, al margen de las disposiciones previstas en el propio Convenio, todas las otras condiciones de la extradición definidas en el ámbito del derecho internacional o por el derecho interno deben cumplirse.

Lo contrario implicaría tanto como decir que el tratado ha consagrado una obligación de extraditar sin condicionamientos o, a todo evento, de juzgar por parte de las autoridades nacionales sin sujeción a condición alguna, lo cual resultaría contrario al texto mismo.

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

21) Que el Tribunal no es ajeno a las mayores facilidades que presenta, a los fines de la extradición, regular el recaudo de la prescripción de la acción penal sólo respecto del país requirente, tal como reflejó siempre la ley interna (art. 655, inc. 5 de la ley 2372 y el art. 11, inc. a de la ley 24.767 vigente) y actualmente el Tratado de Extradición con la República Oriental del Uruguay (aprobado por ley 25.304) en su art. 9. Sin embargo, otro es el criterio que recoge el tratado bilateral con el Reino de España en el art. 9.c., que no es ajeno a la práctica seguida en este punto por la República Argentina al celebrar tratados de extradición. Así, con el Reino de Bélgica, aprobado por ley 2239 (art. 3.5); con el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Canadá, Pakistán, San Vicente, Sudáfrica y Kenya, aprobado por ley 3043 (art. 5); con los Países Bajos, aprobado por ley 3495 (art. 3.5.); con la Confederación Suiza, aprobado por ley 8348 (art. 3.5); con los Estados Unidos del Brasil, aprobado por ley 17.272 (art. III); con la República italiana, aprobado por ley 23.719 (art. 7.b.); con Australia, aprobado por ley 23.729 (art. 3.e.); con la República del Paraguay, aprobado por ley 25.302 (art. 6.1.c.) y con la República de Corea, aprobado por ley 25.303 (art. 3.c.).

22) Que, por lo demás, tampoco es posible, en el sub lite, derivar el criterio interpretativo propuesto por el señor Procurador General de la Nación de la práctica estatal en materia de cooperación penal entre la República Argentina y el Reino de España (art. 31.3.b. de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados). En efecto, el pedido de extradición se funda exclusivamente en el tratado bilateral y no incluye ningún tipo de consideración en el sentido que plantea el dictamen. Tampoco invoca y menos aun da razones por las cuales habría que aplicar la Convención para la Represión de los Atentados terroristas cometidos con bombas en el caso. Sólo pone de manifiesto la posibilidad de que los hechos prescriban en el país requirente y, sobre esa base, formula el pedido.

23) Que, en tales condiciones, el Tribunal se ve impedido de sortear el recaudo convencional de la prescripción de la acción penal para el país requerido como óbice a la entrega aun cuando ello conduzca en el caso a denegar la cooperación solicitada.

24) Que, de lo contrario, se estaría apartando de su inveterada jurisprudencia conforme a la cual los convenios y leyes de extradición no deben ser entendidos exclusivamente como instrumentos de cooperación judicial destinados a reglar las relaciones entre los estados en la materia, sino que también deben considerarse como garantía sustancial de que una persona no será entregada a un Estado extranjero sino en los casos y bajo las condiciones fijadas en el tratado o la ley, con respecto a sus derechos humanos fundamentales.

Es por esta razón que el Tribunal ha afirmado que el cumplimiento de las disposiciones que contienen los tratados y las leyes que regulan la materia se vincula con las garantías de la defensa en juicio y del debido proceso que garantizan al requerido que pueda oponer las defensas que tuviere en cuanto a la procedencia del requerimiento (conf. sentencia del 14 de octubre de 2004 en la causa R.1046.XXXIX «Rodríguez Pizarro, Mario s/ extradición», considerando 4°).

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

25) Que a ello se une que tal doctrina no puede soslayarse por la naturaleza del delito involucrado toda vez que, si bien la extradición es considerada casi universalmente como un poderoso medio de prevenir la impunidad y, por consiguiente, de reducir el terrorismo, al propio tiempo se reafirma el delicado equilibrio que debe imperar en la lucha contra el terrorismo y la protección de los derechos humanos tanto de las víctimas de tales hechos como de quienes resulten imputados, incluso en el campo de la cooperación internacional.

Así lo reflejan las directivas que desde el ámbito del derecho internacional imparten los distintos organismos de contralor de los derechos humanos. En este sentido, el Informe «Terrorismo y Derechos Humanos» de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ut supra citado (parágrafos 241 a 243 del punto «Cooperación entre los Estados en materia penal») como así también los distintos informes elaborados por la relatora especial designada por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, la señora Kalliopi K. Koufa (Documentos Oficiales E/CN.4/Sub.2/1997/28, E/CN.4/Sub.2/1999/27, E/CN.4/Sub.2/2001/31, E/CN.4/Sub.2/2002/35, E/CN.4/Sub.2/2003/WP.1 y E/CN.4/Sub.2/2004/40). Asimismo, el proyecto marco preliminar de principios y directrices relativos a los derechos humanos y el terrorismo (Documentos Oficiales E/CN.4/Sub.2/2004/47).

26) Que, en suma, el Tribunal considera que en el derecho internacional no existe un desarrollo progresivo suficiente que permita concluir que todos y cada uno de los actos que a partir de tratados internacionales pasan a ser calificados como «actos de terrorismo» puedan reputarse, tan sólo por esa circunstancias delitos de lesa humanidad.

En tales condiciones, toda vez que las circunstancias del presente caso no resultan análogas a las que debió considerar el Tribunal en la causa A.533.XXXVIII. «Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros -causa n° 259-», de fecha 24 de agosto de 2004, no es de aplicación al sub lite el criterio seguido en esa oportunidad.

Por todo lo expuesto, el Tribunal resuelve: Rechazar el recurso de apelación ordinaria interpuesto por el Ministerio Público Fiscal y confirmar la resolución de fs. 836/875 en cuanto declaró improcedente la extradición de Jesús María Lariz Iriondo al Reino de España. Notifíquese, y devuélvase al tribunal de origen a sus efectos. ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - AUGUSTO CESAR BELLUSCIO (según su voto)- CARLOS S. FAYT (según su voto)- ANTONIO BOGGIANO (en disidencia)- JUAN CARLOS MAQUEDA (según su voto)- E. RAUL ZAFFARONI (según su voto)- ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO - RICARDO LUIS LORENZETTI - CARMEN M. ARGIBAY.

ES COPIA

VOTO DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON JUAN CARLOS MAQUEDA Y DON E. RAUL ZAFFARONI

Considerando:

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

Que los infrascriptos coinciden con los considerandos 1° al 26 del voto de la mayoría.

27) Que en los casos considerados por el Tribunal, especialmente en el caso Priebke (Fallos: 318:2148) y en la causa A.533.XXXVIII «Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros -causa N° 259-», resuelta el 24 de agosto de 2004, según el derecho internacional convencional se trata de crímenes contra la humanidad y también éste establece expresamente su imprescriptibilidad, pero también -y esto marca la diferencia sustancial- al menos desde los primeros años de la última posguerra tanto su categoría como su imprescriptibilidad se hallaban consagradas por el derecho internacional consuetudinario, que los tratados posteriores no han hecho más que reafirmar y precisar. La punición e imprescriptibilidad de los crímenes cometidos participando de un aparato de poder estatal y con su cobertura, consistentes en la eliminación de opositores bajo un régimen de estado de policía y adoptados como metodología programada, al igual que los crímenes de guerra, consistentes en la toma y eliminación de rehenes, era *ius cogens* desde mucho antes de su tipificación internacional precisa y cierta en tratados internacionales. Justamente, el derecho internacional penal evolucionó en este aspecto desde las incertidumbres del *ius cogens* a la certeza de la legislación por tratados y convenciones. La Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, en su art. I dispone que esos crímenes «son imprescriptibles, cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido», lo que no implica que su aplicación sea retroactiva, sino que recoge en ley internacional lo que estaba desde antes vigente en el derecho internacional de fuente consuetudinaria, a tal punto que «afirma» la imprescriptibilidad, en lugar de «establecerla».

28) Que no puede decirse lo mismo de los delitos de terrorismo, sin que importe la calificación actual conforme al derecho internacional fundado en los tratados vigentes, pues, al menos respecto de todos los actos hoy calificados como tales conforme al derecho de los tratados, no puede afirmarse la existencia de un derecho internacional consuetudinario previo a éstos. El concepto de terrorismo ha sido sumamente difuso y ampliamente discutido, al punto que ni siquiera se logró un consenso en el Estatuto de Roma, donde no fue posible lograr una definición, pese a la unánime condena. Tampoco en el sistema regional americano la Convención Interamericana contra el Terrorismo, adoptada en Barbados el 3 de junio de 2002 (ratificada por ley 26.023) logró un consenso sobre su tipificación ni sobre su consideración como crimen de lesa humanidad. Mal puede considerarse la vigencia de un derecho internacional consuetudinario consagrador de la tipicidad e imprescriptibilidad de delitos sobre cuya definición no se ha logrado acuerdo entre los estados hasta el presente.

29) Que no debe confundirse la consideración del terrorismo como crimen de lesa humanidad y, por ende, imprescriptible, lo que no ha sido en general consagrado por el derecho internacional consuetudinario, con el tratamiento de algunos actos usualmente considerados de terrorismo como ajenos al concepto de delito político y, por ende, privados de los privilegios humanitarios que en general se reconocen a esta categoría de delitos y, consiguientemente, sujetos a extradición. Es verdad que ciertos actos de esta naturaleza se han declarado extraditables desde mucho antes, pero por excluirlos de los beneficios del delito considerado político, lo que nada tiene que ver con la calificación de delito de lesa

humanidad y, por consiguiente, con su prescriptibilidad, pues esta exclusión sólo servía para considerarlos delitos comunes y como tales sujetos a extradición. De cualquier manera, el mismo concepto de delito político, no sujeto a extradición y susceptible de asilo por razones humanitarias, tampoco fue nunca muy claro en el derecho internacional, dado que la calificación corresponde al Estado requerido «conforme a su política pública o a sus intereses políticos» (confr. M. Cherif Bassiouni, *International Extradition United States Law and Practice*, Chapter VIII, febrero de 1983, VIII, 106). La diferencia entre delito político y terrorismo se intenta al menos desde la fórmula adoptada por el Instituto de Derecho Internacional en su sesión de Ginebra de 1892 y su tipificación internacional es una aspiración constante desde esos años (al respecto, Vespasiano V. Pella, *La criminalidad colectiva de los Estados y el Derecho Penal del porvenir*, Madrid, 1931, págs. 353-354).

El 9 de octubre de 1934, al desembarcar en Marsella el rey Alejandro de Yugoslavia, fue asesinado junto a Barthou, ministro del asuntos exteriores de Francia. Bajo la fuerte impresión de este drama se suscribió en 1937 una convención que fue la primera en prever un tribunal internacional, pero ni siquiera en ese trance se logró ponerla en vigencia. Todo esto demuestra que tampoco en cuanto a la extraditabilidad se había logrado imponer un concepto más o menos preciso en el derecho internacional consuetudinario, pese a la general aspiración y a las fracasadas tentativas de concretarlo, incluso por vía de convención. De cualquier manera, queda claro que es completamente diferente considerarlos delitos comunes (meramente extraditables) a considerarlos delitos de lesa humanidad (no sólo extraditables sino también imprescriptibles).

30) Que, en síntesis, esta Corte considera imprescriptibles los delitos de lesa humanidad cometidos con anterioridad a la ratificación de las convenciones respectivas cuando el derecho internacional consuetudinario los consideraba tales también con anterioridad a las convenciones, pero no puede adoptar igual criterio respecto de aquellos que antes de las convenciones respectivas no eran reconocidos en esa categoría ni con esas consecuencias en materia de imprescriptibilidad por el derecho internacional consuetudinario; pues en este último supuesto estaría haciendo aplicación retroactiva de la convención.

Esta cuestión es completamente diferente de la admisión de la mera extradición respecto de estos delitos, por considerarlos excluidos de los beneficios humanitarios que privilegian los llamados delitos políticos y relegados a la condición de delitos comunes.

31) Que tampoco esta Corte admite el criterio de que la prescripción es materia procesal penal y que no rige a su respecto la prohibición de retroactividad de la ley -argumento otrora sostenido en la legislación interna alemana- por no ser compatible con la fórmula del art. 18 constitucional. 32) Que lo anteriormente expuesto en nada empaña el reconocimiento por parte de esta Corte de la formidable gravedad y creciente amenaza del terrorismo en el plano mundial, ni su preocupación y cuidado por el estricto cumplimiento de las obligaciones de cooperación internacional en la materia asumidas por la República, y tampoco abre juicio alguno respecto de las opiniones acerca del cumplimiento de las obligaciones de respeto a las garantías y derechos de las personas por parte del Estado requirente, formula-

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

das en la sentencia apelada, materias todas que por cierto, son ajenas por entero a la cuestión aquí considerada que, como se ha visto, se halla limitada al planteo de la prescripción. Por todo lo expuesto, el Tribunal resuelve: Rechazar el recurso de apelación ordinaria interpuesto por el Ministerio Público Fiscal y confirmar la resolución de fs. 836/875 en cuanto declaró improcedente la extradición de Jesús María Lariz Iriondo al Reino de España. Notifíquese y devuélvase al tribunal de origen a sus efectos. JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAUL ZAFFARONI. ES COPIA.

VOTO DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE DOCTOR DON AUGUSTO CESAR BELLUSCIO

Considerando:

1) Que el señor juez a cargo del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 11 declaró improcedente la extradición de Jesús María Lariz Iriondo al Reino de España en razón de considerar extinguida la acción penal, según la legislación de la República Argentina, respecto del hecho por el cual consideró que había sido requerida su entrega, especificó, de manera subsidiaria y para el caso de que lo así resuelto fuera revocado, que el país requirente debería brindar una serie de garantías respecto del trato carcelario al que se vería sometido el requerido en jurisdicción española (fs. 836/875). El representante del Ministerio Público Fiscal interpuso recurso de apelación ordinaria contra esa decisión (fs. 877) que fue concedido (fs. 878) y mantenido en esta instancia por el señor Procurador General de la Nación (fs. 892/903). El apoderado del Reino de España presentó el memorial obrante a fs. 921/947 mediante el cual adhirió a los agravios de la parte recurrente y solicitó la revocación de la resolución apelada. La defensa de Lariz Iriondo mejoró los fundamentos a fs. 952.

2) Que de todas las cuestiones que integraron el debate en este procedimiento de extradición, ha de considerarse en primer término la referida a la prescripción de la acción penal según la legislación argentina, toda vez que fue el fundamento de la resolución denegatoria y, por ende, materia central de la apelación fiscal que mantuvo el señor Procurador General de la Nación en esta instancia.

3) Que el art. 9 del Tratado de Extradición aplicable, aprobado por ley 23.708 consagra que "No se concederá la extradición:...c) cuando de acuerdo a la ley de alguna de las partes se hubiera extinguido la pena o la acción penal correspondiente al delito por el cual se solicita la extradición".

4) Que el agravio referido a la prescripción de la acción penal no puede escindirse de otras dos cuestiones que también son materia de apelación: el alcance de los hechos incluidos en el pedido de extradición y su subsunción legal según las leyes del país requerido.

5) Que en cuanto al primer punto, el a quo consideró que "solamente puede entenderse que el pedido de extradición se refiere a los hechos y delitos de los días 8 y 9 de octubre de 1984 de la forma narrada en el pedido de extradición" (fs. 851) en el que Jesús María Lariz Iriondo (a) Maki, junto con otros miembros activos de la organización terrorista ETA aten-

taron, mediante el empleo de explosivos, contra la vida de varios funcionarios de policía encargados de la oficina de renovación del Documento Nacional de Identidad de la Comisaría de Policía de Eibar (Guipúzcoa). A resultas del cual resultaron heridos dos auxiliares de la Dirección General de la Policía -Josefa Pimental Muñoz y Nieves Amigo Recondo- y el conductor del vehículo, también funcionario, José Rubio Charco. Y que, en la misma fecha, secuestraron "a punta de pistola" al propietario del vehículo Renault 12 matrícula BI-0742-C -Ramón Alvarez Arias- a quien transportaron hasta un pinar cercano al atentado y lo dejaron atado a un tronco. Calificó tales hechos, según la legislación argentina, como infracción al art. 213 bis del Código Penal en concurso real con el delito de tentativa de homicidio calificado (art. 80, incs. 5 y 6 del Código Penal) que concurre, a su vez en forma ideal, con el delito de lesiones graves (art. 90 del Código Penal) y estrago agravado (art. 186, inc. 4 del Código Penal) (fs. 852 vta./853). Sobre esa base y con sustento en lo resuelto por el Tribunal en Fallos: 323:3699 (considerando 5° y sus citas), aplicó el principio del paralelismo para computar el plazo de prescripción en el caso de los hechos típicos que concurren en forma real. Así, por un lado, fijó la prescripción de la acción penal nacida del tipo penal del art. 213 bis del Código Penal (asociación ilícita) en ocho años por ser el máximo de pena previsto (art. 62, inc. 2 del Código Penal) para ese tipo de delito. De otra parte, seleccionó entre los hechos típicos que concurren en forma ideal -tentativa de homicidio calificado, lesiones graves y estrago agravado- el plazo de prescripción de 12 años previsto para la figura del homicidio agravado en grado de tentativa por contemplar la pena mayor (arts. 54 y 62, inc. 2° del Código Penal). Tomó como fecha de inicio del plazo el 8 y 9 de octubre de 1984 por ser la de comisión del delito y consideró que a la fecha de interposición del pedido habían transcurrido 18 años y 1 mes, sin que se hubieran verificado actos interruptivos del curso de la acción penal. Desestimó que tuvieran entidad interruptiva los dos actos procesales extranjeros invocados por el Ministerio Público Fiscal en posición a la que adhirió el representante del país requirente en esta instancia: tanto la orden de procesamiento y prisión del juez español dictada el 18 de marzo de 1985 (fs. 123/131) como el pedido de extradición formulado por el Reino de España a la República Oriental del Uruguay en 1992. Para así concluir, el a quo tuvo en cuenta que el propio juez del país requirente reconoció, en el auto de procesamiento del 5 de marzo de 2002 obrante a fs. 132/135: "en relación a los hechos y delitos de los días 8 y 9 de octubre de 1984, que Jesús María LARIZ IRIONDO no fue procesado en el auto del 18 de marzo de 1985" (fs. 850) y, que "En consecuencia, no puedo tener por probado que el actual pedido es por los mismos hechos que se ha solicitado en 1992 la extradición...al Uruguay" (fs. 873). A lo que agregó que el juez exhortante omitió toda referencia sobre esto último y no acompañó documental que probara las anteriores gestiones que el Reino de España realizó ante el Estado uruguayo respecto del requerido (fs. 850).

6) Que en ese orden de ideas, el Tribunal considera que asiste razón al señor Procurador General y al Reino de España al agraviarse en esta instancia porque el pedido de extradición obrante a fs. 108/113 es suficientemente claro e incluye, en sustento de la entrega de Lariz Iriondo, la totalidad de los hechos descritos en los dos autos de procesamiento y prisión acompañados y dictados en su contra por la justicia española.

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

En el primero de esos autos -de fecha 18 de marzo de 1985 (fs. 123/131)- Jesús María Lariz Iriondo fue procesado y se dictó orden de "prisión incondicional" en su contra por los siguientes hechos:

1) formar parte, junto con Juan Ignacio Iriondo Grate, de un comando de ETA militar denominado "IRAULTZA" que tenía a su disposición un subfusil y cuatro pistolas. Asimismo, a principios de 1984, haber pasado a formar parte del comando "MORKAIKO UNIFICADO", al unificarse aquél con otro denominado "MORKAIKO", a cuya disposición quedaron las armas de ambos comandos (fs. 128).

2) En tal carácter, haber colocado artefactos explosivos en las siguientes oportunidades:

a) el 8 de diciembre de 1982, en la Sucursal Banco de Santander de Azcoitía, b) el 9 de enero de 1983, en el Banco Guipuzcoano de la localidad de Deva, c) el 11 de junio de 1983, en el Banco Santander de la localidad de Vergara, d) el 15 de agosto 1983, en el Banco de Vizcaya de Motrico, e) el 15 de agosto 1983 en el Banco Guipuzcoano de Motrico.

3) En fecha no determinada haber sustraído, junto a otros miembros del comando ya unificado, el automóvil Renault 12, matrícula SS-7634-B amenazando con sus armas al propietario del mismo al que dejan atado con cuerdas en un descampado y se dirigen a una sala de fiestas llamada GUASS con intención de secuestrar a su propietario, de lo cual desisten al no localizarlo.

4) El 6 de agosto de 1984, la quema de un automóvil Peugeot de matrícula francesa utilizando cócteles molotov.

5) El 16 de agosto de 1984, la quema de varios vehículos franceses con cócteles molotov.

6) El 8 y 9 de octubre de 1984, atentado junto con otros miembros del grupo ya unificado, contra miembros del equipo de renovación del Documento Nacional de Identidad, previa sustracción del vehículo marca Renault 12 matrícula BI-0742-E, cuyo propietario fue amenazado con armas de fuego y abandonado, atado a un árbol en un descampado. Los hechos así descriptos fueron calificados por el país requirente, con invocación de las normas del Código Penal vigentes en el momento en que se produjeron, como: pertenencia a bandas armadas (art. 174 bis); 2 hechos de detención ilegal (art. 480); 7 hechos de estrago (art. 554); 2 robos de vehículo automotor (art. 516 bis); depósito de armas de guerra (art. 258) y depósito de explosivos (art. 264). En el segundo auto extranjero -de fecha 5 de marzo de 2002 (fs. 132/135)- se decretó el procesamiento y la prisión provisional incondicional de Lariz Iriondo por tentativa de asesinato respecto de Josefa Pimentel Muñoz y Nieves Amigo Recondo -ambas auxiliares de la Dirección General de la Policía encargados de la oficina de renovación del Documento Nacional de Identidad de la Comisaría de Policía de Eibar (Guipúzcoa)- y José Rubio Charco -quien conducía el vehículo policial que las transportaba- en ocasión del atentado que habría tenido lugar el 9 de octubre de 1984 contra el vehículo en el que circulaban. La imputación contenida en esta segunda orden fue calificada como "tres delitos de terrorismo" (art. 572 inc. 1 apartados 1 y 2) bajo la modalidad de tentativa de

asesinato (arts. 139, 140 y 16 del Código Penal del actual código penal que se corresponden con el derogado art. 406 que regía al momento de los hechos) (fs. 134). La orden de procesamiento y prisión del 5 de marzo de 2002 no hizo sino ampliar el marco de imputación dirigido contra Lariz Iriondo respecto del hecho cometido entre el 8 y 9 de octubre de 1984, al incorporar a la imputación originaria "tres delitos de terrorismo" (art. 572 inc. 1 apartados 1 y 2) bajo la modalidad de tentativa de asesinato (arts. 139, 140 y 16 del Código Penal del actual código penal que se corresponden con el derogado art. 406 que regía al momento de los hechos) (fs. 134). La circunstancia de que, como el propio juez a quo reconoce, uno de los hechos incluidos en la primer orden -el acaecido entre el 8 y 9 de octubre de 1984- fue "relatado de una forma más amplia en el pedido de extradición y en el auto de procesamiento del 5 de marzo de 2002" (fs. 848) en modo alguno pudo generar las apreciaciones obrantes a fs. 849 vta. in fine en el sentido de que hubo una "variación del hecho y la importancia de la participación del requerido en el mismo" que el país requirente "intentó que pase inadvertida". En cuanto a las apreciaciones del juez apelado obrantes a fs. 848 vta./849, cabe señalar que las circunstancias allí señaladas no resultan óbices para la procedencia de la entrega ya que es antigua doctrina del Tribunal que este tipo de procedimiento no reviste el carácter de un verdadero juicio criminal, pues no envuelve en el sistema de legislación nacional sobre la materia, el conocimiento del proceso en el fondo, ni implica decisión alguna sobre la culpabilidad o inculpabilidad del individuo requerido, en los hechos que dan lugar al reclamo (Fallos: 311:1925 citado en Fallos: 324: 1557).

7) Que esclarecido así el alcance del pedido de extradición, cabe examinar la subsunción legal de la totalidad de los hechos descritos a los fines de examinar, en una instancia ulterior, el extremo de la prescripción penal de la acción, según la legislación argentina.

Sobre el particular, la parte recurrente, en posición a la que adhirió el representante del Reino de España (punto II.2. de su memorial), considera que el encuadre legal de los hechos en cuestión en las normas del Código Penal es inadecuado por cuanto no refleja en toda su dimensión la conducta por la cual se solicita la entrega, al no contemplar sus características trascendentales y desconocer la magnitud de los ilícitos perpetrados (fs. 894). Propone en su reemplazo la de "actos de terrorismo" en el marco del Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas en la medida que la descripción que contiene el art. 2 de ese convenio multilateral, del cual el Reino de España es también parte al haberlo suscripto el 1° de mayo de 1998 y ratificado el 30 de abril de 1999, describiría con claridad la materia de prohibición por la cual se solicita la extradición de Lariz Iriondo (fs. 896/899). El Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas fue adoptado en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas mediante Resolución 164, en el 52a. Período de Sesiones de la Asamblea General, el 15 de diciembre de 1997 y entró en vigencia internacional el 23 de mayo de 2001. Fue suscripto por la República Argentina el 2 de septiembre de 1998, aprobado por ley nacional 25.762 y ratificado el 25 de septiembre de 2003. Entró en vigor para nuestro país 30 días después (art. 22.2.). En su art. 2 consagra que: "1. Comete delito en el sentido del presente Convenio quien ilícita e intencionadamente entrega, coloca, arroja o detona un artefacto o sustancia

explosivo u otro artefacto mortífero en o contra un lugar de uso público, una instalación pública o de gobierno, una red de transporte público o una instalación de infraestructura: a) Con el propósito de causar la muerte o graves lesiones corporales, o b) Con el propósito de causar una destrucción significativa de ese lugar, instalación o red que produzca o pueda producir un gran perjuicio económico. 2. También constituirá delito la tentativa de cometer cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1. 3. También comete delito quien: a) Participe como cómplice en la comisión de un delito enunciado en los párrafos 1 ó 2, o b) Organice o dirija a otros a los efectos de la comisión del delito enunciado en los párrafos 1 ó 2, o c) Contribuya de algún modo a la comisión de uno o más de los delitos enunciados en los párrafos 1 ó 2 por un grupo de personas que actúe con un propósito común; la contribución deberá ser intencional y hacerse con el propósito de colaborar con los fines o la actividad delictiva general del grupo o con conocimiento de la intención del grupo de cometer el delito o los delitos de que se trate”.

8) Que, según surge de las constancias de autos (fs. 840/840 vta.), el representante del Ministerio Público Fiscal en primera instancia nunca hizo referencia a este marco normativo. Por el contrario, propuso el adoptado por el juez de primera instancia. El Reino de España no era parte en el trámite en ese momento. El requerido se agravia porque estima que la cuestión no fue invocada en las instancias anteriores.

9) Que, sin embargo, el Tribunal se considera habilitado para considerar el punto teniendo en cuenta la amplitud de esta vía ordinaria para tratar esta cuestión de derecho y las posibilidades que tuvo el requerido -como de hecho lo hizo- de hacer valer su defensa sobre el punto en el memorial de fs. 952.

10) Que cabe señalar, en primer lugar, que el Código Penal argentino incluyó, con la sanción de la ley 23.077 el 9 de agosto de 1984 -con carácter previo a algunos de los hechos en que se funda el pedido-, un espectro normativo que contempla alternativas típicas no consideradas en las instancias anteriores y que podrían tener pertinencia a los fines de subsumir los hechos en que se funda el pedido de extradición en la legislación argentina. Ello en la medida en que suplirían sino todas, al menos, algunas de las insuficiencias que señala el señor Procurador General de la Nación en el dictamen que antecede.

11) Que, sin embargo, sea cual fuera la alternativa típica que el Tribunal adopte y aun las soslayadas en la instancia anterior, y si, incluso, entre ellas, optara por la calificación más gravosa prevista para cada tipo penal en cuestión, ello no permitía superar el límite de 12 años -o en su caso de 15- que el art. 62 del Código Penal fija como tope máximo de prescripción de la acción penal para tipos penales que, como en el sub lite, tiene previstas penas de reclusión o prisión temporales. Ello, aun utilizando las calificaciones agravadas contempladas para las figuras penales básicas que a continuación se individualizan, e incluso sujetas al aumento de pena contemplado en el art. 227 ter del Código Penal, si se considerara que acciones como las imputadas contribuyen, en el contexto en que se llevaron a cabo, a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional.

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

12) Que, en efecto, el hecho imputado a Lariz Iriondo por su pertenencia a la asociación -calificada como ilícita- E.T.A. se extiende desde por lo menos el 8 de diciembre de 1982 y hasta al menos el 9 de octubre de 1984. En el marco de esa asociación, se habrían llevado a cabo los siete hechos constitutivos del delito de estrago de fecha 8 de diciembre de 1982, 9 de enero de 1983, 11 de junio de 1983, 15 de agosto de 1983 -en dos oportunidades-, 6 de agosto de 1984 y 16 de agosto de 1984. Estos concurren entre sí en forma real y, a su vez, con dos hechos de robo calificado -uno de ellos cometido el 9 de octubre de 1984 y el otro en fecha no determinada, pero necesariamente anterior a esa y no más allá del 8 de diciembre de 1982-. El del 9 de octubre de 1984, a su vez, en concurso real con el delito que el juez a quo calificó como de tentativa de homicidio agravado (art. 80, incs. 5 y 6 del Código Penal).

13) Que, por aplicación de la teoría del paralelismo (Fallos: 323:3699), transcurrieron más de 12 años -o incluso más de 15- desde la fecha de comisión de cada uno de los hechos descriptos en el considerando anterior como así también desde el 9 de octubre de 1984, última fecha que se tiene de referencia acerca de la pertenencia de Lariz Iriondo a la organización E.T.A.

14) Que, para agotar el análisis de las soluciones que podría ofrecer el derecho interno, cabe señalar que la Convención Constituyente de 1994 reguló, en el art. 36 (Imperio de la Constitución. Sanciones. Ley de ética pública), algunos de los denominados delitos "contra los poderes públicos y el orden constitucional" previstos por el Código Penal en el título X. Fijó como bien jurídico protegido "el orden institucional y el sistema democrático" (conf. Primera Parte, Capítulo Segundo: "Nuevos Derechos y Garantías"). La incidencia que la cuestión podría tener en el sub lite está dada porque uno de sus párrafos consagra que "Las acciones respectivas [civil y penal] serán imprescriptibles". Sin embargo, no es claro que esa cláusula contemplara supuestos como el de autos y, menos aún, si es factible su aplicación retroactiva (Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994, Tomo IV, pág. 4061 y ss., Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, La Ley Ed., 1995).

Por último, no ha superado aún la instancia del Congreso Nacional el proyecto de ley presentado por la senadora Sonia Escudero y el diputado Jorge Argüello en el mes de marzo de este año que tiene como propósito regular en forma "integral e integrada" la materia del terrorismo contemplando la situación derivada de los distintos tratados que obligan a la República Argentina en el plano internacional. Y si bien consagra, en su art. 4, la "imprescriptibilidad" de las acciones y las penas nacidas de los delitos allí previstos, tampoco contempla su aplicación retroactiva.

15) Que, por lo expuesto, cabe concluir -en una primera aproximación a la problemática planteada en autos- en que la acción penal nacida de los hechos imputados a Lariz Iriondo estaría prescripta a la luz de la legislación argentina. Tal conclusión no variaría aun cuando se soslayaran las mayores restricciones introducidas en ese precepto legal por la reciente ley 25.990 al enunciar cuáles son los actos interruptivos de la acción penal y se mantuviera, en materia de extradición, el criterio del Tribunal de Fallos: 323:3699

("Fabbrocino"). Tampoco, de acogerse el agravio fiscal y del país requirente y asignarle - como correspondería según quedó expuesto en el considerando 6° - efecto interruptivo, a la orden de procesamiento y prisión de fecha 18 de marzo de 1985, respecto de los delitos de asociación ilícita y estrago cometido el 9 de octubre de 1984 (fs. 123/131). En efecto, incluso desde la fecha de esa orden de procesamiento y prisión transcurrieron más de 12 años o, en la hipótesis más gravosa, 15 años hasta que se registra el pedido de extradición que data de finales de 2002. Igual conclusión cabe adoptar respecto del delito de tentativa de homicidio, por estar ya prescripta la acción penal nacida del mismo, para el ordenamiento jurídico argentino, al dictarse la orden de detención del 5 de marzo de 2002 (fs. 132/137).

16) Que tanto el Ministerio Público Fiscal como el país requirente pretenden asignarle efecto interruptivo al pedido de extradición que el Reino de España le habría formulado en el año 1992 a la República Oriental del Uruguay respecto de Lariz Iriondo por los mismos hechos que dan sustento a este trámite. Sin embargo el juez desestimó esa postura invocando que el magistrado omitió toda referencia sobre el particular y no acompañó documental que probara las anteriores gestiones que el Reino de España realizó ante el Estado uruguayo respecto del requerido (fs. 850 y 857 vta./859). No hay elementos que controviertan el punto ni existen antecedentes que permitan considerar viable ese acto como interruptivo del curso de la acción penal.

17) Que el señor Procurador General de la Nación propone superar el óbice que en el sub lite representa la prescripción de la acción penal para el país requerido a partir de considerar aplicable al caso el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas. Argumenta que las disposiciones de este convenio multilateral modifican, para los delitos en él contemplados y en los que deberían subsumirse los que motivan este pedido de extradición, el tratado bilateral entre la República Argentina y el Reino de España (ley 23.708). Específicamente en lo que respecta a la prescripción de la acción penal para el país requerido como causal para denegar la colaboración internacional, según el art. 9, inc. c. Para así concluir, invoca el párrafo 9 del Preámbulo de ese convenio multilateral que reza "Convencidos de la necesidad urgente de que se intensifique la cooperación internacional entre los Estados con miras a establecer y adoptar medidas eficaces y prácticas para prevenir esos atentados terroristas y enjuiciar y castigar a sus autores". Asimismo, el art. 6.4., en concordancia con el art. 8.1., en cuanto consagra el principio *aut dedere aut judicare*. Por último, el art. 9.5. en cuanto fijaría un criterio de relación con otros tratados vigentes entre las partes.

En ese contexto, considera que "...un rechazo de la extradición fundada en la eventual prescripción de la acción sería incompatible con la obligación de cooperar, sin excepción alguna fundada en el derecho interno, en la persecución y sanción de los actos de terrorismo acordada entre Argentina y España en virtud de ese mismo Convenio" (fs. 898/898 vta.).

18) Que tal conclusión se apoya en una interpretación exclusivamente literal que atenta con el objeto y fin del Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas ya que desatiende el contexto en el que están insertas las citadas

cláusulas convencionales sin correlacionar, además, ese instrumento internacional con los demás tratados vigentes sobre la materia que conforman un régimen interrelacionado y de mutuo refuerzo que debe aplicarse de manera integral a fin de acordar plena eficacia al acervo jurídico internacional existente en la lucha contra el terrorismo. En efecto, el objeto y fin del Convenio en cuestión fue ampliar el ámbito material de aquellos hechos pasibles de ser calificados como "actos de terrorismo" y, por ende, delictuales. Su Preámbulo consagra el propósito de "intensificar la cooperación internacional entre los Estados con miras a establecer y adoptar medidas eficaces y prácticas para prevenir esos atentados terroristas y enjuiciar y castigar a sus autores" atento que "...las disposiciones jurídicas multilaterales vigentes no bastan para hacer frente debidamente a esos atentados" al no contemplar "los atentados terroristas con explosivos u otros artefactos mortíferos" (parágrafos 7 a 9). El texto aprobado mantuvo la redacción del proyecto original y, en lo que aquí concierne, preservó dentro del ámbito de las regulaciones nacionales tanto la obligación de "...tipificar, con arreglo a su legislación interna..." los actos definidos en el art. 2 como delictuales y "sancionar esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su naturaleza grave" (art. 4) como la de regular las condiciones que rigen la cooperación penal -incluida la extradición- respecto de tales delitos a los que consideró sujetos a extradición. El art. 9 consagra este último, al considerar "delitos extraditables" los consagrados en el Convenio (art. 2) y fijar distintas consecuencias jurídicas a resultas de ello, según si los Estados que han de prestarse cooperación jurídica están unidos o no convencionalmente. Para aquellos Estados Partes que -como sucede entre la República Argentina y el Reino de España- están unidos por tratados de extradición anteriores a la entrada en vigencia de este convenio multilateral, fija la obligación de considerar como "extraditables" los delitos alcanzados por el ámbito de aplicación material del Convenio (art. 9.1.). Asimismo, contempla la obligación de fijar su jurisdicción en los supuestos que regula en el art. 6° y la aplicación del principio *aut dedere aut judicare* "...en los casos en que el presunto delincuente se halle en su territorio y dicho estado no conceda la extradición..." (parágrafo 4°). En este supuesto, estará obligado a "...someter sin demora indebida el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, según el procedimiento previsto en la legislación de ese Estado, sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido o no cometido en su territorio. Dichas autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a cualquier otro delito de naturaleza grave de acuerdo con el derecho de tal Estado" (art. 8.1).

Por último, el Convenio no incluye ningún tipo de referencia al extremo de la prescripción de la acción penal, sea a los fines de la extradición o del juzgamiento en las jurisdicciones nacionales.

19) Que semejante regulación se condice con la de los tratados que le sirvieron de fuente. En este sentido, ver los arts. 2, 8 y 10.1 de la Convención Internacional contra la toma de rehenes -Naciones Unidas, 1979- aprobada por ley nacional 23.956 (1991) y en vigor desde el 3 de junio de 1983. Asimismo, los arts. 5, 10 y 11.1. del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima -Roma, 1988- suscrito por la República Argentina el 10 de marzo de 1988 y aprobado por ley 24.209.

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

Los demás instrumentos internacionales que también integran el acervo jurídico internacional existentes en la lucha contra el terrorismo regulan otras modalidades de actos terroristas y reproducen, a esos fines, cláusulas sustancialmente análogas a las antes reseñadas (conf. Mensaje del Poder Ejecutivo al Congreso Nacional sometiendo a su consideración el proyecto de ley tendiente a aprobar el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, "Diario de Sesiones Ordinarias 2002 de la Cámara de Diputados de la Nación", 9 de septiembre de 2002, Orden del Día 938, pág. 7). Así, el Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves -La Haya, 1970- aprobado por decreto-ley 19.793 (arts. 2, 7 y 8.1.); el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil -Montreal, 1971- aprobado por ley nacional 20.411 y su Protocolo Adicional para la represión de los actos ilícitos de violencia en aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional -Montreal, 1988- aprobado por ley 23.915 (arts. 3, 7 y 8.1.); la Convención sobre la prevención y castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos -Naciones Unidas, 1973- aprobado por ley 22.509 (arts. 2, 7 y 8.1.); el Convenio sobre la protección física de los materiales nucleares -Viena, 1980- aprobado por ley 23.620 (arts. 7, 10 y 11.1.) y el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental -Roma, 1988- aprobado por ley 25.771 (art. 1). En igual sentido, el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo -Naciones Unidas, 1999- suscripto por la República Argentina el 28 de marzo de 2001 y recientemente aprobado por ley 26.024 (arts. 4, 10 y 11.1). Por último, los dos proyectos de Convención para la lucha contra el terrorismo que se debaten actualmente, uno en el ámbito del Consejo de Europa y otro en el de Naciones Unidas, siguen los lineamientos descriptos en lo que concierne a las cuestiones antes referidas.

20) Que el art. 9.5. del Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas consagra que "Las disposiciones de todos los tratados de extradición vigentes entre Estados Partes con respecto a los delitos enumerados en el art. 2° se considerarán modificadas entre esos Estados en la medida en que sean incompatibles con el presente Convenio". El señor Procurador General de la Nación considera que este dispositivo convencional, al fijar un criterio de relación con otros tratados vigentes entre las partes, modifica -dada su incompatibilidad- el art. 9, inc. c del tratado bilateral entre la República Argentina y el Reino de España (ley 23.708) en cuanto exige que la acción penal nacida del delito en que se funda el pedido de extradición no esté prescripta para el país requerido. En este sentido, el primero de los tratados adoptados en la década del 60 en el ámbito internacional fue el Convenio para las Infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves suscripto en Tokio, aprobado por ley 18.730. Consagra que "...ninguna disposición de este convenio se interpretará en el sentido de crear una obligación de conceder la extradición" (art. 16.2.). Sin embargo, esta cláusula no fue recogida en los demás convenios sobre terrorismo. Análoga cláusula a la del citado art. 9.5. incluyen los convenios que le sirvieron de fuente (art. 9.2. de la Convención Internacional contra la toma de rehenes y art. 11.7. del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima). No así los demás convenios multilaterales celebrados en el marco de las Nacio-

nes Unidas en la lucha contra el terrorismo, con excepción del Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo que lo recepta en el art. 11.5. En consecuencia, una interpretación del citado art. 9.5. a partir del texto y dentro del contexto, teniendo en cuenta el objeto y fin del Convenio (art. 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados) pone de manifiesto que la modificación de los acuerdos bilaterales vigentes entre estados partes de este Convenio sólo rige en la medida en que regulen aspectos que también aparecen contemplados en el tratado multilateral dando lugar a una situación de incompatibilidad. El Convenio no es en sí un tratado de extradición propiamente dicho, sino un complemento de los tratados de extradición en vigor entre los estados partes. De allí que, al margen de las disposiciones previstas en el propio Convenio, todas las otras condiciones de la extradición definidas en el ámbito del derecho internacional o por el derecho interno deben cumplirse. Lo contrario implicaría tanto como decir que el tratado ha consagrado una obligación de extraditar sin condicionamientos o, a todo evento, de juzgar por parte de las autoridades nacionales sin sujeción a condición alguna, lo cual resultaría contrario al texto mismo.

21) Que el Tribunal no es ajeno a las mayores facilidades que presenta, a los fines de la extradición, regular el recaudo de la prescripción de la acción penal sólo respecto del país requirente, tal como reflejó siempre la ley interna (art. 655, inc. 5 de la ley 2372 y el art. 11, inc. a de la ley 24.767 vigente) y actualmente el Tratado de Extradición con la República Oriental del Uruguay (aprobado por ley 25.304) en su art. 9. Sin embargo, otro es el criterio que recoge el tratado bilateral con el Reino de España en el art. 9.c., que no es ajeno a la práctica seguida en este punto por la República Argentina al celebrar tratados de extradición. Así, con el Reino de Bélgica, aprobado por ley 2239 (art. 3.5); con el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Canadá, Pakistán, San Vicente, Sudáfrica y Kenya, aprobado por ley 3043 (art. 5); con los Países Bajos, aprobado por ley 3495 (art. 3.5.); con la Confederación Suiza, aprobado por ley 8348 (art. 3.5); con los Estados Unidos del Brasil, aprobado por ley 17.272 (art. III); con la República italiana, aprobado por ley 23.719 (art. 7.b.); con Australia, aprobado por ley 23.729 (art. 3.e.); con la República del Paraguay, aprobado por ley 25.302 (art. 6.1.c.) y con la República de Corea, aprobado por ley 25.303 (art. 3.c.). La doctrina especializada planteaba ya en el siglo XIX, al analizar el tema de la extradición en general, las razones que avalan uno u otro criterio (conf. Billot, A. "Traité de l' extradition suivi d' un recueil de documents étrangers et des conventions d' extradition", Ed. E. Plont et Cie., pág. 217/227, Paris, 1874).

22) Que el respeto por las distintas modalidades escogidas por la República Argentina al regular, en su relación con los demás estados, el tema de la prescripción de la acción penal como óbice a la extradición, involucra cuestiones que conciernen a las relaciones internacionales y cuyo análisis escapa a un juicio de valor por parte de este Tribunal.

Por lo demás, tampoco es posible, en el sub lite, derivar el criterio interpretativo propuesto por el señor Procurador General de la Nación de la práctica estatal en materia de cooperación penal entre la República Argentina y el Reino de España (art. 31.3.b. de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados). En efecto, el pedido de extradición se

funda exclusivamente en el tratado bilateral y no incluye ningún tipo de consideración en el sentido que plantea el dictamen. Tampoco invoca y menos aun da razones por las cuales habría que aplicar la Convención para la Represión de los Atentados terroristas cometidos con bombas en el caso. Sólo pone de manifiesto la posibilidad de que los hechos prescriban en el país requirente y, sobre esa base, formula el pedido.

23) Que el Tribunal no deja de advertir, a esta altura, que la cooperación penal en el ámbito de la región europea surgió a partir de un contexto normativo que incluía una cláusula semejante a la del art. 9.c. del tratado bilateral entre la República Argentina y el Reino de España (art. 10 del Convenio de Extradición del 13 de septiembre de 1957). Sin embargo, en la actualidad, el extremo de la prescripción de la acción penal para el país requerido ha dejado de ser, en ese ámbito, un óbice para la procedencia de un pedido de extradición, a menos que el país requerido se considere también con jurisdicción penal internacional para conocer del hecho (conf. art. 8.1. del Convenio establecido sobre la base del art. K.3 del Tratado de la Unión Europea relativo a la extradición entre los estados miembros de la Unión Europea, suscripto en Dublín el 26 de septiembre de 1996 y el art. 4.4. de la decisión marco adoptada por el Consejo de la Unión Europea el 13 de junio de 2002 que regula la orden de arresto y entrega entre los países miembros de esa organización aplicable, entre otros, a los delitos de terrorismo según el art. 2.2.). Esa mayor flexibilidad no es sino producto del desarrollo progresivo de las relaciones entre los estados sobre el punto y su consecuente reflejo en las reglas jurídicas que rigen sus relaciones en el ámbito de la cooperación penal.

24) Que, en tales condiciones, toda vez que los estados partes en este trámite de extradición mantuvieron los términos de sus relaciones en materia de extradición -en general- en el marco del acuerdo bilateral que los une, pese a suscribir con anterioridad y luego de esa negociación la serie de tratados que integran el acervo jurídico internacional existente en la lucha contra el terrorismo, el Tribunal se ve impedido de sortear el recaudo convencional de la prescripción de la acción penal para el país requerido como óbice a la entrega, aun cuando ello conduzca, en el caso, a denegar la cooperación solicitada.

25) Que, de lo contrario, se estaría apartando de su inveterada jurisprudencia conforme a la cual los convenios y leyes de extradición no deben ser entendidos exclusivamente como instrumentos de cooperación judicial destinados a reglar las relaciones entre los estados en la materia, sino que también deben considerarse como garantía sustancial de que una persona no será entregada a un Estado extranjero sino en los casos y bajo las condiciones fijadas en el tratado o la ley, con respeto a sus derechos humanos fundamentales.

Es por esta razón que el Tribunal ha afirmado que el cumplimiento de las disposiciones que contienen los tratados y las leyes que regulan la materia se vincula con las garantías de la defensa en juicio y del debido proceso que garantizan al requerido que pueda oponer las defensas que tuviere en cuanto a la procedencia del requerimiento (conf. sentencia del 14 de octubre de 2004 en la causa R.1046.XXXIX "Rodríguez Pizarro, Mario s/ extradición", considerando 4°).

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

26) Que a ello se une que tal doctrina no puede soslayarse por la naturaleza del delito involucrado toda vez que, si bien la extradición es considerada casi universalmente como un poderoso medio de prevenir la impunidad y, por consiguiente, de reducir el terrorismo, al propio tiempo se reafirma el delicado equilibrio que debe imperar en la lucha contra el terrorismo y la protección de los derechos humanos tanto de las víctimas de tales hechos como de quienes resulten imputados, incluso en el campo de la cooperación internacional.

Así lo reflejan las directivas que desde el ámbito del derecho internacional imparten los distintos organismos de contralor de los derechos humanos. En este sentido, el Informe "Terrorismo y Derechos Humanos" de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ut supra citado (parágrafos 241 a 243 del punto "Cooperación entre los Estados en materia penal") como así también los distintos informes elaborados por la relatora especial designada por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, la señora Kalliopi K. Koufa (Documentos Oficiales E/CN.4/Sub.2/1997/28, E/CN.4/Sub.2/1999/27, E/CN.4/Sub.2/2001/31, E/CN.4/Sub.2/2002/35, E/CN.4/Sub.2/2003/WP.1 y E/CN.4/Sub.2/2004/40). Asimismo, el proyecto marco preliminar de principios y directrices relativos a los derechos humanos y el terrorismo (Documentos Oficiales E/CN.4/Sub.2/2004/47). 27) Que, por último, aun cuando pudiera considerarse a los actos de terrorismo como delitos de lesa humanidad, fuera de que no existe tratado internacional que establezca la imprescriptibilidad de la acción penal derivada de aquéllos y vincule a la República Argentina, tampoco sería posible llegar a un resultado similar por aplicación de un derecho de gentes consuetudinario en virtud de las razones expuestas en la disidencia del juez Belluscio en la causa A.533.XXXVII "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros -causa n° 259-", del 24 de agosto de 2004.

Por ello todo lo expuesto, el Tribunal resuelve: Confirmar la resolución de fs. 836/875 en cuanto declaró improcedente la extradición de Jesús María Lariz Iriondo al Reino de España. Notifíquese y devuélvase. AUGUSTO CESAR BELLUSCIO. ES COPIA

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

Que el infrascripto coincide con los considerandos 1° a 26 del voto del juez Belluscio.

27) Que, en suma, el Tribunal considera que en el derecho internacional no existe -al menos por el momento- un desarrollo progresivo suficiente que permita concluir que todos y cada uno de los actos que a partir de tratados internacionales pasan a ser calificados como "actos de terrorismo" puedan reputarse, tan sólo por esa circunstancia, delitos de lesa humanidad. Tampoco que de ello -o de algún otro extremo- deba necesariamente derivarse su imprescriptibilidad. Ello sin perjuicio de la evolución futura que pudiera experimentar el derecho internacional con motivo de las nuevas manifestaciones de violencia terrorista (conf. Informe de la Comisión de Derechos Humanos sobre "Terrorismo y Derechos Humanos" del 22 de octubre de 2002, "Introducción", párrafo 14 publicado en OEA/Ser.L/V/II.116,

Doc. 5 rev. 1 corr.). Como recuerda Jiménez de Asúa, el terrorismo se había perfilado como delito internacional antes de la Segunda Guerra Mundial, al punto de formularse el proyecto de Convención para la Prevención y Represión del Terrorismo abierta a la firma en Ginebra el 16 de noviembre de 1937 bajo los auspicios de la Sociedad de las Naciones. Sin embargo, este instrumento convencional nunca entró en vigor y el tema recién volvió a retomarse, ya en el seno de las Naciones Unidas, en la década del 70.

A partir de esa época, las dificultades para lograr una definición del terrorismo tornaron infructuosas las iniciativas que, tanto en el ámbito universal como en los regionales, surgieron para calificar al terrorismo como "delito contra la humanidad".

Al extremo que las negociaciones del Estatuto de Roma para la creación de una Corte Penal Internacional, si bien lograron un consenso para afirmar que los "actos de terrorismo" constituyen "graves crímenes de trascendencia para la comunidad internacional", no pudieron llegar a un acuerdo sobre una definición y, por ende, quedó diferido para una etapa de revisión el examen del punto con miras a llegar a una definición aceptable y a que queden comprendidos en la lista de crímenes de la competencia de la Corte (conf. Acta Final de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas, 17 de julio de 1998, punto 26 y Anexo, Resolución "E" relativa a los "Crímenes previstos en tratados", Documentos Oficiales de Naciones Unidas, A/CONF.183/10). En el sistema regional americano, está vigente la Convención contra el Terrorismo suscripta el 6 de marzo de 2002 en Barbados y que la República Argentina aprobó por ley 26.023. A propuesta de Ecuador, se incluyó un apartado 3 al art. 2 del Proyecto "Ámbito de Aplicación" según el cual "Para los fines de esta Convención los actos terroristas destinados a causar los efectos mencionados en este artículo constituyen crímenes de lesa humanidad [y son imprescriptibles]" (OEA/Ser.G CP/CAJP-1848/01 del 14 de diciembre de 2001). Sin embargo, la propuesta no figura como discutida en las restantes sesiones (conf. Informe del presidente sobre la Segunda reunión de negociación celebrada los días 22 al 25 de enero de 2002 -OEA/Ser.G CP/CAPJ-1866/02 del 1° de febrero de 2002- e Informe del mismo sobre la Tercera Reunión de Negociación celebrada los días 18 al 21 de marzo de 2002 -OEA/Ser.G CP/CAPJ-1910/02 del 12 de abril de 2002-). Tampoco, en el proyecto final (OEA/Ser.G CP/CAPJ-1891/02 rev. 1 corr. 1 del 8 de mayo de 2002) ni incluida en el texto aprobado. Al firmar, el 3 de junio de 2002, el Gobierno de Ecuador incluyó la siguiente Declaración "1. Deplora que los Estados Miembros no hayan podido llegar a un consenso sobre la tipificación del terrorismo y su calificación como crimen internacional de lesa humanidad".

28) Que establecido lo anterior, resulta innecesario cualquier pronunciamiento acerca de la aplicación del principio de imprescriptibilidad, en tanto no existe el presupuesto lógico necesario que permita, por un lado, establecer la correspondencia entre "actos de terrorismo" y "delitos de lesa humanidad" -tal como plantea la parte-, y por otro, que aquel principio se encuentre consagrado autónomamente. Por lo demás, no hay fundamentos históricos ni actuales que autoricen a concluir que el delito de terrorismo se encuentra alcanzado por la "Convención sobre Imprescriptibilidad".

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

Por todo lo expuesto, el Tribunal resuelve: Rechazar el recurso de apelación ordinaria interpuesto por el Ministerio Público Fiscal y confirmar la resolución de fs. 836/875 en cuanto declaró improcedente la extradición de Jesús María Lariz Iriondo al Reino de España. Notifíquese, y devuélvase al tribunal de origen a sus efectos. CARLOS S. FAYT.

ES COPIA.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ANTONIO BOGGIANO

I.. El caso

Considerando:

1) Que el señor juez nacional en lo criminal y correccional federal denegó la extradición de Jesús María Lariz Iriondo solicitada por el Reino de España. El representante del Ministerio Público Fiscal interpuso recurso ordinario de apelación.

2) Que en la sentencia recurrida se consideró que la acción por la que se requería a Lariz Iriondo se encontraba prescripta para la ley argentina, circunstancia que impedía la extradición, conforme con lo prescripto por el art. 9° inc. c del Tratado de Extradición y Asistencia Judicial Internacional en Materia Penal con el Reino de España. Para determinar el plazo prescriptivo el juez sostuvo que el hecho por el que se requería la extradición consistía en la comisión del delito de atentado contra el orden constitucional (art. 213 bis del Código Penal) en concurso real con el delito de homicidio agravado en grado de tentativa, este último en concurso ideal con los delitos de lesiones graves y estrago agravado. A partir de esta calificación y con fundamento en la doctrina de Fallos: 323:3699 efectuó los cómputos pertinentes para concluir que el plazo de prescripción había transcurrido en virtud de no verificarse actos de carácter interruptivo anteriores al pedido de arresto preventivo que originó este proceso.

3) Que según surge del pedido de extradición se le imputa a Lariz Iriondo, en concurso con otros miembros activos de la organización terrorista ETA, la decisión de acabar con la vida de varios funcionarios de policía que circulaban en dos vehículos, mediante el uso de un artefacto explosivo que colocaron en uno de los márgenes de una autopista. Para perpetrar ese hecho, secuestraron al propietario de un automóvil y le sustrajeron el vehículo. Activaron el artefacto anticipadamente, lo que produjo heridas de gravedad a dos auxiliares de la Dirección General de Policía y a un funcionario público. Además se reprocha al requerido que, también como miembro de la organización ETA, colocó e hizo explotar bombas en cinco sucursales bancarias, sustrajo un automotor e incurrió en tentativa de secuestro y en la quema de vehículos de matrícula francesa utilizando cócteles molotov. Los hechos precedentemente descriptos fueron calificados por el país requirente, de conformidad con el Código Penal que regía al momento en que se produjeron, como pertenencia a bandas armadas (art. 174 bis); dos hechos de detención ilegal (art. 480); siete hechos de estrago (art. 554); dos robos de vehículo automotor (art. 516 bis); depósito de armas de guerra (art. 258) y depósito de explosivos (art. 264).

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

4) Que el modo en que el magistrado español encuadra los hechos que fundan el requerimiento en sus normas internas no puede ser debatido en este proceso (Fallos: 284:459; 305:725; 315:575, entre otros). Distinto es el caso de la calificación en el ordenamiento punitivo argentino. El principio de doble incriminación no exige identidad normativa entre los tipos penales en la que los estados contratantes subsumieron los hechos que motivaron el pedido, sino que lo relevante es que las normas penales del país requirente y requerido prevean y castiguen en sustancia la misma infracción (Fallos: 284:459; 306:67; 315:575; 319:277, 531; 320:1775; 323:3055).

5) Que esta Corte comparte el dictamen del señor Procurador General en cuanto califica a los hechos por los cuales es requerido Lariz Iriondo como acto de terrorismo que integra el género de los delitos *iuris gentium* (Fallos: 319:510 -Liendo Arriaga-, disidencia del juez Boggiano; 321:1928 -Cauchi-, disidencia de los jueces Boggiano y López), entre los que también cabe incluir el formar parte de una organización destinada a cometerlos en la formulación y ejecución de un plan común (causa A.533.XXXVIII "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros -causa N° 259-", voto del juez Boggiano, pronunciamiento del 24 de agosto de 2004).

6) Que, precisamente el hecho por el que se requiere la extradición de Lariz Iriondo encuadra dentro del Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1977, suscripto por la República Argentina el 22 de septiembre de 1998, aprobado por ley 25.762 y ratificado el 25 de septiembre de 2003 y suscripto por el Reino de España el 1° de mayo de 1998, aprobado el 22 de abril de 1999 y ratificado el 30 de abril de 1999.

7) Que el art. 2 de dicho instrumento internacional establece que "1. Comete delito en el sentido del presente Convenio quien ilícita e intencionadamente entrega, coloca, arroja o detona un artefacto o sustancia explosivo u otro artefacto mortífero en o contra un lugar de uso público, una instalación pública o de gobierno, una red de transporte público o una instalación de infraestructura: a. Con el propósito de causar la muerte o graves lesiones corporales, o b. Con el propósito de causar una destrucción significativa de ese lugar, instalación o red que produzca o pueda producir un gran perjuicio económico. 2. También constituirá delito la tentativa de cometer cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1. 3. También comete delito quien: a. Participe como cómplice en la comisión de un delito enunciado en los párrafos 1 ó 2, o b. Organice o dirija a otros a los efectos de la comisión del delito enunciado en los párrafos 1 ó 2, o c. Contribuya de algún otro modo a la comisión de uno o más de los delitos enunciados en los párrafos 1 ó 2 por un grupo de personas que actúe con un propósito común; la contribución deberá ser intencional y hacerse con el propósito de colaborar con los fines o la actividad delictiva general del grupo o con conocimiento de la intención del grupo de cometer el delito o los delitos de que se trate".

8) Que los hechos por los que se requiere la extradición encuadran en la definición precedente, toda vez que se le imputa al requerido pertenecer a la organización E.T.A. y, en

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

ese carácter, se le atribuye la colocación de siete explosivos, dos hechos de robo de vehículos, el secuestro de dos personas, el depósito de armas y explosivos y la colocación de un explosivo plástico en el lugar por donde habría de transitar un automóvil de Cuerpo Nacional de Policía que, por detonar antes de lo previsto, hizo fracasar el resultado homicida del acto, pero provocó heridas de gravedad a los tripulantes del automóvil (conf. dictamen del señor Procurador General, fs. 896 vta.)

9) Que el terrorismo es una de las formas más brutales de violencia que actualmente perturba a la comunidad internacional, pues siembra odio, muerte, deseo de venganza y de represalia. De estrategia subversiva, típica sólo de algunas organizaciones extremistas, dirigida a la destrucción de las cosas y al asesinato de las personas, el terrorismo se ha transformado en una red oscura de complicidades políticas, que utiliza también sofisticados medios técnicos, se vale frecuentemente de ingentes cantidades de recursos financieros y elabora estrategias a gran escala, atacando personas totalmente inocentes, víctimas casuales de las acciones terroristas. Los objetivos de los ataques terroristas son, en general, los lugares de la vida cotidiana y no objetivos militares en el contexto de una guerra declarada. El terrorismo actúa y golpea a ciegas, fuera de las reglas con las que los hombres han tratado de regular sus conflictos, por ejemplo mediante el derecho internacional humanitario: en muchos casos se admite como nuevo sistema de guerra el uso de los métodos del terrorismo. No se deben desatender las causas que originara esta inaceptable forma de reivindicación. La lucha contra el terrorismo presupone el deber moral de contribuir a crear las condiciones para que no nazca ni se desarrolle.

10) Que el terrorismo se debe condenar de la manera más absoluta. Manifiesta un desprecio total de la vida humana, y ninguna motivación puede justificarlo. En cuanto el hombre es siempre fin y nunca medio. Los actos del terrorismo hieren profundamente la dignidad humana y constituyen una ofensa a la humanidad entera: existe por tanto, un derecho a defenderse del terrorismo. Este derecho no puede, sin embargo, ejercerse sin reglas morales y jurídicas, porque la lucha contra los terroristas debe conducirse respetando los derechos del hombre y los principios de un estado de derecho. La identificación de los culpables debe estar debidamente probada, ya que la responsabilidad penal es siempre personal y, por tanto, no se puede extender a las religiones, las naciones o las razas a las que pertenecen los terroristas. La colaboración internacional contra la actividad terrorista no puede reducirse sólo a operaciones represivas y punitivas. Es esencial que, incluso el recurso necesario a la fuerza vaya acompañado por un análisis lúcido y decidido de los motivos subyacentes a los ataques terroristas. Es necesario también un compromiso decisivo en el plano político y pedagógico para resolver, con valentía y determinación, los problemas que en algunas dramáticas situaciones pueden alimentar el terrorismo: el reclutamiento de los terroristas resulta más fácil en los contextos sociales donde los derechos son conculcados y las injusticias se toleran durante demasiado tiempo. 11) Que en la mencionada causa "Arancibia Clavel" esta Corte juzgó que el terrorismo, como delito contra el derecho de gentes, se comete mediante una desproporción total entre el fin político o ideológico buscado y el medio empleado, con la consecuente violación de los más elementales principios de

la convivencia humana civilizada. Dado que el terrorismo implica la comisión de crueldades sobre gente inocente e indefensa causa un sufrimiento innecesario y un peligro inútil para las vidas humanas de la población civil. Se trata de un sistema de subversión del orden y la seguridad pública que, si bien en la comisión de ciertos hechos aislados puede apuntar a un Estado determinado, últimamente se caracteriza por desconocer los límites territoriales del país afectado, constituyéndose de este modo en una seria amenaza para la paz y la seguridad de la comunidad internacional. Es por ello que su persecución no interesa exclusivamente al Estado directamente perjudicado por sus acciones, sino que se trata de una meta cuyo logro beneficia, en última instancia, a todas las naciones civilizadas, que por ello están obligadas a cooperar en la lucha mundial contra el terrorismo, tanto por la vía de los tratados internacionales vigentes, cuanto por la coordinación de sus derechos internos encaminada a la mayor eficacia de aquella lucha (ver, entre otros, García Mora, Manuel, Crimes Against Humanity and the Principle of Non extradition of Political Offenders, Michigan Law Review, Vol. 62, Abril 1964, N° 6; Jacques Borricand, L'extradition des terroristes, Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé, julio-sep- tiembre de 1980, N° 3; Miguel Angel Berçaitz, La Guerra Sucia, La obediencia debida, Buenos Aires, 1985; Pablo A. Ramella, Crímenes contra la Humanidad, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986; Cassese, Antonio, International Criminal Law en International Law, Edited by Malcom D. Evans, Oxford University Press, New York, 2003; Fallos: 319:510 Liendo Arriaga, disidencia del juez Boggiano y 321:1928 Cauchi, disidencia de los jueces Boggiano y López.

12) Que el criterio adoptado en esa causa no es ajeno al espíritu más tradicional de la jurisprudencia de esta Corte en cuanto excluye de la impunidad a acciones de barbarie o vandalismo. Así, en el caso de la excarcelación de Ricardo López Jordán (Fallos: 21:121) se la denegó por la circunstancia de haber autorizado durante la rebelión gran número de homicidios. El Tribunal agregó que se había adoptado tal criterio aun cuando fuera posible que el acusado lograra desvanecer los cargos, lo cual era deseable "por su propio bien y por el honor del país y de la humanidad". Iguales consideraciones aparecen en Fallos: 54:432, considerando 3°. La misma doctrina fue aplicada para condenar a los responsables de la masacre de la Estación Pirovano (Fallos: 115:312), ocurrida cuando un grupo de suboficiales y soldados participantes de la rebelión de 1905 se amotinaron contra los dirigentes locales de la insurrección y los asesinaron. En el caso, la Cámara Federal de La Plata, cuya sentencia fue confirmada por esta Corte, expresó: "los homicidios llevados a cabo...no son formas o manifestaciones necesarias, tendientes a preparar o llevar a cabo el acto de rebelión o necesarios para la consecución y feliz éxito de la contrarebelión, que los procesados afirman haber tenido la intención de efectuar...Son actos de barbarie inútil". Esta línea de jurisprudencia fue seguida en Fallos: 254:315 y 286:59, en oportunidad de examinar el alcance que debía otorgársele a los efectos exculpatorios de las leyes de amnistía 14.436 y 20.508 respectivamente. Finalmente, en el caso de la extradición del médico alemán Gerhard Bohne (Fallos: 265:219), acusado de ser jefe de una organización encargada de eliminar enfermos mentales en forma masiva y metódica, mediante el uso de cámaras de gas, se expresó que "ni la alegación de propósitos políticos, ni la de supuestas necesidades militares, puede ser admitida como fundamento para negar la extradición, cuando se trata de hechos delictuosos

claramente contrarios al común sentir de los pueblos civilizados, dada su específica crueldad e inmoralidad; esto, sin perjuicio de señalar que tal alegación...ninguna relación ostensible guarda con las infracciones políticas o militares". Es oportuno destacar que la acusación no versaba sobre la comisión directa de los hechos sino sobre la participación en una organización destinada a llevar a cabo las apuntadas atrocidades (conf. Fallos: 319: 510, disidencia del juez Boggiano y 321:1928, disidencia de los jueces Boggiano y López).

13) Que, en ese contexto, el dictamen del señor Procurador General alcanza su sentido más inteligible si se integra el principio de gravedad de los delitos *iuris gentium* con el principio de imprescriptibilidad de la persecución penal. El Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas no contiene disposiciones sobre la materia. El Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en Materia Penal suscripto con el Reino de España dispone en el art. 9° inc. c, que no se concederá la extradición: "cuando de acuerdo a la ley de alguna de las partes se hubiera extinguido la pena o la acción penal correspondiente al delito por el cual se solicita la extradición". Ello significa que basta que la pena no se hubiere extinguido de acuerdo a la ley del país requerido para que se conceda la extradición (conf. doctrina de Fallos: 321:1409). En tales condiciones, resulta aplicable la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa humanidad, que tiene jerarquía constitucional, en cuanto hace expresa, a los que define como "b...los cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz", según la definición dada en el Estatuto de Tribunal Militar Internacional de Nürenberg, del 8 de agosto de 1945 y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1945. El art. 6 (c) de la Carta o Estatuto del Tribunal Internacional antes citado, al definir los crímenes de lesa humanidad incluye a "otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil antes o durante la guerra". Esta definición, pese a su amplitud, resulta sumamente precisa en cuanto permite incluir dentro de ella a un delito *iuris gentium*, como el terrorismo.

14) Que la República Argentina, al conferir jerarquía constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos, tal como lo hace el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, presenta un fenómeno jurídico que puede considerarse como referencia al derecho internacional de los derechos humanos (causa *Monges*, Fallos: 319:3148). Tal "referencia" significa en primer lugar que se remite a un tratado vigente internacionalmente y del cual la Argentina es Estado Parte. Sólo con un tratado vigente, tanto internacionalmente como en la Argentina, el Congreso puede otorgarle jerarquía constitucional. La referencia implica que el tratado se aplica tal como rige en el derecho internacional y no porque se haya incorporado haciéndolo interno. Tampoco se ha operado una recepción de los tratados por incorporación judicial a pesar de no estar vigentes para la Argentina como ha sido de práctica en Holanda. Tampoco hay adaptación de los tratados por vía de una redacción constitucional similar a la de los tratados sin seguirlo tal cual rige internacionalmente. Tanto la incorporación, la recepción como la adaptación son métodos de nacionalización de los tratados. El art. 75 inc. 22 dispone una referencia y no alguno de los citados métodos de nacionalización. En materia de derechos humanos la reforma de 1994 ha seguido una orien-

tación internacionalista a fin de alcanzar la mayor uniformidad posible en las decisiones evitando todo amorío con soluciones de *genius loci* particularista.

15) Que en el citado precedente *Monges* esta Corte estableció que: "...el artículo 75, inc. 22, mediante el que se otorgó jerarquía constitucional a los tratados...establece en su última parte que aquéllos 'no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos'. Ello indica que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación, en virtud del cual, han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir" (considerando 20). "Que de ello se desprende que la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio del constituyente. En efecto, así lo han juzgado al hacer referencia a los tratados que fueron dotados de jerarquía constitucional y por consiguiente no pueden ni han podido derogar la Constitución pues esto sería un contrasentido insusceptible de ser atribuido al constituyente, cuya imprevisión no cabe presumir" (considerando 21). "Que de tal modo los tratados complementan las normas constitucionales sobre derechos y garantías y lo mismo cabe predicar respecto de las disposiciones contenidas en la parte orgánica de la Constitución...aunque el constituyente no haya hecho expresa alusión a aquella, pues no cabe sostener que las normas contenidas en los tratados se hallen por encima de la segunda parte de la Constitución. Por el contrario debe interpretarse que las cláusulas constitucionales y las de los tratados tienen la misma jerarquía son complementarios y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente" (considerando 22).

16) Que esta doctrina -reafirmada en la causa *Petric*, Fallos: 321:885, entre muchas otras-, resulta aplicable a los tratados sobre derechos humanos, como el que se halla en juego en la especie, que adquieren jerarquía constitucional con arreglo a lo dispuesto en el último párrafo del citado art. 75, inc. 22 de la Ley Fundamental.

17) Que, por otra parte, el derecho internacional consuetudinario y convencional se ha hecho eco de la necesidad de cooperación internacional para la represión del terrorismo, así como de cualquier ataque indiscriminado a la población civil indefensa. Cabe destacar en este sentido los siguientes instrumentos internacionales: la Convención sobre el Genocidio de 1948; el Convenio relativo a la Protección de las Personas Civiles en Tiempo de Guerra, del 21 de octubre de 1950 y el Protocolo Adicional Relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional, del 7 de diciembre de 1978; la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, de 1970; la Convención sobre la Prevención y Castigo de Crímenes contra Personas Internacionalmente Protegidas, incluyendo Agentes Diplomáticos, aprobado por la Asamblea general de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1973; el Acuerdo suscripto con el gobierno de la República de Italia sobre la Cooperación en la Lucha contra el Terrorismo, el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y la Criminalidad Organizada (ley 24.530); la Convención Internacional contra la toma de rehenes, aprobada por la Asamblea General el 17 de diciembre de 1979; la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

Unidas y el Personal Asociado, aprobada por la Asamblea General el 9 de diciembre de 1994 y que aún no está vigente; el Convenio sobre los delitos y ciertos otros actos cometidos a bordo de aeronaves, firmado en Tokio el 14 de septiembre de 1963; la Convención sobre la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, firmada en La Haya el 16 de diciembre de 1970; la Convención para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, concertada en Montreal el 23 de septiembre de 1971 y el Protocolo Adicional firmado en Montreal el 24 de febrero de 1988; la Convención sobre la protección física del material nuclear, aprobada en Viena el 3 de marzo de 1980; la Convención para la represión de los actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, hecha en Roma el 10 de marzo de 1988; el Protocolo para la represión de los actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas situadas en la plataforma continental, hecha en Roma el 10 de marzo de 1988; la Convención sobre el mercado de explosivos de plástico para fines de detección, hecha en Montreal el 1° de marzo de 1991; el Acuerdo de Cooperación suscrito con el Gobierno de la República de Turquía para Combatir el Contrabando Internacional de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, el Terrorismo Internacional y la Criminalidad Organizada (ley 24.809); el Acuerdo sobre Cooperación en Materia de Combate contra el Tráfico Ilícito y Abuso de Narcóticos y Sustancias Psicotrópicas, Terrorismo Internacional y Otros Crímenes Graves, suscrito con el Gobierno del Estado de Israel (ley 25.597); Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas cometidos con Bombas, abierto a la firma en Nueva York - Estados Unidos de América, el 12 de enero de 1998 (ley 25.762); el Convenio Internacional para la represión de la Financiación del Terrorismo, firmada el 9 de diciembre de 1999, de Naciones Unidas.

18) Que, en el ámbito regional, se ha celebrado la Convención para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexa cuando éstos tengan trascendencia internacional, en Washington, D.C., el 2 de febrero de 1971; la Convención europea para la represión del terrorismo, concertada en Estrasburgo el 27 de enero de 1977; el Acuerdo de Dublín relativo a la aplicación de la Convención europea sobre la represión del terrorismo en los Estados miembros (Unión Europea), firmado en Dublín el 4 de diciembre de 1979; la Convención regional sobre la eliminación del terrorismo de la Asociación del Asia Meridional para la Cooperación Regional, firmada en Katmandú, el 4 de noviembre de 1987; la Convención árabe sobre la represión del terrorismo, firmada en una reunión celebrada en la Secretaría General de la Liga de Estados Arabes, suscripta en El Cairo, del 22 al 24 de abril de 1998; Convención de la Organización de la Unidad Africana (OUA) sobre la prevención y lucha contra el terrorismo firmada en Argel en julio de 1999; Tratado de Cooperación entre los Estados miembros de la Comunidad de Estados independientes para combatir el terrorismo suscripta el 4 de julio de 1999 y la Convención Interamericana contra el Terrorismo, adoptada en Bridgetown -Barbados- el 3 de junio de 2002.

19) Que son de apreciar otros instrumentos relevantes para eliminar el terrorismo internacional, tales como la Declaración sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional anexa a la resolución 49/60 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1994, y la

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

Declaración sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional anexa a la resolución 51/210 de la Asamblea General, de 17 de diciembre de 1996.

También existe un considerable cuerpo de resoluciones sobre el terrorismo adoptados en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas: 3034 (XXVII) de 18 de diciembre de 1972; 31/102 de 15 de diciembre de 1976; 32/147 de diciembre de 1977; 34/145 de 17 de diciembre de 1979; 36/109 de 10 de diciembre de 1981; 38/130 de 19 de diciembre de 1983; 39/159 de 17 de diciembre de 1984; 40/61 de 9 de diciembre de 1985; 42/159 de 7 de diciembre de 1987; 44/29 de 4 de diciembre de 1989; 46/51 de 9 de diciembre de 1991; 48/122 de 20 de diciembre de 1993; 49/60 de 9 de diciembre de 1994; 49/185 de 23 de diciembre de 1994; 50/53 de 11 de diciembre de 1995; 50/186 de 22 de diciembre de 1995; 51/210 de 17 de diciembre de 1996; 52/133 de 12 de diciembre de 1997; 52/165 de 15 de diciembre de 1997; y 53/108 de 8 de diciembre de 1998; 54/164 del 17 de diciembre de 1999. En igual sentido se destacan las resoluciones 1269 (1999), 1373 (2001) y 1566 (2004) adoptadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, mediante las cuales se reafirma la necesidad de luchar con todos los medios, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, contra las amenazas a la paz y la seguridad internacionales representadas por los actos de terrorismo.

20) Que en la citada resolución 1566/2004, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas: 1. Condenó "en los términos más enérgicos todos los actos de terrorismo, cualquiera que sea su motivación y cuando quiera y por quienquiera sean cometidos, que constituyen una de las más graves amenazas a la paz y a la seguridad"; 2. Instó "a todos los Estados a que, de conformidad con las obligaciones que les impone el derecho internacional, cooperen plenamente en la lucha contra el terrorismo, especialmente con aquéllos en cuyo territorio o contra cuyos ciudadanos se cometan actos de terrorismo, a fin de encontrar, negar refugio seguro y someter a la justicia, sobre la base del principio del enjuiciamiento o la extradición a quien apoye o facilite la financiación, la planificación, la preparación o la comisión de actos de terrorismo o la provisión de refugio seguro o participe o intente participar en esos actos"; 3. Recordó "que los actos criminales, inclusive contra civiles, cometidos con la intención de causar la muerte o lesiones corporales graves o de tomar rehenes con el propósito de provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en determinada persona, intimidar una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto, u abstenerse de realizarlo, que constituyen delitos definidos en los convenios, las convenciones y los protocolos internacionales relativos al terrorismo y comprendidos en su ámbito no admiten justificación en circunstancia alguna por consideraciones de índole política, filosófica, ideológica, racial, étnica, religiosa u otra similar e insta a todos los Estados a prevenirlos y, si ocurren, a cerciorarse de que sean sancionados con penas compatibles con su grave naturaleza...". Lo hizo "Reafirmando también la necesidad imperiosa de combatir por todos los medios, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con el derecho internacional, contra el terrorismo en todas sus formas y manifestaciones... Recordando a los Estados que deben asegurarse de que las medidas que tomen para luchar contra el terrorismo cumplan con todas las obligaciones que les incumbe en virtud

del derecho internacional... Reafirmando que el terrorismo en todas sus formas y manifestaciones, constituye una de las más graves amenazas a la paz y seguridad... Considerando que los actos de terrorismo constituyen un grave obstáculo para el disfrute de los derechos humanos y una amenaza para el desarrollo económico y social de los Estados y que socavan la prosperidad y estabilidad en el mundo...".

21) Que las convenciones mencionadas y las resoluciones de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad sobre el terrorismo reflejan claramente, por una parte, una creciente determinación en el seno de la comunidad internacional de condenar todos los actos, métodos y prácticas de terrorismo donde quiera que se cometan y quienquiera que los cometa y por otra parte, una creciente conciencia internacional entre la relación existente entre los derechos humanos y el terrorismo, tal como se destacó en el Informe preliminar preparado por la Relatora Especial de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Kalliopi K. Kuofa, E/CN.4/Sub.2/1999/27, el 7 de junio de 1999.

22) Que, en el mismo sentido, los países de la comunidad europea en su derecho interno han prestado particular atención al fenómeno del terrorismo adoptando una legislación específica. Así, el art. 55.2 de la Constitución Española referente a la suspensión de derechos y libertades establece una excepción aplicable únicamente a "las bandas armadas o elementos terroristas", independientemente de las restricciones consagradas para los estados de excepción. El citado art. 55.2 dispone: "Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los arts. 17.2 y 18.2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. Por su parte, también condenan el terrorismo, la ley irlandesa contra el terrorismo de 1973, la ley provisional británica sobre prevención del terrorismo de 1974, las diversas leyes alemanas para reformar el código penal y la legislación procedimental en materia de terrorismo y las leyes italianas contra el terrorismo de 5 y 28 de abril de 1978, entre otras, demuestran la intención estatal de recoger los principios internacionales en la materia. Cabe destacar que España, Francia, Reino Unido y Portugal han adoptado una definición de terrorismo en su legislación. Asimismo, los Estados Unidos de Norte América han adoptado una ley interna, la USA Patriot ACT, de octubre de 2001, Secciones 808, 809 y 810 en la que define al delito de terrorismo, tipificando nuevos delitos federales, aumentan las penas, modifica el procedimiento criminal federal, particularmente respecto de actos de terrorismo.

23) Que es posible afirmar que la condena de la comunidad internacional al terrorismo se ha desarrollado como una práctica constante y uniforme aceptada como derecho (Fallos: 317:1880; 322:2926; art. 38 (1.b) Estatuto de la Corte Internacional de Justicia; *Columbian Peruvian Asylum*, ICJ Reports 1950; *Plataforma Continental del Norte*, ICJ Reports 1969; *Rights of de United States in Morocco* ICJ Reports 1952; *Military and Paramilitary Activities and in and Against Nicaragua* ICJ Reports, 1986). Probada la consistencia y generalidad de una práctica, ninguna duración particular es requerida: el paso del tiempo será por supuesto

parte de la evidencia de la generalidad y consistencia. Una larga y menos aún inmemorial práctica no es necesaria (Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, Clarendon Press Oxford 1966, pág. 5).

24) Que, como se señaló en el Informe Preliminar de la Relatora Especial de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas del 7 de junio de 1999, durante mucho tiempo las Naciones Unidas no han estado dispuestas, debido a profundas divisiones ideológicas entre los Estados miembros, a reconocer las consecuencias del terrorismo en el pleno disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales (Kalliopi K. Kuofa, E/CN.4/Sub.2/1999/ 27). Pero tal situación ha variado. El Informe preparado por la mencionada Relatora en el año 2001, da cuenta que el 19 de octubre de 1999 el Consejo de Seguridad decidió por unanimidad emprender una lucha común contra los terroristas en todas partes. En su histórica resolución 1269 (1999) -la primera resolución en que se abordó la cuestión del terrorismo en general- el Consejo de Seguridad subrayó la necesidad de intensificar la lucha contra el terrorismo y la cooperación internacional efectiva basada en el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas, las normas de derecho internacional, incluido el derecho internacional humanitario y el derecho de los derechos humanos (párrafo 14).

IX. Creciente conciencia internacional sobre terrorismo y derechos humanos

25) Que la resolución 54/164 de la Asamblea General del 17 de diciembre de 1999, titulada "Derechos humanos y terrorismo", condenó las violaciones del derecho de vivir sin temor y del derecho a la vida, la libertad y la seguridad, así como la incitación al odio étnico, a la violencia y al terrorismo. Reiteró su condena inequívoca de todos los actos, métodos y prácticas de terrorismo, por ser actividades, cuyo objeto es la destrucción de los derechos humanos, las libertades fundamentales y la democracia que constituyen una amenaza para la integridad territorial y la seguridad de los Estados, desestabilizando gobiernos legítimamente constituidos, socavando la sociedad civil y pluralista y redundando en el detrimento de desarrollo económico y social. Instó también a la comunidad internacional a intensificar la cooperación regional e internacional en la lucha contra el terrorismo de conformidad con los instrumentos internacionales pertinentes, incluidos los relativos a los derechos humanos. En el mismo sentido la resolución del 16 de marzo de 2000 del Parlamento Europeo hizo mención del terrorismo y los derechos humanos. En dicha resolución se destacó que cabía insistir "una vez más en la violación de los derechos humanos que representa el terrorismo" y subrayó la importancia de la cooperación entre los Estados miembros a fin de luchar contra el mismo y la necesidad de conceder indemnizaciones adecuadas a las víctimas del terrorismo "de conformidad con las directrices de la Comunicación de la Comisión sobre las víctimas de delitos en la Unión Europea" (Resolución A5- 00050/2000 de 16 de marzo de 2000).

26) Que, dada la estrecha relación que existe entre el terrorismo y el goce de los derechos humanos y las libertades esenciales y la ya señalada obligación de luchar contra el terrorismo que les incumbe a los Estados en virtud del derecho internacional, resulta apropiado recordar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la

materia. En efecto, en el caso Barrios Altos, sentencia del 14 de marzo de 2001, Serie C, N° 75, dicho tribunal consideró inadmisibles las disposiciones de derecho interno, entre ellas las atinentes a la prescripción, que impidan la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos (párrafo 41).

Consiguientemente, es obvio que si en Barrios Altos se estableció este criterio para el caso de terrorismo de estado también es necesario decidirlo respecto de todo acto de terrorismo. Bien es verdad que la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos no establece expresamente la imprescriptibilidad razonablemente inferida en Barrios Altos. De ello se sigue que tal inferencia cabe respecto de cualquier metodología de violación grave de los derechos humanos; pues es equiparable el terrorismo de estado al terrorismo cometido en el caso de la AMIA o en el de las Torres Gemelas, entre tantos otros.

Corroborando lo expuesto, la autoridad que esta Corte ha asignado al mencionado precedente en las causas Fallos: 326:2805, Videla, voto del juez Petracchi; 326:3268, Hagelín, voto del juez Fayt, voto del juez Boggiano y voto del juez Maqueda; 326:3758, Vázquez Ferrá, voto del juez Boggiano; 326:3758; 326:4797, Astiz, voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni y voto del juez Maqueda; E.224 XXXIX "Espósito, Miguel Angel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa", sentencia del 23 de diciembre de 2004, voto del juez Fayt; y la citada causa Arancibia Clavel, voto de los jueces Zaffaroni y Highton de Nolasco, voto del juez Petracchi y voto del juez Maqueda para remover obstáculos de orden interno, tales como la prescripción, a la investigación y juzgamiento de los responsables de graves violaciones de los derechos humanos.

27) Que las situaciones conflictivas actuales presentan agentes que no son estados sino entes derivados de la disgregación de los estados o vinculados a reivindicaciones independentistas o con organizaciones criminales, en especial, grupos terroristas. La lucha contra el terrorismo ha de librarse también en la política internacional. Y, en todo caso, el uso de la fuerza contra el terrorismo no puede renunciar a los principios de un estado de derecho. No sería aceptable la solución de la derrota del terrorismo con prescindencia de los derechos humanos fundamentales pues la violación de esos derechos no puede ser justificada con el pretexto inaceptable de que se trata de cuestiones internas de un Estado.

28) Que es por estas razones que cobran particular relevancia las consideraciones del Informe elaborado en el seno de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en cuanto impone a la extradición como un medio eficaz de los estados para combatir la impunidad en la lucha contra el terrorismo. En este sentido se destacó que la extradición de una persona supuesta autora de una acción terrorista desde un Estado a otro Estado legalmente interesado es una de las formas en que la comunidad internacional puede abordar la cuestión de la impunidad. Se señaló asimismo que los instrumentos internacionales contra el terrorismo y la mayoría de las convenciones regionales existentes sobre terrorismo asignan gran relevancia a la extradición sobre todo porque la extradición está considerada casi universalmente como un poderoso medio de prevenir la impunidad y por consiguiente reducir el terrorismo. Se enfatizó que el temor a ser extraditado a un Estado que

es el objetivo de sus actos o a un Estado donde será procesado está considerado por los terroristas potenciales como el principal elemento disuasorio. Por ello, se concluyó que es importante que aquellas personas a las que se podría convencer de que cometan acciones terroristas sepan que si son capturadas serán procesadas con toda certeza. (conf. Informe sobre la marcha de los trabajos preparado por la Relatora Especial de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Kalliopi K. Kuofa, E/CN.4/Sub. 2/2001/31,27 de junio de 2001). En el mismo sentido la Constitución Española, en el art. 13.3 dispone que quedan excluidos de la extradición los delitos políticos y al mismo tiempo distingue el delito político de los actos de terrorismo de la siguiente forma: 13.3 "La extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos no considerándose como tales los actos de terrorismo".

29) Que, en este contexto, se impone concluir que tratándose de delitos de lesa humanidad, como el terrorismo, no rigen las disposiciones del derecho interno en materia de prescripción. Tales normas importan un obstáculo para la investigación y el eventual castigo de los responsables de graves violaciones a los derechos humanos y, en el caso de la extradición, atenta, además, contra el deber impuesto a los estados de cooperar en la lucha contra el flagelo del terrorismo que, como se dijo, afecta a toda la comunidad internacional por hallarse reñido con los más elementales principios de la convivencia humana civilizada.

30) Que, esta Corte juzgó que la calificación de delitos de lesa humanidad -como el terrorismo- está sujeta de los principios del *ius cogens* del derecho internacional y que no hay prescripción para los delitos de esa laya (Fallos: 318:2148). Este es un principio derivado tanto del derecho internacional consuetudinario cuanto del convencional, como por ejemplo la "Convención de la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad". En suma, los delitos de lesa humanidad nunca han sido prescriptibles en el derecho internacional ni en el derecho argentino. En rigor, el derecho internacional consuetudinario ha sido juzgado por esta Corte como integrante del derecho interno argentino (Fallos: 43:321; 176:218; 316: 567, disidencia del juez Boggiano).

31) Que no obsta a las conclusiones precedentes la circunstancia de que la "Convención Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidas con bombas" no estuviera vigente al momento de la comisión de los hechos en que se sustenta el pedido de extradición. Ello por cuanto, en razón de la naturaleza del delito, corresponde considerar, como se hizo en la citada causa Arancibia Clavel, voto del juez Boggiano, que "no se presenta en el caso una cuestión de conflicto de leyes en el tiempo pues el crimen de lesa humanidad lesionó antes y ahora el derecho internacional, antes el consuetudinario ahora también el convencional, codificador del consuetudinario" (considerando 29).

32) Que el principio de no retroactividad de la ley penal ha sido relativo. Este rige cuando la nueva ley es más rigurosa pero no si es más benigna. Así, la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad reconoce una conexidad lógica entre imprescriptibilidad y retroactividad. Ante el conflicto entre el

principio de irretroactividad que favorecía al autor del delito contra el *ius gentium* y el principio de retroactividad aparente de los textos convencionales sobre imprescriptibilidad, debe prevalecer este último, pues es inherente a las normas imperativas de *ius cogens*, esto es, normas de justicia tan evidentes que jamás pudieron oscurecer la conciencia jurídica de la humanidad (Regina v. Finta, Suprema Corte de Canadá, 24 de marzo de 1994). Cabe reiterar que para esta Corte tal conflicto es sólo aparente pues las normas de *ius cogens* que castigan el delito de lesa humanidad han estado vigentes desde tiempo inmemorial" (Arancibia Clavel, voto del juez Boggiano, considerando 30).

33) Que la inaplicabilidad de las normas de derecho interno de prescripción de los delitos de lesa humanidad tiene base en el derecho internacional ante el cual el derecho interno es sólo un hecho. Esta Corte, en cambio, no puede adherir a la autoridad de la Casación francesa en cuanto juzga que ningún principio del derecho tiene una autoridad superior a la ley nacional, en ese caso francesa, ni permite declarar la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra, ni prescindir de los principios de legalidad y de no retroactividad de la ley penal más severa cuando se trata de crímenes contra la humanidad (Corte de Casación, Fédération Nationale des déportés et internés résistants et patriotes et autres c. Klaus Barbie, 20 de diciembre de 1985; N° 02-80.719 (N° 2979 FS) - P+B, 17 de junio de 2003, Arancibia Clavel, voto del juez Boggiano, considerando 31).

34) Que resulta de aplicación el principio de imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad derivado tanto del derecho internacional consuetudinario cuanto de la Convención de la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad. En consecuencia, la Convención no fue celebrada para crear la imprescriptibilidad de delitos que por su naturaleza no eran susceptibles de prescribir, sino para proveer un sistema internacional bajo el cual el delincuente no puede encontrar un refugio ni en el espacio ni en el tiempo. En rigor, el derecho internacional consuetudinario ha sido juzgado por esta Corte como integrante del derecho interno argentino (Fallos: 43:321; 176:218; 316:567 disidencia del juez Boggiano). Además, la imperatividad de tales normas las torna aplicables aún retroactivamente en virtud del principio de actualidad del orden público internacional (Fallos: 319:2779).

35) Que la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad establece específicamente su aplicación retroactiva al expresar que tales crímenes "...son imprescriptibles cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido" (art. I). Este mismo principio surge del Preámbulo de dicha Convención cuando expresa que "... en ninguna de las declaraciones solemnes, instrumentos o convenciones por el enjuiciamiento y castigo de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad se ha previsto limitación en el tiempo". En este sentido advierte que "la aplicación a los crímenes de guerra y de lesa humanidad de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios suscita grave preocupación en la opinión pública mundial, pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes". Asimismo se reconoce que es oportuno "afirmar" el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y asegurar su aplicación interna-

cional. De los trabajos preparatorios de la Convención surge que se empleó el verbo "afirmar" en lugar de "enunciar" a fin de poner de manifiesto la posición según la cual el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y lesa humanidad ya existía en el derecho consuetudinario internacional por lo que la Convención no podía enunciarlo sino afirmarlo (Informes de la Comisión de Derecho Internacional, Resolución 3 XXII, aprobada por el Consejo Económico y Social por resolución 1158 (XLI) del 5 de agosto de 1966 y Resolución 2338 (XXII) de la Asamblea General del 18 de diciembre de 1967).

36) Que tal regla es ahora de valor y jerarquía constitucionales y por su especificidad respecto de los delitos que contempla tiene un ámbito material distinto y particular respecto de la norma general de prescriptibilidad sobre los demás delitos. Ambas reglas tienen la misma jerarquía constitucional y por consiguiente las normas especiales de imprescriptibilidad sólo rigen para los delitos contemplados en la Convención citada, que no está debajo de la Constitución Nacional sino a su misma altura (Fallos: 319:3148).

37) Que, no cabe pues predicar que el mencionado instrumento internacional está subordinado a la Constitución pues se identifica con ella. El principio de imprescriptibilidad consagrado en la Convención ya citada, al alcanzar jerarquía constitucional, integra el conjunto de principios de derecho público de la Constitución.

Tal principio conduce a valorar los hechos que dieron lugar al proceso bajo el prisma de las valoraciones actuales que imperan en el derecho internacional humanitario. Máxime si se tiene presente que declarar la prescripción de la acción penal en el país podría dar origen a la responsabilidad internacional del estado argentino.

38) Que, por lo demás, no es posible afirmar que el art. 18 de la Constitución Nacional que establece el principio de legalidad y de irretroactividad consagre una solución distinta en el art. 118 respecto a la aplicación de las normas del *ius cogens* relativas a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad. Ambos preceptos no colisionan sino que se complementan, ya que el segundo incorpora al orden interno las normas imperativas del derecho internacional como integrantes del principio de legalidad. La ley de lugar del juicio supone, pero, obviamente, no establece los principios del derecho de gentes.

39) Que no puede dejar de destacarse el compromiso asumido por el gobierno argentino frente a representantes de la comunidad judía y familiares de las víctimas del atentado contra la AMIA, de impulsar la sanción de una ley que impida la prescripción de causas que investiguen actos de terrorismo y que equipare expresamente esos delitos a los crímenes de lesa humanidad (Noticias comunitarias argentinas y del mundo, del 17 de febrero de 2005, "El Gobierno Argentino busca que no prescriban causas por terrorismo" www.argentina.shalomonline.com/noticiasant.asp).

40) Que, en tales condiciones, el juez de primera instancia en cuanto juzgó prescriptos los delitos que dan lugar al requerimiento según el Código Penal argentino, omitió el examen del derecho internacional en materia de terrorismo, tanto desde la perspectiva del derecho internacional convencional, cuanto de la que presentan los arts. 75, inc. 22 y 118 de la

Constitución Nacional y, por consiguiente, de la relación armónica entre el derecho constitucional y el derecho internacional. En efecto, la calificación adoptada por el sentenciante, aun cuando pudiera contemplar ciertos aspectos de los hechos que se le imputan al extraditable, desconsideran la máxima gravedad de los delitos susceptibles de afectar el orden y la seguridad pública en violación a los más elementales principios de la convivencia humana civilizada. En otras palabras, el hecho que motivó el pedido de extradición es un delito de lesa humanidad imprescriptible por la magna potencia de su antijuricidad y es manifiestamente contrario al derecho internacional y a la conciencia jurídica universal, por lo que no pudo denegarse la entrega con sustento en la prescriptibilidad del delito según la calificación de la ley argentina, que, según los precedentes considerandos no es prescriptible. Por lo demás, no obsta a la calificación "delitos de lesa humanidad" de los hechos que motivan el pedido de extradición en la presente causa la circunstancia de que, al ser cometido, no se llegara a causar la muerte efectiva de un ser humano. Al respecto, incide no sólo el hecho de que de todos modos fueran causadas lesiones personales de gravedad en dos auxiliares de la Dirección General de la Policía, sino también el dato de que la razón por la que un atentado contra la vida o contra cualquier otro bien llega efectivamente a producir el resultado deseado o no es, en cierta medida -y tal como se conoce desde siempre-, un producto no dominado plenamente por el autor, sino, al menos también, "obra" del azar. Dicho mediante una conocida figura de Armin Kaufmann: "Se trata de...en qué reside la diferencia en el contenido de culpabilidad entre el caso de dispara que acierta y aquél del que pasa silbando...Se tiene que explicar por qué la culpabilidad por el hecho depende de la habilidad del médico. Y es difícil hacer plausible que, cuando 6 meses después del hecho muere la víctima, la culpabilidad del autor crezca, mientras él está tendido en la cama y duerme" (Die Dogmatik im Alternativentwurf, en "ZStW", t. 80, 1968, págs. 34 ss., citado a través de su reedición en Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert, Gesammelte Ausfsätze und Vorträge, 1982, págs. 229 ss., esp. 243 y s., en versión española: La parte dogmática del proyecto alternativo, en "NPP", año 6, 1977, págs. 41 ss. esp. 57 s., trad. de Julio B. J. Maier). Para la capacidad del hombre de atenerse al derecho o de quebrantarlo no es decisivo qué termine ocurriendo sino aquello que razonablemente habría podido ocurrir según su representación del hecho, dado que, para expresarlo también con una conocida constatación teórica: "No tendría ningún sentido ordenarle al hombre: ¡tu debes no producir tal y tal resultado! Pues la producción del resultado depende de una serie de factores (condiciones) que están fuera del ámbito de poder del hombre respectivo; más bien uno sólo puede ordenarle: ¡tu debes no querer producir el resultado!" (Oskar Adolf Germann, Über den Grund der Strafbarkeit des Versuchs, 1914, pág. 129, cit. por Günther Stratenwerth, Acción y resultado en derecho penal, Hammurabi, Buenos Aires, 1991, trad. de Marcelo A. Sancinetti y Patricia S. Ziffer, pág. 41). En torno a esto no sólo decide el conocido dato teórico de que "la norma de la consumación no fundamenta ningún deber que no esté ya fundamentado también por la norma de la tentativa" (Diethart Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, Duncker & Humblot, Berlín, 1973, pág. 141, hay versión española: Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito, Hammurabi, Buenos Aires, 1991, trad. de Marcelo A. Sancinetti, pág. 159), sino la mera comprobación, acorde a intuiciones de justi-

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

cia de cualquier persona razonable, de que ya es un atentado que conmueve la paz entre los hombres y sus sentimientos más elementales de seguridad el llevar adelante un proyecto de acción con posibilidad de producir graves daños personales y materiales indeterminados o enormes extragos cuyos límites de nocividad ni siquiera están al alcance del autor: allí donde él pierda el control de evitar con seguridad resultados que integrarían un hecho de lesa humanidad si llegaran a producirse, así también se estará ante un hecho de lesa humanidad con su sólo tentativa, especialmente si el autor ha desarrollado todo su proyecto de acción, sin revocarlo en tiempo oportuno, abandonando al acaso la posibilidad de que se produzcan tales daños o no.

41) Que no resultan atendibles las alegaciones del requerido referidas a un supuesto peligro de ser sometido a tratos o penas crueles (art. 10 del Tratado de extradición con el Reino de España y 12 de la Convención Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas) porque no hay fundamentos que autoricen a suponer que la persona que se entrega vaya a enfrentar en el Estado requirente un riesgo real de exposición a un trato de esas características. Máxime cuando tanto la República Argentina cuanto el Reino de España son parte de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes (art. 1°).

42) Que, en atención a las consideraciones del voto de la mayoría en la presente causa, aun cuando se entendiera que el delito de terrorismo debe prescribir, corresponde una interpretación de las normas internas sobre prescripción que alcance la mayor armonía con los principios, valores y normas internacionalmente reconocidas sobre delitos de lesa humanidad. De este modo, al menos, se alcanzaría una solución justa equivalente por una interpretación aproximativa del derecho argentino al derecho internacional. En tal sentido y por los fundamentos del acápite VIII del dictamen del señor Procurador General, se impone concluir que mediaron en el caso actos de secuela del juicio y, por consiguiente, interruptivos de la prescripción.

Por ello, y lo dictaminado por el señor Procurador General, se revoca la sentencia apelada y se concede la extradición de Jesús María Lariz Iriondo al Reino de España. Notifíquese y devuélvase. ANTONIO BOGGIANO. ES COPIA

Recurso ordinario interpuesto por la Procuración General de la Nación, representada por el Dr. Esteban Righi. Traslado contestado por el Reino de España, representado por el Dr. Maximiliano Rusconi, patrocinado por los Dres. Santiago Vegezzi y María Valeria Onetto. Traslado contestado por Jesús María Lariz Iriondo, representado por los Dres. Gustavo R. E. Piantino y Eduardo N. Soares. Tribunal de origen: Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional Federal N° 11.

RECENSIONES

ABELLÁN HONRUBIA, Victoria, et al., "Pacis Artes". Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos, Tomos I y II, Universidad Autónoma de Madrid, Editorial Eurolex, Madrid, 2005, 2.100 páginas.

La obra convoca a ochenta y cinco destacados internacionalistas quienes rinden más de dos mil páginas de labor intelectual en homenaje al ilustre profesor sevillano.

El Comité Organizador, constituido por los Profesores Luis Ignacio Sánchez Rodríguez, José Carlos Fernández Rozas, Paz Andrés Sáenz de Santa María, Miguel Virgós Soriano, Miguel Ángel Amores Conradi, Francisco José Gracimartín Alférez y Juan José Álvarez Rubio, distribuyó las ricas colaboraciones en dos volúmenes. El Tomo I está dedicado al Derecho Internacional Público y Derecho Comunitario y de la Unión Europea, en tanto el Tomo II al Derecho Internacional Privado.

El primer Tomo I de 1080 páginas, dedica las primeras 142 carillas a la personalidad del ilustre profesor homenajeado. Lo hace incorporando, inicialmente, un relevante curriculum vitae del agasajado, en el que se destacan sus labores docentes, de investigación, publicística, diplomática, de asesoría jurídica internacional. Su paso por las Universidades de Sevilla, de Oviedo, la Autónoma de Madrid, a más de numerosos otros centros académicos, ponen de relieve su dedicación no sólo a la enseñanza sino, también, a la gestión en educación, mereciendo ser subrayados sus desempeños como Decano y como Rector de la Universidad Autónoma de Madrid y como Miembro del Comité Consultivo del Centro Europeo para la Enseñanza Superior de la UNESCO. De los 44 años trabajados en la docencia en distintas universidades, dedicó 22 a la Universidad Autónoma. En el año 2000 le fueron acreditados seis períodos por méritos docentes acumulados como Catedrático de Universidad y en 1992 cinco períodos de actividad investigadora.

El Profesor José Carlos Fernández Rozas, Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad Complutense de Madrid, en palabras preliminares, bajo el título El Profesor Julio D. González Campos y el Arte de la Paz, hace una semblanza del distinguido agasajado, partiendo desde los escenarios de su infancia y juventud hasta su desempeño como Magistrado del Tribunal Constitucional. Destaca el expositor la relación entre el Prof. González Campos y el Arte de la Paz, señalando que el homenajeado ha sabido transmitir su permanente preocupación por la búsqueda de la paz y de la libertad, mostrándose capaz de mantener la coherencia intelectual y la integridad personal. Sintetiza la proficua labor del insigne sevillano con un significativo apelativo: Arte de la Paz, definición que encabeza el título de la obra-homenaje.

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

El primer apartado del Tomo I se designa Derecho Internacional Público y comprende treinta y un estudios relativos a la libre determinación de los pueblos (Victoria Abellán Honrubia), al condominio internacional (Julio A. Barberis), a la influencia de la noción de comunidad internacional en la naturaleza del Derecho internacional público (Juan Antonio Carrillo Salcedo), a la protección diplomática e inactividad del Estado (Manuel Díez de Velasco Vallejo), a la delimitación del espacio ultraterrestre (Juan Manuel Faramiñán Gilbert), a derechos humanos y orden interno (Carlos Fernández de Casadevante Romani), al modelo norteamericano versus modelo europeo de respuesta al terrorismo (Antonio F. Fernández Tomás), a las normas imperativas del derecho internacional (Cesáreo Gutiérrez Espada), a las restricciones de competencia en litigios con presencia de trifenios (Carlos Jiménez Pieras), a prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (José Juste Ruiz), al régimen internacional de la Bahía de Fonseca (Carlos López Contreras), a la prohibición internacional de la tortura (Fernando M. Mariño Menéndez), a la Comisión de límites de la plataforma continental (Richard Meese), al Derecho internacional y a la sociedad global (Francisco Orrego Vicuña), a la paz y seguridad internacionales a propósito de la Guerra de Irak de 2003 (José Antonio Pastor Ridruejo), al jus in bello, jus ad bellum y derechos humanos en la opinión consultiva de la CIJ sobre el Muro (Manuel Pérez González), al agotamiento de los recursos internos (Javier Quel López), al derecho del MERCOSUR y el derecho internacional en los laudos de los tribunales ad hoc (Ernesto J. Rey Caro), a la función de la duda en derecho constitucional y derecho internacional (François Rigaux), al derecho penal internacional y su contrastación con el derecho internacional penal (Alejandro Rodríguez Carrión), al sistema de control de los convenios internacionales del trabajo de la OIT y el papel de la Comisión de Expertos (Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer), al consentimiento del Estado y la formación de los acuerdos internacionales (Javier Roldán Barbero), a los avatares de la neutralidad jurídica (Jean Salmon), a la proscripción la fuerza como regla general del derecho internacional en el asunto Nicaragua contra EE.UU. (Jürgen Samtleben), al derecho internacional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Luis Ignacio Sánchez Rodríguez), a la obra de Heinrich Triepel (Francisco Sosa Wagner), al envite del neoconservadurismo norteamericano al ordenamiento internacional (Santiago Torres Bernárdez), a las zonas de tránsito de los aeropuertos como ficción liminar interior (Alejandro del Valle Gálvez), al desafío del derecho internacional de los derechos humanos en el primer decenio del siglo XXI (Carlos Villán Durán), a la protección del patrimonio cultural subacuático (Spyridon Vrellis) y a la contribución de España a la regulación internacional de la preservación del medio marino (José Antonio de Yturriaga Barberán).

El segundo apartado del Tomo I, titulado Derecho Comunitario y de la Unión Europea, se ocupa de la relevancia constitucional del derecho comunitario (Paz Andrés Sáenz de Santa María), de la política constitucional de la Unión Europea (Pedro Cruz Villalón), de las quiebras del derecho administrativo en materia de entes sujetos al derecho público y a medidas cautelares contencioso-administrativas constatadas por el TJCE (Eduardo García de Enterría), del proyecto constitucional europeo y la interpretación de derechos y libertades en la Constitución española (Diego J. Liñán Noguera), de la incidencia del proyecto de tratado constitucional europeo sobre la Constitución española (Araceli Mangas Martín), de la mejo-

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

ra de la reglamentación en la UE (Manuel Medina Ortega), de la constitución económica en el marco de la Constitución europea (Aurelio Menéndez Menéndez), del derecho internacional y derecho comunitario en las dos últimas revisiones de la Constitución portuguesa (Rui Manuel Moura Ramos), de las relaciones entre derecho internacional y derecho comunitario en materia de tratados (Aurelio Pérez Giralda), de la articulación de la responsabilidad internacional entre la Unión Europea y sus Estados Miembros a la luz del Art. 300.7º CE.

El Tomo II está integrado por cuarenta y tres estudios. El primer apartado dedicado al Derecho Internacional Privado desarrolla los siguientes temas: reforma del Art. 107 del Código Civil (Ana Paloma Abarca Junco), problemas de aplicación de la norma de conflicto (Mariano Aguilar Benítez de Lugo), desarrollo y normalización constitucional del Derecho internacional privado español (Santiago Álvarez González), nuevo derecho marítimo comunitario (Juan José Álvarez Rubio), Constitución española y proceso civil internacional (Miguel Amores Conradi), el principio de buena fe y los conflictos de leyes (Bertrand Ancel), el juego de las cláusulas correctivas de carácter negativo en el sector de protección de menores (María Asunción Asín Cabrera), la reagrupación familiar de los extranjeros residentes en España (Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), el impacto del Tratado de la Comunidad Europea en los apellidos de los ciudadanos europeos migrantes (Michael Bogdan), protección internacional del niño y del adulto como expresión de la materialización del derecho internacional privado (Alegoría Borrás), elección conflictual de una normativa no estatal sobre contratos internacionales desde una perspectiva europea (Nuria Bouza Vidal), la norma del conflicto del Siglo XXI (Alfonso Luis Calvo Caracava), revisión del Art. 4 del Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Luis F. Carrillo Pozo), nuevas tendencia en derecho de familia: el caso de las uniones de personas del mismo sexo (Pilar Domínguez Lozano), la diversidad cultural y la pluriconexión jurídica en el marco del fenómeno complejo de la gerontoinmigración (Mayte Echezarreta Ferrer), reparto de competencias entre la unión europea y los estados en materia de Derecho internacional privado (María Jesús Elvira Benayas), presente y futuro del reconocimiento y ejecución de los laudos extranjeros en España (Carlos Esplugues Mota), la materialización del nuevo Derecho internacional privado proyectado en Bélgica (Marc Fallon), adquisición de la nacionalidad española de origen por el menor adoptado por español o española ante la autoridad competente extranjera (Víctor Fuentes Camacho), "doble escalón" del Derecho internacional privado sobre la toma en consideración de otro ordenamiento jurídico en la interpretación del derecho material aplicable (Laura García Gutiérrez), pluralismo jurídico e inversión extranjera (Isabel García Rodríguez), mayor coherencia de reglas de conflicto de leyes (Hélène Gaudemet-Tallon), función del Derecho internacional privado y técnicas de reglamentación (Mónica Guzmán Zapater), regulación conflictual de los derechos reales (Iván Heredia Cervantes), tipos europeo de conflictos de normas (Karl F. Kreuzer), hacia un reglamento comunitario del Derecho internacional privado de los regímenes matrimoniales y sucesorios (Paul Lagarde), implementación futura por parte de los EE.UU. de la Convención de La Haya de 1993 en materia de adopción (Peter H. Pfund), técnica normativa, derecho extranjero y pluralidad de fuentes (Pilar Rodríguez Mateos), daños punitivos y orden público (Elena

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

Rodríguez Pineau), la función de las técnicas conflictuales en los procesos en los procesos de unificación del Derecho internacional privado (Sixto Sánchez Lorenzo), Estado de origen versus Estado de destino (Miguel Virgós Soriano y Francisco J. Garcimartín Alférez), mecanismos de flexibilización y materialización en la regulación del contrato internacional de trabajo (María Elena Zabalo Escudero) y casos recientes de aplicación del Alien Tort Claims Act de 1789 de los EE.UU. respecto de las corporaciones multinacionales (Francisco Javier Zamora Cabot).

El apartado segundo del Tomo II se ocupa del Derecho Constitucional y trata de: Constitución, realidades y posibilidades (Elías Díaz), notas para la interpretación del Art. 51 de la Constitución (Luis Díez-Picazo), pensamiento jurídico constitucional del Magistrado Julio D. González Campos (José María Espinar Vicente), protección de minorías e identidades históricas en la práctica constitucional europea (Miguel Herrero de Miñón), cauces para la resolución por el Tribunal constitucional de controversias entre los diversos entes que configuran la organización territorial del Estado (Guillermo Jesús Jiménez Sánchez).

El apartado tercero del Tomo III, lleva la denominación de Varia y se ocupa de los siguientes tratamientos: los derechos de propiedad industrial como objeto de propiedad (Alberto Bercovitz), globalización económica y derecho público interno: entre la uniformidad y la competencia de ordenamientos (Julio V. González García), el fracaso de la Intendencia en Honduras con referencia a la Alcaldía Mayor de Tegucigalpa (Marta Lorente Sariñena), el primer ensayo de regulación legal de exigencia de responsabilidad personal de los ministros (Alejandro Nieto) y OPA, fusión y modificación de Estatutos (Aníbal Sánchez Andrés).

La obra homenaje es impecable, enorme esfuerzo sólo compensado por el deseo de responder sin reticencias y con la máxima generosidad y esfuerzo a un Maestro a cuyas "lecciones", quienes las han recibido han dado en designar "Arte de la paz".

Zlata Drnas de Clement

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA – INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y DERECHO DE LA INTEGRACIÓN. CUADERNO DE DERECHO INTERNACIONAL NÚMERO I, DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DE LOS LAUDOS ARBITRALES DEL MERCOSUR, Instituto de Derecho Internacional Público y de Derecho de la Integración, Editorial Advocatus, Córdoba, 2004, 163 páginas.

Esta obra recopila los primeros nueve Laudos Arbitrales del Mercosur. En la Introducción, el profesor Rey Caro afirma que el arbitraje, lejos de haber perdido prestigio, como piensan muchos, sigue ocupando un lugar de privilegio. Pero deja en claro que en un proceso de integración como el Mercosur, la resolución de controversias por este sistema ad hoc, resulta insuficiente. Pese a todo, una de las novedades es que ahora puede obviarse la intervención de los Tribunales Arbitrales Ad Hoc y recurrir al Tribunal Permanente de Revisión, una vez concluidas las Negociaciones Directas entre las partes.

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

El Laudo I, Medidas Restrictivas al Comercio Recíproco, Argentina (parte reclamante) contra Brasil (parte reclamada) (María Susana Sartori). El arbitraje al ser obligatorio, fuerza al demandado a someterse a él, sin que se requieran acuerdos especiales. Ante normativas brasileras que fueron consideradas por Argentina como restricciones al comercio intrazona y manifiestamente incompatibles con el espíritu del Mercosur, el Tribunal resolvió acoger parcialmente la reclamación, de acuerdo con un enfoque teleológico, esto es teniendo en cuenta los fines, objetivos y principios del sistema de integración.

El Laudo II, Subsidios a la Producción y Exportación de Carne de Cerdo, Argentina c/ Brasil (María Susana Sartori). Argentina sostuvo que Brasil tenía normas que constituían subsidios encubiertos a la exportación de carne de cerdo, por lo que le solicitó que corrigiera este sistema. Brasil negó la admisibilidad de las reclamaciones. El Tribunal resolvió por mayoría no hacer lugar al reclamo relativo a la aplicación del Sistema de la CONAB (stocks públicos de maíz brasileros), y por unanimidad admitió la procedencia del reclamo argentino en cuanto a la utilización del PROEX (programa de financiamiento de las exportaciones de Brasil).

El Laudo III, Medidas de Salvaguardia sobre Productos Textiles, Brasil c/ Argentina (Esther Mathieu). Argentina dictó a través de su Ministerio de Economía, la Res. 861/99 por la cual se establecieron cupos anuales sobre productos textiles de algodón provenientes de Brasil. La República Federativa de Brasil sostuvo que dicha medida era incompatible con el libre comercio de los Estados Miembros. Argentina replicó que ante la inexistencia de normas Mercosur que regularan el objeto de la controversia, no existía conflicto a resolver, tornando abstracta la cuestión. El Tribunal respondió que tal vacío legal no existía, que la Resolución del ministerio argentino, por lo tanto, era incompatible con el Tratado de Asunción y con la normativa del Mercosur, por lo que debía ser revocada.

El Laudo IV, Medidas Antidumping contra la Exportación de Pollos Enteros Provenientes de Brasil, Resolución 574/2000 del Ministerio de Economía de Argentina, Brasil c/ Argentina (María Cristina Rodríguez). En el comercio internacional es bien conocido que las medidas antidumping son una reacción ante la práctica desleal del dumping. En el caso concreto, el Tribunal dictaminó que estaba frente a la ausencia de normas que regularan expresamente el régimen antidumping intrazona, por lo que falló que dichas medidas eran incompatibles con el principio de la libre circulación de los bienes, basándose en jurisprudencia anterior a la creación de los Tribunales Arbitrales del Mercosur, como por ejemplo las del GATT-OMC. El Tribunal efectuó una distinción entre los derechos de antidumping como medida ilícita, de su utilización como medida lícita.

El Laudo V, Restricciones de Acceso al Mercado Argentino de Bicicletas de Origen Uruguayo, Uruguay contra Argentina (Arturo S. Pagliari). Uruguay manifestaba que Argentina a través de un proceso sibilino, procuraba poner en entredicho y violar las reglas en materia de origen; tales medidas debían ser declaradas absolutamente nulas, permitiendo el libre acceso al mercado interno argentino de las bicicletas uruguayas. Argentina negaba haber violado normativa Mercosur alguna, ya que las acciones aduaneras de selectividad y

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

control adoptadas internamente, eran lícitas. El Tribunal resolvió por unanimidad que la Resolución argentina, era violatoria de la normativa del Mercosur, ya que contrariaba uno de los pilares de todo proceso de integración: la seguridad jurídica.

El Laudo VI, Prohibición de Importación de Neumáticos Remoldeados procedentes de Uruguay, Uruguay c/ Brasil (Zlata Drnas de Clément). Luego de haber fracasado en el intento de Negociaciones Directas, Uruguay reclamó contra una Portaria de la Secretaría de Comercio Exterior de Brasil, por la cual se disponía no conceder licencias de importación de neumáticos recauchutados. Brasil argumentó, entre otros alegatos, que los "remoldeados", no podían ser considerados neumáticos nuevos. El Tribunal resolvió por unanimidad que la Portaria en cuestión, era incompatible con la normativa Mercosur, por lo que Brasil debería adaptar su legislación interna, para favorecer la integración.

El Laudo VII, Obstáculos al Ingreso de Productos Fitosanitarios Argentinos en el Mercado Brasileño, Argentina c/ Brasil (María Alejandra Sticca). Argentina alegaba que Brasil infringía las obligaciones derivadas de la falta de incorporación de disposiciones del derecho derivado del Mercosur, relativas a la facilitación de la libre circulación de productos fitosanitarios. Brasil defendía su posición, ya que las medidas internas adoptadas, tenían como finalidad proteger la salud, el medio ambiente y la seguridad de la población. El Tribunal se hizo eco del reclamo argentino y condenó a la reclamada a incorporar todas las normas necesarias, en un plazo de 120 días.

El Laudo VIII, Aplicación del IMESI (Impuesto Específico Interno) a la Comercialización de Cigarrillos Originarios de Paraguay, Paraguay c/ Uruguay (Fanny Peralta). Al aplicar Uruguay el IMESI a los cigarrillos, Paraguay, luego de agotados otros recursos, solicitó el inicio del procedimiento arbitral. El Tribunal resolvió, por unanimidad, que Uruguay debía cesar con los efectos discriminatorios con relación a los cigarrillos paraguayos. Y por mayoría, que se pusiera fin en el plazo de 6 meses, a los demás efectos discriminatorios que resultasen de su aplicación por vía administrativa, en relación con los cigarrillos guaraníes.

El Laudo IX, Régimen de Estímulo a la Industrialización de Lana, otorgado por Uruguay..., Argentina c/ Uruguay (Graciela R. Salas). Argentina solicitó la eliminación de una bonificación del 22% del valor FOB sobre exportaciones de tejidos lanares por parte de Uruguay. El Tribunal resolvió ordenar a Uruguay que procediera a eliminar dicha bonificación. Como hecho distintivo, podemos observar que por primera vez se aplicó una sanción en forma de costas a una de las partes (Uruguay), por su falta de buena fe en materia procesal.

Diego García Montaña

ALDECOA LUZÁRRAGA Francisco, Tratado por el que se establece una Constitución para la Unión Europea, Biblioteca Nueva, Real Instituto Elcano, Madrid, 2004, 316 pág.

El profesor de la Universidad Complutense de Madrid nos acerca en esta oportunidad un interesante estudio del Tratado por el que se establece una Constitución para la Unión Europea, desde una óptica marcadamente política.

La publicación que nos ocupa en esta oportunidad está compuesta por dos partes claramente diferenciadas: la primera de ellas, bajo el título Comentarios al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa ¿Qué es? ¿Un Tratado o una Constitución? Es un análisis de este nuevo escalón en la integración europea, centrado en una visión desde la relaciones internacionales, en virtud de lo cual se detecta la importancia que el autor otorga a las funciones cumplidas por los actores internacionales, a menudo muy cercanos a una concepción política de los sujetos internacionales, posición ésta no siempre compartida.

Para el autor la Declaración de Laeken reviste una marcada importancia, a punto tal de dejar abierta la posibilidad de que se considere que de la misma pueda colegirse un mandato constituyente implícito. Esta posición del autor surge del desarrollo que hace de las negociaciones llevadas adelante en el seno de la Conferencia Intergubernamental.

En reiteradas oportunidades intenta responder a la pregunta que identifica esta parte de su trabajo, respecto de lo cual sostiene que "El Tratado Constitucional no es un híbrido de Tratado y Constitución como a veces se afirma, sino que es las dos cosas a la vez (...)", y es esa en definitiva la posición del profesor Aldecoa Luzárraga.

Para fundamentarla desarrolla una serie de consideraciones en los distintos apartados, de las que es fácilmente detectable una doble visión: por una parte política, en tanto y en cuanto construcción "de un nuevo edificio político con la intención de elaborar una Constitución" (Partes I y II), y por otra el mantenimiento de los actuales Tratados, en parte modificados (Partes III y IV). La primera de ellas radica en un proyecto político europeo del que una parte importante es la inclusión de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de manera tal que se habla de un modelo político europeo que consiste en una auténtica unión de ciudadanos y Estados. Mientras que en la segunda el acento está en un intento de clarificar el sistema europeo de manera que precisamente sea accesible a los ciudadanos comunes. La reforma en este último caso no es sino en ciertas áreas muy reducidas.

Luego de un esquemático estudio de algunas de las modificaciones más notorias, concluye esta primera parte diciendo que "Esta Constitución es, ante todo, la Constitución de la primera democracia transnacional de la historia, expresión de la sociedad internacional de la globalización y del mundo al que vamos. Por ello, no cabe duda que esta Constitución se ha redactado no con los ojos puestos en el ayer sino con los del mañana, el mundo globalizado del futuro que demanda cada vez más integración". Quedan así precisados los conceptos desarrollados en los puntos anteriores.

La segunda parte está conformada pura y exclusivamente por el texto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (Partes I a IV), lo que permite al lector acceder fácilmente al texto medular del mismo, aunque no se incluyen los protocolos anexos que complementan a este Tratado.

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

A partir de lo expuesto es posible afirmar que la visión política que sintéticamente nos proporciona este trabajo tiene el valor de complementar el contenido jurídico de tan importante instrumento europeo.

Por otra parte, la simplicidad de su lenguaje, el ritmo de la exposición y la medida en las notas de pie de página permite un fácil acceso, aún por parte de quienes recién se asoman al conocimiento de las instituciones europeas actuales.

Graciela R. Salas

ALONSO GARCÍA, Ricardo; SARMIENTO, Daniel; La Constitución Europea – Texto, Antecedentes y Explicaciones, Thomson – Civitas, Edit. Aranzadi, Navarra (España), 2005, 1.038 páginas.

En esta ocasión, se me honra con la tarea de comentar la reciente obra de los Profesores Alonso García y Sarmiento, la cual recoge el “Tratado por el que se establece una Constitución para Europa”, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004.

Esta lúcida publicación tiene como objetivo explicitar el proceso de elaboración de ese tratado internacional mostrando los trabajos de la Convención constituida en febrero de 2002 para examinar el futuro desarrollo de la Unión y la Conferencia Intergubernamental de Roma, y los precedentes normativos que están detrás del texto del tratado.

Para los autores estamos frente a un verdadero tratado internacional de reforma del Tratado de Maastricht de 1992, pero al ser equívoca la denominación que se le ha dado, ello permite enfatizar la segunda parte “constitución europea” sobre “tratado”. Asimismo, señalan que más rigurosa y conforme a la realidad les parece la denominación barajada desde los inicios del debate sobre la reforma “Tratado constitucional de la Unión Europea”, aunque ello no es óbice para intitular a esta obra “Constitución Europea”, cuyo valor simbólico pone de manifiesto la voluntad política de continuar la senda de “una unión cada vez más estrecha entre los pueblos europeos”.

En el prólogo que acompaña este trabajo, los autores sostienen que la novedad de esta reforma del proceso de integración europeo, que determinó el empleo de la expresión “Constitución”, reside por una parte, en la configuración del ejercicio del poder público europeo, tanto en lo concerniente a la delimitación de las prerrogativas de las instituciones que integran el aparato político de la Unión como en la delimitación de competencias entre la Unión y los Estados miembros; y por otra parte, en la incorporación al tratado de una Carta de Derechos Fundamentales.

Atento el objetivo que persiguen con la edición de este libro, los profesores efectuaron una exposición artículo por artículo, con una clasificación temática dividida en los siguientes bloques: *Antecedentes, *Concordancias y *Explicaciones.

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

En los Antecedentes se hace mención a la novedad del precepto en conexión con la existencia o no de una norma equivalente en los actuales Tratados constitutivos. Cuando no existen precedentes se señala que es una "artículo nuevo". Cuando existen antecedentes se transcribe el texto del precepto del Tratado de la Unión Europea o del Tratado de la Comunidad Europea. Para los autores este es material suficiente para ofrecer una visión integradora de los antecedentes de la Constitución Europea. También se recogen las divergencias que existen entre el texto del proyecto elaborado por la Convención y la versión definitiva adoptada por la Conferencia Intergubernamental.

En Concordancias se hace referencia a los preceptos de la Constitución y en su caso de los Protocolos y Declaraciones anexas vinculados al artículo correspondiente.

En Explicaciones se recogen textos que pueden resultar de interés a la hora de interpretar la Constitución. Se incluyen documentos del Praesidium de la Convención y extractos de los Informes Finales de los Grupos de Trabajo y los Círculos de Debate.

La obra comentada se divide en cuatro partes, las cuales están precedidas por un prólogo y por tablas de correspondencias entre la Constitución Europea y los Tratados UE y CE y, entre Tratados UE y CE con la Constitución Europea.

En la Primera Parte encontramos el "Tratado por el que se establece una Constitución para Europa". En la Segunda Parte se incorporaron los treinta y seis Protocolos anexos al Tratado por el que se establece una constitución para Europa. En la Tercera Parte se encuentran los dos Anexos al citado Tratado. Finalmente, la Cuarta Parte está integrada por las Declaraciones anexas al Acta Final (30 Declaraciones relativas a disposiciones de la Constitución, 11 Declaraciones relativas a Protocolos anexos a la Constitución y 9 Declaraciones que no forman parte de la Constitución).

Es una obra en la que los autores ponen de manifiesto un profundo conocimiento de la temática, expuesta con originalidad, claridad y acertada metodología. La selección de los textos explicativos así como los antecedentes normativos hacen un trabajo esencial para manejar y comprender el acervo de normas de la futura Unión Europea.

En suma, estamos ante una herramienta de trabajo indispensable y de consulta obligada para quienes pretendemos comprender la problemática que plantea la Unión Europea.

María Alejandra Sticca

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, Globalización y Orden Internacional, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2005, 76 pp.

Pocas expresiones han sido utilizadas en los últimos tiempos con tanta asiduidad como "globalización". Demonizada por unos, ensalzada por otros, según sea el contenido que se

le asigne, ha motivado múltiples libros, monografías, notas periodísticas, más allá de su proyección en el campo ideológico.

La inquietud por esclarecer su alcance y su relación con el orden internacional es el reto que ha afrontado el prestigioso internacionalista español en la obra referida, en cuya introducción recuerda su paso por los claustros universitarios de su ciudad natal, Sevilla, y los acreditados maestros que influyeron en su formación, entre los que se cuentan notables juristas y un renombrado internacionalista, D. Mariano Aguilar Navarro.

Al abordar el tema central, destaca las características esenciales de la globalización contemporánea, como la liberalización del comercio internacional, el aumento de la competencia en los mercados mundiales, la expansión de las inversiones extranjeras directas y la presencia masiva de flujos financieros transfronterizos, y subraya los factores subyacentes que contribuyeron para su aparición.

Como proceso multidimensional y no sólo económico, recuerda la definición de Luis Sanpedro: "constelación de centros de intereses paralelos, cuyas decisiones dominan los mercados mundiales, especialmente los financieros, usando para ello la más avanzada tecnología y aprovechando la ausencia o debilidad de medidas reguladoras y de controles públicos".

En este capítulo de la obra, distingue igualmente tres aspectos que en su entender encierra la etapa actual de la globalización, a saber: la vertiginosa mundialización de imágenes audiovisuales, la extensión geográfica del proceso de mundialización que ha llegado a Estados como China, y los cambios en los instrumentos mediante los cuales se verifica dicha expansión, como la informática y las nuevas tecnologías de las telecomunicaciones. Sobre ellos, ofrece interesantes y originales reflexiones.

En otro capítulo de la obra, trata un tema medular: ¿Cómo gobernar la globalización? Para ello elige tres caminos. En primer lugar, el establecimiento de una autoridad mundial. En segundo término, el rol que pueden desempeñar las organizaciones del sistema de las Naciones Unidas. Por último, la función de los Estados en orden a la regulación de la globalización. Las observaciones que desliza en orden a dar algunas respuestas son más que interesantes y sustanciosas, recurriendo con frecuencia a la observación de algunos hechos -jurídicos y extrajurídicos- que han caracterizado la evolución de la comunidad internacional en el siglo pasado, centrando su atención en el concepto de soberanía. Es en vinculación con esta cuestión donde el jurista español señala la aparente contradicción que un profesor de Derecho internacional como él, que ha insistido tanto en sus lecciones en el desarrollo progresivo y en las transformaciones de esta rama de las ciencias jurídicas, defiende el papel de los Estados soberanos en la regulación ordenada de la vida internacional. Pero aventando tal apariencia, sostiene que lo fundamental consiste en recordar que la soberanía no puede limitarse a su aspecto negativo sino que implica deberes y obligaciones de los Estados, y de ahí que lejos de ser un obstáculo para la existencia y desarrollo del Derecho Internacional, la soberanía sea por el contrario un instrumento para su realización. Propone, en suma, una relectura revalorizada y funcional de la soberanía sobre la base de ciertas ideas que están subyacentes en varias de sus obras y que sirven de sustento a sus reflexiones finales.

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

Como estudioso y conocedor en profundidad del orden internacional, destaca en sus conclusiones que el Derecho internacional se ve hoy investido de una misión de transformación de la sociedad internacional, al servicio de la paz, la promoción y protección de los derechos humanos, el desarrollo integral y sostenible de los derechos humanos y la preservación del equilibrio ecológico del planeta.

Evocando a sus maestros y en particular a Don Antonio Truyol y Serra, afirma: "Al defender la necesidad de la Política y del Derecho como instrumentos imprescindibles para la búsqueda de una globalización justa y equitativa -sostiene con su habitual claridad conceptual- espero haber sido fiel a su magisterio, que siempre ha inspirado todo mi quehacer universitario: buscar la formación antes que la información, lo permanente antes de lo efímero, esforzarme en cultivar el denominador común de la cultura como sistema vital de ideas de nuestro tiempo (...)". Sin duda, el autor, ha cumplido con tal deseo.

Estamos frente a una obra sustanciosa, de lectura amena, que proporciona al lector la visión de un maestro del DI sobre un concepto polifacético, polémico, no carente de múltiples lecturas, pero que merece estudios serios y sin prejuicios. Carrillo nos ofrece uno de ellos.

Ernesto J. Rey Caro

DEL CASTILLO, Lilian, *El Régimen Jurídico del Río de la Plata y su Frente Marítimo*, Buenos Aires, CARI Fundación, 2005, 688 pp.

Caro a los intereses argentinos, el Río de la Plata ha motivado múltiples teorías sobre su status jurídico, a la vez que durante muchos años impulsó a los juristas de ambas márgenes a que polemizaron sobre cuestiones inherentes a la soberanía, su delimitación, sobre el uso de sus aguas, etc. En alguna época no estuvieron ausentes algunos incidentes con terceros Estados originados en las posturas adoptadas por los ribereños particularmente sobre la navegación en el mismo.

Por fortuna, el espíritu de hermandad prevaleció y a partir de la década del 60 del siglo pasado se fue alentando una solución integral que se plasmó en el Tratado de 1973, que constituye el meollo del interesantísimo y completo trabajo de la Profesora Lilian del Castillo. Como lo destaca inicialmente su autora, constituye una versión revisada de su tesis doctoral, que sin duda fue un meritorio esfuerzo que le permitió acceder al máximo grado académico. Las palabras del prefacio preanuncian el plan de la obra, prologada por el Profesor Julio A. Barberis, uno de los más destacados estudiosos argentinos de los temas fluviales y conocedor de la rica problemática que encierra esta materia.

Una necesaria introducción, en la que pone de manifiesto la trascendencia de esta vía acuática en un contexto geográfico, histórico y político, precede a los once capítulos del trabajo, divididos en seis partes, en los que se desgranar diversas cuestiones vinculadas con el Río de la Plata.

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

La primera parte, incluye dos capítulos referidos a aspectos geográficos e históricos y a la elaboración de su régimen jurídico, que preparan al lector para poder apreciar el origen y la magnitud de los muchos problemas que debieron afrontar los negociadores del Tratado referido. La reseña histórica se remonta a la época de los descubrimientos en el Nuevo Continente y de los primeros exploradores. La creación del Virreinato del Río de la Plata marca uno de los hitos, pero la época axial se ubica en el periodo de la independencia y surgimiento de las nuevas naciones en este extremo del continente.

A partir de estas reflexiones, la autora se introduce de lleno en el análisis del Acuerdo. En general, sigue la metodología del instrumento en cuanto a la naturaleza de los problemas abordados y las soluciones adoptadas, partiendo de la llamada cuestión de la "soberanía" y "jurisdicción". No cabe duda que sobre estas materias el acuerdo ofrece una no muy usual arquitectura jurídica, y presenta soluciones muy peculiares.

La navegación y obras, el pilotaje y practicaje, la salvaguardia de la vida humana, el lecho y subsuelo, las islas, la contaminación, la pesca, la investigación, la Comisión Administradora del Río de la Plata, entre otras, son las materias comprendidas en el estudio del régimen establecido para el río.

Un capítulo importante es sin hesitación el referido al Frente Marítimo del Río de la Plata y a su régimen. Las cuestiones de delimitación, la zona común de pesca, la navegación, la pesca, la contaminación, la investigación, la Comisión Técnica Mixta del Frente Marítimo, ocupan la atención de la autora, la cual, más allá de las referencias a las normas adoptadas, realiza un detenido examen crítico de las mismas, no omitiendo una visión personal.

La tercera Parte está dedicada a las Comisiones Binacionales y a los acuerdos posteriores y complementarios. Allí expone la autora la actividad cumplida por estos órganos en orden al desarrollo de los aspectos medulares del Tratado, dentro de las competencias atribuidas a cada uno de ellos. Sin perjuicio de las desavenencias habituales, la tarea cumplida ha sido más que remarcable y útil, y las medidas adoptadas y los proyectos elaborados sin hesitación, contribuyeron a acelerar la integración entre los dos países.

La obra ofrece asimismo dos interesantes secciones referidas a la interpretación de los tratados en general y a la interpretación y aplicación del Tratado sobre el Río de la Plata en particular. Es frecuente que las Partes en un acuerdo discrepen sobre el alcance de las obligaciones contraídas y también sobre las atribuciones de los órganos creados, y cabe pensar que el Tratado sobre el Río de la Plata constituya una excepción.

Como es habitual, el trabajo incluye una abundante bibliografía sobre las materias abordadas, una relación de casos jurisprudenciales, tanto internacional como nacional, ilustraciones, y un completo anexo documental.

Las limitaciones que impone la práctica en estas notas bibliográficas, impide considerar in extenso otros aspectos de la obra comentada. Esta última tarea pertenece al lector. No

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

tenemos duda alguna que éste quedará enteramente satisfecho consultando esta obra que además de una exposición científica de una avezada investigadora, ofrece una reseña de la práctica que brinda la aplicación de uno de los tratados más provechosos para regular las relaciones entre dos países cuyos destinos son inseparables.

La nobleza de la autora queda reflejada en palabras finales, cuando observa "Este estudio ha sido elaborado, como es notorio, desde la margen occidental del Río de la Plata. Por esta razón, si bien su mirada se extiende desde la ribera argentina, no puede dejar de destacar la actitud del Uruguay de defender sin claudicaciones su participación en todas las actividades que se desarrollan en su territorio fluvial y marítimo, dicho esto como reconocimiento de su activa política exterior". Qué lejos están estas reflexiones de aquellas posturas chauvinistas que procuran fragmentar lo que por naturaleza es inseparable!

Enhorabuena, profesora Lilian del Castillo, por haberme permitido a través de este comentario abreviar de una obra que está destinada a ser de consulta obligatoria para todos cuantos deseen tener una visión actualizada de esta problemática tan enraizada en los intereses de argentinos y uruguayos.

Ernesto J. Rey Caro

DREYZIN DE KLOR, Adriana - SARACHO CORNET, Teresita, Trámites Judiciales Internacionales, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 2005, 582 páginas.

En una época en que el mundo da visos de volverse cada vez más pequeño, facilitando los intercambios jurídicos de todo tipo más allá de las fronteras estatales, la complejidad que tal panorama presenta en el ámbito procesal origina no pocos conflictos. Sea por tratarse de un caso iusprivatista internacional, por contar con la participación de sujetos radicados en diferentes países o por resultar imprescindible la colaboración de autoridades foráneas a fin de cumplimentar un determinado acto, la faena en cuanto a desentrañar la regulación vigente para cada cuestión no se revela sencilla. La obra de estas dos reconocidas juristas cordobesas irrumpe en el escenario de la literatura especializada, dotada de un lenguaje accesible, diáfana sistematización y destinada a convertirse no sólo en una útil herramienta a la hora de enfrentar cada una de las aristas que en la vida práctica los actos de cooperación judicial internacional ostentan, sino a esclarecer los fundamentos y principios que iluminan la normativa existente en la materia.

El núcleo duro del libro se compone de dos secciones: la primera de ellas, estratégicamente prevista en orden a la ubicación de la problemática en el marco general de la disciplina del Derecho Internacional Privado, aborda en sus sucesivos capítulos la temática relacionada con "Las fuentes del Derecho Internacional Privado.", "Incorporación, vigencia y jerarquía de los tratados internacionales. Su regulación en la República Argentina" e "Incorporación y vigencia de las normas de derecho derivado del Mercosur". Mientras tanto, a lo

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

largo de la segunda sección se aborda el tratamiento del objeto del trabajo, a través de cuatro capítulos que se ocupan de: "La cooperación jurídica internacional", "La regulación normativa de la cooperación en primer grado", "La regulación normativa de la cooperación de segundo grado" y "La regulación normativa de la cooperación en tercer grado". Tanto la recepción jurisprudencial de lo expuesto en dichas páginas, como gran parte de las normas que se analizan, se encuentran analíticamente compendiadas en sendos anexos al efecto.

Fieles a la propuesta metodológica originariamente explicitada, la labor se inicia indagando y clarificando vitales cuestiones en torno a las fuentes del DIPr, tanto en cuanto respecta a su naturaleza, como a su manifestación práctica. Con ese objetivo, analizan las autoras, desde una visión actual, las clasificaciones que pacíficamente la doctrina ha concertado en relación a la reglamentación aplicable, considerando, por una parte, el ámbito legisferante del cual emana (dimensión interna, convencional, institucional y transnacional), y la especificidad o generalidad de la regulación elaborada (global o sectorial) por otra. Identifican así, en el orden interno argentino, las diversas leyes que incluyen normas atinentes a la cuestión, describiendo a su vez las tendencias que los distintos intentos de reforma han ido plasmando a través del tiempo. Al pasar revista de los numerosos instrumentos que conforman el DIPr. convencional, se ocupan de reseñar aquellos pergeñados en el orden americano (Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, Código Bustamante, Conferencias Interamericanas Especializadas sobre Derecho Internacional Privado) y universal (Conferencia de La Haya y Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional), sin olvidar la dimensión bilateral y no agotando la labor en una mera enunciación de tratados suscritos, al resaltar las notas características de cada ámbito.

La fuente derivada de los órganos pertenecientes a un proceso de integración regional, es examinada en el acápite siguiente de manera general, pues la importancia que para las relaciones jurídicas de tráfico externo reviste en nuestros días justifica su tratamiento autónomo y con mayor profundidad en un específico capítulo de la sección (cap.3).

El DIPr. transnacional no escapa a la observación de las Dras. Dreyzin y Saracho Cornet, quienes tras presentar al derecho del comercio internacional como el campo de manifestación más fecundo, se dedican a caracterizar su expresión paradigmática: la *lex mercatoria*, es decir, el conjunto de usos y costumbres profesionales elaborados por los operadores del comercio internacional. Justamente, de las actividades de dos organizaciones que cuentan entre sus funciones la de sistematizar estas pautas se encargan acto seguido. La Cámara de Comercio Internacional (CCI) y el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) ven reflejado en esta parte su rol en la elaboración de normas destinadas a regir el sector de las relaciones iusprivatísticas internacionales de corte patrimonial.

Es dable admitir la escasa frecuencia con que se encuentra el tratamiento de la temática vinculada a la incorporación, vigencia y jerarquía de los tratados internacionales en general en trabajos dedicados a cuestiones procesales. Pero no menos verdadera es la idea que ha guiado a las autoras a incluirlo, con fundamento en la vital trascendencia que la fuente

convencional reviste en esta área, donde a la vastedad y variedad de documentos que conforman la complicada trama que el operador deberá aplicar, se suma la natural complejidad que el recurso a instrumentos internacionales puede –comprensiblemente– acarrear a quien se mueve con total soltura en la utilización de herramientas procedimentales de carácter netamente local. La situación en la República Argentina se presenta así, esquemáticamente, y sólidamente respaldada por las citas normativas pertinentes, sin descuidar la faz interpretativa de cada una de las aristas abordadas, a través de la transcripción de los antecedentes jurisprudenciales que fueron marcando las líneas de entendimiento.

Se emprende en el último capítulo de la primera sección el estudio de uno de los debates más actuales en torno a la faz jurídica de la integración mercosureña. Partiendo como premisa básica de la diferenciación de las normas que se incorporan automáticamente, de aquellas que requieren el mecanismo establecido en cada uno de los ordenamientos nacionales, se encargan las responsables del libro de reseñar el funcionamiento del sistema en orden a la efectiva vigencia y derogación de la normativa emanada de los órganos del Mercosur, reservando el apartado final para plasmar su exhortación hacia un imprescindible compromiso en aras de evitar la poco eficiente proliferación de normas, para contar con aquellas verdaderamente necesarias y responsablemente elaboradas.

Ya inmersas en la sección segunda, dedicada específicamente a la cooperación jurídica internacional, describen como primera medida, aquellas nociones cuya comprensión es insoslayable cuando se encara un estudio de la problemática. En efecto, el punto de partida insustituible pasa por la expansión del fenómeno del auxilio en todos los órdenes de la comunidad internacional, y la tendencia hacia la facilitación de la asistencia en la práctica jurisdiccional, a través de la elaboración de convenios internacionales, evitando traslados y disminuyendo costas y gastos, no sólo para crear lazos entre los países, sino promoviendo la solución de los conflictos que el aumento del tráfico regular externo implica. Explicitan las autoras como primera medida, los distintos grados o niveles de cooperación (parámetro que retomarán para estructurar el tratamiento concreto de cada una de las medidas a efectuar), las modalidades de la prestación, así como los ámbitos de producción normativa vigentes en Argentina, sin olvidar la cardinal cuestión de la compatibilidad de las diversas fuentes. Dos de los aspectos que suscitan las mayores controversias, y que con más frecuencia han sido objeto de pronunciamiento jurisprudencial por su peso propio a la hora de evaluar un magistrado la pertinencia de una medida de cooperación solicitada, son los protagonistas de un meduloso y particularizado análisis: el control de la jurisdicción y el orden público, tanto en relación con países con los que la nación se ha embarcado en un proyecto de integración, como en relación a aquellos que no revisten tal carácter.

El distinto nivel de compromiso que implica la amplia variedad de medidas que pueden constituir el objeto de la solicitud de auxilio es el parámetro tenido en cuenta para la clasificación que constituye la columna vertebral que estructura la exposición central del texto. Así, al referirse a la cooperación de primer grado (notificaciones, emplazamientos, diligencias probatorias, medidas de mero trámite) retoman la exposición de las distintas fuentes, haciendo particular hincapié en aquellas de origen convencional. La proliferación y

vastedad de instrumentos sancionados con este objetivo, bien justifican el detenimiento de las juristas desmenuzando en relación a cada uno de ellos, tanto cuestiones aplicables a la mayoría de los mismos (ámbito de aplicación, vías de transmisión, requisitos formales, procesales y sustanciales, autoridades requirentes, sujetos legitimados, ley aplicable, posibilidad de denegación), cuanto situaciones de mayor amplitud (excepción de arraigo, gratuidad). Los párrafos dedicados a las cláusulas de compatibilidad constituyen un esclarecedor e invaluable aporte en orden al cabal entendimiento de la coexistencia armónica de los diferentes plexos normativos en vigor.

El análisis de la temática relativa a la cooperación de segundo grado o cautelar incluye, además del cotejo de los aspectos abordados en el capítulo anterior, valiosas consideraciones en torno a los principios rectores propios de este tipo de medidas, así como la interrelación de los instrumentos elaborados en el seno convencional interamericano e institucional. A renglón seguido, y guardando una coherencia argumental y expositiva digna de ser destacada, se emprende el estudio del grado de cooperación que implica el mayor de los compromisos para el tribunal requerido, al significar, en cierto modo, la abdicación de la propia potestad soberana en virtud del sometimiento al de la autoridad extranjera. Se preocupan, sin embargo, en dejar sentada las autoras su posición en orden a propiciar el adecuado control de la sentencia, cuyo reconocimiento o ejecución se requiere. Tienen, luego, la oportunidad de plasmar la visión integral que las inspira cuando añaden a la investigación llevada a cabo en relación a las fuentes ya mencionadas, sus apreciaciones acerca de instrumentos de origen institucional no estrictamente referidos a la problemática cooperativa, pero cuyo objeto justifica la inclusión de normas con tal orientación.

En síntesis, existe a partir del presente año al alcance de abogados, magistrados y estudiosos de la materia, una herramienta invaluable a la hora de poner en práctica los mecanismos que se han ido elaborando con el claro objetivo de salvar los obstáculos que la multiplicidad de sistemas procesales y jurisdiccionales acarrearán, en aras a concretar la realización de la justicia en los conflictos que el exponencialmente creciente tráfico legal interjurisdiccional engendra. Queda ahora en manos de los partícipes de cada una de las instancias de los eventuales diferendos, la contribución a su respeto y al aseguramiento efectivo de la cooperación.

Carolina Harrington

DRNAS DE CLÉMENT, Zlata, Comercio y Ambiente. Las Restricciones no Arancelarias como instrumento de preservación ambiental en el Mercosur, M.E.L Editor, Córdoba, 2005, 289 páginas.

Dividido en seis partes, este trabajo de investigación busca demostrar la utilidad de las restricciones no arancelarias como medidas de protección ambiental .

En la Introducción la autora hace hincapié en que el Desarrollo Sostenible, se encuentra interrelacionado con dos criterios que se presentan muchas veces como yuxtapuestos:

por un lado el Medio Ambiente y su protección, y por el otro, las necesidades del Comercio Internacional. Estos vínculos no siempre compatibles con los procesos de integración, pueden provocar tensiones entre las exigencias del libre comercio, y los compromisos internacionales en materia ambiental asumidos por los Estados miembros del Mercosur.

En el Capítulo I, Restricciones No Arancelarias – Aspectos Conceptuales se formulan una serie de aproximaciones conceptuales acerca de las RNA, a las que se las que se puede definir de modo simple y genérico como: “todo impedimento al libre comercio.” (pág.19) Pero las RNA, constituyen además medidas públicas, en el sentido de que siempre emanan de uno de los tres poderes del Estado y que éste, no podrá ampararse en delegaciones de competencia a entes subnacionales, para eximirse de su responsabilidad. En este capítulo, se describen las características principales de las RNA, las cuales son: publicidad de la medida, unilateralidad, imprevisibilidad, complejidad, restrictividad a la libertad de comercio y por último, la satisfacción de un interés particular, propio del Estado.

En el Capítulo II, Normas del Sistema Mundial de Comercio – (GATT/OMC) en materia de RNA con fines ambientales, se puede apreciar cómo los Estados más desarrollados establecen una serie de requisitos- RNA- para los productos que ingresan en sus territorios, debido a las exigencias de sus consumidores. La ventaja con la que cuentan los países subdesarrollados en este aspecto, es que tienen una capacidad natural de asimilación de la contaminación, mucho más grande que la de los del primer mundo. Pero no habrá de creerse que el hecho de imponer determinadas normas ambientales, por parte de los industrializados, haga que los subdesarrollados pierdan competitividad. Por el contrario, para la autora, estas exigencias constituyen la base más interesante para los Estados subdesarrollados.

El Capítulo III, Acuerdos Ambientales Multilaterales (AAM) en los que son partes los Estados del Mercosur, que requieren o permiten la aplicación de RNA. En esta parte se analizan las debilidades propias de los AAM frente al sistema de la OMC, ya que no existe un sistema autónomo de solución de controversias, ni mecanismos compensatorios. Por otro lado, las principales RNA que permiten o exigen los AAM son, entre otras: prohibiciones selectivas de intercambios, permisos o licencias de exportación o importación, marcas de origen, etiquetaje y comunicaciones de informaciones.

El Capítulo IV, trata sobre Restricciones No Arancelarias dirigidas a la Protección Ambiental en el Mercosur. Las marchas y contramarchas del Mercosur en materia de compromisos con relación al Medio Ambiente, quedan a la vista. Probablemente, se debe a que las cuestiones económicas han sido prioritarias con respecto a las ambientales. Las RNA están ligadas a los objetivos implícitos en la idea de un Mercado Común, entre los que puede destacarse, que la libre circulación de bienes presupone ir eliminando las RNA. Un dato interesante es el relativo a las RNA vigentes por parte de Argentina, con relación a los otros Estados del Mercosur. “En la República Argentina 325 disposiciones establecen restricciones de tipo no arancelario (...) el 45% de las mismas establecen restricciones de tipo sanitario (...), el 24% (...) a exigencias de tipo técnico, en tanto el 10% son RNA” (pág. 182).

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

El Capítulo V, se titula Aportes Jurisprudenciales y Cuasi-jurisprudenciales Internacionales en la relación Comercio-Medio Ambiente y RNA con fines ambientales. En el marco del GATT/OMC los conflictos jurídicos se resuelven de acuerdo con el Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias (ESD), procedimiento obligatorio, que cuenta con órganos permanentes. A pesar de ello, no habrá de creerse que el sistema sea puramente jurisprudencial, sobre todo por la composición y procedimientos de los Grupos Especiales. Luego de esta cuestión introductoria al tema, se estudian los procedimientos particulares que se han dado en el GATT, en la OMC, en el Mercosur (se analizan 8 laudos), en las Comunidades Europeas y finalmente, el sistema con relación a los Derechos Humanos.

El Capítulo VI, Relaciones entre los Acuerdos del Sistema Multilateral de Comercio y los AAM. Horizontalidad vs. Verticalidad (Dualismo vs. Monismo Internacional) Problema de Interpretación. Los AAM sólo son efectivos mediante una aceptación voluntaria de los compromisos asumidos, ya que no existe un sistema de solución de controversias propio. Además, no hay acuerdo acerca de que las medidas comerciales acordadas entre los Estados Partes en un AAM, puedan considerarse como una *lex specialis* dentro del marco de la OMC. Tanto las Comunidades Europeas, como el Mercosur se han mostrado reticentes a aplicar las normas de la OMC, ya que la relación es "horizontal" entre ambos sistemas. "La aplicación de normativa OMC como normativa MERCOSUR es posible sólo por remisión expresa a aquella en una norma MERCOSUR" (Pag. 262).

En síntesis, esta obra trata de poner en claro que a nivel del Mercosur, todavía falta mucho para alcanzar una armonización normativa en materia de protección y preservación del Medio Ambiente. Es importante no perder de vista que precisamente son los países de nuestra región, quienes cuentan con mayores ventajas comparativas por sus riquezas naturales, tal como se insiste a lo largo de todo el libro.

Diego García Montaña

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, Carlos, Derecho Internacional Público, Editorial Dilex, Madrid (España), 2003, 250 páginas.

La obra que en esta ocasión comentamos, no pretende abordar todas las cuestiones generales del Derecho Internacional Público, sino profundizar en aquellos aspectos que se presentan más conflictivos en el comienzo del siglo.

La publicación se divide en tres partes. La Parte Primera titulada El Derecho Internacional Público, Ordenamiento jurídico de la comunidad internacional a pesar de los intentos de erosionarlo, en sus tres capítulos analiza las particularidades del ordenamiento internacional como una cuestión previa y necesaria para comprenderlo, desarrolla las características de la Comunidad mundial, planetaria y cerrada, y finalmente se refiere a lo que él llama "la existencia de una estrategia para desactivar los aspectos más progresistas del derecho internacional". Entre esos aspectos más progresistas, se detiene en el desmantelamiento de

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

la noción de "crimen internacional", el vaciado del estatuto del "Patrimonio común de la humanidad" otorgado a la Zona de los Fondos Marinos y Oceánicos por la Convención de 1982 sobre Derecho del Mar y el régimen del Alta Mar y el principio de libertad de pesca.

En la Parte Segunda titulada Un ordenamiento presidido por la soberanía del Estado, el Profesor analiza cómo la soberanía del Estado condiciona la elaboración, la interpretación y la aplicación del derecho en el seno de la Comunidad Internacional ante la ausencia de un legislador universal. En el Capítulo V, se refiere a la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional. Sostiene que el Estado continúa siendo el referente de la labor de los órganos codificadores.

El autor considera que la CDI debe ser consciente que su misión de codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional sigue siendo necesaria y que el elemento de referencia sigue siendo el Estado, por lo que debe tratar temas que sean de su interés y que la técnica de codificación que emplee debe ser aquella que atraiga el mayor número de consentimientos estatales.

En la Parte Tercera La aplicación judicial del Derecho Internacional: Sectorialización, algunas consecuencias y la necesidad del compromiso con la justicia, Fernández de Casadevante Romani se pregunta si ante la proliferación de tribunales internacionales el sistema judicial internacional está en peligro de fragmentación. Hace una clasificación de los tribunales internacionales en función de su origen, ámbito, competencia material, legitimación activa, legitimación pasiva y carácter facultativo u obligatorio de su jurisdicción.

Para el autor la unidad y la coherencia del ordenamiento internacional se encuentran amenazadas como consecuencia de la existencia de diversos tribunales con jurisdicción sobre la misma materia. Afirma "Corresponde a sus integrantes el velar por que esa unidad y coherencia no resulten afectadas siendo conscientes, por otra parte, de que del modo en que actúen depende el que los Estados opten o no por uno de ellos en particular".

En el último capítulo, se formula la siguiente pregunta: el TIJ ¿un órgano judicial principal de las UN o intérprete sumiso del DI? A los fines de encontrar una respuesta, examina jurisprudencia del TIJ que lo lleva a concluir que el principal peligro de dicho tribunal no está en la proliferación de jurisdicciones internacionales, sino en el propio Tribunal, especialmente al momento de abordar asuntos jurídicos con consecuencias políticas evidentes. Concluye afirmando "De su proceder depende no sólo la opción que realicen los Estados sino, todavía más importante, que su calidad de órgano judicial de Naciones Unidas encargado de aplicar el Derecho Internacional sea algo más que bellas palabras, en ocasiones, por desgracia, vacías de contenido".

En definitiva, una aproximación crítica y actual a los aspectos fundamentales del ordenamiento internacional.

María Alejandra Sticca

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER. Comisión Parlamentaria Conjunta del MERCOSUR (Editores) Hacia el Parlamento del Mercosur, Konrad Adenauer-Stiftung, Programa Estado de Derecho para Sudamérica, Comisión Parlamentaria Conjunta del MERCOSUR, Montevideo, 2004, 252 páginas.

El diputado Dr. Rosinha, presidente pro tempore de la Comisión Parlamentaria Conjunta hace una presentación de este trabajo en la que adelanta algunos de los fundamentos de la colección de instrumentos incluidos en esta publicación, algunos de los cuales aún en fase inicial de implementación.

Desde la presentación se reconocen las falencias de la estructura del MERCOSUR, seriamente afectada por las crisis domésticas, de lo que el autor de la misma extrae algunas de las deficiencias que es posible detectar en esta instancia.

Avanza, en definitiva, sobre algunos pasos dados en los últimos años, para alcanzar un refuerzo institucional del MERCOSUR, particularmente en el sentido de la conformación de un futuro parlamento.

En su introducción, el Diputado Alfredo Atanasof, Presidente de la Comisión Parlamentaria Conjunta del MERCOSUR Sección Argentina, incorpora la visión política de la construcción de la organización subregional, "como una unidad en crecimiento con procesos múltiples y evolutivos, con fluctuaciones y conflictos, con etapas de desincronidad y coincidencias". Se refiere a una etapa en la que se remarcan los avances operados en los últimos años y la visión democrática que abre una serie de consideraciones respecto de la Comisión Parlamentaria Conjunta y un futuro Parlamento del MERCOSUR.

Finalmente pone de relieve los avances logrados durante su presidencia pro tempore de la CPC especialmente en lo relativo a las coincidencias, por una parte respecto de una futura reformulación de la estructura institucional de esta organización y por otra el consenso alcanzado para la creación de un parlamento mercosureño.

Con un avance del esquema de la publicación deja presentado este trabajo.

Le sigue un trabajo de la Dra. Adriana Dreyzin de Klor, sobre "La necesidad de un parlamento para el MERCOSUR", que, luego de un paso por diferentes etapas en la construcción del futuro Parlamento, deja perfiladas diferentes posibilidades, partiendo de una necesaria relación entre soberanía y delegación de competencias y pasando revista a diversas alternativas que se han venido estudiando en las últimas negociaciones con vistas a una modificación de fondo del MERCOSUR.

No escapa a su análisis la importancia que esta modificación traería aparejada no solo en cuanto al funcionamiento del MERCOSUR en general, sino esencialmente a la necesaria apertura a la sociedad civil, la armonización de las legislaciones internas, entre otras, que requieren de modificaciones profundas en vías de lograr una profundización del proceso de integración que nos ocupa.

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

Esto en apretadísima síntesis en cuanto al contenido académico del trabajo.

Le siguen un Proyecto de protocolo constitutivo del Parlamento del MERCOSUR, y documentos, organizados de acuerdo a su ámbito específico como aquellos emanados de la Comisión Parlamentaria Conjunta, Propuestas de creación del Parlamento del MERCOSUR, del Consejo del Mercado Común, del Grupo Mercado Común, comunicados conjuntos de los presidentes de los Estados Parte del MERCOSUR, cerrando con otros documentos de interés.

Se trata en definitiva, de un interesante trabajo sobre un tema de mucha actualidad y que nos acerca importantísima documentación.

Graciela R. Salas

GARCÍA ELORRIO, Aurelio, *Agotamiento de los Recursos Internos en los Crímenes Contra la Infancia*, Editorial Advocatus, Córdoba, 2004, 163 páginas.

A través de razonamientos jurídicos, el autor busca demostrar la categoría de jus cogens internacional, que tiene la prohibición de dar muerte a un ser humano inocente.

El argumento de la Introducción, es que no se puede exigir el previo agotamiento de los recursos "adecuados y efectivos" del foro doméstico – en este caso EE.UU.- cuando una norma constitucional determina la inutilidad de estos recursos, si se sabe de antemano que el remedio resultará inadecuado. Por ello, ante la imposibilidad de obtener una respuesta satisfactoria, se debe considerar agotado el recurso interno, más allá de que desde el punto de vista formal pueda no ser considerado de ese modo. De lo que se trata, es de observar cómo se desenvuelve el mundo real.

En la Primera Parte – Agotamiento de los recursos internos como requisito de la acción internacional. Cuestiones formales, queda a la vista que la regla del agotamiento previo de los recursos internos, admite excepciones como la del art. 41, inciso c), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos cuando afirma que: "(...) no se aplicará esta regla, cuando la tramitación de los mencionados recursos se prolongue injustificadamente". Si por un lado, como en el caso de estudio, la Constitución de los Estados Unidos no acepta la suprallegalidad internacional en materia de DD.HH. y so pretexto de la defensa del derecho a la intimidad, permite el aborto; por otro lado, la norma de jus cogens que prohíbe dar muerte a un ser humano, deja de tener sentido y carece de efectividad real, ante los tribunales locales.

La Segunda Parte – Caso Testigo: Contradicción Normativa entre la Constitución Federal del Estado y el Jus Cogens, pone en evidencia la contradicción antes señalada. Tomando como caso central "Roe vs. Wade", por el cual en el año 1973 la Corte Suprema de los EE.UU. estableció que la Enmienda XIV a la Constitución, permitía a Norma Mc Corvey, alias Jane Roe, el derecho a abortar. Este precedente abrió un abanico de posibilidades legales en virtud del cual, se concede a la mujer el derecho a optar libremente, durante los 6

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

primeros meses de gestación, a tener o abortar al niño no nacido, opción que se extiende hasta el noveno mes en los casos de complicaciones físicas o síquicas de la mujer. "De aquí que el aborto en los EE.UU. sea, en los hechos, prácticamente libre durante los nueve meses de gestación" (pág.78). En 1995 el Poder Ejecutivo, a pesar de la oposición sistemática del Congreso, siguió adelante con el método conocido como "aborto de nacimiento parcial" y que consiste en inducir el nacimiento del niño que ya es viable, y cuando está en el canal de parto se le destruye la cabeza, para facilitar la salida del seno materno. Cuando los Estados federales quieren poner algún coto a esta desagradable situación, invariablemente, la Corte Suprema anula toda posibilidad.

La Tercera Parte, Contrastación Comparativa, es una confrontación con las legislaciones de algunos otros Estados del planeta, tales los casos de Irlanda, Francia, Méjico, Nigeria, Afganistán, Sudáfrica, etc. Además, esta parte incluye un estudio sobre la pena de muerte juvenil en los EE.UU., por el que queda demostrado que el país del norte de América, es prácticamente el único en el mundo de hoy, que no respeta la norma de jus cogens que prohíbe la pena de muerte juvenil por delitos cometidos en la niñez. Finalmente, se contraponen el caso estudiado, con las soluciones adoptadas por los sistemas constitucionales de Costa Rica, Chile y Argentina.

Es probable que aquellos que provenimos de países subdesarrollados, sintamos una gran aversión por este comportamiento nefando que en materia de aborto, exhibe la mayor potencia del mundo desarrollado. Tal vez no estemos lo suficientemente preparados para entender los "avances" de la Corte Suprema estadounidense en este tema, pero lo que no puede soslayarse es que desde que se aprobó el aborto en 1973, se calcula que han muerto cerca de 40 millones de seres humanos (pág. 80), más o menos la totalidad de la población argentina. Ojalá esta obra sirva para echar luz en nuestro país, acerca del grave problema que significa la liberalización del aborto.

Resulta paradójico que el país que se autoproclama como uno de los más acérrimos defensores de los derechos en general, olvide por completo el derecho a la vida del ser humano más indefenso de todos: el no nacido. Pero como lo dice el juez disidente de la Corte estadounidense, Scalia: "Lo más que podemos decir con toda honestidad es que estamos en desacuerdo con la mayoría, en su juicio político disfrazado de ley...desde aquel entonces nos mantenemos en el negocio de arbitrar abortos (...)" (pág. 82). Finalmente, remata García Elorrio: "Scalia vaticinó que esta decisión coloca irremediabilmente en la historia a la Corte Americana, pero lamentablemente esa colocación frente a la historia es al nivel del precedente "Dred Scott", cuando el alto tribunal justificó, en 1857, la esclavitud, porque los negros no tenían cerebro" (pág. 82). Luego de esta cita inefable cualquier palabra estaría de más.

Diego García Montaña

GARCÍA SEGURA, Caterina y RODRIGO HERNÁNDEZ, Ángel J. Editores, El imperio inviable. El orden internacional tras el conflicto de Irak, Tecnos, Ensayos, Madrid 2004, 278 páginas.

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

La situación internacional planteada a partir de las acciones de fuerza de EEUU en el territorio de Irak ha generado una serie de cuestionamientos que han dado pie a la publicación de numerosos trabajos.

En este caso, se trata de una obra colectiva, que reúne trabajos de siete profesores españoles, divididos en siete capítulos precedidos por una introducción y cerrado por un apartado reservado a las conclusiones. La obra en cuestión, según lo aclaran los autores de la introducción (Caterina García Segura y Ángel J. Rodrigo Hernández) es el resultado de un proyecto de investigación subvencionado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología, bajo el título "Poder, derecho y justicia en los regímenes internacionales". Nos están indicando así el leit motiv de esta publicación que responde a un enfoque de política internacional, con puntos de contacto con el Derecho Internacional.

Comienza con un análisis del orden internacional en la última mitad del Siglo XX como base del sistema jurídico vigente, destacando al conflicto de Irak como un símbolo de las posibles transformaciones del orden internacional, directamente relacionado con un intento de imponer un nuevo orden, que llaman imperial, de allí el título de la publicación.

A partir de la experiencia de los atentados del 11 de septiembre de 2001 Josep Ibáñez Muñoz sostiene que se ha producido un desafío a lo que llama la pax americana, atentados que no hicieron sino evidenciar su existencia. De allí que afirme que esta pax americana no es sino la conformación de un imperio postinternacional, que se opone a aquellos Estados que no participan de sus mismos principios (llamados "estados canalla"), pero bajo la impronta de altísimos costos. Encontramos también en este capítulo un interesante análisis de la situación planteada por los grupos islamistas radicales. Se va introduciendo así el rol de las instituciones creadas a los efectos de esta ocupación estadounidense, y el tránsito hacia un mayor protagonismo de las Naciones Unidas.

A renglón seguido, Caterina García Segura analiza los efectos que produjeron en la política exterior de los EEUU los atentados del 11 de septiembre, tomando a esta fecha como un verdadero hito en la historia del mundo, a pesar de que estos atentados hayan demostrado la vulnerabilidad de la primera potencia mundial. Analiza asimismo los problemas que se le han planteado a EEUU en aras de este proyecto imperial, que lo han encontrado como una potencia hegemónica prácticamente imbatible e independiente en lo militar, y que es fuerte aunque interdependiente en lo económico, que privilegia la política interna, utilizando la fuerza militar apoyada en la violación de los principios del orden internacional existente. Finalmente sostiene que "los EEUU no pueden librar esta batalla ni en términos militares ni en solitario"..., de esta manera estaba preanunciando la alianza con quienes lo apoyaron y que provocaron atentados que tuvieron objetivos civiles como los atentados que cobraron cientos de víctimas en la propia España. Aunque esta obra parece ser anterior a dichos atentados ya que no advertimos cita alguna de esos hechos.

A continuación aparece la visión comunitaria europea de esta obra con el trabajo de Javier Gómez Sanz y Silvia Morgades Gil. Aquí el acento está en el análisis de la situación planteada en Irak, a la luz del Tratado de la Unión Europea, es decir como un elemento de su

política exterior y de seguridad común, y lo hacen introduciendo el rol de esta organización regional como una cuña en el déficit de las competencias de las Naciones Unidas en casos de crisis que amenazan la paz y la seguridad internacionales. Se trata, en definitiva de un enfoque normativo partiendo de la PESC y de la PESD. Es en este punto que dejan de manifiesto en forma clara y contundente las diferencias existentes en el seno de la organización comunitaria europea como consecuencia de posiciones encontradas, en el seno de la Alianza Atlántica.

El enfoque más estrictamente jurídico, si es que se nos permite la expresión, lo ofrece Oriol Casanovas y La Rosa, en el capítulo que, bajo el título "El principio de la prohibición del uso de la fuerza tras el conflicto de Irak de 2003", comienza su estudio a partir de la Carta de las Naciones Unidas y la prohibición del uso de la fuerza. Remarca con énfasis las diferencias que separan a Europa de EEUU a partir de la llamada "brecha atlántica", que implican una concepción totalmente distinta del orden mundial: por un lado la estadounidense basada en el constitucionalismo norteamericano, y por la otra "el internacionalismo europeo (que) se basa en principios universales derivados de fuentes desarrolladas al margen de los procesos democráticos". Por otra parte, se ocupa sintética pero medulosamente de temas como el derecho de legítima defensa y las nuevas amenazas a la paz, el uso de la fuerza en el contexto del Derecho Internacional general y los nuevos enfoques de esta problemática.

Por su parte Santiago Ripol Carulla nos ofrece su posición frente a "la nueva doctrina global de defensa preventiva" y su discutida legalidad. A partir de ese concepto, construye una serie de razonamientos sobre la doctrina global de defensa preventiva, como estrategia de seguridad de los EEUU y su posición respecto del empleo unilateral de la fuerza armada. Concluye sosteniendo que los EEUU han reformulado el concepto de derecho de legítima defensa preventiva, introduciendo dos elementos básicos: "1) se amplía el requisito de necesidad requerido para que la acción de legítima defensa se ajuste a derecho; 2) se huye de la estrategia de valoración caso por caso de este requisito y procura su valoración general y en abstracto". El objetivo es, entonces, evitar que la amenaza cobre fuerzas y llegue a constituirse efectivamente en tal.

Ángel J. Rodrigo Hernández, a su tiempo proporciona algunos detalles de la administración territorial de Irak y de los problemas que se fueron planteando al tiempo de los avances de la ocupación militar estadounidense, siempre dentro del apuntado contexto imperial en el que se desarrolla toda la obra. Así, analiza primeramente algunos casos de soberanía suspendida y la administración de los respectivos territorios, para adentrarse específicamente en el caso de Irak y la forma en que, luego de la ocupación, las Naciones Unidas fueron desempeñando algunos roles considerados vitales para el futuro de ese país asiático y también de la organización universal, seriamente cuestionada por su accionar en los acontecimientos internacionales de los últimos quince años. En sus consideraciones finales deja deslizar sutilmente la posición de aquellos Estados que, en desacuerdo con la situación vigente, retacean su apoyo y colaboración con el sistema instrumentado para la reconstrucción de Irak.

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

La cuestión pendiente era finalmente la de la asistencia humanitaria posterior al conflicto armado, de la que se ocupa Silvia Morgades Gil en el último capítulo de este trabajo. En él la autora pone de relieve la diversificación de la asistencia humanitaria operada en las últimas décadas y el rol de Naciones Unidas en este orden, abriendo así la discusión sobre la intervención humanitaria. Vuelve a retomar ciertos detalles de la situación de la población irakí a partir de la finalización de la guerra entre Irak e Irán, el proyecto "petróleo por comida y medicamentos" y también la situación de los derechos humanos de la población en general, los refugiados y los desplazados internos, producidos en relación a políticas de Estado internas o como consecuencia de las acciones militares. Se inclina, de acuerdo a la doctrina citada con profusión, a sostener la existencia de un derecho a la asistencia, que genera, como contrapartida, un deber de proteger por parte de la comunidad internacional, de lo que deriva el derecho a la asistencia humanitaria. En este orden plantea, inclusive que, siendo el derecho a la asistencia "un derecho funcional o instrumental" sería "oponible a todas las formas de poder, público y estatal, o privado". A continuación cita doctrina del Instituto de Derecho Internacional que a todas luces morigera la posición adoptada por la autora.

En las conclusiones, los editores de esta publicación efectúan una síntesis de las razones por las que consideran inviable al imperio encabezado por EEUU. Una de las razones deviene del déficit de legitimidad que lo aqueja, su problemática legalidad en razón de cuestionar un orden jurídico internacional preexistente, y los elevados costos militares, económicos y políticos. Es en este orden que no dejan de volver a citar temas ya planteados en otros capítulos como el concepto de soberanía o la prohibición del uso de la fuerza.

Cierra esta cuidada publicación una extensa bibliografía que, junto a las citas equilibradas y actualizadas, colaboran para que la misma sea de lectura recomendada.

Graciela R. Salas

HERRERO DE LA FUENTE, Alberto, Editor, La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Una perspectiva pluridisciplinar, Cuadernos del Instituto Rei Alfonso Enríques de Cooperación Transfronteriza N° 2, Zamora, España, 2003, 267 páginas.

Si bien la protección de los derechos humanos no aparece expresamente en los originarios instrumentos constitutivos de la hoy UE, la preocupación por este tema comenzó a agitarse en los años setenta. Fue esa la razón por la cual, tanto el Tribunal de Justicia Europeo cuanto los tratados posteriores fueron de alguna forma llenando el vacío originario.

Asimismo, la discusión sobre la subjetividad internacional de la organización europea y los requisitos para la adhesión a Convenio de Roma de 1950 que reúne a Estados europeos en torno a la protección de esos derechos, motivó la decisión de alcanzar la firma de una Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuya aprobación se logró finalmente en diciembre de 2002.

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

Sin embargo, la negociación y posterior firma del tratado por el que se instituye una constitución para Europa, ha colocado a esta Carta en una situación expectante, en el sentido de que, pese a su juventud, una vez entrado en vigor ese tratado, la inclusión en él de determinados artículos ya contenidos en la Carta, puedan colocarla a ésta en una situación desfavorecida.

El primero de los trabajos incluidos en esta edición, bajo el título "Algunas reflexiones sobre la convención para la elaboración de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la nueva convención" (Maximiliano Bernad y Álvarez de Eulate- Sergio Salinas Alcega) parte del estudio de las etapas que debió cumplir la Europa comunitaria para alcanzar la firma de esta Carta, y del cuestionamiento de fondo sobre las competencias de la convención para llegar a la firma de un instrumento de estas características y su discutida intergubernamentalidad originaria. Se detiene en algunos puntos como la influencia de una futura conformación de un estado federal europeo y la ciudadanía europea, entre otros.

Le sigue "Sobre la eficacia de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea" (Antonio Fernández Tomás) continúa con los planteamientos apuntados en el párrafo anterior, avanzando sobre el carácter de soft-law del instrumento comentado frente al Derecho Comunitario y, a pesar de las disputas entre distintas posiciones en Niza, con sus humildes alcances en la protección de los derechos humanos europeos, su conformación de un escalón hacia la consolidación de los derechos fundamentales en la Unión Europea.

A continuación en "Originario y derivado en el contenido de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: un test de constitucionalidad y convencionalidad" (Javier García Roca) se detiene en determinadas características de los que califica como verdadero Bill of rights de los europeos. Para el autor, algunas de estas características colocan a este instrumento en un segundo nivel en la pirámide jurídica europea, ya que no se constituye en un instrumento de derecho originario y en consecuencia la prohibición de que la Carta cree nuevas competencias y misiones para la Comunidad y la Unión; agrega su legitimación dual compartido entre lo democrático proveniente de la participación estatal, junto a la legitimación de otros tantos representantes de las instituciones europeas; la debilidad de su validez normativa. Se pregunta si existen nuevos derechos, enumerando una nutrida lista de los que el autor rescata como tales. Finalmente deplora la fragilidad de los mecanismos de protección de la Carta.

"La inserción de la Carta en el derecho de la Unión Europea" (Manuel Medina Ortega), avanza en relación a los trabajos anteriores, en el sentido de rescatar su rol complementario y nunca limitativo (ni ampliatorio agregaríamos) de los derechos humanos reconocidos por el Derecho de la Unión. Asimismo puntualiza algunos detalles acerca de la importancia que tuvo la negociación de esta carta en el derrotero hacia el tratado constitucional europeo aún sometido a consulta popular en los respectivos Estados europeos. Estos puntos le dan la

oportunidad al autor para ocuparse del rol que desempeñaban los derechos humanos en ese proyecto.

Por su parte, Antonio Remiro Brotons en un breve trabajo destaca "Algunos aspectos problemáticos de la tutela de los derechos humanos en la Unión Europea". Rescata el rol del Tribunal de Justicia Europeo en su interpretación de los principios del Derecho Comunitario en materia de derechos humanos. Agrega su preocupación por la imposibilidad de la Unión de incorporarse al Convenio Europeo de Derechos Humanos, apuntada más arriba, a partir de la cual desarrolla una interesante serie de consideraciones.

El sexto de los trabajos se centra en "Los derechos sociales en la Carta de Derechos Fundamentales" a partir de una pregunta esencial "¿En qué condiciones la inserción de los derechos sociales en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea puede contribuir a la construcción de la Europa social?", para lo cual propone una "armonización positiva", a través de una interpretación amplia del Derecho Comunitario. Reconoce los orígenes estrictamente económicos de la Comunidad Europea, para lo cual se fue haciendo necesario un paulatino reconocimiento de los fines generales-sociales que de alguna forma apuntalaron aquellos objetivos originarios, al tiempo que vuelve sobre la eficacia jurídica de esta Carta. Dentro de los derechos sociales enumera aquellos de carácter individual junto a aquellos a los que se les reconoce una naturaleza colectiva, a los que agrega aquellos derechos dirigidos a la protección de grupos particulares, los derechos vinculados con la protección social y los llamados "derechos de tercera generación" en su interpretación social. Cierra con algunas consideraciones sobre los mayores avances logrados en las constituciones nacionales que aquellos alcanzados en la Carta Europea, a la que, al igual que en otros trabajos, se la califica como poco revolucionaria, aunque en este caso con una visión optimista.

Un trabajo puntual y meduloso es el que lleva el título "El derecho a la protección del medio ambiente y el artículo 37 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea" (Alberto A. Herrero de la Fuente). Siguiendo la línea de las últimas consideraciones del anterior trabajo, críticas entre las que incluye el derecho fundamental a la protección del medio ambiente y a pesar de los avances operados en los sistemas constitucionales internos y aun en las etapas cumplidas por el propio sistema jurídico comunitario. Su posición ante este artículo, es a todas luces crítica, en tanto y en cuanto, sostiene, "...ni siquiera puede considerarse que reconoce un derecho procedimental"... Seguidamente analiza el derrotero seguido por un progresivo reconocimiento del derecho al medio ambiente a diferentes niveles. Sin embargo, concluye que los escasos alcances de este artículo estuvieron severamente marcados por las restricciones impuestas por el "mandato de Colonia" que impidieron a la Convención crear nuevos derechos, obligándola a codificar aquellos ya existentes. Finalmente confía en una futura reforma de esta Carta, la que podría realizarse a partir del año 2004.

Otro tema puntual es abordado en "El derecho de asilo y la protección en caso de devolución, expulsión y extradición en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

Europea" (Juan José Martín Arribas). Se trata de sendas disposiciones de la Carta, relativas a la protección, en definitiva, de derechos humanos de ciudadanos no comunitarios. En ambos casos sostiene que no existen verdaderos derechos sino una mera garantía que surge de un ejercicio interpretativo extensivo. En la primera afirma que la misma quedó muy por detrás de la propia Declaración Universal de 1948, para lo cual hace una serie de consideraciones y acompaña profusa cita bibliográfica y jurisprudencial. En el caso de la segunda se pregunta si se contempla expresamente un derecho fundamental, respondiendo en forma negativa. Vuelve al análisis de la normativa europea, rescatando, al igual que los otros autores, los avances logrados en los respectivos sistemas constitucionales y la escasez de los resultados alcanzados con el instrumento comentado.

Por su parte Carlos Ruiz Miguel, en el tema "El derecho a la protección de los datos personales en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea", puntualiza los avances de este derecho a través de la legislación comunitaria, cuya legitimación discute y rescata las exclusivas competencias estatales en la materia. Cierra su trabajo con una nómina de legislación, jurisprudencia y bibliografía utilizadas.

Finalmente Fernando Martín Diz, analiza las "Garantías procesales básicas en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea". Se trata de un estudio especialmente de lo estatuido en los arts. 47 a 50 de la Carta. Para ello aborda temas como la titularidad de las garantías procesales, los sujetos pasivos, la invocabilidad y los conflictos que ellas plantean. Vuelve asimismo a confiar en que este instrumento sea un nuevo escalón en la protección de los derechos humanos en una futura constitución europea. Al igual que en otros de los trabajos incluidos en esta publicación, rescata la relación con los sistemas jurídicos estatales, el respeto de la Carta de sus respectivos acervos nacionales y el rol del TJCE.

Se trata, en definitiva, de un interesante conjunto de trabajos cuyos autores, conocedores ya del proyecto de constitución europea, colocan sutilmente entre un instrumento ya vigente como la Carta y otro en vías de concretarse, como el tratado que organizará definitivamente a la hoy UE.

Graciela R. Salas

INTEGRACIÓN Y COOPERACIÓN ATLÁNTICO-PACÍFICO. Vol. II. Cátedra Internacional Andrés Bello/ Argentina (Organizadora), UNR Editora, Rosario, Argentina, 2004, 448 páginas.

Las Cátedras Andrés Bello nos ofrecen en este segundo volumen una nueva serie de trabajos presentados por docentes e investigadores de Argentina, Chile, Colombia, Uruguay, Estados Unidos y España, atendiendo a uno de sus objetivos fundacionales y fundamentales como es el enfoque humano de la integración latinoamericana.

El elevado número de quienes participan de esta edición nos impide detenernos en cada uno de los artículos presentados, por lo que simplemente nos referiremos a los cuatro

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

grandes capítulos que reúnen a esta importante serie de trabajos, edición esta que avanza en ese sentido, en relación al Vol. I ya reseñado en el Anuario XII de la Asociación Argentina de Derecho Internacional.

En efecto, en la anterior edición verificamos también la publicación de una serie de interesantes trabajos, a lo que en este segundo volumen se le agrega una más ajustada organización en torno a cuatro ejes esenciales, que fundamentan la división de sus capítulos.

El primero de esos ejes corresponde estrictamente a esa visión fundamental a que hacíamos referencia más arriba, ya que en torno al tema de La integración sociocultural en América Latina, agrupa los siguientes trabajos: La apropiación social del patrimonio cultural (Pedro Querejazu Leyton); Integración, cultura y ciudadanía. El Chaco trinacional en el marco de la Comunidad Andina (Ofelia Stahringer); La dimensión humana de la integración: una oportunidad para América Latina (Daniel Michaels Valderrama); Cohesión social en los procesos de integración de América Latina (Iris Vittini); Una aproximación a la integración en cuatro tiempos (Gerardo Andrade Medina).

Le sigue un segundo capítulo que contiene artículos sobre Integración y cooperación interregional en el que se conjugan los enfoques jurídico y político: América Latina y el ALCA: sincronías y asincronías en el Cono Sur (Ofelia Stahringer de Caramuti); Posibilidad de eliminar el uso de medidas antidumping dentro de un Área de Libre Comercio de las Américas (Thomas A. O'Keefe); MERCOSUR – Comunidad Andina: negociaciones en un contexto de crisis (Gabriela Zanin); La Unión Europea como promotora de la integración regional, en especial su relación con el MERCOSUR (Alicia Cebada Romero); La reciente reforma del sistema judicial de la Unión Europea en el Tratado de Niza (Fernando M. Mariño Menéndez); El APEC una oportunidad para América Latina (Héctor Casanueva); El foro de Cooperación América Latina – Asia del Este (Eve Rimoldi de Ladman); La modernización del Estado en Chile y Venezuela y su impacto de la integración (Gabriel Álvarez Undurraga).

Una visión más particularizada de la integración aparece luego con Integración y cooperación transfronteriza centralizando el análisis en estos mecanismos a todas luces más reales, recientes y tangibles: Integración socioeconómica y papel internacional de las regiones; la cooperación transfronteriza (Gabriele Orcalli); La política local y regional a favor de las Pymes. El caso de los distritos italianos (Aurelio Bruzzo); Las hidrovías del MERCOSUR y sus proyecciones socio-económicas y culturales (José Gustavo Santich); Avances y retrocesos en la integración del corredor bioceánico del norte: la zona de integración del centro oeste de América del Sur (ZICOSUR) y el comité de frontera NOA – Norte Grande (Alejandro Gabriel Zafarov).

Cierra con MERCOSUR 2003: Evaluación y Perspectivas, en una suerte de evaluación como su nombre lo indica, pero también de visión de futuro: Solución de controversias, interpretación jurídica y jurisprudencia arbitral en el MERCOSUR (Alberto E. Monsanto); El MERCOSUR como cuestión de Estado. Evolución / evaluación / renovación institucional. Replanteos gubernamentales del sistema (Belter Garré Copello); ¿Por qué deben coordi-

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

narse las políticas macroeconómicas en el MERCOSUR?, teorías y realidades (Ernesto Raúl Seselovsky) y CIDAM. Proyecto de Investigación (aprobado SECYT). MERCOSUR en el Nuevo Orden Mundial: articulación de sus dimensiones internacional e interna.

Finalmente podemos apreciar que se trata de un nuevo esfuerzo de edición de reflexiones de un notable grupo de estudiosos de la integración latinoamericana.

Graciela R. Salas

KISS, Alexandre y otros. *La gestion des déchets dans les îles au regard du droit communautaire*, Funchal – Madeira, Conseil Européen du Droit de l'Environnement, Valladolid, 2004, 113 páginas en francés.

El Consejo Europeo de Derecho Ambiental, es una institución científica cuya secretaría se encuentra en Madeira y es en Colaboración con la Universidad de Valladolid que nos ofrece esta publicación.

La introducción de Alexandre Kiss es a la vez una carta de presentación y una síntesis ya que nos presenta, en términos generales, la situación de la eliminación de desechos planteada en espacios tan particulares como son las islas sometidas a la jurisdicción de determinados Estados europeos, todo ello a la luz del actual derecho europeo.

El primero de los trabajos le pertenece a Isabelle Trinquelle, quien plantea cuáles son los peligros que aquejan a los desechos de la actividad humana en general, los que presentan un doble peligro: su acumulación y el riesgo de contaminación, situación frente a la cual la Comunidad Europea debió elaborar trabajosamente una estrategia desde 1970, en torno a tres objetivos prioritarios y jerarquizados: limitar la producción de desechos y su nocividad; acrecentar la valorización material y la valorización energética, y adoptar los métodos de puesta en valor o de eliminación menos dañinos para la salud y el medio ambiente. A ello se ha agregado la limitación de la transferencia de desechos de un Estado a otro.

La razón de la adopción de medidas especiales en relación a las islas viene dada por la limitación de su capacidad de reciclaje junto al aumento del interés turístico que se ha operado en la mayoría de ellas. Para ello, la autora plantea también temas como la necesidad de proteger esos ambientes tan particulares, conciliar su realidad con principios comunitarios y asimismo el respeto de las leyes del mercado. A partir de estas líneas generales efectúa un pormenorizado análisis de distintas situaciones presentadas y de cómo se hace necesario considerar ciertas excepciones a la reglamentación comunitaria en beneficio de estos espacios, excepciones que no son tales sino la fijación de ritmos diferentes para la aplicación de la misma normativa.

Cierra su trabajo con cuatro interesantes tablas que sintetizan su contenido.

Seguidamente Elizabeth Olival aborda el tema "Gestión de desechos domiciliarios y gestión de los embalajes en las regiones ultraperiféricas" en el que remarca el atraso de

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

estas regiones en infraestructuras de base, en relación a su respectivo territorio continental y en relación a la estrategia europea en la materia. Se trata de un estudio crítico, traducido permanentemente en esquemas en los que vierte datos precisos como aquellos relacionados con población por región, normativa, nivel político de la respectiva región de acuerdo al correspondiente Estado, competencias a nivel local, nacional o comunitario, como así también los sistemas de reciclaje, incineración u otras formas de eliminación, sin olvidar los costos de gestión y las fuentes de financiamiento.

Le siguen dos trabajos, "La puesta en práctica de la reglamentación comunitaria relativa a los desechos en las islas Canarias", de Alberto Herrero de la Fuente y "La puesta en práctica de la reglamentación helénica en materia de desechos y los problemas causados en las islas griegas" de Christophe A. Pétrou.

En el primero de ellos, a partir de una serie de datos geográficos y estadísticos, su autor detalla las características de los desechos de las islas Canarias y la distribución de las competencias entre las distintas instancias administrativas, tal como son definidas en la Constitución Española. A partir de allí va estudiando la normativa aplicable al tema, especialmente en lo relativo a su estatuto de autonomía, del que no escapa un sintético análisis de la normativa comunitaria en su aplicación específica a esa región insular, lo que se constituye en el centro de su análisis.

Finalmente el segundo trabajo, con un enfoque similar, detalla las realidades de las islas griegas, comprendidas también dentro del sistema comunitario europeo. Es en relación a este sistema que califica a la normativa helénica como una respuesta "timorata" frente a un control "cartesiano" de los desechos. Finalmente sostiene que el desarrollo turístico de estas islas ha producido una gran cantidad de residuos, lo que, junto a la falta de infraestructuras ambientales y "la práctica de eliminación clandestina de los mismos en la mayoría de las islas, corroboradas por la distribución de las responsabilidades entre los diferentes actores de la administración griega, condujeron a una gestión de desechos que desconoce las reglas racionales aplicables en la materia".

Cierra esta publicación con un anexo en el que se incluye el texto oficial de la Resolución sobre la gestión de los desechos en las regiones ultraperiféricas de la Unión Europea, adoptada en Funchal el 16 de diciembre de 2000.

Se trata, en definitiva, de una sucinta pero muy interesante publicación sobre cuestiones ambientales de regiones tan particulares como los archipiélagos.

Graciela R. Salas

MANGAS MARTÍN, Araceli, La Constitución Europea, Iustel, Madrid, 2005, 329 páginas.

Esta nueva publicación de la prolífica profesora de la Universidad de Salamanca se constituye en una auténtica contribución a un más accesible conocimiento de la Unión Europea.

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

De fácil lectura y con ritmo sostenido, esta publicación nos acerca al estudio del tratado que abre la posibilidad europea de contar con un instrumento único, pensado ya para una Europa ampliada, siempre desde un punto de vista estrictamente jurídico.

Inicia su análisis en la ya clásica discusión acerca de si se trata de una constitución para una organización internacional o de un tratado internacional, para lo cual remarca la existencia de la subjetividad internacional de la UE, sobre la base de este tratado, que tiene por objetivo fundamental cubrir el déficit democrático del que, según los europeos, adolecía la construcción comunitaria. Concluye la autora en definitiva que no se trata ésta sino de una nueva etapa en la construcción política de Europa.

Le sigue un pormenorizado estudio de los orígenes de este Tratado, a partir del Tratado de Niza y los avatares seguidos por el proyecto en el seno de la Conferencia Intergubernamental de 2004, hasta alcanzar la redacción final del tratado sometido a la aprobación de los Estados miembros.

Este estudio continúa con un análisis de las relaciones entre la UE y sus Estados miembros, tema éste medular en relación a la discusión sobre el carácter jurídico de este instrumento y que ya fuera objeto del primer capítulo, dejando a buen resguardo cuestiones relacionadas con el respeto a la identidad nacional, punto éste constituido en central a la hora de resolver cuestiones centrales y dejando a salvo cuestiones relacionadas con la integridad territorial y la seguridad nacional.

Se ocupa también de algunos avances en pro de la construcción de la siempre postergada política europea de seguridad común y de esta forma se va acercando a las instituciones democráticas que preocupan a la Europa moderna. Cerrará este estudio con un apartado reservado a la política exterior, de seguridad y defensa, uno de los avances más dificultosos de la construcción europea a lo largo de toda su historia.

A renglón seguido se introduce en cuestiones centrales como son las competencias de la UE en sus diferentes acepciones para pasar a analizar un renovado principio de subsidiariedad en su coordinación con el principio y las competencias de atribución. Posteriormente agregará un apartado especial al principio de primacía, en este caso del Tratado Constitucional.

Para ello efectúa un pormenorizado análisis de las instituciones europeas clásicas, las modificaciones que se han operado en su funcionamiento, de los avances alcanzados en la materia y también de los retrocesos operados en algunas de ellas.

El paso siguiente, luego del estudio de las competencias, está reservado al ejercicio de esas competencias, es decir al derecho derivado, oportunidad en que puntualiza las modificaciones operadas en la denominación de los actos jurídicos obligatorios, aunque, al igual que otros autores, sostiene que no se han producido mayores modificaciones al respecto, aunque sí un cambio de denominación.

Una novedad que incorpora este Tratado al derecho europeo radica en la incorporación de la Carta de Derechos Fundamentales aprobada en 2000 y que, según algunos autores, da

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

pie a que se acerque a este tratado a una forma de constitución que, de todos modos no se acerca a la concepción constitucional de un Estado.

Por otra parte, del análisis de la autora surge que la incorporación de los derechos enumerados en esta Carta constituye un verdadero avance en la aplicación del Derecho Comunitario por parte y respecto de las personas individuales, rescatando así los vínculos indisolubles entre los derechos individuales y el Derecho de la Unión.

Destacamos la oportunidad de la publicación de este trabajo.

Es éste un texto que contribuye a la clarificación de temas siempre de difícil acceso para quienes los estudian desde una óptica extra-europea.

Graciela R. Salas

MOLINARI, Ángel Ernesto, *La Argentina en la Antártida. 100 años de presencia permanente e ininterrumpida*, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, Buenos Aires, 2005, 194 páginas.

Tal como lo sostiene el Director del Comité de Estudios Antárticos del Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales en su introducción, resulta difícil resumir en pocos párrafos el contenido de este trabajo y que se inscribe en el contexto de las tareas que viene realizando este comité.

Se trata de la publicación de un conjunto de diecisiete trabajos presentados en ocasión de las Jornadas "2004. Año de la Antártida Argentina" llevadas a cabo en la sede del CARI entre los días 12 y 14 de septiembre de 2004, precedidos por una introducción a cargo de Ángel E. Molinari y del señor Secretario de Relaciones Exteriores del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, Dr. Jorge Enrique Taiana.

"Ciencia, paz, conservación de los recursos vivos marinos, protección del medio ambiente en un contexto de amplia cooperación internacional son los parámetros que guían las acciones de la Argentina en la Antártida", dijo en su mensaje inicial el Ministro Taiana y es ése el ambiente que se respira al leer los trabajos incluidos en esta oportunidad.

La publicación está dividida en siete capítulos integrados a su vez por distintos trabajos de destacadas personalidades antárticas, participantes en estas jornadas.

El orden lógico que podemos observar parte de la Proyección histórica de la Argentina en la Antártida, a cien años de la presencia argentina en el continente austral. En esta oportunidad no se trata solamente de un estudio histórico sino que en los tres trabajos que la integran se efectúan estudios sobre cuestiones muy puntuales, en los que, como era de esperar, abundan los datos históricos.

Continúa con La política antártica argentina. El sistema del Tratado antártico, oportunidad en la que los tres autores participantes dejan establecidas con meridiana claridad las líneas directrices de la posición de nuestro país. En esta ocasión, se advierte una

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

perfecta simbiosis entre temas jurídicos, diplomáticos y técnicos, fruto de la experiencia y compromiso de quienes no solo son estudiosos del tema sino que se incluyen entre sus auténticos protagonistas.

La continuidad queda asegurada con El programa Antártico Argentino. Desarrollo de la investigación científica y tecnológica. Actividades de apoyo logístico, inaugurando así la serie de trabajos que podríamos calificar como prioritariamente técnicos que siguen a aquellos iniciales.

Le siguen dos capítulos íntimamente relacionados entre si como son Conservación de los recursos vivos marinos antárticos y La protección del medio ambiente y las actividades turísticas en la Antártida, abundantes ambos en datos técnicos, esquemas y fotografías.

A renglón seguido se abre un apartado especial para un nuevo tema como es la creación de la Secretaría del Tratado Antártico constituido en el capítulo político de este trabajo, ya que incluye comentarios que abarcan las negociaciones diplomáticas llevadas adelante hasta el año 2004 y que culminaron con su creación e inauguración en el último año.

Finalmente se incorpora otra serie de trabajos reservados al futuro argentino en la Antártida los que a su vez responden a los apartados anteriores, especialmente en cuestiones jurídicas, políticas y también de aplicación práctica de la normativa antártica.

Se incluyen dos anexos, el último de los cuales proporciona una actualizada nómina de Estados Partes Contratantes con datos precisos sobre las fechas de las respectivas incorporaciones.

Cabe destacar que han contribuido para la concreción de esta obra colectiva autores provenientes de diversas áreas del conocimiento, desde lo jurídico, lo político, lo técnico y aun de las fuerzas armadas argentinas, imbuidos todos ellos de ese auténtico espíritu antártico que impulsó las actividades argentinas en la Antártida desde 1904.

Es esta una cuidada publicación, que nos acerca a la información más actualizada en la materia.

Graciela R. Salas

PÉREZ TREMPES Pablo, Integración Política y Constitución, Corporación Editora Nacional, Quito, 2004, 340 pp.

El documento en análisis sigue la estructura del Seminario dividido en dos partes partes: Constitución y Protección Internacional de Derechos y la Segunda referida a Constitución e Integración Supranacional, diferenciando ambos procesos que a su vez están íntimamente interrelacionados.

La primera parte contiene los siguientes trabajos:

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

“La Corte Interamericana de Derechos Humanos” desarrollado por el Catedrático de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Hernán Salgado Pesantes.

Inicialmente señala los antecedentes europeos para abocarse luego a la gestión en nuestro continente de la creación de la Corte Internacional para protección de los derechos de la persona.

“Recepción de la Jurisprudencia internacional sobre Derechos Humanos por la Jurisprudencia constitucional”, Carlos Ayala Corao: profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad Central y de la Pontificia Universidad Católica Andrés Bello de Caracas.

El autor parte de la protección actual de la persona humana por el Derecho Constitucional Democrático y por el Derecho Internacional, destacando “una regla sencilla: la aplicación preferente de la norma más favorable a la persona humana, independientemente de su origen anterior o posterior, de su generalidad o especialidad o de su status nacional o internacional” que constituye de alguna manera el eje central del desarrollo de este trabajo.

En sus conclusiones el autor considera “la importancia de armonizar las jurisdicciones nacionales particularmente las constitucionales con las jurisdicciones internacionales, a fin de lograr la protección efectiva de los Derechos Humanos, atendiendo siempre a su progresividad. Ello está permitiendo al confluencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con el Derecho Constitucional de los Derechos Humanos para la consolidación de una nueva rama: el Derecho de los Derechos Humanos: que es en definitiva el nuevo Derecho Global, es decir, un Derecho de Gentes universal, integrados (internacional y nacional) que descansa sobre los valores del Derecho Natural como ley suprema de la humanidad que emana de la dignidad de la persona humana”.

“El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Garantía Internacional de los Derechos” Alejandro Saiz Arnaiz: Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad del País Vasco, Letrado del Consejo General del Poder Judicial.

El autor hace un repaso histórico jurídico del tratamiento de los Derechos Humanos por el Derecho Internacional especialmente en la segunda mitad del siglo pasado partiendo de la Declaración Universal de Derechos Humanos con el valor que la misma ha alcanzado por se (al decir de Bobbio “la Declaración es algo más que un sistema doctrinal pero algo menos que un sistema de normas jurídicas”) y sus efectos en los distintos ordenamientos internos, como así también de la concreción en el ámbito de las Naciones Unidas de sus contenidos en los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y Económicos, Sociales y Culturales, para señalar que en el ámbito europeo considera como obra principal del Consejo de Europa: El Convenio Europeo de Derechos Humanos.

La segunda parte referida a Constitución e Integración Regional se inicia con el trabajo:

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

“Constitución e Integración”, cuyo autor Pablo Pérez Tremps desarrolla el presente trabajo analizando los siguientes aspectos: las dimensiones constitucionales de la integración, la “integración supranacional” como categoría constitucional, abordando este tema desde el punto de vista de la integración como cesión sistemática de poder y la constitución como parámetro de la integración, para concluir con consideraciones acerca de la incidencia del Derecho Comunitario sobre la constitución y la constitucionalización del Derecho Comunitario.

El autor advierte que en esta relación de constitución e integración supranacional se dan dos procesos jurídicos conexos que implican la comunitarización del derecho interno y el de constitucionalización del derecho supranacional.

“El Derecho Comunitario en el Constitucionalismo Andino”, por Guillermo Chaín Lizcano: Magistrado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, profesor titular de la Universidad Nacional de Colombia.

El autor analiza distintas definiciones de integración económica encontrando algunos elementos en común que considera oportuno destacar comenzando por el de proceso, como el más importante.

Bajo el título de Fundamento Constitucional del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina refiere las relaciones de las distintas constituciones de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela con el derecho comunitario, señalando como característica en la Comunidad Andina que la aplicabilidad directa tanto como la preeminencia de sus disposiciones deriva de las propias normas positivas de carácter constitutivo u originario.

El trabajo concluye con el análisis de las nuevas competencias y funciones del Tribunal: dos de naturaleza jurisdiccional: el recurso por omisión o inactividad y la acción de tipo laboral y una de carácter extrajudicial: la función arbitral, “señalando que las mismas no será ni sustitutivas ni alternativas de las funciones judiciales”.

“Los Derechos Fundamentales en el Proceso de Integración Europea”, Luis Aguiar de Luque, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid y Vocal del Consejo General del Poder Judicial (España).

El autor se propone analizar Los Derechos Fundamentales en el proceso de integración europea, tema que ha despertado gran interés y hasta ciertas preguntas sin respuesta., señalando al respecto las cuestiones que considera de mayor importancia tales como:

Qué papel han jugado los Derechos fundamentales en el proceso de integración europea?; Qué estatuto jurídico han tenido los Derechos Fundamentales en el proceso de integración europea y qué estatuto tienen hoy?

Qué estatuto van a tener tras la entrada en vigor de la Constitución?

Qué problemas plantea la garantía y protección de los Derechos Fundamentales en la UE?

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

Van a estar mejor o pero protegidos los Derechos fundamentales a partir de la entrada en vigor de la constitución Europea?

“El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: análisis sistemático de sus funciones”, Ricardo Alonso García, Catedrático de Derecho Administrativo y comunitario, Universidad Complutense de Madrid.

El autor introduce el tema señalando previamente la conformación que el Tribunal de Justicia ha tenido desde su constitución, desarrollando funciones jurisdiccionales como Tribunal único desde 1957 para las tres comunidades con una estructura unitaria hasta 1988; fue actualizado a partir de esa fecha con la creación de un Tribunal de primera Instancia para descargar de trabajo al Tribunal de Justicia en materia de contencioso y que amplió su jurisdicción progresivamente hasta convertirse en Tribunal competente para conocer los recursos interpuestos por particulares frente a la actividad de las instituciones europeas. y Niza año 2000 que prevé la creación de salas jurisdiccionales para materias específicas.

También deja en claro que la expresión Tribunal de Justicia se refiere por una parte a la Institución encargada de ejercer las funciones jurisdiccionales previstas por los tratados comunitarios englobando así al Tribunal de Justicia en tanto órgano de la Institución, al Tribunal de Primera instancia y a las Salas Jurisdiccionales previstas en el Tratado de Niza. Y por otra también es la denominación reservada al órgano dentro de dicha institución encargado de conocer directamente de determinados recursos interpuestos por las demás instituciones comunitarias y por los Estados miembros

“El Derecho Comunitario Europeo: un ordenamiento al servicio de un modelo de integración descentralizada”, Javier Díez-Hochleitner, Catedrático de Derecho Internacional Público y Titular de la Cátedra “Jean Monnet” de Derecho Comunitario de la Universidad Autónoma de Madrid.

En la introducción el autor señala que se propone analizar los principios que rigen las relaciones en el ordenamiento comunitario y los ordenamientos de los estados miembros así como los mecanismos que aseguran la aplicación efectiva de aquél en estos últimos, centrandó el análisis en el ordenamiento de la Comunidad Europea, procediendo previamente a recordar las llamadas “fuentes” del Derecho Comunitario.

Asimismo el Tribunal ha proclamado el principio de primacía del Derecho Comunitario sobre el nacional, considerándose ambos eficacia directa y primacía como principios complementarios.

El autor concluye su análisis señalando como garantía del cumplimiento del Derecho Comunitario por los Estados Miembros las distintas vías existentes. Entre ellas, el invocar ante los órganos nacionales las disposiciones comunitarias, especial mención recibe en este sentido el procedimiento por incumplimiento previsto en el Tratado en el que la Comisión Europea ocupa un papel central .

Marta Susana Sartori

PEROTTI, Alejandro D., *Habilitación constitucional para la integración comunitario- Estudio sobre los Estados del Mercosur*, Universidad Austral – Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2004, II tomos, pp. 1035.

Este obra jurídica -que he tenido el honor de prologar- es a no dudarlo, un estudio analítico, pormenorizado y reflexivo-crítico, de un joven jurista que desde los albores del proceso mercosureño, visualizó con clara determinación, que se trataba de un fenómeno relevante para el desarrollo de los Estados que conforman el bloque subregional.

En efecto, a lo largo de las páginas que integran los dos tomos en que se estructura la investigación, surge de forma diáfana la vocación integracionista de su autor a través de la defensa del Mercosur como eslabón imprescindible para unir a los pueblos sudamericanos en su afán de avanzar por el sendero del crecimiento económico con justicia social.

El libro se estructura en dos volúmenes que tratan acerca de la habilitación constitucional para la integración comunitaria en Brasil y Paraguay - el primer tomo - en tanto que en el segundo, refiere el tema desde la perspectiva de Uruguay y Argentina.

A manera introductoria el jurista esboza con alta precisión y claridad digna de encomio, lo que será el contenido de la investigación, adelantando con sobrada calidad las líneas directrices que orientan su trabajo. En su totalidad, comprende cinco capítulos en los que, más allá de reflejarse un profundo estudio de la problemática en torno a la cual gira el trabajo, se refleja un vasto conocimiento metodológico. En cada uno de los primeros cuatro apartados aborda el derecho constitucional de cada Estado parte del Mercosur y a su vez, respeta la misma programación expositiva bajando línea ordenadamente en primer término, a la problemática planteada por el derecho internacional en las respectivas constituciones; en segundo lugar, a la intervención de cada uno de los poderes del Estado en el ejercicio de la facultad de obligar internacionalmente al país, deteniéndose en el análisis desde la óptica del papel que cumple respectivamente el poder ejecutivo, el legislativo y el judicial en vinculación con el tema; pasa luego a desarrollar el rol que cabe al derecho internacional frente al derecho constitucional de dicho Estado, para finalizar cada uno de estos cuatro capítulos con el tratamiento de la cláusula constitucional de la integración en ese país.

Un aspecto que enriquece profundamente la obra es el espacio que brinda a la jurisprudencia y a la normativa que ilustra cada capítulo, además de incluir la bibliografía pertinente facilitando de este modo un acceso sencillo al lector y/o investigador de los temas relacionados. Como dejamos escrito a la hora de prologar este trabajo, entre sus bondades se destaca el hecho de independizar el tratamiento de cada Estado en capítulos separados por lo útil y beneficioso que resulta a la hora de pretender profundizar cada sistema nacional; de esta suerte, no sólo facilita la consulta de cada sistema en particular, sino que al tratarse de países diferentes, se beneficia la comprensión del sistema respetando un condicionamiento temporal, subjetivo y material.

En el quinto y último capítulo intitulado «El derecho comunitario en el derecho interno», logra condensar el núcleo central de su tesis articulando y complementando

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

equilibradamente la materia con las conclusiones vertidas al finalizar el trabajo. El autor deja asentada la problemática que opera en los Estados Parte del Mercosur partiendo de las Cartas Magnas como instrumentos fundamentales de la democracia, y catálogos enunciativos de los principios fundamentales de los derechos del ser humano y la apertura de éstas al fenómeno integracionista.

De esta suerte, Perotti demuestra amplia convicción en cuanto a la necesidad de vincular la perspectiva humanista con la política y la jurídica, sin prescindir del factor económico, al que considera no sin razón, pilar que completa el soporte cuatripartito sobre el que se asientan las experiencias integracionistas. Aunque sin ahondar en la faz económica más que en aquellos aspectos que necesariamente, influyen en la adopción de las reglas objeto de análisis, queda en evidencia el profundo conocimiento de la multidisciplinaredad ínsita a los espacios regionales y la imprescindible respuesta a los planteos desde cada aspecto involucrado.

Adriana Dreyzin de Klor

PUEYO LOSA, Jorge (Director), Constitución y ampliación de la Unión Europea: crisis y nuevos retos, Cátedra Albertino de Figueiredo de Pensamiento Económico y Social, Fundación Galicia Europa, Sociedade de estudos internacionais de Galicia, Tórculo Edicións, Santiago de Compostela, 2004, 321 páginas.

El catedrático Dr. Jorge Pueyo Losa prologa esta publicación que reúne las ponencias presentadas a las Jornadas sobre "Constitución y aplicación de la Unión Europea. Crisis y nuevos retos" que a su vez le da el título.

Se trata, de un conjunto de trabajos vertebrados en torno a un único eje cual es la permanente transformación del sistema europeo hasta alcanzar la hoy Unión Europea y el interrogante aún abierto de una futura Constitución Europea.

Podríamos dividir esta obra en dos partes: la primera más general, en la que se agrupan aquellos trabajos destinados al análisis de la evolución de la Unión Europea y la segunda, a estudiar cuestiones puntuales.

Dentro del esquema señalado abre la primera serie "Los límites de Europa" (Antonio Remiro Brotóns) en el que, con la solvencia y dinámica habituales va devanando una serie de acepciones de los límites de una Europa en permanente evolución, dejando así planteados importantes interrogantes sobre el futuro europeo.

En "De la ampliación a "una Europa" : la necesidad de una constitución" (Francisco Aldecoa Luzarraga) luego de una síntesis de la evolución del sistema europeo va desgranado las discusiones que se plantearon y que veremos más adelante respecto de la necesidad de una constitución europea, para concluir dejando abierto un planteamiento acerca de si es posible hablar de "una Europa".

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

Al análisis de esa constitución está reservada "Una visión general del proyecto de constitución de la UE: génesis, análisis de su contenido y situación actual" (Daniel Varela Suanzes-Carpegna). En este caso, en forma muy sintética, aunque no desprovista de precisión, el autor puntualiza el contenido del proyecto de constitución europea, efectuando algunos planteamientos que veremos aparecer en otros trabajos, tal el caso de las competencias comunitarias, la eficacia, la reforma del sistema institucional, y la reiteración de cuestiones relacionadas con la defensa europea.

La segunda parte, más puntual, incluye siete trabajos sobre temas específicos.

El primero de ellos es un interesante estudio de "Las instituciones en la Constitución Europea: Crónica de una reforma aplazada" (Paz Andrés Sáenz de Santa María) en el que la autora hace un relevamiento de la tarea desarrollada por los distintos grupos de trabajo, el rol del Praesidium en la formulación del proyecto de Convención y en la evaluación de las propuestas efectuadas por los representantes de los Estados. Este protagonismo, según la autora, facilitó las modificaciones operadas en el marco institucional europeo, el sistema de votación, las nuevas funciones legislativas del Parlamento Europeo, entre otras.

Le sigue "El Tribunal de Justicia y el futuro constitucional de la Unión Europea" (Jorge Pueyo Losa). Es éste un extenso y meduloso trabajo en el que el autor no solo profundiza el análisis del derrotero seguido por el alto cuerpo judicial europeo, sino que rescata las principales modificaciones que marcarán su futuro.

Uno de los puntos de interés es la "potenciación del Tribunal de Justicia como Tribunal Constitucional", como Tribunal Supremo o también como Tribunal contencioso administrativo general, como así también la posible transformación del Tribunal de Primera Instancia en Tribunal de Gran Instancia y de las salas jurisdiccionales en verdaderos tribunales especializados. Ello lo lleva a detenerse en la nueva distribución de competencias, los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad, las acciones y recursos judiciales y la función jurisdiccional del Tribunal de Justicia, habida cuenta de la desaparición de los pilares de la UE, con sus correspondientes críticas, y a citar, aunque podríamos decir incidentalmente cuestiones relacionadas con el Comité de las Regiones, tema éste reservado al siguiente trabajo.

No escapan a su aguda observación otras cuestiones como la Política Exterior y de Seguridad Común o la protección de los derechos fundamentales desde el punto de vista de su tutela judicial, temas éstos puntuales abordados en trabajos subsiguientes.

Apuntala su estudio en profusas notas de pie de página en las que cita importante documentación y doctrina.

Queda así abierta la puerta a "La perspectiva regional del proyecto de Constitución Europea" (Jesús Gamallo Aller) en el que el autor remarca las falencias en la materia del proyecto europeo, reclamando para las regiones tanto internacionales cuanto internas, un mayor protagonismo en diferentes áreas, tales como la participación en las instituciones o aún en la formulación de la normativa comunitaria.

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

Otro tema adelantado por diversos participantes de este evento es abordado a continuación con "Las competencias de la Unión Europea en el proyecto de Constitución" (Javier Díez-Hochleitner). El autor destaca la posición del Praesidium en cuanto a la necesidad de precisar y ajustar el reparto de competencias y no tanto a cambiar el propio sistema, sobre la base del reconocimiento de tres tipos de competencias: exclusivas, compartidas y de coordinación y apoyo, estudio al que no escapa la competencia exterior de la UE, en la que aparecen nuevamente los mecanismos de control del principio de subsidiariedad.

En el señalado rumbo de lo general a lo particular, "La Carta de Derechos Fundamentales de la UE: su estatuto constitucional" (Javier Roldán Barbero) centra la atención sobre cuestión de tan larga y dificultosa trayectoria en el sistema europeo. En efecto, su lento alumbramiento y la inclusión en el proyecto de constitución europea, va cerrando un ciclo y de alguna forma completando el esquema normativo de la organización del viejo continente, cubriendo así la señalada necesidad de vincular más directamente las instituciones comunitarias con el ciudadano.

La siguiente cuestión abordada es "La política común de seguridad y defensa de la Unión Europea" (Francisco Leita) en la que no escapa al autor el enfoque político de la dinámica económica europea. Sobre esa base analiza los vaivenes sufridos por la política de seguridad europea, y los avances y retrocesos observados en el Tratado de la Unión Europea en la utilización de la sanción económica como un instrumento de defensa. Rescata asimismo las futuras competencias de la Unión en la materia.

Continúa su tratamiento en el último trabajo sobre "La PESD en el proyecto de tratado constitucional" (Rafael García Pérez) en el que analiza las innovaciones introducidas por el proyecto de Tratado Constitucional y algunos avances al respecto, especialmente la cláusula de solidaridad hacia el interior del territorio de los Estados europeos, junto a la cooperación en la defensa común. De hecho que no escapa a este enfoque lo relativo al funcionamiento de las instituciones defensivas europeas junto a un sistema como la OTAN, punto éste en común con el trabajo reseñado en el punto anterior.

Finalmente podemos decir que esta obra colectiva, coordinada por María Teresa Ponte Iglesias, Isabel Lirola Delgado y Julio Jorge Urbina, nos permite en síntesis el acceso dinámico a un estudio pormenorizado de las instituciones europeas, a la luz de un tratado constitucional que, aún antes de entrar en vigor, ha movilizado a la vieja Europa.

Graciela R. Salas

REVISTA ARGENTINA DE DERECHO MILITAR Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO. Número 2, Nueva Serie, 2004, 160 pp.

El presente número corresponde al relanzamiento de la revista en su nueva serie, producido en junio de 2004.

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

El Consejo Académico asesor que la avala está integrado en su mayoría por destacados profesores de las distintas ramas del derecho en diferentes universidades de nuestro país, bajo la dirección del General de Justicia (R) Carlos H. Cerdá.

Está estructurada en tres grandes áreas: Doctrina, Jurisprudencia y Documentos.

La sección Doctrina cuenta con mayor número de documentos que en orden secuencial abordan los siguientes temas:

“El Derecho Internacional Humanitario en la Guerra de Irak” cuyos autores el General de Justicia Carlos Horacio Cerdá y Capitán Auditor Alvaro Ribeiro Mendonca Lacour valoran el nivel de observancia que alcanzó el Derecho Internacional Humanitario o Derecho Internacional de los Conflictos Armados en el conflicto del Golfo Pérsico en el período 19-3-03 al 1-5-03.

Inicialmente el trabajo tiene una referencia al uso de la fuerza destacando el *ius ad bellum* como legitimidad del recurso del uso de la fuerza y que responde al interrogante “cuándo” en la metodología de trabajo del Estado Mayor, y el *ius in bello* como el conjunto de normas pertinentes destinadas a la regulación de los derechos y obligaciones de quienes participan en las hostilidades y la protección de quienes sufren las consecuencias del conflicto armado (Derecho Humanitario).

En las Observaciones Preliminares los autores señalan como objetivo del trabajo valorar el nivel de observancia o aplicación de las normas del Derecho Internacional Humanitario en este conflicto habiendo seleccionado la mayoría de los acontecimientos de la cronología del conflicto armado de “The instant lessons of the Iraq war: Main Report”, abril 14, 2003. Anthony H. Cordesman, Arleigh A. Burke, Chair for strategy, Center for strategies and International Studies, Washington, D.C.

Concretamente en el desarrollo de las operaciones militares en Irak analizan el grado de aplicabilidad y cumplimiento de las normas que comprenden el Derecho Internacional Humanitario, tanto el Derecho de La Haya (Derecho de la guerra *strictu sensu*) y Derecho de Ginebra (Derecho Humanitario *strictu sensu*) haciéndolo desde una doble óptica: por las fuerzas de la Coalición y por las fuerzas de Irak. El análisis final valora la actividad desplegada por el Comité Internacional de la Cruz Rosa.

Su lectura permite apreciar la objetividad y ecuanimidad de sus autores tanto en el análisis, selección de los hechos y opiniones expresadas.

En “La transformación del Derecho penal militar argentino ante la perspectiva histórica”, su autor, el Dr. Ezequiel Abásolo, de la Universidad Católica Argentina e Instituto de Investigación de Historia del Derecho, desarrolla “algunas de las ideas volcadas en su tesis doctoral” editada en 2002 por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

El planteamiento principal de la obra se refiere a la imperiosa necesidad de introducir profundos cambios en el ámbito jurídico militar argentino en el marco de su armonización, - en lo posible-, con las antiguas tradiciones patrias.

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

El autor hace un desarrollo histórico de las distintas etapas comenzando por la influencia recibida del derecho penal militar español durante el antiguo régimen hasta el derecho penal militar contemporáneo aportando valoraciones interesantes entre las que se destaca su convicción al señalar que “en la transformación tendrá particular relevancia el proceso de internacionalización de lo jurídico castrense”, “la insistencia de la necesidad que las normas del derecho militar y del derecho internacional humanitario alcancen su receptividad y aca-
tamiento en normas de alcance nacional” tal como la ley 23.554 que ya impone a las fuerzas armadas la obligación de ajustar “su proceder al derecho nacional e internacional de los conflictos armados”.

El tercer trabajo dentro del marco Doctrina se refiere a la “Responsabilidad estatal por los hechos dañosos sufridos por el personal militar y de seguridad. Su posible evolución jurisprudencial”.

Su autor Patricio José Clusellas señala que en base a jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “ciertos signos de cambio sobre los precedentes judiciales de los últimos años en lo que respecta a la aplicación del derecho común a eventos dañosos sufridos en actos de servicio por personal militar o de seguridad, sea de su cuadro permanente o de su reserva incorporada”.

Tras una valoración de distintos fallos a su entender “sigzagueantes y ambiguos” (referidos a la responsabilidad estatal surgida de los hechos dañosos sufridos por el personal militar y de las fuerzas de seguridad), manifiesta que estando el origen del principio de armarse en defensa de la Patria y de la constitución en un valor proclamado por el Preámbulo, a él debemos atenernos sobre toda consideración económica, sosteniendo que “la seguridad jurídica de un Estado, su afianzamiento sólo podrá lograrse mediante la aplicación irrestricta y sin reservas de las precisas y excluyentes normas de derecho público que regulan a sectores bien diferenciados de la sociedad”.

El Dr. Pedro Coviello analiza la “Responsabilidad del funcionario militar”, destacándose en este trabajo su análisis de la relación derecho militar y disciplinario militar en el que determinados autores han distinguido la existencia de un derecho penal militar de un derecho disciplinario militar que es administrativo, y la asignación a la pena de una “función preventiva” y a la sanción disciplinaria una “función reparadora”.

Conclusión del autor –a mi entender importante- es la asignación de la particular especificidad de la institución militar que no permite ser estudiada con el mismo encuadre de otras relaciones iusadministrativas.

Los dos últimos trabajos de esta sección corresponden a Derecho Administrativo: “El dictamen jurídico (Pautas para una correcta elaboración) desarrollado por el Tte. Coronel Aud Ismael Fabián Torres quien destaca su importancia como requisito esencial del acto administrativo de acuerdo a la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, asimismo valora su naturaleza de juicio de certeza y de “garantía para los administrados y evita posibles responsabilidades del Estado tanto en sede administrativa como judicial”.

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

Encontramos en esta obra pautas precisas sobre su contenido, procedencia, cuestiones excluidas y previas, como así también características del estilo a observar y la necesidad de la independencia de criterio del autor, constituyendo una clara y concisa pauta orientadora para quienes deben aplicarlo.

El Dr. Marcelo D. Gómez Escalante analiza en "El Acto Administrativo y la Orden de Servicio. Sus Alcances y recurribilidad por sus destinatarios integrantes de la administración pública. Diferencias Conceptuales. Su vigencia en el medio castrense" la distinción del acto administrativo y de orden del servicio, que constituye un aspecto esencial del Derecho Administrativo general y del llamado Derecho Administrativo Militar, concluyendo luego de su valoración de la normativa existente con la configuración nítida y bien diferenciada de dos clases de declaraciones de voluntad estatal: los actos administrativos y las órdenes de servicio.

No menos importantes son los fallos de la Sección Jurisprudencia con pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, la Cámara de Casación Penal, la Cámara Federal en lo Civil y Comercial referidos a "la Responsabilidad del Estado por daños sufridos por soldados conscriptos durante un conflicto bélico" a partir de la sentencia dictada por la corte Suprema de Justicia de la Nación el 13-5-03 autos "Héctor Daniel Sánchez" que conforme lo dictaminado por el Procurador General hace lugar a la queja, declara admisible el recurso extraordinaria y confirma la sentencia recurrida;

"La ejecución de los aspectos patrimoniales de un fallo resuelto en sede castrense y el Procedimiento de la Cámara de Casación Penal" recaído en 7 de marzo de 2003 en autos Carlos Galluzi y "la Responsabilidad del Estado por accidentes sufridos en actos de servicios y el pronunciamiento en autos R.A.V. c/ Gendarmería Nacional".

La sección Documentos incluye:

Conclusiones de la Reunión de Expertos de Países Iberoamericanos realizada en Madrid en octubre de 2003: El sistema de Garantías Judiciales del Derecho Internacional Humanitario, con especial referencia a la jurisdicción militar"; y el mensaje del presidente de la Comisión del Servicio de Justicia Militar General Carlos Cerdá con motivo de la celebración del día de la Justicia Militar 2003 y del Jefe del Estado Mayor General del Ejército Teniente General D. Roberto Fernando Bendini por la misma celebración.

El análisis efectuado de los contenidos de los distintos trabajos que componen las secciones de esta revista nos permite manifestar nuestra adhesión a lo expresado por el Dr. Alejandro Consigli en las palabras preliminares en el sentido que esta nueva serie incorpora "con más énfasis el estudio del Derecho Internacional de los Conflictos Armados".

Marta Susana Sartori

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

REVISTA DEL INSTITUTO DE ESTUDIOS INTERNACIONALES DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE, Dr. Francisco Orrego Vicuña (Director), Año XXXVIII, N° 148, Enero-Marzo, 2005, 113 pp.

El primer artículo se titula: "Globalización y Democracia en América Latina", por Alain Rouquié.

No obstante haberse consolidado la democracia en América Latina, el autor señala un futuro incierto del orden democrático relacionado con el contexto socioeconómico.

Considera asimismo que este orden está en permanente peligro por no ser una modalidad "natural" de gobierno.

Hace una valoración del fuerte descontento popular y las profundas crisis sociales que enfrentan estas democracias con ejemplos concretos comparativos de Argentina, Bolivia, Venezuela, concluyendo "sea lo que fuere, la insatisfacción democrática existe, no tiene origen ideológico ni de izquierda ni de derecha. Debe mucho al descontento económico, a la escasez de empleo, al crecimiento de la pobreza, que no proceden de situaciones estrictamente nacionales y que afectan en menor o mayor grado al conjunto de los Estados de la región".

Seguidamente analiza la globalización en su perspectiva histórica marcando los hitos que han tenido gran influencia en las naciones latinoamericanas a las que considera hijas de la primera globalización que contribuye directa o indirectamente a la creación del Estado y al surgimiento de la democracia.

Considerando todos los aspectos de la globalización, destaca como positivas de esta nueva cultura política la cláusula democrática introducida por los países del MERCOSUR en sus tratados fundacionales o la Carta Democrática aprobada por la O.E.A. en 2001 como instrumentos de defensa y de protección colectiva de la democracia de los Estados Partes o Miembros de ambas.

Seguidamente analiza los distintos aspectos de la globalización y la incidencia de esta nueva dimensión en los países de la región, señalando que cada Estado ha tenido su propia experiencia para concluir que "la restauración de la democracia se tradujo en el aumento del desempleo y en la agudización de la pobreza como consecuencia de la apertura comercial y de la liberalización de la economía".

El trabajo comentado es un buen aporte que valora la integración regional como único espacio susceptible de beneficiarse en la etapa actual de la globalización y contrarrestar sus efectos indeseables.

"Customary international Law in a Global Community: Tailor Made?"

Su autor el Dr. Francisco Orrego Vicuña expresa en la presentación "que la creciente tendencia de considerar que las normas de la ley consuetudinaria se acomodan de acuerdo a preferencias y argumentos, que no pueden de otro modo calificar como ley, está llevando a

serias dudas sobre el verdadero significado de ley internacional. Este artículo examina las razones detrás de este fenómeno y refleja los medios para reforzar los requerimientos tradicionales de la ley internacional consuetudinaria para asegurar que se haga la ley apropiada. Es de remarcar que la ley internacional consuetudinaria no puede depender del avance de los objetivos instrumentales a veces en contradicción con los requisitos de un sistema legal estable. En particular el artículo examina el significado de la práctica del Estado y de la *opinio iuris*, los elementos tradicionales para la formación de las normas consuetudinarias. En la conclusión se discute que los esfuerzos para reconstruir la ley consuetudinaria han revivido en realidad su rol de manera inesperada, hasta el punto que la reacción en contra de su manipulación está trayendo a la ley internacional a su equilibrio normal".

Parte de una observación en particular realizada por Robert Jennings: "la mayoría de lo que obstinadamente insistimos en llamar ley consuetudinaria no solo no es ley consuetudinaria, ni siquiera se asemeja vagamente a la ley consuetudinaria", manifestando que a veces el idealismo y el interés político necesitan encontrar una norma de ley aun donde no existe ninguna, o llegar a la interpretación de una norma que no permite ni remotamente tal desarrollo.

Cómo deberían reforzarse los requisitos tradicionales de la ley consuetudinaria internacional para asegurar que la propia ley se realizó, son las inquietudes principales a desarrollar en el presente trabajo.

Su carácter obligatorio, su naturaleza es explicado a través de las distintas teorías como la de Kelsen, la *Grundnorm*, el *pactum tacitum* entre otras pero resulta independiente del proceso del consentimiento.

Seguidamente analiza el elemento práctica valorándolo desde el punto de vista de cuánta práctica, cuánto tiempo y qué tan consistente necesita ser; la influencia para la formación de la norma consuetudinaria del número de estados que se adhieren a cierta práctica; las características de esa práctica señalando al respecto que no hay necesidad que sea idéntica en cada detalle y expresión pero sí necesario que haya un sentido de dirección común .

Qué constituye esa práctica lo explica señalando que se tienen en cuenta todos los tipos de evidencia como tratados, legislación, resoluciones de organizaciones internacionales y muchas otras leyes diplomáticas pero solo algunos pueden ser considerados evidencia dura otros lo son evidencia blanda y otros no lo son en absoluto.

Respecto al segundo elemento: la *opinio iuris* el autor hace un análisis valorativo respecto a la real necesidad del mismo para la formación de una norma consuetudinaria estimando que la evidencia requerida para establecer que el elemento psicológico que caracteriza la *opinio iuris* está presente o ha sido completado es difícil o bien casi imposible de lograr. Siguiendo el razonamiento del profesor Barberis considera la existencia de dos tipos de práctica que intervienen en la formación de la ley consuetudinaria uno conforme a una práctica pensada en positiva por la comunidad y el segundo es que cierta comunidad también puede reaccionar adversamente a una práctica que no conforma de acuerdo con su

sentido a un compromiso legal de lo que deduce que ambos tipos juntos proveen una respuesta clara de cuándo y cómo la opinio juris intervino y realizó su función en la formación de la norma consuetudinaria.

Analiza la valoración de los tratados como reflejo de la norma consuetudinaria y los hechos mismos de un Estado advirtiendo que cualquier práctica puede ser tomada para reflejar la norma consuetudinaria, dificultad que se agrava al considerar la normativa de las organizaciones internacionales como expresión de práctica transformada también en ley consuetudinaria.

Considera que proclamar la existencia de una norma consuetudinaria donde no existe presta a confusión, igualmente cuando la práctica está conectada sólo remotamente a la formación de dicha norma, dando lugar a la alteración de la secuencia lógica de los eventos que lleva a la formación de una norma consuetudinaria a otras irregularidades .

En cuanto a la relación tratado – norma consuetudinaria manifiesta la necesidad que los Estados hayan expresado su consentimiento a una norma consuetudinaria a través de la práctica y de la opinio juris para poder señalar la existencia de dicha norma como costumbre, aunque un tratado posterior lo hubiese así proclamado . Su conclusión al respecto es que el proceso de formación de una norma consuetudinaria no puede estar gobernado por un tratado, ni siquiera por el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, ya que solo la práctica y opinio iuris propiamente dicho pueden crear la norma consuetudinaria. “El rol del tratado será para asegurar que este proceso ha sido completado o bien que la práctica relevante también está incluida en ese tratado en particular”.

También analiza la situación de terceros Estados en la formación y aplicación de una norma de ley consuetudinaria señalando que no todos los Estados son requeridos para participar en la formación de una nueva norma por medio de sus prácticas y opinio juris, no obstante ello la norma nacida se aplica a todos los estados por cuanto en proceso suficientemente representativo del sentido legal de la comunidad la participación individual no es factor relevante para la determinación de la existencia de una norma, convirtiéndose entonces las normas consuetudinarias en normas de aplicación general. Inclusive señala y con relación a un Estado opositor persistente que ese proceso general con respecto a la formación de la norma es ahora un proceso donde se tienen en cuenta los efectos de la obligación y que es supuestamente general, no siendo admisible ninguna excepción.

El autor finaliza su análisis señalando que la norma consuetudinaria ha estado sometida a desafíos eruditos y judiciales aún más allá de lo que sería la evolución normal de la ley internacional conforme los cambios de la sociedad internacional a la cual se aplica pero considera que si bien el proceso fue más allá de lo razonable en la actualidad está readquiriendo su normal equilibrio constituyendo fuente de ley internacional y que solo significará lo que la práctica y la opinio iuris intentaron decir”.

“El Ferrocarril Trasandino: un desastre financiero de cien años que todavía atrae inversores”, por Ian Thomson.

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

Su edición original fue presentada en la primera Conferencia Internacional de la Asociación Internacional de la Historia Ferroviaria (AIHF) celebrado en Semmering (Austria) en Setiembre de 2004.

Reseña la historia de este ferrocarril, el más alto construido a través de la Cordillera de los Andes cruzando la frontera entre Argentina y Chile casi a la mitad de la altura del Tupungato.

Interesante resulta la detallada historia de sus autores los hermanos Clark por concretar el proyecto y el especial énfasis puesto en destacar los aspectos económicos, detallando las grandes dificultades fundamentalmente financieras que debieron sortear en los largos cuarenta años que transcurrieron hasta la realización del 1er. recorrido internacional y su devenir posterior, estando en vía de su reinauguración a partir de un estudio de prefactibilidad de su rentabilidad actual.

"Contradicción o diada? Política exterior de Chile ante el Mercosur", por Joaquín Fernandois y María José Henríquez.

El presente artículo examina las motivaciones y los temas generales de la política exterior de Chile frente al Cono Sur en los años noventa, a la luz de una de sus caras, esto es, la adhesión y los primeros pasos del país dentro del MERCOSUR, sustancialmente durante la Administración de Eduardo Frei Ruiz Tagle (1994-2000).

Estudia la forma en que el gobierno chileno a partir de un amplio consenso de la clase política (en relación con las tres décadas anteriores) manejó la aparente contradicción entre llevar una política exterior de marcado tinte "latinoamericanista" y el manejo de la "reforma económica" heredada del régimen militar y plenamente asumida como propia por la concertación, que ordenaba una sostenida integración con los grandes mercados globales.

La propia incorporación de Chile en el MERCOSUR en 1996 es como un epítome de esta disyuntiva. Con todo, esta dualidad no reflejaba un momento "puramente chileno" sino que también era la proyección del "momento latinoamericano" de los años noventa, marcado por el fin de la Guerra Fría en la región, la conclusión del proceso de democratización y la ausencia plena de la "reforma económica" como nuevo paradigma de políticas públicas en el continente, que le dio a la región un sello especial hasta poco antes del término de la década".

Señala que la actualidad recrea la "concertación latinoamericana" como elemento problemático para la política exterior chilena, considerándolo un problema del que en esta oportunidad sólo se aborda el aspecto de la política exterior de Chile hacia los países del Cono Sur en una transición entre la opción latinoamericana y la inserción en el sistema económico internacional.

Plantea como posibilidad a partir de los años 90 la adopción de un camino franco a la concertación latinoamericana.

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

Considera clave para la comprensión de la política regional y la inserción chilena señalar en la región el retorno a la democracia y la puesta en marcha de la "reforma económica".

Explica la motivación política que llevó a Chile a asociarse al MERCOSUR basado fundamentalmente en que ello lo convirtió en un "socio político" sin afectar el intercambio comercial en que se encontraba Chile, esperando que el MERCOSUR convergiera con su economía.

Considera que a partir del MERCOSUR Chile ha llevado una experiencia contradictoria atendiendo los principios latinoamericanistas y a la vez su postura unilateral e integración con NAFTA y UE.

El título de este artículo "díada" responde a la expresión de Norberto Bobbio: cuerpo con dos almas, significando esta postura dual.

Por entonces la conveniencia del MERCOSUR no obstaba para la continuidad de la apertura unilateral. Ejemplo de ello son las negociaciones con la UE de ampliación del acuerdo de cooperación ya existente.

El trabajo desarrolla la política chilena hacia el MERCOSUR y así señala que "se actúa bajo el principio del regionalismo abierto" para simultáneamente poder abrirse al mercado mundial" destacando una expresión: "se diría Hola América latina sin decirle Good Bye a nadie".

Concluye con un análisis de la influencia de los cambios políticos en Argentina en la relación entre los dos países planteando un interrogante sobre el proceso de cooperación existente.

El presente trabajo analiza con profundidad el denominado "modelo Chileno" y la perspectiva de la política exterior de Chile ante el surgimiento de este bloque económico MERCOSUR.

El rubro Documentos contiene un trabajo titulado: "Foreign Investment Law: How Customary is Custom? En el que su autor el Doctor Francisco Orrego Vicuna desarrolla comentarios realizados en su presentación al panel del nuevo régimen para las Inversiones Extranjeras Directas, en la Reunión Anual de la Sociedad Americana de Ley Internacional, en Washington DC el 31 de mayo de 2005.

Su enfoque está referido a la Ley de Inversión Extranjera, arbitraje internacional, inversionistas extranjeros, el proceso, marco y tendencias de las disputas internacionales en respuesta a observaciones surgidas a lo señalado por el panelista que lo precedió el Profesor Alvarez.

Considera que el proceso de internacionalización se desarrolla en un marco legal que se apoya en principios fundamentales comunes a los cuales también ha recurrido la legislación doméstica de inversión extranjera, y al cual han contribuido en el proceso de armoniza-

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

ción legal el arbitraje internacional y las decisiones judiciales, con algunas dificultades propias de la transición.

En cuanto a las funciones del Estado en esta nueva realidad de un régimen globalizado relacionado con las inversiones extranjeras no significa que el estado soberano esté desapareciendo pues lo considera el actor principal del sistema legal y político internacional, estima un tránsito de lo absoluto a lo relativo, de servir a los estados super poderosos a asegurar los derechos de los ciudadanos.

Analiza una cuestión de absoluta actualidad relacionada con el mejor trato que deberían darse a los inversionistas extranjeros en relación a los agentes económicos nacionales, posición privilegiada de los inversionistas protegidos criticada y discutida en el arbitraje internacional a la que su respuesta es brindar el trato a todos los agentes económicos extranjeros o domésticos bajo una misma norma que asegure certeza y lo previsible.

El proceso de armonización de las normas internacionales y domésticas requiere el resultado final que la norma creada se convierta en ley común para la comunidad internacional, ejemplo de ello es la norma que gobierna la expropiación y nacionalización consideradas comunes en los principales sistemas legales doméstico y en la ley internacional.

Hace un desarrollo interesante con relación a la problemática planteada con la norma aplicable a la expropiación regulatoria e indirecta en el sentido de "tratamiento justo y equitativo" cuando los aspectos de protección extendidos al inversionista son diferentes en la norma interna, la consuetudinaria y el tratado.

Valora la posibilidad que los propios Estados puedan beneficiarse de las variadas características de la ley de inversión para protección de sus propios intereses, a través de los procedimientos de arbitraje.

Manifiesta su apreciación que lo que solía ser la *lex generalis* bajo la ley consuetudinaria ya no lo es en algunos aspectos y ha sido tomada por la *lex specialis* de los desarrollos de los tratados.

La superación de la discriminación es un factor decisivo para la armonización deseada por cuanto tanto extranjeras como ciudadanos deben ser tratados por igual bajo el tratamiento nacional, tal discriminación no debería existir bajo la cláusula de la nación más favorecida.

Como último aspecto considera los beneficios de la descentralización donde varios mecanismos van a competir por la eficiencia, oportunidad y profesionalismo, considerando apropiada la disponibilidad de los tribunales ICSID y UNCITRAL como mecanismos importantes para el establecimiento de las disputas de inversión.

Menciona como iniciativa de contribuir al perfeccionamiento del sistema de arbitraje internacional la propuesta de establecer un mecanismo de apelación en el contexto de las decisiones de arbitraje en inversiones extranjeras, sugiriendo otras como el establecimiento

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

de una Corte de Decisiones de Arbitraje Internacional que contribuiría seguramente a la internacionalización completa del arbitraje.

Marta Susana Sartori

ROZO ACUÑA, Eduardo. *Profili Di Diritto Ambientale da Rio de Janeiro a Johannesburg. Saggi di Diritto Internazionale, Pubblico Comparato, Penale Ed Amministrativo*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2004, 351 páginas en italiano y castellano.

La necesidad de analizar los avances del derecho ambiental en la medida de su tutela y del desarrollo fijados a partir de la Conferencia de Río de Janeiro (1992), a la luz de la Conferencia de Johannesburgo de 2002, impulsó a un grupo de profesores de diversas disciplinas, a efectuar algunas reflexiones sobre el "desarrollo sostenible".

En efecto, a partir de la Conferencia de Estocolmo (1972) y del Informe Brundtland (1987), el concepto de "desarrollo sostenible" fue transitando hacia la firma de diversas convenciones como la Convención sobre los cambios climáticos, la Convención sobre la biodiversidad, y luego de la Conferencia de Río de Janeiro, con el Protocolo de Kyoto (1997), que permiten hacer algunas evaluaciones, negativas para algunos, esperanzadoras para otros.

En este contexto es que nuevos análisis abren otras posibilidades, tales como la relación entre medio ambiente y la dignidad del ser humano.

Fueron estas las preocupaciones que convocaron a un grupo de profesores de universidades europeas y latinoamericanas estudiosos de diversas ramas del Derecho, cuyos trabajos conforman esta obra, que podríamos dividir en varias áreas particulares, en torno al medio ambiente.

La primera de ellas es el capítulo correspondiente al Derecho Internacional Ambiental, que incluye tres.

El primero de ellos, "Il diritto internazionale dell'ambiente da Rio a Johannesburg" (Sergio Marchisio) hace una evaluación de la evolución de la normativa ambiental internacional desde sus orígenes en la Conferencia de Estocolmo, a partir de la cual fueron surgiendo numerosas convenciones que, a estar por lo dicho por su autor, corre el riesgo de diluirse en un contexto demasiado amplio, a pesar de lo cual el autor va rescatando los caracteres jurídicos prevalentes en estos instrumentos internacionales, contribuyendo así con su sistematización.

En el mismo rumbo nos ofrece el siguiente trabajo "La cooperazione internazionale in materia di risorse idriche da Johannesburg a Kyoto" (Rosa Dinuzzi), en este caso centrado el estudio en los recursos hídricos, proporcionando asimismo cifras aplastantes relativas a las necesidades insatisfechas en materia de provisión de agua a nivel mundial.

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

Centrando la atención en un instrumento internacional específico "I diritti umani ambientali nella Convenzione di Aarhus" (Lavinia Monti) cierra esta primera parte. En este caso la autora analiza este instrumento europeo, a partir de tres pilares fundamentales: por un lado el derecho a la información ambiental, por otro el derecho a la participación en los procesos decisorios y como un complemento el acceso a la justicia. Podríamos decir que su posición se encuadra en la más moderna doctrina de los derechos humanos, apoyada básicamente en la participación ciudadana para la resolución de los problemas ambientales que aquejan a la comunidad.

Lo que podemos señalar como una segunda parte, está reservada al Derecho público comparado del ambiente e integrada también por tres trabajos.

"Il diritto ambientale da Río de Janeiro a Johannesburg" (Giovanni Cordini), es en definitiva un estudio de la evolución del Derecho Ambiental y especialmente de la "constitucionalización" de la noción de ambiente, el balance de los intereses ambientales y otros intereses relevantes desde el punto de vista del Derecho Constitucional y finalmente la organización de la "gobernanza" del ambiente.

"Osservazioni in tema di diritto penale comparato dell'ambiente" (Giammarco Azzali) abre las puertas a un análisis del tema ambiental a partir de una óptica constitucional, incluyendo la necesaria referencia al concepto de "ambiente" y la influencia de los principios de protección ambiental en el moderno constitucionalismo de diversos Estados, principalmente europeos. Es de destacar su especial referencia al derecho al ambiente y su balance con otros derechos reconocidos en las diversas constituciones. Efectúa algunas comparaciones especialmente en relación a ciertos elementos del Derecho Penal, como el peligro potencial, el peligro concreto, el peligro abstracto. Luego de un sintético estudio de diversos modelos, a modo de conclusión se inclina por el "modelo ingiunzionale" proveniente del sistema de protección establecido en los EEUU.

Cierra esta parte "Lo stato di diritto ambientale con speciale riferimento al costituzionalismo latinoamericano" (Eduardo Roza Acuña). Comienza este artículo reconociendo que al menos en los papeles, existe a nivel internacional "un nuovo Sato sociale di diritto ambientale", como una organización que en una fase de su evolución coloca a los temas ambientales entre sus objetivos fundamentales, a partir de lo cual es posible observar grandes transformaciones en las legislaciones y actividades estatales, colocando el acento en el derecho ambiental y la tendencia a considerar al hombre como primer titular del derecho al ambiente sano. Efectúa asimismo algunas consideraciones al desarrollo sustentable, cuestiones sanitarias, lo que le permiten afirmar la existencia de una autonomía normativa del derecho ambiental. Para ello rescata normas insertas en diversas constituciones, especialmente latinoamericanas.

La tercera parte de esta publicación está reservada al Derecho Penal del ambiente, introducida ya de alguna forma con el trabajo de G. Azzali.

Abre con "Derecho Penal y medio ambiente en la Unión Europea: ¿solución a un fracaso?" (Álvaro A. Sánchez Bravo), que comienza analizando la evolución de la preocupación ambiental desde la firma de los Tratados que dieron origen a la hoy UE. Luego de reconocer los frecuentes incumplimientos de la normativa comunitaria por los Estados que de alguna forma abrió la posibilidad de la protección del medio ambiente a través del Derecho Penal. Según su autor esta corriente motivó la formulación de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección del medio ambiente por medio del derecho penal (2001). A esta propuesta le siguieron de nuevos proyectos por parte de los estados europeos, todo lo cual ha merecido un sintético aunque pormenorizado estudio del autor.

En el mismo sentido avanza "La tutela penale dell'ambiente. Prospettive sovranazionali" (Gabriele Marra). En términos general es de destacar que la autora avanza desde lo general o supranacional a lo específico, en su análisis penalista, siguiendo la materia objeto de su estudio, es decir la protección del medio ambiente que, por esencia supera los límites de jurisdicciones determinadas. Nos habla de supranacionalidad, de transnacionalidad, de una óptica internacional y nacional, y de la necesidad de integrar todos estos conceptos en el hecho que genera la responsabilidad. Una reflexión especial le merecen los más recientes desarrollos europeos como la Convención CoE y la Decisión-marco, a partir del Consejo Europeo de Tampere (1999), como así también distintas instituciones de Derecho Penal, bajo una óptica marcadamente europea.

La cuarta y última parte "Derecho local del ambiente" está integrada por siete trabajos que intentaremos sintetizar.

"Apuntes sobre la tutela del medio ambiente en la Constitución Argentina" (Fernando D. Álvarez Álvarez) implica un análisis de la Carta magna argentina con las reformas introducidas en 1994, desde un constitucionalismo social. Se destaca el enfoque del derecho al medio ambiente sano como un derecho subjetivo y colectivo. No escapa a su estudio una permanente crítica a la existencia de constituciones "nominales" en países en vías de desarrollo, junto a la apertura de posibilidades para las multinacionales, situación ésta favorecida por la globalización.

Le sigue "El desarrollo sostenible en la República Argentina" (Esteban J. Rosa Alvez), quien parte del concepto de desarrollo sostenible como principio constitucional, oportunidad en que vuelve sobre algunos puntos estudiados en el trabajo anterior. Se manifiesta a favor de una interpretación finalista y sistemática de la Constitución Nacional a la luz de los contenidos del Estado ecológico de Derecho. Se detiene en el análisis de diversas constituciones provinciales e instituciones locales, como así también de alguna legislación.

A continuación se agregan tres trabajos unidos por un común denominador en instituciones colombianas. "La protección jurídica del medio ambiente en Colombia" (Consuelo Sarría Olcos), constituye una reseña de la evolución ambiental legislativa, constitucional y jurisprudencial ambiental en Colombia. No escapan a este trabajo tampoco las referencias al

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

derecho a un medio ambiente sano, a través de la protección de la biodiversidad, el desarrollo sostenible como así también su relación con la calidad de vida.

Otro aspecto ambiental es abordado en "La valoración de costos ambientales y el control fiscal" (Carlos A. Sánchez Torres). El punto central radica en la aplicación del concepto de costo ambiental y en la posibilidad de control por parte de las instituciones pertenecientes a los diversos niveles de poder, como así también su responsabilidad. El autor destaca asimismo el rol de las Contralorías en el control del modelo económico de desarrollo sustentable.

Cierra esta tríada "Il codice colombiano delle risorse naturali e di protezione dell'ambiente" (Paola Maffei). La autora comienza por una fundamentación constitucional que la introduce en el tema específico, a partir de lo cual va desgranando el contenido del Código colombiano, a lo que agrega interesantes comentarios.

Otros aspectos del tema ambiental surgen en "Il consolidamento del diritto ambientale in India" (Domenico Amirante) en el que no falta tampoco el estudio constitucional respectivo, especialmente en la organización institucional india, como así también el rol desempeñado por la justicia, en virtud de la instauración de un sistema mixto entre el common law y la Constitución de 1950.

Concluye esta cuarta y última parte con "Il governo dell'ambiente in Italia, tra centro e periferia" (Luca R. Perfetti). Aquí el autor analiza el nuevo capo V de la Constitución Italiana que introduce el tema ambiental en ese instrumento, modificando asimismo las competencias administrativas y legislativas. Este tema es analizado en diferentes apartados, especialmente en cuanto el ejercicio de estas competencias en forma concurrente afectan los derechos individuales.

Se trata, en fin de una interesante publicación colectiva que nos acerca a los más modernos enfoques en temas específicos en materia ambiental resultado de las diferentes conferencias internacionales que abordaron la temática.

Graciela R. Salas

CRÓNICAS

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

XXVIII Congreso Ordinario de la A.A.D.I.
XIV Congreso Argentino de Derecho Internacional
Rosario, 13 al 15 de Octubre 2005

SECCION DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO

VISTOS:

- El relato presentado por los Profesores Susana Galván y Arturo Pagliari, titulado "PRINCIPIOS DE DERECHO INTERNACIONAL EN MATERIA DE RECONSTRUCCION POST BELICA EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO".

- Las ponencias * Las Naciones Unidas en las tareas de consolidación de la Paz – Práctica reciente y desarrollos (Adriana Castelanelli y Alberto César Moreira), * Principios de reconstrucción post bélica en casos de administración internacional (Zlata Drnas), * La Violencia de género en el plano internacional (María del Luján Flores), * La función del derecho internacional en la reconstrucción de Irak (María Cristina Rodríguez) , * Gestión de la reconstrucción post bélica a partir de los indicadores del desarrollo sostenible (Adriana Tripelli).

- Los aportes de Alejandro Consigli, José María Sabat, Guillermo J. Fogg, Enrique Alejandro Mussel, Luis Ignacio Savid-Bas, Ariel Ricardo Mansi, Anahí Priotti y José Dobovsek.

CONSIDERANDO:

- Que el Derecho de los conflictos armados es parte del Derecho Internacional Público, por lo que resultan aplicables los principios generales del Derecho Internacional.

- Que la reconstrucción post bélica trasciende las regulaciones del Derecho Internacional Humanitario.

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

- Que se advierte la existencia de una laguna normativa en materia de reconstrucción post bélica para los casos de administración internacional.

- Que las recientes construcciones consensuadas en la Cumbre 2005 de Naciones Unidas, si bien positivas al crear la Comisión de Consolidación de la Paz, resultan insuficientes para el cumplimiento de los objetivos de reconstrucción y consolidación de la paz a largo plazo.

- Que la realidad internacional así como la práctica de la Organización de las Naciones Unidas imponen abordar la construcción de normas aplicables a la reconstrucción post bélica en casos de administración internacional.

RECOMIENDA:

- Que las normas de derecho internacional relativas a la ocupación deberían constituir estándar mínimo para toda administración post bélica.

- Que toda administración internacional, constituida de conformidad con el derecho internacional, debe contar con un mandato claro, preciso y rendir cuentas de su gestión.

- Que la administración post bélica no sólo tiene por fin la reconstrucción, sino también la prevención de nuevos conflictos, por lo cual la acción debería contemplar i.a. indicadores de desarrollo sostenible.

- Que es necesario generar instancias canalizadoras de la responsabilidad por la administración internacional.

- Que la reconstrucción post bélica no constituye una situación que permita legitimar actos ilícitos anteriores o concomitantes.

- Que deben perfeccionarse las vías para garantizar en la práctica el debido respeto a los derechos fundamentales del hombre (Derecho de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario).

- Que es necesario reforzar la protección de los componentes más vulnerables de la población (por ejemplo: en razón del género, de la edad, etc.)

- Que en todos los casos de administración internacional, las mismas, la reconstrucción post bélica y cualquier desarrollo ulterior, inter alia, la prevención de conflictos, deben conformarse a las normas del derecho internacional y, en su caso, a las Resoluciones del Consejo de Seguridad.

SECCIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Tema: "Jurisdicción y ley aplicable a las relaciones de consumo en el Derecho Internacional Privado"

Relatora: Alicia M. Perugini

Leídas las ponencias detalladas en el anexo que se adjunta a la presente, la Sección de DIPr ha arribado por consenso a las siguientes conclusiones sobre el tema objeto de la convocatoria a este Congreso.

CONCLUSIONES:

I) Principios de orden público:

Cabe coincidir en que los derechos del consumidor, son una especie del género "derechos humanos".

Con ese sustento, no parece dudoso que conforman principios basilares, con jerarquía de grandes primeros principios de la legislación en la materia y en nuestros días:

* el principio protectorio que se traduce en el derecho de acceder al consumo, a las prestaciones de salud, a la educación.

* el principio antidiscriminatorio –derecho a un trato equitativo– que veda toda falta de igualdad en los recursos que el sujeto tenga para relacionarse con los demás determinante de una situación de vulnerabilidad. Involucra pues, el derecho a la libre elección, a la información, a la seguridad, a la garantía y a la privacidad.

* la proscripción de cláusulas abusivas,

* la protección de intereses económicos, tales como el derecho a la reparación de daños.

* el derecho a acceder a la organización colectiva para la defensa de derechos de consumidores y usuarios (art. 42 C.N.).

* el acceso a la justicia de manera fácil y eficaz.

Por ello, con sustento normativo en el art. 14 inc. 2° del Código Civil, cabe reconocer a los tribunales la facultad de controlar la compatibilidad con los primeros principios de orden público que informan la legislación:

* del contenido material del contrato que le toque analizar

* de la solución de fondo que brinde al caso el derecho privado extranjero eventualmente aplicable al caso,

* de la solución de fondo –material- que pudiera atribuir al caso una sentencia judicial o decisión administrativa extranjera, al tiempo de proceder a su examen a los fines de su reconocimiento y /o ejecución: exequatur.

II) Jurisdicción:

1) En defecto de normas específicas de jurisdicción internacional en materia de relaciones de consumo, cobran relevancia los criterios generales de atribución de jurisdicción legalmente previstos, tales como, el foro del domicilio del demandado y el lugar de cumplimiento, entendido como “cualquier lugar de cumplimiento” acorde la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re “Exportadora Buenos Aires c. Holliday Inn” y “Sniaffa”. Sin embargo, siempre cabría reconocer la atribución de jurisdicción a favor de los tribunales de la residencia habitual del consumidor, como “forum conveniens” cuando presente conexiones suficientes con el fondo del asunto. Sin embargo, cabría resistir que se llevase al consumidor, como demandado, a litigar fuera de su lugar de domicilio o residencia habitual, sin su expreso consentimiento si de ello pudiera seguirse una grave infracción a las más elementales exigencias del debido proceso.

2) Se recomienda la aprobación del Protocolo de Santa María dado que los criterios de jurisdicción previstos (foro principal del domicilio del consumidor y foros acumulativos que contemplan la necesaria actuación del proveedor en el domicilio del consumidor) resguardan suficientemente los criterios de proximidad que son exigibles para estimar razonable el foro elegido. Se destaca que puede resultar un procedimiento eficaz la tramitación a distancia allí prevista, aunque puede resultar perfectible. Sin embargo, tanto en el ámbito de este Protocolo como, en general, para toda hipótesis de reconocimiento de sentencias dictadas en “acciones de clase” para su reconocimiento y ejecución se debería requerir, o bien un procedimiento propio o nuevos elementos de control de mayor rigurosidad que los utilizados para las sentencias comunes.

3) Prórroga de jurisdicción: Para determinar la admisibilidad de cláusulas de elección del tribunal competente, deberá considerarse si media algún obstáculo o denegación de derechos de orden sustancial o procesal, si se da algún supuesto de fraude, circunvencción o abuso del desconocimiento de alguna de las partes o si se produce alguna violación de principios de orden público. Se destaca la necesidad

de un verdadero acuerdo de voluntades para considerar perfeccionada la prórroga de jurisdicción.

III) Derecho aplicable:

1) En nuestro DIPr. se carece de normas precisas en el plano internacional en materia de relaciones de consumo. En el estado actual de nuestra legislación solo cabe aplicar las disposiciones de carácter general que brindan las normas de conflicto del DIPr, con los standares de control que puedan imponer: las normas de policía de la *lex fori*, impositivas de una solución excluyente de las normas de conflicto y los principios de orden público, inferibles de los principios constitucionales y del espíritu del propio derecho.

2) Cabría propiciar la creación de soluciones materiales uniformes en la materia a nivel convencional que, con alcance regional o global, posibiliten acuerdos sobre standares mínimos de control que todos los Estados se comprometan a respetar como "piso material de garantías". Ante la imposibilidad de prever por esta vía la totalidad de supuestos fácticamente posibles, se propicia la elaboración de normas de conflictos generales. Como criterio de elección en esta solución parece razonable utilizar la ley del lugar del país de residencia habitual de consumidor mas acompañado de otras conexiones acumulativas.

Conexiones acumulativas contractuales: entendemos razonable aplicar la ley del lugar del país de «residencia habitual del consumidor» si, además, se da alguna otra conexión acumulativa, como, por ejemplo, que:

I) las negociaciones para la venta se hayan llevado a cabo en ese Estado, y que el consumidor haya realizado allí actos necesarios, de su parte, para la conclusión del contrato (aunque este paso, efectivamente, no se haya suscrito o formalizado);

II) el vendedor, su agente, representante o corredor comercial haya recibido la orden (de compra, por ejemplo) en ese país -desplazándose, de esta manera, al país del consumidor-;

III) haya mediado una oferta, proposición o publicidad especialmente hecha (envío de catálogo, oferta, afiche, prensa escrita, publicidad radial o televisiva) en ese país, que precediera a los actos necesarios del consumidor para concretar el contrato;

IV) se haya efectuado un contrato (una venta o un servicio, por ejemplo) precedido por una oferta o invitación en tal sentido, dirigida al consumidor en su país de residencia (por vía publicitaria u otra vía de comercialización), que desplazara

al consumidor de su país de residencia habitual, a un país extranjero, siempre que el viaje haya sido organizado —directa o indirectamente— por el vendedor, que incitara al consumidor a efectuar el contrato en su país (excursiones turísticas más allá de las fronteras);

V) el establecimiento principal de la persona cuya responsabilidad se invoca se halle también en ese mismo Estado;

VI) el Estado en cuyo territorio se ha adquirido el producto, por la persona directamente perjudicada, sea el de la residencia habitual del consumidor.

En el caso de resarcimiento de daños en general, cabría la aplicación de la ley del Estado en cuyo territorio se produjo el daño que también puede ser contemplada como punto de conexión alternativo; siempre en la búsqueda de preservar el adecuado ejercicio del derecho de defensa de todas las partes y la efectividad, cabría exigir la coincidencia, en ese mismo Estado:

I) de la residencia habitual de la persona dañada;

II) del establecimiento principal de la persona cuya responsabilidad se invoca, o la sucursal con la que se concluyó el contrato;

III) del territorio en el cual el producto ha sido adquirido por la persona dañada.

Se recomienda el tratamiento autónomo de una categoría particular de consumidor que es la víctima del daño causado por el producto defectuoso. En este supuesto la norma debería tener por fundamento el principio de efectividad de las soluciones pues el favor a la víctima reside en un justo resarcimiento efectivo.

En defecto de estas coincidencias, cabrá aplicar la ley del país del establecimiento del vendedor o prestatario de servicios puesto que ella en todo caso nunca colocará a éste en desventaja frente al consumidor. Sin embargo, debería admitirse la aplicación de la ley del país de residencia habitual del consumidor como *minimum standard* de protección.

No obstante, el productor, distribuidor o toda persona eventualmente responsable podría probar llegado el caso que no pudo razonablemente prever que el producto o sus productos serían puestos en el comercio de tal Estado siempre que no se dieran las coincidencias antes señaladas.

IV) Con relación a las propuestas presentadas para ser tratadas en la CIDIP VII, se estima conveniente la necesidad de analizar las soluciones previstas por las

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

delegaciones de los estados parte, en orden con su compatibilidad con el régimen argentino. La República Argentina debería fijar una posición clara con miras a una posterior negociación, teniendo en vista los intereses nacionales y las posiciones sentadas por la doctrina y la jurisprudencia.

V) Se propicia integrar el enfoque propio del DIPr en la reflexión de los problemas de Defensa de la Competencia, tradicionalmente sólo tratados con criterios territorialistas.

SECCIÓN DERECHO DE LA INTEGRACIÓN

Tema "Constitución Europea: novedades en materia de fuentes normativas y competencias de la UE. Implicancias externas"

Relator: Jorge Stähli.

CONCLUSIONES

1. La firma del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa deviene un hecho histórico relevante, incluso más allá de su eventual proceso de ratificación por los Estados Miembros. Sin embargo, las preocupaciones que se manifestaron al lanzar la iniciativa mantienen diversos puntos de contacto con nuestra situación nacional y regional.

2. Introduce innovaciones, entre ellas en el espacio de seguridad, libertad y justicia; en lo referido a la PESC; y en la reducción y simplificación de los instrumentos jurídicos, para lograr una Europa más democrática, más eficiente en su accionar, a fin de acercar la Unión a los ciudadanos y tornar más transparente el sistema comunitario en aras de superar la sensación de déficit democrático señalada por los propios europeos, avanzando así a pequeños pasos, gradualmente, como ha sido su tónica desde un comienzo.

3. Se debe señalar como hecho significativo que el texto refleja la superación de la dimensión económica, incorporando elementos de constitucionalidad.

4. Por otra parte, el proceso de celebración y ratificación de este Tratado evidencia la necesidad de una mayor participación del ciudadano nacional y europeo, contemplando instancias realmente participativas que permitan una más auténtica expresión de voluntad.

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

5. Respecto de la categorización del instrumento (tratado o constitución), no resulta trascendente desde un punto de vista técnico-jurídico, ni a los efectos de la evolución del proceso de integración.

6. En cuanto a las implicancias externas, con relación al MERCOSUR, el Tratado no introduce nuevos mecanismos formales capaces de intensificar el juego de las relaciones de cooperación internacional. Sin embargo, sobresale la necesidad de dinamizar y profundizar, en todo caso, las relaciones entre ambos espacios regionales ya asentadas en el "Acuerdo Marco Interregional de Cooperación entre la CE y sus Estados Miembros y MERCOSUR y sus Estados Partes". En este sentido debemos destacar algunos elementos cuyo estudio puede resultar provechoso para nuestra región, como por ejemplo, el mecanismo de control de subsidiariedad, la cooperación reforzada, el reparto de competencias, entre otros.

Acto seguido, en la sesión de la tarde se sometieron a debate las conclusiones elaboradas, siendo aprobadas por los participantes, las que se ponen a consideración del Plenario, en este momento.

SECCIÓN RELACIONES INTERNACIONALES Tema "Entrada y salida de Tropas nacionales y extranjeras"

Relator: María Cristina Montenegro

CONCLUSIONES

Que el día 14 de Octubre de 2005 se reunió la Comisión de Relaciones Internacionales coordinada por su Directora, con la participación de la Relatora y los Ponentes antes mencionados, y un auditorio conformado por: Enrique Mussel, Alfredo Bruno Bologna, Guillermo Rossi, Alejandro Consigli, Guillermo Tito, Cristina Esponda, Saideh Saleh Ebrahimi, Laura Vasini, Carla Yacomini, Juan Manuel Montti, Carmen Urquijo.

Luego de la apertura en la que se presentó el contexto general en el orden internacional planteado por la Directora, quien recordó que se verifica una gran movilización de personas, nuevas relaciones entre los Estados y situaciones de conflicto no convencionales, que parecen haber dejado la geo-economía de los '90 dando lugar al resurgimiento de la geopolítica. En este contexto la Sección plantea el análisis de la movilización de tropas con fines pacíficos, ya sea para misiones de paz o ejercicios y prácticas conjuntas, su regulación jurídica en el orden internacio-

nal y nacional, y el status que adquieren las tropas al estar temporariamente en el territorio de otro Estado.

El tratamiento del tema generó un interesante debate y un constructivo intercambio de opiniones, registrándose algunas divergencias en relación a cuestiones puntuales, lo que no obstó a que fuera posible alcanzar un consenso en torno a los siguientes aspectos:

Respecto al marco legal en materia de inmunidad en el ingreso y egreso de tropas extranjeras, esta Sección interpretó que existe incompatibilidad con relación a la legalidad de la firma de Acuerdos bilaterales de inmunidad por Estados partes del Estatuto de Roma, con fundamento en el art. 98 de dicho Tratado, que a su vez incide en los modos de regulación y aplicación sobre las leyes nacionales que aquí se analizan.

La Sección interpretó que la Ley Nacional 25.880 sobre el ingreso de personal militar extranjero en el territorio Nacional y/o egreso de fuerzas nacionales no contraría lo antes expresado, ya que en el Anexo I, art. 4 inc. "e" cuando hace referencia a la inmunidad sólo lo enumera entre los distintos requisitos que deberán ponerse a consideración del Congreso Nacional a los fines de que éste apruebe la introducción de tropas extranjeras en el territorio de la Nación y la salida de fuerzas nacionales fuera de él.

Asimismo, hemos consensuado que, ciertas relaciones de poder ejercidas en la actualidad por Estados con mayor poder militar y económico inciden en el cumplimiento de determinadas normas de Derecho Internacional frente a Estados con menor poder de negociación, circunstancia que conduce en muchos casos a la primacía del poder sobre el Derecho.

SECCIÓN DE METODOLOGÍA, DOCUMENTACIÓN Y ENSEÑANZA

Tema: "Toma de Decisión"

Reunida la Sección de Metodología, Documentación del Derecho Internacional, sesionó el día 14 de octubre de 2005, entre las 15 y las 17 hs..

Fueron presentados el relato, que estuvo a cargo de la Licenciada Andrea Fernanda Dias y tres ponencias de la Dra. Zlata Drnas de Clement, de la Dra. Gladys Sabaté y de la Dra. María Alejandra Sticca.

Durante la reunión expuso la relatora, luego de lo cual se generó un interesante intercambio de opiniones.

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

A continuación expusieron las ponentes Dra. Gladys Sabaté y María Alejandra Sticca; no así la Dra. Zlata Drnas de Clement que gentilmente cedió su tiempo por el escaso con que contaba la Sección para sesionar.

Asimismo se realizó un trabajo de taller sobre: Toma de decisión, individual y grupal, ejecutado por el Director y Secretario de la Sección.

Se arribaron a las siguientes conclusiones:

§ La toma de decisión es el acto de una elección del ser humano entre varias alternativas posibles, luego de un proceso de reflexión.

§ La decisión es una operación habitual y fundamental en la actividad profesional: Por ello es recomendable brindar una especial atención en la formación profesional, a la teoría y a la práctica del proceso de toma de decisión.

§ Esta atención en la formación del potencial abogado debiera reflejarse a través de la inclusión de la temática teórica y práctica de la decisión, en la curricula universitaria.

Firmado: Jorge Oscar Paladino, Gabriel Fabio Dias Nuñez, Laura Aguzin, Gladys Sabaté y otros.

SECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Tema: "Los estados de emergencia (con especial referencia a las emergencias económicas)"

Relatora: Marta Pastor

En Rosario, el 14 de octubre del año 2005, se reunió en Rosario la Sección de Derechos Humanos de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Preside la misma la Directora de la Sección la Doctora Luciana Díaz y expuso su trabajo la relatora especial del tema propuesto, la Doctora Marta Pastor.

Luego se presentaron las siguientes ponencias con sus conclusiones, leídas por sus autores: "La Emergencia Económica Argentina, el Derecho de Propiedad y el Derecho Internacional". Por Norberto Peci.

"Algunas Consideraciones Jurídicas de los Órganos de los Sistemas de protección Regional y Universal sobre las Reservas a los Tratados de Derechos Humanos". Por la Doctoras Luciana Díaz y María Elena Caballero.

A continuación la Comisión Relatora, conformada por las Doctoras Luciana Díaz, Marta Pastor y Gloria Rosemberg y el Doctor Norberto Peci, elaboraron las siguientes conclusiones con referencia a las reservas que los Estados puedan formular en el marco de los "estados de excepción", particularmente referidos a situaciones de emergencia económica (Art. 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Luego de deliberar sobre el tema se redactaron las siguientes conclusiones, afirmándose que:

-En las situaciones de emergencia económica o de cualquier otra naturaleza los Estados deben respetar las pautas que establecen los Tratados internacionales de Derechos Humanos.

-Las reservas que eventualmente efectúan los Estados a los derechos consagrados en dichos Tratados deben ajustarse al objeto y fin de los mismos, que es la protección de los derechos fundamentales de los individuos frente a su propio Estado, como ante los otros Estado contratantes.

-La reserva efectuada por el Estado argentino al artículo 21 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, que excluye parcialmente la competencia de la misma en cuestiones de política económica, debe tener en cuenta que la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte constituye una cláusula pétreas, sin más limitaciones que las del artículo 62 de propia Convención.

-El principio de legalidad que debe imperar durante los "estados de excepción", presupone la existencia de normas jurídicas que regulen estas emergencias y mecanismos de control internos e internacionales.

-Los conceptos de Orden Público y Bien Común no deberían invocarse como medios para suprimir o desnaturalizar un derecho garantizado por la Convención, privándolo de su contenido real.

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL



Se terminó de imprimir en el mes de noviembre de 2005 en
M.E.L. Editor - Mariano Larra 3863 - Urca - CP. 5009 -
Tel. 0351 - 4815025 / 155906809
E-mail: marcelolerner@arnet.com.ar
Córdoba - República Argentina

