

*IN MEMORIAN*

JORGE A. GINER MOLINARI

BLANCA

ISSN 1850-079X

ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO INTERNACIONAL



**Anuario  
Argentino  
de  
Derecho  
Internacional  
  
XVIII**

2009

CÓRDOBA - REPÚBLICA ARGENTINA

Anuario AADI XVIII 2009

ISBN N° 978-987-1579-37-2

© 2.010 by  
**Asociación Argentina de Derecho Internacional  
AADI**

**Editó  
LERNER EDITORA SRL**

TEL/FAX: (0351) 4229333

**E-mails:**

lernereditorasrl@hotmail.com

lernereditorasrl@gmail.com.ar

www.lernereditorasrl.com.ar

DUARTE QUIRÓS 545 - LOCALES 2 Y 3 - (5000) CÓRDOBA - ARGENTINA

*Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723*  
Impreso en Argentina - Printed in Argentina

Anuario AADI XVIII 2009

## **DIRECTOR HONORARIO**

ERNESTO J. REY CARO

## **Directora**

MARÍA SUSANA NAJURIETA

## **Secretario**

LUIS CRUZ PEREYRA

## **COMITÉ DE REDACCIÓN**

GUSTAVO E. BARBARÁN

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI

ARIEL RICARDO MANSI

MARÍA BLANCA NOODT TAQUELA

HORACIO DANIEL PIOMBO

GUILLERMO ROBERTO ROSSI

JOSÉ MARÍA SABAT

FABIÁN SALVIOLI

LUIS IGNACIO SAVID BAS

AMALIA URIONDO DE MARTINOLI

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

BLANCA

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

## 2007-2009

**Presidente:** Armando Daniel Abruza  
**Vicepresidente:** María Elsa Uzal  
**Secretario:** Luis Cruz Pereyra  
**Prosecretario:** Alejandro Menicocci  
**Tesorero:** Jorge Stähli  
**Protesorero:** Juan Felipe Amormino

## 2009-2011

María Elsa Uzal  
 Gustavo Barbarán  
 Luis Cruz Pereyra  
 Alejandra Sticca  
 Roberto Vicario  
 Juan Felipe Amormino

## CONSEJEROS

Beatriz Pallarés  
María Blanca Noodt Taquela  
Analía Noemí Consolo  
Marcelo Daniel Iñiguez  
Arturo Santiago Pagliari  
Jorge Oscar Paladino

Beatriz Pallarés  
 María Blanca Noodt Taquela  
 Ariel Ricardo Mansi  
 Marta Yolanda Tejerizo  
 Jorge Stähli  
 Demetrio Oscar González Pereira  
 Armando Daniel Abruza

## Sección DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Director: Ariel Mansi

Laura Araceli Aguzín

## Sección DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Director: Roberto Vicario

Alejandro Menicocci

## Sección RELACIONES INTERNACIONALES

Director: Pedro Rodolfo Casas

## Anunciada Lattuca

## Sección DERECHO DE LA INTEGRACIÓN

Director: Luis Ignacio Savid Bas

Luis Ignacio Savid Bas

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

Director: Graciela Emilia Chalita

Jorge Oscar Paladino

## SECCIÓN DERECHOS HUMANOS

Director: Víctor Alejandro Bazán

Víctor Alejandro Bazán

BLANCA

## ÍNDICE GENERAL

- NORMAS EDITORIALES DEL ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL .....	13
- AGRADECIMIENTO A LA DRA. ZLATA DRNAS DE CLEMENT .....	15

### **DOCTRINA**

- EL DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL EN LAS DECISIONES ARBITRALES DEL MERCOSUR <i>-THE INTERNATIONAL ENVIROMENTAL LAW IN THE MERCOSUR ARBITRAL DECISIONS</i> <i>Alberto E. Monsanto</i> .....	19
- EL DEBER DE INVESTIGAR Y SANCIONAR LAS VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA EUROPEO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS <i>- THE DUTY TO INVESTIGATE AND PUNISH HUMAN RIGHTS VIOLATIONS IN THE EUROPEAN HUMAN RIGHTS PROTECTION SYSTEM</i> <i>Sebastián Alejandro Rey</i> .....	43
- LOS ESTADOS LATINOAMERICANOS Y LA JURISDICCIÓN DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA <i>- THE LATIN-AMERICAN STATES AND THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE JURISDICTION</i> <i>Graciela R. Salas</i> .....	65
- LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y EL DERECHO FISCAL INTERNACIONAL. LA DOCTRINA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN <i>- THE RELATIONSHIP BETWEEN THE PRIVATE INTERNATIONAL LAW AND THE INTERNATIONAL TAX LAW. THE DOCTRINE OF THE SUPREME COURT OF JUSTICE OF THE NATION.</i> <i>Bruno M. Tondini</i> .....	77

**XXI° Congreso Argentino de Derecho Internacional. Dr. Enrique Ferrer Vieyra. Asamblea General Ordinaria de la Asociación de Derecho Internacional - 2009. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Córdoba, 1, 2 y 3 de Octubre de 2009-**

- PALABRAS DE APERTURA DEL XXI CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL Y DE LA ASAMBLEA GENERAL ORDINARIA 2009, DEL SEÑOR PRESIDENTE DE LA ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO INTERNACIONAL - A.A.D.I.  
*Armando Daniel Abruza.* ..... 123
- ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO INTERNACIONAL  
XXI CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL  
ASAMBLEA GENERAL ORDINARIA 2009.  
MEMORIA DEL PERÍODO ESTATUTARIO 2007-2009 ..... 127

**RELATOS**

**SECCIÓN DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO**

- EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA DE INVERSIONES: EL SUBSISTEMA DEL CONVENIO CIADI. LOS TRATADOS BILATERALES DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES.
- *THE INVESTMENT DISPUTE SETTLEMENT SYSTEM: THE SUBSYSTEM OF THE ICSID CONVENTION. BILATERAL TREATIES ON THE RECIPROCAL PROMOTION AND PROTECTION OF INVESTMENTS.*  
*Jorge A. Barraguirre (h)* ..... 145

**SECCIÓN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

- JURISDICCIÓN, LEY APLICABLE Y COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA DE OBLIGACIONES ALIMENTARIAS
- *JURISDICTION, APPLICABLE LAW AND INTERNATIONAL COOPERATION ON ALIMENTARY CLAIMS*  
*Juan José Cerdeira* ..... 191

**SECCIÓN DERECHO DE LA INTEGRACIÓN**

- LA NORMATIVA SOBRE MEDIOAMBIENTE EN EL DERECHO DEL MERCOSUR Y SU APLICACIÓN EN LOS LAUDOS ARBITRALES
- *ENVIRONMENTAL LAW OF MERCOSUR. THE APPLICATION ON ARBITRAL AWARDS*  
*Adriana Dreyzin de Klor* ..... 217

**SECCIÓN RELACIONES INTERNACIONALES**

- LA CRISIS FINANCIERA INTERNACIONAL: ¿HACIA UNA REFORMA O UNA TRANSFORMACIÓN DEL SISTEMA DE BRETTON WOODS O DEL SISTEMA POLÍTICO MUNDIAL?

- *THE INTERNATIONAL FINANCIAL CRISIS: ¿TOWARDS A REFORM OR TRANSFORMATION OF BRETTON WOODS SYSTEM OR THE GLOBAL SYSTEM?*  
*María Cristina Montenegro* ..... 247

### SECCIÓN DERECHOS HUMANOS

- LAS REPARACIONES EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, CON PARTICULAR REFERENCIA AL SISTEMA INTERAMERICANO.  
*REPARATIONS IN INTERNATIONAL LAW OF HUMAN RIGHTS, WITH PARTICULAR REFERENCE TO THE INTER-AMERICAN SYSTEM*  
*Victor Bazán* ..... 267
- SOBRE LA REPARACIONES EN EL DERECHO INTERNACIONAL  
*ON REPARATIONS IN INTERNATIONAL LAW*  
*Andrés Rossetti* ..... 303

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

- EVALUACIÓN DEL APRENDIZAJE: SISTEMA DE RESPUESTAS MÚLTIPLES. Experiencia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Asignatura Derecho Internacional Privado  
*LEARNING ASSESSMENT: MULTIPLE CHOICE SYSTEM. Experience in the School of Law of the Universidad of Buenos Aires. Subject on Private International Law*  
*Graciela Chalita* ..... 331
- EVALUACIÓN: EL USO DE LAS PRUEBAS DE SELECCIÓN MÚLTIPLE  
*EVALUATION: THE USE OF MULTIPLE CHOICE TESTS*  
*Anahí Mastache* ..... 337

### CONCLUSIONES DEL TRABAJO CIENTÍFICO DE LAS SECCIONES

- ASAMBLEA GENERAL ORDINARIA DE LA ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO INTERNACIONAL-2009  
 SECCIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO ..... 359  
 SECCIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ..... 361  
 SECCIÓN DE DERECHO DE LA INTEGRACIÓN ..... 364  
 SECCIÓN DE RELACIONES INTERNACIONALES ..... 367  
 SECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS ..... 368  
 SECCIÓN DE DOCUMENTACIÓN, METODOLOGÍA Y ENSEÑANZA DEL DERECHO INTERNACIONAL ..... 372

### LEGISLACIÓN

- CONVENIOS INTERNACIONALES APROBADOS POR LA REPÚBLICA ARGENTINA. PERÍODO 01-07-2009 al 31-07-2010.  
 Sistematización a cargo de *María Alejandra Sticca*. ..... 375

**JURISPRUDENCIA**

- JURISPRUDENCIA ARGENTINA SELECCIONADA SOBRE  
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO 2008 - 2009

*Julio César Córdoba* ..... 383

**RECENSIONES**

- *LA JUDICIALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS*, BAZÁN, VÍCTOR  
(Director), Asociación Argentina de Derecho Internacional (Sección  
Derechos Humanos) y Ediciones Legales, Lima, Perú, 2009

*José María Hernández* ..... 393

- *¿CÓMO SE CODIFICA HOY EL DERECHO COMERCIAL INTERNA-  
CIONAL?* Basedow, Jürgen, Fernández Arroyo, Diego y Moreno  
Rodríguez, José A. (Coordinadores), (Asunción, La Ley Paraguaya,  
2010, 449 páginas).

*Alejandro Aldo Menicocci* ..... 401

- *DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO – DERECHO DE LA TOLERAN-  
CIA – BASADO EN LA TEORÍA TRIALISTA DEL MUNDO JURÍDICO*,  
Goldschmidt, Werner, 10ª. ed. actualizada por Alicia Perugini Zanetti  
(Bs. As., Abeledo Perrot, 2009, 1188 ps.)

*Alejandro Aldo Menicocci* ..... 407

- *TEMAS DE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA EN EL DERECHO  
INTERNACIONAL PÚBLICO*, Pagliari, Arturo Santiago y Colabo-  
radores, Ed. Advocatus, Córdoba, 2009, 236 páginas

*José Carlos Yermanos* ..... 411

**INSTITUCIONAL**

- ESTATUTO DE LA ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO  
INTERNACIONAL .....

417

- REGLAMENTO DE LA ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO  
INTERNACIONAL .....

429

## **NORMAS EDITORIALES DEL ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL**

### **1. Características del *Anuario***

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

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

### **2. Extensión de los originales**

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

### **3. Lineamientos del manuscrito**

El manuscrito deberá seguir los siguientes lineamientos:

#### **3.1. *Forma del escrito***

- El escrito debe estar impreso en hojas blancas, en papel tamaño A4, escrito de un solo lado y sin enmiendas, en 2 copias y en una disquette o CD, letra Times New Roman, tamaño 12, a un solo espacio. La disquette o CD deberá estar etiquetada/o consignando claramente el nombre del autor y el nombre del archivo. La Dirección del Anuario trabaja con Word para Windows.
- La Portada deberá contener: a) Título en español e inglés; b) Nombre del Autor o Autores acompañándose al pie con asterisco las referencias (en no más de cinco renglones) relativas a la máxima titulación, función laboral y lugar donde trabaja, correo electrónico y toda otra referencia que considere útil siempre que respete la extensión señalada; c) Resumen en español e inglés con un máximo de 100 palabras; d) Palabras-clave y key words en número no mayor a cinco expresiones;

#### **3.2. *Abreviaturas y otros signos***

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

#### **3.3. *Tablas y figuras***

Todas las abreviaturas empleadas en tablas y figuras estarán explicadas al pie de la tabla. Todas las tablas y figuras serán mencionadas en el texto y están nume-

radas en el orden en que sean mencionadas. Cada tabla y figura llevará una indicación de la fuente de los datos.

#### 3.4. Notas

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

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

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

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

Deberá entregarse el material completo vía mail a: Dra. María Susana Najurieta, msnajurieta@sinectis.com.ar y a Luis Cruz Pereira lcp@uolsinectis.com.ar o por correo a nombre de la Asociación, a cualquiera de las dos direcciones postales: Avda. Scalabrini Ortiz n° 2624, 3° piso `B` (CP. 1425) Buenos Aires, Argentina, o a Luis Cruz Pereira, Avda. Pueyrredón N° 172 piso 12° `C`, (CP. 5000), Córdoba-Argentina, acompañando:

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

#### 5. Corrección de pruebas

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

#### 6. Entrega de la publicación al Autor

Cada autor de trabajo publicado recibirá o tendrá puesto a disposición un ejemplar del Anuario y, en la medida de lo posible, 10 separatas del artículo sin cargo.

**AGRADECIMIENTO A LA DRA. ZLATA DRNAS DE CLEMENT  
POR SU ACTIVIDAD COMO DIRECTORA DEL  
ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL \***

Buenos Aires, 5 de diciembre de 2009

Sra. Profesora Dra.  
ZLATA DRNAS DE CLÉMENT  
Presente.

De nuestra mayor y más distinguida consideración:

Hemos recibido con profunda pena en este H. Consejo Directivo de la A.A.D.I. su decisión de alejarse del cargo de Directora del Anuario Argentino de Derecho Internacional, órgano de difusión científico de esta Asociación que tan prestigiosamente llevara adelante. Hemos intentado disuadirla y su decisión, por motivos personales, no ha tenido retorno, por lo que sólo nos cupo aceptarla en la sesión del día de la fecha.

Debe Ud. saber que este H. Consejo Directivo lamenta perder su valiosa colaboración, sabemos que ha volcado a lo largo de los años en que ha desempeñado el cargo, todo su esfuerzo y su mayor dedicación, brindando a su labor el brillo que acompaña a su profunda versación científica y su inocultable valía académica y todo ello se ha visto reflejado en el nivel y jerarquía de las cuidadas ediciones que se han llevado a cabo durante este período, contribuyendo a mantener el Anuario valorizado a nivel nacional e internacional.

Ante su decisión de alejarse, sólo nos cabe decirle que vamos a extrañar sus aportes y su rigurosidad académica y científica, descontamos sin embargo, que hemos de seguir enriqueciéndonos con su participación y activa colaboración en el trabajo de las Secciones, que es donde se pone a prueba el pensamiento científico y de donde surge como resultado el predicamento y el prestigio que la A.A.D.I. esté llamada a tener, por ende, es sin duda allí donde Ud. continuará dando sus mejores y más valiosos frutos para esta Asociación.

\* Copia de la nota presentada a la Dra, Zlata Drnas de Clement en nombre del Consejo Directivo de la Asociación Argentina de Derecho Internacional - Período 2009-2011.

Apreciada Zlata, sólo nos queda agradecerle todo lo hecho por la Asociación desde el rol que deja y hacerle saber que contamos con su colaboración en todo momento y en los nuevos roles que la entidad le pueda confiar.

Sin otro particular, le hacemos llegar nuestro más cordial y afectuoso abrazo.

LUIS CRUZ PEREYRA  
Secretario

MARIA ELSA UZAL  
Presidente

---

## DOCTRINA

---

BLANCA

## **EL DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL EN LAS DECISIONES ARBITRALES DEL MERCOSUR**

*THE INTERNATIONAL ENVIROMENTAL LAW  
IN THE MERCOSUR ARBITRAL DECISIONS*

*Alberto E. Monsanto\**

### **RESUMEN**

Lo actuado y resuelto en los Tribunales Arbitrales *ad hoc* y el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR permite verificar la invocación y aplicación constante en las sucesivas controversias de principios y disposiciones de Derecho Internacional.

Desde el análisis de su extenso material, el presente trabajo intenta relevar la relación con la materia y principios específicos del Derecho Internacional Ambiental conexos con el intercambio comercial entre los Estados Parte del MERCOSUR que presentan ciertos diferendos, y su eventual incidencia en la definición sustentable de los alcances del proceso de Integración.

### **PALABRAS CLAVE**

sostenible – comercio – desarrollo – integración – ambiente

### **ABSTRACT**

That which is acted and resolved in the Arbitral Courts *ad hoc* and the Permanent Revision Courts of MERCOSUR, permits the verification of the

\* Profesor Titular de Derecho Internacional Público- UNR. Profesor de Derecho de la Integración/Cátedra Andrés Bello-Argentina. Profesor de Derecho Internacional Ambiental/ CEI-UNR. Coordinador General de la Cátedra Latinoamericana para la Integración-Argentina/(ALADI-CIDAM). Director del Curso de Posgrado en Estudios Internacionales y de la Integración Europea y Latinoamericana (Universidad de Santiago de Compostela-Universidad Nacional de Rosario).

invocation and constant application in the successive controversies, of the principles and dispositions of International Law.

From the analysis of this extensive material, the present work tries to release the relation with the subject and connected specific principles of the International Environmental Law, connected with the commercial interchange between the States Part of the MERCOSUR that presents certain conflicts, and the possible consequences in the sustainable definition of the reaches of the process of Integration

#### KEY WORDS

sustainable – trade – development – integration – environmental

#### ***Los principios y disposiciones de Derecho Internacional en el ordenamiento jurídico del MERCOSUR***

El artículo 34.1. del Protocolo de Olivos (PO) dispone que los Tribunales Arbitrales *ad hoc* (TAAH) y el Tribunal Permanente de Revisión (TPR) decidirán las controversias que se sometan a su decisión en base al Tratado de Asunción (TA), al Protocolo de Ouro Preto (POP), a los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, a las Decisiones (DEC) del Consejo del Mercado Común (CMC), a las Resoluciones (RES) del Grupo Mercado Común (GMC) y a las Directivas (DIR) de la Comisión de Comercio del MERCOSUR (CCM), así como a los *principios y disposiciones de Derecho Internacional aplicables en la materia*.

El ordenamiento conformado por el Tratado de Asunción, los Acuerdos celebrados en su marco y las normas derivadas del ejercicio de la competencia decisoria y normativa del CMC, GMC y CCM constituye, a partir de su modo de producción, alcance y relación con el derecho interno de los Estados Parte, un subsistema de Derecho Internacional que mantiene a la vez una relación particular con el de la Organización Mundial del Comercio (OMC), a través del Tratado de Montevideo de 1980 (TM 80) constitutivo de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI)<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> El **Anexo I del Tratado de Asunción** hace referencia expresa al TM80. En su Artículo 2, dispone que “se entenderá: b) por “restricciones”, cualquier medida de carácter administrativo, financiero, cambiario o de cualquier naturaleza, mediante la cual un Estado Parte impida o dificulte, por decisión unilateral, el comercio recíproco. No quedan comprendidos en dicho concepto las medidas adoptadas en virtud de las situaciones previstas en el Artículo 50 del Tratado de Montevideo 1980”. Y en el Artículo 10: “Los Estados Partes sólo podrán aplicar hasta el 31 de diciembre de 1994, a los productos comprendidos en el programa de desgravación, las restricciones no arancelarias expresamente declaradas en las Notas Complementarias al acuerdo de complementación que los Estados Partes celebrarán en el marco del Tratado de Montevideo de 1980.”

El Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR por ejemplo, refiere indirectamente a la normativa de la OMC y a la de otros esquemas preferenciales de comercio al habilitar la opción de foro en la solución de controversias que pudieran suscitarse entre los Estados Parte del MERCOSUR (EPM)<sup>2</sup>.

Como Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica (ACE) N° 18 de la ALADI, el Tratado de Asunción es igualmente norma fundamental de un ordenamiento que se integra hasta la fecha con sesenta y ocho Protocolos Adicionales (PA), algunos de los cuales receptan en su ámbito de aplicación la normativa de los Acuerdos de OMC<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Las disposiciones referidas, -“**Protocolo de Olivos**, Artículo 1.2. Las controversias comprendidas en el ámbito de aplicación del presente Protocolo que puedan también ser sometidas al sistema de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio o de otros esquemas preferenciales de comercio de que sean parte individualmente los Estados Partes del Mercosur, podrán someterse a uno u otro foro a elección de la parte demandante. Sin perjuicio de ello, las partes en la controversia podrán, de común acuerdo, convenir el foro”, contradicen el principio de especialidad y organicidad del subsistema MERCOSUR como proceso de integración.

<sup>3</sup> En el **Protocolo Adicional Décimo Tercero**, los países signatarios se comprometen a aplicar incentivos a las exportaciones que respeten las disposiciones resultantes de los compromisos asumidos en el ámbito del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), y en forma compatible con lo dispuesto en dicho Protocolo. La creación o concesión de cualquier nuevo incentivo a las exportaciones por parte de alguno de los países signatarios, a partir del 1° de enero del año 1995, así como el mantenimiento de los existentes, deberá ser objeto de consulta entre ellos. En el **Décimo Octavo** los signatarios deciden complementar el ACE N° 18, cuando lo consideren conveniente, con aquellos instrumentos que faciliten la creación de las condiciones necesarias para el establecimiento del Mercado Común, designando al Grupo Mercado Común como órgano encargado de la administración del ACE N° 18. En el **PA Vigésimo**, adoptan el Acuerdo sobre la Aplicación de las Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la Organización Mundial del Comercio como marco regulador para la aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias por los Países Signatarios, entrando en vigencia a partir de la fecha de su suscripción (05-03-98). En el **PA Vigésimo Octavo**, atendiendo que los Países Signatarios firmaron el 15 de abril de 1994 el Acta final de Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales, aprobando los Acuerdos para la constitución de la Organización Mundial de Comercio (OMC), los cuales fueron posteriormente ratificados e incorporados por los cuatro Países Signatarios, resuelven adoptar el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio de la Organización Mundial del Comercio como marco regulador para la aplicación de normas técnicas, reglamentos técnicos y procedimientos de evaluación de la conformidad en el comercio doméstico, recíproco y con los demás miembros de la OMC. (29.12.00). En el **PA Trigésimo Cuarto**, deciden incorporar al ACE 18 el “Acuerdo de Cooperación y Facilitación sobre la Protección de las Obtenciones Vegetales en los Estados Partes del MERCOSUR”, el que entrará en vigencia a los treinta días de que la Secretaría General comunique a los Países Signatarios haber recibido la última notificación de incorporación del instrumento a los respectivos ordenamientos jurídicos internos. (23.08.01). En

Completando el panorama y en punto relevante para el Derecho Internacional Ambiental debe señalarse la adopción en el marco multilateral y como resultado del establecimiento del Comité de Comercio y Medio Ambiente de la OMC, de diversas decisiones sobre cuestiones ambientales y desarrollo sostenible vinculadas al comercio, receptadas en Acuerdos especiales y Decisiones Ministeriales sobre la materia<sup>4</sup>.

### ***Unidad y diversidad (sistema y subsistemas) del Derecho Internacional***

La verificación de la presencia del Derecho Internacional General y del Derecho Internacional Ambiental en las decisiones de los tribunales arbitrales del MERCOSUR que se intenta, requiere de una previa puntualización.

El Derecho Internacional contemporáneo es un sistema jurídico compuesto por un núcleo de normas principales, de carácter general, y una pluralidad de sistemas jurídicos particulares (subsistemas) que responde primordialmente a la heterogeneidad característica de la actual comunidad internacional.

La mayor o menor autonomía y especificidad de tales subsistemas en relación con el Derecho Internacional General no implican su independencia; se encuentran ligados a éste y es éste el que les brinda validez y eficacia.

Señala sobre la cuestión el Profesor Manuel Pérez González que “entre los rasgos característicos del orden jurídico internacional, es de destacar su carácter sistemático, su calidad de sistema normativo, lo que implica la existencia de un conjunto de principios y normas ordenados con arreglo a unas pautas que confieren a dicho conjunto coherencia interna, solidez y

---

el **PA Cuadragésimo Primero**, adoptan el Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (GATT) de la Organización Mundial de Comercio, para la aplicación de medidas antidumping en el comercio intrazona, ratificando al efecto la opción de foro. Su vigencia se establece a partir del 04.08.02. En el **PA Cuadragésimo Segundo**, adoptan el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la Organización Mundial de Comercio, reiterando la posibilidad de opción de foro. Su vigencia se establece a partir del 04.08.02. Se agregan normas de interpretación: Las disciplinas adicionales en materia de incentivos, subvenciones y medidas compensatorias ya acordadas entre los Países Signatarios para el comercio intrazona, y las que se acuerden en cumplimiento de los mandatos establecidos, prevalecerán sobre la aplicación del presente Protocolo y del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la Organización Mundial de Comercio.

<sup>4</sup> Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (**AGCS**); Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (**OTC**); Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (**MSF**); Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (**ADPIC**); Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias; Acuerdo sobre la Agricultura; Decisión Ministerial sobre Comercio y Medio Ambiente; Decisión sobre el comercio de servicios y el medio ambiente.

un determinado nivel de eficacia. Ello presupone la existencia de una estructura normativa basada en una interconexión de principios y reglas de distinto grado o valor –y, por ende, de distinto nivel de compulsión– en la escala normativa propia del orden en cuestión”<sup>5</sup>.

En idéntico sentido, Carlos R. Fernández Liesa resalta: “La consideración de los aspectos formales (la Comunidad internacional de Estados en su conjunto acepta la existencia de normas primarias y secundarias) y de los aspectos materiales de la unidad (la Comunidad internacional de Estados en su conjunto acepta como obligatorio en Derecho un conjunto de principios y de valores que se consideran universales y superiores), plantea la existencia de *normas generales primarias de Derecho Internacional con alcance y validez universal, y primacía sobre el resto de las normas del ordenamiento*. La distinción entre la unidad formal y material debe hacerse en el Derecho internacional contemporáneo que contiene reglas sustanciales generales, no formales, por lo que, como señala Dupuy, “es absolutamente esencial no mantener la visión clásica de que el DI encuentra su unidad sólo en las técnicas formales que utiliza”. Esa unidad material se identifica en las normas de *ius cogens* y en las obligaciones *erga omnes*”<sup>6</sup>.

Constituyen subsistemas particulares del Derecho Internacional actual entre otros, el Derecho del Mar, el Derecho de los Derechos Humanos y el Derecho del Comercio Internacional (OMC).

Fernández Liesa excluye del listado al Derecho Internacional del Medio

<sup>5</sup> PEREZ GONZALEZ, Manuel; A vueltas con las lagunas: contribución al debate sobre la plenitud del orden jurídico internacional, en “Estudios de Derecho Internacional en homenaje al Profesor Ernesto J. Rey Caro”, (Zlata Drnas de Clément, Coordinadora), Drnas-Lerner Editores, Córdoba, 2002, Tomo I, pag. 3. Agrega el Profesor Pérez González: “Una norma –dice A. Miaja de la Muela– solamente puede ser calificada como jurídica en virtud de su pertenencia a un determinado ordenamiento, que se constituye así en *sistema* que comprende todas las reglas de Derecho cuya validez deriva de su norma o normas fundamentales”. En el Derecho Internacional, como en todo orden jurídico, es constatable el hecho de estar compuesto, como dice R. Mónaco, “de plusieurs échelons normatifs”, de modo que existe una cierta gradación en el sentido de que el orden jurídico internacional vendría presidido por unas normas fundamentales, con vigencia necesariamente general, operantes como “principios de base” del sistema. Bien entendido que ese carácter fundamental, lejos de depender de la forma normativa, respondería sólo al objeto de la norma de que se trate.”; (nota n° 1 cita: A. Miaja de la Muela: Introducción al Derecho internacional público; 6ª ed. Madrid, 1974, pag. 93); (nota n° 2 cita: R. Mónaco: Cours général de droit international public, en R.C.A.D.I., t. 125 (1968-III) p. 113).

<sup>6</sup> FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R.; “Sobre la Unidad del Derecho Internacional”; en “El Derecho internacional en los albores del siglo XXI”, Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa, Edición de Fernando M. Mariño Menéndez, Editorial Trotta, Madrid, 2002, pag. 268.; (nota n° 15 cita: Cf. P.M. Dupuy, “The danger of fragmentation or unification of the international legal system and the International Court of Justice”: International Law and Politics, vol. 31, pp. 791-807, p. 794).

Ambiente “a pesar de su elevado particularismo -más de 800 Tratados y escasez de normas generales- porque carece de normas secundarias propias, autónomas del orden internacional”.

Sin perjuicio del criterio restrictivo que lo reserva sólo para el Derecho Comunitario europeo, debe considerarse instalado en el rol de subsistema de Derecho Internacional al ordenamiento que corresponde a los diversos procesos y esquemas de Integración Regional (particularismos dentro del particularismo), comprendido el Derecho de la Integración del MERCOSUR<sup>7</sup>.

El subsistema jurídico del MERCOSUR se integra por normas de Derecho Internacional (los EPM son sus únicos sujetos; las normas se adoptan con la presencia de todos los EPM y por consenso; su relación con el derecho interno es, -artículo 42 del POP,- la que corresponde al Derecho Internacional convencional).

Los tribunales internacionales (los Tribunales Arbitrales *ad hoc* y el Tribunal Permanente de Revisión lo son) podrán ser autónomos entre sí y para juzgar su propia competencia, pero no son autónomos del Derecho Internacional General<sup>8</sup>.

La disposición de la última parte del artículo 34.1. del PO no implica subsidiariedad de los principios y disposiciones del Derecho Internacional General; todas las normas secundarias del MERCOSUR deben responder fielmente a la legalidad del Derecho Internacional.

### ***Casuística y jurisprudencia arbitral del MERCOSUR***

Durante la vigencia del Protocolo de Brasilia (PB) fueron resueltas por los tribunales arbitrales *ad hoc* del MERCOSUR diez controversias.

Desde la puesta en vigor del Protocolo de Olivos han sido dictados tres laudos por tribunales arbitrales *ad hoc*; dos por el Tribunal Permanente de Revisión (TPR) actuando como tribunal arbitral de única instancia, y resueltos dos Recursos de Revisión. Fueron emitidas además por el TPR tres Opiniones Consultivas<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> La relación entre el Derecho Internacional y el Derecho Comunitario europeo es analizada por JAVIER DíEZ-HOCHLEITNER en *La posición del Derecho Internacional en el Ordenamiento comunitario*; Mc Graw Hill, Madrid, 1998, 225 págs.

<sup>8</sup> Cfr. CASANOVAS Y LA ROSA, O.; “Unidad y pluralismo en Derecho Internacional Público”; en *Cursos euromediterráneos Banca de Derecho Internacional*; pp. 246, 259; citado por Fernández Liesa, Carlos R., op. cit., págs. 280-290.

<sup>9</sup> **Protocolo de Brasilia:** I-Medidas restrictivas al comercio recíproco -Argentina/Brasil, 28.04.99; II- Subsidios a la producción y exportación carne de cerdo-Argentina/Brasil, 27.09.99; III- Medidas de salvaguardia sobre productos textiles- Brasil/Argentina, 10.03.00; IV- Medidas antidumping contra exportación de pollos enteros- Brasil/Argentina, 21.0.5.01; V- Bicicletas- Uruguay/Argentina; 29.09.01; VI- Neumáticos remoldeados -Uruguay/Brasil, 09.01.02; VII- Productos fitosanitarios-Incorporación normativa MERCOSUR- Argentina/Brasil,

### ***Aplicación de principios y disposiciones de Derecho Internacional General***

En el desarrollo de las controversias y naturalmente, en las decisiones arbitrales del MERCOSUR se citan y refieren permanentemente principios y disposiciones del Derecho Internacional General.

Como ejemplo de ello puede mencionarse el Primer Laudo del Tribunal Arbitral *ad hoc* donde, al destacar la labor interpretativa que se produce en los diversos niveles de la solución de controversias (estatal, interestatal y por ante el tribunal internacional *ad hoc*), se resolvió afirmando el *principio del efecto útil* de las normas entendido como elección entre las varias soluciones posibles según los métodos textual y contextual, de aquélla que mejor sirve a la satisfacción del objeto y fin del subsistema jurídico de integración del MERCOSUR<sup>10</sup>.

Principios básicos de Derecho Internacional como el *pacta sunt servanda*, receptado en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, conjuntamente con el *principio de la buena fe*, “entendido no sólo como honestidad de los actos de ejecución y apego a la letra de los textos sino especialmente referido a la idoneidad de la actividad de las partes para dar cumplimiento a los fines y objetivos de las normas convencionalmente acordadas” son igualmente invocados en dicho laudo.

En el Laudo II de los TAAH del PB, el tribunal puntualizó la relación del ordenamiento del MERCOSUR con el Derecho Internacional General señalando: “La aplicabilidad de las normas y fines del Tratado de Asunción *debe realizarse* ... desde una óptica integradora con las normas y principios que regulan el Derecho Internacional. Conviene recordar que el Protocolo de Brasilia expresamente consagra como fuente normativa del MERCOSUR “los principios y disposiciones del derecho internacional aplicables en la materia” (art. 19). Dicha referencia cobra especial relevancia en un proceso de integración en formación y en pleno proceso de profun-

---

19.04.02; VIII- IMESI cigarrillos -Paraguay/Uruguay, 21.05.02; IX- Estimulo a la industrialización de Lana -Argentina/Uruguay, 04.04.03; X- Tabaco y derivados del tabaco; Uruguay/Brasil, 05.08.05.

**Protocolo de Olivos: Tribunales *ad hoc*:** I- Neumáticos remoldeados- Uruguay/Argentina; 25.10.05; II- Impedimentos a la libre circulación de vías de acceso a los puentes internacionales Gral. San Martín y Gral. Artigas -Uruguay/Argentina, 06.09.06; **Tribunal Permanente de Revisión: Recursos de Revisión:** I- Neumáticos Remoldeados -Uruguay/Argentina, 20.12.05; II- Impedimentos a la libre circulación de vías de acceso a los puentes internacionales Gral. San Martín y Gral. Artigas- Argentina/Uruguay, 06.07.06; **Como tribunal arbitral de única instancia: I/07;** Exceso en la aplicación de medidas compensatorias, Argentina/Uruguay, 08.06.07; **I/08,** -Divergencia sobre cumplimiento del Laudo I/05- Uruguay/Argentina- 25.04.08; **Opiniones Consultivas:** 01/07: 01/08; 01/09.

<sup>10</sup> Laudo I, numeral 56 y sgtes.

dización, el cual requiere una constante elaboración normativa interna y coordinación de las políticas del bloque con las normas que rigen el comercio internacional”<sup>11</sup>.

La problemática del incumplimiento del deber de incorporación y aplicación interna de la normativa MERCOSUR por los EP que constituye, en razón de la indeterminación del artículo 42 del Protocolo de Ouro Preto, principal problema jurídico del sistema, fue analizada en el resonante Laudo VII, sobre Productos Fitosanitarios, resolviéndose en aplicación de principios del Derecho Internacional que, “Al no existir un texto expreso que imponga un plazo determinado se produce una laguna normativa que debe ser llenada por los *“principios generales del Derecho Internacional”*. En su mérito el Tribunal decide que hay incumplimiento, que el Estado reclamado deberá incorporar la normativa en cuestión en un plazo de 120 días y adoptar además las medidas necesarias para dicho cumplimiento”<sup>12</sup>.

El tribunal apela igualmente al Derecho Internacional General al definir como una obligación de hacer que “compromete la responsabilidad internacional” la internalización del derecho derivado del MERCOSUR que es regulada en los artículos 38 a 42 del Protocolo de Ouro Preto, tal como lo señalara el Tribunal Arbitral *ad hoc* en el caso de los pollos enteros brasileños, sosteniendo que la “conducta debida” consiste en incorporar “no en adoptar las medidas necesarias”, y que dicha incorporación debe realizarse en un plazo razonable, con referencia expresa al principio de unidad pues, “pueden existir lagunas en la norma, mas no existen lagunas en el Derecho”<sup>13</sup>.

En el Laudo VI, dictado en la controversia sobre Prohibición de importación de neumáticos remoldeados de procedencia uruguaya, el Tribunal efectuó una composición en la aplicación de principios de Derecho Internacional y principios propios del proceso de integración de la naturaleza del MERCOSUR, afirmando que una disposición interna (para el caso, brasileña), que dispuso la prohibición, “*contradice el Derecho Internacional*”<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> Laudo II, Punto 31.

<sup>12</sup> Laudo VII, Decisión, Puntos I y II.

<sup>13</sup> Laudo VII, numeral 8.7.

<sup>14</sup> “Otro principio que debe tenerse en cuenta es el de la **razonabilidad**, vale decir que las acciones de las autoridades de los Estados Miembros no pueden exceder el margen de lo necesario para alcanzar los objetivos propuestos. En otras palabras, esas acciones no pueden ser arbitrarias y no pueden violentar los principios de la libre circulación. El principio de la razonabilidad debe orientar las acciones de los Estados pues en aquél están incorporados la seguridad jurídica del proceso de integración, la garantía de los valores protegidos por los Tratados fundacionales del MERCOSUR, así como la prudencia, la causalidad y la proporcionalidad ya referida. El **«principio de la previsibilidad comercial»** también se impone en este caso. La certeza jurídica, claridad y objetividad son condiciones imprescindibles y reglas generales para las actividades comerciales de los Estados Miembros y son elementos esenciales para la confianza en el mercado común. Para el Tribunal, los principios aquí referidos de la **«proporcionalidad»**,

### ***Aplicación de principios y normas de otros subsistemas de Derecho Internacional***

Como regla general puede señalarse que en materias regidas por disposiciones de otros subsistemas, especialmente en el caso de la OMC, las decisiones de los Tribunales Arbitrales *ad hoc* del MERCOSUR, aún invocando en auxilio de su resolución principios y normas específicas de éste, han rechazado una aplicación lisa y llana en tanto no opere recepción expresa en normativa MERCOSUR<sup>15</sup>.

En la argumentación brindada en la controversia sobre “medidas de salvaguardia sobre productos textiles (Resolución N° 861/99) del Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos”, resuelta en el Laudo III, bajo la vigencia del Protocolo de Brasilia, manifestó Argentina que la inexistencia de normativa MERCOSUR hacía obligatoria su regulación por el derecho de la OMC indicando que: “a) el Anexo IV del TA permitió la aplicación de salvaguardias hasta fines de 1994; b) después de 1994 el MERCOSUR no adoptó normativa alguna sobre el tema, generándose un “vacío legal”; c) posteriormente, los Acuerdos de Marrakesh (incluyendo el ATV- Acuerdo sobre textiles y vestido) entraron en vigor y establecieron reglas sobre salvaguardias sobre textiles que fueron incorporadas en la legislación doméstica de Argentina (Ley N° 24425 y Dec. 1059/96), y d) las disposiciones del ATV configuran normas especiales que, confrontadas a la existencia de un “vacío legal” en el MERCOSUR en materia de textiles, quedan legitimadas para ser aplicadas al comercio intra-zona”.

---

«**limitación de la reserva de soberanía**», «razonabilidad» y de la «previsibilidad comercial» dan fundamento al Mercado Común del Sur. Son elementos esenciales de la cooperación entre los Estados Miembros, de la reciprocidad en condiciones de igualdad, del equilibrio entre las ventajas y obligaciones que derivan de la integración y de la formación gradual del mercado compartido. La Portaria No. 8/00 *contradice asimismo principios generales del derecho internacional, mentados en el Protocolo de Brasilia (artículo 19) como fuente de derecho aplicable por los Tribunales Arbitrales para la solución de controversias. Para el Tribunal la definición generalmente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia internacional expresa, de acuerdo con el Segundo Informe sobre los Actos Unilaterales de los Estados de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, que el **estoppel** y, por consiguiente, el carácter obligatorio de las declaraciones de un Estado que le obligan a respetar una conducta determinada, tiene como base actos secundarios de un tercer Estado y consecuencias perjudiciales que resultarían de un cambio de actitud del Estado que creó la expectativa en el otro Estado.* (Conf. “Deuxième rapport sur les actes unilatéraux des États” (www.un.org/law/ilc/sessions/51/french/500.pdf) Genève, 1999).

<sup>15</sup> MONSANTO, Alberto E.; Jurisprudencia arbitral del MERCOSUR; en VIII° Seminario Jurídico Internacional de ALADI; “*La Dimensión Jurídica de la Integración: La jurisdicción y la solución de controversias en los procesos de integración*”, Rosario, Argentina; www.aladi.org/ Reuniones técnicas/2003. Igualmente, “Solución de controversias, interpretación jurídica y jurisprudencia arbitral en el MERCOSUR”; en *Integración y Cooperación Atlántico-Pacífico*, Cátedra Andrés Bello Argentina; volumen II, UNR editora, Rosario, págs. 319/350.

La decisión del Tribunal Arbitral *ad hoc* fue de rechazo a la excepción y aplicación literal del Anexo IV del TA en relación con las Cláusulas de Salvaguardia y término para su aplicación, siendo interesante destacar que en el mismo Laudo el tribunal se vio forzado a recurrir a los lineamientos brindados por el Derecho Internacional para definir el conflicto y el consiguiente acogimiento de la competencia del tribunal. “Bajo las circunstancias dadas y en consideración de la existencia de normativa MERCOSUR (Artículo 5 del Anexo IV del TA), es necesario que exista una norma explícita acordada entre los Estados miembros del MERCOSUR para que pueda recurrirse unilateralmente al Artículo 6 del ATV”<sup>16</sup>.

La situación se reitera en el Laudo IV. Argentina sostuvo que “no hay normas Mercosur que regulen las investigaciones de *dumping* y la aplicación de medidas *antidumping*, sino solamente una remisión a las legislaciones nacionales. Por tanto, las actuaciones referidas a las exportaciones de carne de pollo de Brasil a Argentina no pueden ser evaluadas a través del sistema de solución de controversias del PB”.

Luego de fundamentar en base a la doctrina y casuística internacionales la existencia de controversia y su competencia para dilucidar el caso, el Tribunal sostuvo un criterio similar al del Laudo III<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> “...si las Partes se hubieran manifestado en completo silencio sobre el tema de las salvaguardias intra-zona, debería plantearse el problema de la precedencia entre las obligaciones emanadas de la OMC y las obligaciones emanadas del MERCOSUR. Aún en el hipotético caso de que el MERCOSUR no hubiera prohibido salvaguardias, y por el contrario hubiera permitido a sus miembros el recurrir a las normas multilaterales de la OMC, estas reglas constituyen una unidad, y como tales deberían ser tratadas. Las reglas de la OMC permiten, para casos excepcionales, un tratamiento preferencial dentro de las uniones aduaneras. La aplicación dentro de una unión aduanera de las salvaguardias especiales del Artículo 6 del ATV serían una excepción más (y una excepción no expresamente permitida por el Artículo XXIV)”.

<sup>17</sup> “La existencia en todos los EPM de una misma normativa en materia de comercio internacional resultante de la ratificación por todos ellos de los acuerdos de Marrakech no significa, sin embargo, que se trate de una normativa Mercosur, o sea, de una disciplina común adoptada formalmente para regir sus relaciones recíprocas comerciales dentro del sistema regional de integración. Desde este punto de vista, la similitud de las legislaciones por la vía de la ratificación de los acuerdos con los que finalizó la Ronda Uruguay del GATT no es un rasgo distintivo y propio de los países del Mercosur sino un factor común con la mayor parte de los estados de la comunidad internacional del cual no cabe derivar ningún compromiso específico de carácter regional. El paralelismo evidente entre el MN (Marco Normativo del Reglamento Común relativo a la Defensa contra las importaciones objeto de dumping provenientes de países no miembros del MERCOSUR) y las disposiciones del Acuerdo Antidumping de la OMC no basta tampoco para darle carácter de normativa Mercosur a la normativa de la Organización Mundial de Comercio. En primer lugar porque, como ya se vio, la decisión 11/97 que aprueba el MN no está en vigencia. En segundo lugar porque aunque existe paralelismo en las normas hay también diferencias como el ámbito territorial de

En el Laudo VII (Productos Fitosanitarios e Incorporación de Normativa MERCOSUR), se resalta que el Tratado de Asunción y el ordenamiento que de él deriva se encuentran inscriptos en el TM80, en cuyo ámbito y bajo la forma de un acuerdo de complementación económica de alcance parcial (ACE 18), son legitimadas las disposiciones preferenciales del MERCOSUR. Basándose en ello y relacionado con las Restricciones No Arancelarias menciona el Laudo que el artículo 50 del TM80 señala las medidas que los Estados pueden adoptar y aplicar para proteger determinados valores de naturaleza no comercial como la moralidad pública, la seguridad, el patrimonio artístico o lo relativo a materiales nucleares”.

En el Laudo II (Subsidios a la producción y exportación de carne de cerdo), ya había sido establecida esta distinción y relación. El Tribunal puntualizó que en un nivel más amplio que el regional, las relaciones comerciales internacionales se rigen por las reglas de la Organización Mundial del Comercio (OMC). “En este ámbito, las restricciones al otorgamiento de subsidios a la exportación están reguladas por el Acuerdo sobre Subsidios y Medidas Compensatorias (ASMC). En el seno de la OMC se insertan las reglas de la ALADI y en un círculo más interno, las normas del MERCOSUR. Todas estas normas pretenden asegurar condiciones de libre comercio que caracterizan y dan sustento a un proceso de integración”<sup>18</sup>.

#### ***El Laudo VI. Parcial referencia a la materia ambiental***

En la controversia resuelta por el Laudo VI (Prohibición de importación de neumáticos remoldeados de procedencia Uruguay) se verifica un acotado planteamiento de naturaleza ambiental.

La cuestión radica en la prohibición por parte de Brasil de la importación de neumáticos recauchutados de procedencia uruguaya considerándolos asimilables a los neumáticos usados.

---

aplicación y las autoridades de aplicación. La aplicación de normativa OMC como normativa Mercosur es posible sólo por remisión expresa a aquélla de una norma del Mercosur. El Segundo Tribunal Arbitral al examinar el tema de los incentivos a las exportaciones tuvo en cuenta las disposiciones en la materia emanadas de los compromisos asumidos en el GATT en atención a la Decisión 10/94 del CMC que expresamente se remitió a esas normas (Segundo Tribunal Arbitral, párrafos 58, 66 y 67). La ausencia de normas Mercosur vigentes que regulen expresamente la investigación de dumping y la aplicación de medidas antidumping intrazona no significa, sin embargo, que esa materia sea ajena al cuadro normativo del Mercosur y que por tanto queda fuera de su ordenamiento. El papel central de la liberación comercial, reconocido por la jurisprudencia de los Tribunales Arbitrales, resulta en forma incuestionable de la normativa del Tratado de Asunción que hace de la eliminación de todas las barreras al comercio regional la única obligación impuesta inmediatamente por el tratado y con una fecha determinada para su consumación. (Laudo IV, numeral 128).

<sup>18</sup> Laudo II, numeral 31.

Entre los argumentos invocados por Uruguay se citó normativa emanada del Consejo Nacional del Medio Ambiente –CONAMA- brasileño (Resolución N° 258/99 de 26/8/99) sobre régimen de control y destrucción o reciclaje de neumáticos inservibles, que da por supuesto el hecho de la importación de neumáticos reformados –recapados, recauchutados y remoldeados- clasificados como “recauchutados” por la NCM. Según Uruguay, en el art.4° de la Resolución N° 23/96 la propia CONAMA efectúa una clara distinción entre neumáticos usados y neumáticos reformados tanto en materia de defensa ambiental como respecto del régimen de importación a que están sujetos.

A juicio de la parte reclamante, tal Resolución echa por tierra cualquier pretensión de que el cambio de criterio que se cuestiona –extensión de la prohibición de importación de neumáticos “usados” a los neumáticos “recauchutados” (“reformados”)–, pudiera responder a motivaciones de defensa medioambiental, extremo que por otra parte Brasil invoca tibiamente.

Brasil alegó en su descargo que la Resolución del Grupo Mercado Común N° 109/94 de 15 de febrero de 1994 remite el tratamiento de los bienes usados a las legislaciones nacionales, -inclusive en lo que respecta a la clasificación de los bienes considerados como tales-, agregando que no puede catalogarse de arbitraria la calificación de los neumáticos recauchutados o remoldeados como “usados”, desde que el proceso técnico correspondiente así lo supone<sup>19</sup>.

Por *unanimidad*, el Tribunal Arbitral *ad hoc* resolvió que la Portaria N° 8 del 25 de septiembre de 2000 de la Secretaría de Comercio Exterior (SECEX) del Ministerio do Desenvolvimento, Industria y Comercio Exterior, es incompatible con la normativa MERCOSUR debiendo Brasil en consecuencia adaptar la legislación interna.

### ***El Laudo VII. Comercio de productos de directa incidencia ambiental y obligación de internalizar la normativa MERCOSUR***

En la controversia resuelta por el Laudo VII (PB), dictado en abril de 2002, se debatió por primera vez sobre productos de incidencia ambiental directa.

<sup>19</sup> Sostuvo Brasil que; “*O princípio do livre comércio, não saberia sobrepor-se a legítimas preocupações com a proteção à saúde e ao meio ambiente, sob pena de flagrante violação do artigo 2º do Anexo I do Tratado de Assunção, o qual estabelece textualmente que não estão compreendidas no conceito de restrições não tarifárias, proibidas no MERCOSUL desde o final do regime de transição, as medidas adotadas em virtude das situações previstas no artigo 50 do Tratado de Montevideu de 1980, que, por sua vez, prevê que nenhuma disposição daquele tratado será interpretada como impedimento à adoção de medidas destinadas, entre outros, a proteger a vida e a saúde das pessoas, animais e vegetais*” (Escrito de Respuesta, pág. 15 transcripto en el Laudo VI).

Como se ha recordado, el caso refiere a fitosanitarios y a la incorporación de las normas del MERCOSUR a los respectivos ordenamientos internos<sup>20</sup>.

La excepcionalidad de la materia, encuadrable en las previsiones del Artículo 50 del Tratado de Montevideo de 1980, constituye el nudo de la argumentación de Brasil<sup>21</sup>.

El caso no fue resuelto sobre la base de la consideración de eventuales efectos ambientales de tales productos ni aplicación de la previsión del artículo 50 TM80 sino exclusivamente con fundamento en la obligación internacional de incorporar la normativa MERCOSUR que, en suma, es lo que provee al Laudo del relieve que goza atendiendo su decisión sobre el aspecto más crítico y problemático de la relación entre dicha normativa y el derecho interno de los EPM.

***El Laudo XI (Laudo I-Protocolo de Olivos). Neumáticos remoldeados de procedencia uruguaya. Impacto ambiental. Invocación y recepción de los Principios del Derecho Internacional Ambiental.***

El caso refiere a la sanción por Argentina de la Ley N° 25626 por la que se prohíbe la importación de neumáticos recauchutados y usados<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> El **producto fitosanitario** se define, según la Organización Mundial de la Salud (OMS), como aquella sustancia o mezcla de sustancias destinadas a prevenir la acción de, o destruir directamente, insectos (insecticidas), ácaros (acaricidas), moluscos, roedores (rodenticidas), hongos (fungicidas), malas hierbas (herbicidas), bacterias (antibióticos y bactericidas) y otras formas de vida animal o vegetal perjudiciales para la salud pública y también para la agricultura (es decir, considerados como plagas y por tanto susceptibles de ser combatidos con plaguicidas); durante la producción, almacenamiento, transporte, distribución y elaboración de productos agrícolas y sus derivados. Entre los productos fitosanitarios se incluyen también los defoliantes, desecantes y las sustancias reguladoras del crecimiento vegetal o fitorreguladores. Los medicamentos de uso humano o veterinario y los mecanismos de control biológico quedarían fuera de esta denominación. También reciben la denominación de *venenos útiles*.

<sup>21</sup> **Artículo 50 TM80:** “Ninguna disposición del presente Tratado será interpretada como impedimento para la adopción y el cumplimiento de medidas destinadas a la: ...b) Aplicación de leyes y reglamentos de seguridad;...d) Protección de la vida y salud de las personas, los animales y los vegetales;...f) Protección del patrimonio nacional de valor artístico, histórico o arqueológico; g) Exportación, utilización de materiales nucleares, productos radiactivos o cualquier otro material utilizables en el desarrollo o aprovechamiento de la energía nuclear”.

<sup>22</sup> **Ley 25.626/02.** Prohíbese la importación de determinadas mercaderías incluidas en la Nomenclatura Común del Mercosur e individualizadas y clasificadas en el Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías. Sancionada: Julio 17 de 2002. Promulgada de Hecho: Agosto 8 de 2002: El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, etc. sancionan con fuerza de Ley: ARTÍCULO 1° — Prohíbese la importación de las mercaderías

*Planteo Uruguayo*

Uruguay sostiene básicamente que el contenido de la ley argentina es contrario a las normas del MERCOSUR, en la medida en que restringe injustamente el comercio, interrumpiendo un flujo comercial de neumáticos remoldeados producidos en Uruguay que estaban siendo exportados a la Argentina.

Invoca las Decisiones CMC 22/00 (Relanzamiento del MERCOSUR y Acceso a Mercados), y 57/00 (Acceso a Mercados), sosteniendo que su aspecto fundamental reside en la reafirmación del principio de la libre circulación de bienes en el territorio regional, como base de la consolidación de un mercado común. El objetivo de las mismas es acordar un plan de trabajo para el tratamiento de las medidas necesarias, con miras a la eliminación de las dificultades que las mismas ocasionan en las corrientes comerciales entre los Estados Parte.

*Respuesta Argentina*

Como Parte reclamada, Argentina señaló que la Ley 25626/02 contiene una prohibición de carácter no económico, encuadrada en las previsiones del Artículo 50 del TM80 que recepta el Anexo I del Tratado de Asunción, específicamente en su inciso d) referido a la protección de la vida y la salud de personas, animales y vegetales.

Argumentó igualmente que se trata de una medida de carácter preventivo, destinada a evitar el daño potencial que los neumáticos remoldeados, en cuanto *residuos peligrosos* por su difícil y onerosa disposición final, puedan causar al medio ambiente, a la salud de las personas, animales y vegetales, comprometiendo el desarrollo de las generaciones presentes y futuras.

Sostuvo que el objetivo de la ley es mantener controlado el “pasivo ambiental” argentino, y no proteger al recauchutador nacional o restringir el comercio, señalando que la medida apunta a prevenir el ingreso de residuos disfrazados de mercaderías con vida útil comprometida o agotada, así como los impactos ambientales, actuales o latentes resultantes de tales mercaderías.

Invocó también que la medida fue adoptada en cumplimiento al artí-

---

individualizadas y clasificadas en el Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías, elaborado bajo los auspicios del Consenso de Cooperación Aduanero, firmado en Bruselas, Reino de Bélgica, el 14 de julio de 1983, y modificado por su Protocolo de Enmienda hecho en Bruselas el 24 de junio de 1986, y sus notas explicativas que figuran en la Nomenclatura Común del Mercosur bajo N.C.M. 4012.10.00 Neumáticos (llantas neumáticas) recauchutados y 4012.20.00 Neumáticos (llantas neumáticas) usados. ARTICULO 2°. Comuníquese al Poder Ejecutivo Nacional.

culo 41 de la Constitución Nacional Argentina<sup>23</sup> y que la ley se fundamenta en el *principio preventivo en materia ambiental* entendiendo que los *principios de libre comercio y de protección del medio ambiente* informan plenamente la normativa del MERCOSUR<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> **Artículo 41 Constitución Nacional Argentina:** Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.

<sup>24</sup> **Laudo I/05; Numerales 26 a 38 (síntesis):** Hace notar Argentina la escasa importancia del comercio bilateral en la materia así como la inaplicabilidad en el caso del principio de proporcionalidad pues está en juego la vida, la salud, el nivel de vida de los habitantes del país tanto como la preservación de los recursos naturales existentes. Resalta la existencia de medidas de excepción al libre comercio vigentes en el ámbito multilateral y en la Unión Europea, sobre cuya base puede comprobar la compatibilidad de la Ley adoptada con el objetivo de preservar el medio ambiente, respetando los principios de no discriminación, de la necesidad y de la proporcionalidad, puesto que no sería posible alcanzar tal objetivo con la adopción de otras medidas. Comenta las Decisiones CMC 22/00 (Relanzamiento del MERCOSUR-Acceso a mercados), y 57/00 (Acceso a mercados), advirtiendo acerca de la vigencia de la limitación consagrada en el artículo 2 b) del Anexo I de TA y critica el Laudo Arbitral dictado en la controversia sobre importación de neumáticos remoldeados entre Uruguay y Brasil (Laudo VI), por su apartamiento sustancial de la doctrina sentada en los Laudos pronunciados sobre la materia, en tanto que además “ignoró totalmente el carácter evolutivo de la ciencia, la tecnología, el Derecho en general, el Derecho Ambiental en particular y la salud”, al concluir que los EP estarían inhibidos de restringir o prohibir el ingreso a sus territorios de productos que se comercializaban sin restricciones por desconocimiento de sus propiedades nocivas para la salud humana o perjudiciales al medio ambiente. Refiere al principio de prevención en Derecho Ambiental, asegurando el carácter de protección ambiental de la Ley contestada. Invoca al efecto el Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del MERCOSUR, así como el proyecto de Gestión Ambiental de Residuos y Responsabilidad Post Consumo, en discusión por el Consejo del Mercado Común. Refiere al pasivo ambiental y los daños infringidos a la salud de las personas y animales por los neumáticos al final de su vida útil; los riesgos resultantes de la quema de tales productos; los peligros resultantes de su almacenaje a cielo abierto, recordando una Directiva del Parlamento Europeo (2000/53/CE) relativa a la disposición de vehículos, sus componentes y materiales, al final de su vida útil. Sostiene que Uruguay importa carcasas de países desarrollados fuera del territorio del MERCOSUR, produciendo un impacto negativo mediato sobre el medio ambiente como consecuencia del corto periodo de reutilización del neumático remoldeado y de la falta de soluciones concretas para su disposición final.

*El Laudo*

En el caso más trascendente sobre materia ambiental resuelto en el marco del sistema de solución de controversias del MERCOSUR, el Tribunal Arbitral *ad hoc* resolvió, *por mayoría*, que la Ley argentina N° 25.626 es compatible con lo dispuesto en el Tratado de Asunción y su Anexo I, las normas derivadas de tal Tratado, así como con las disposiciones de Derecho Internacional aplicables en la materia.

Parte de considerar que el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio dispone en su artículo XX-b que los Estados miembros pueden establecer restricciones a las importaciones por motivos no-económicos siempre que sean necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o preservar los vegetales, en tanto que la DEC CMC 02/01 (Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del MERCOSUR) revela la directa preocupación de los EPM en el tema de la preservación del medio ambiente al poner de resalto la necesidad de mejorar la calidad ambiental de la región a través de un marco jurídico que reglamente las acciones de su protección y la conservación de los recursos naturales de los países miembros del MERCOSUR.

Cita Principios de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992 y su recepción en la DEC CMC 02/01 junto a las excepciones admitidas en el artículo 50 del TM80 referido expresamente en el artículo 2 b) del Anexo I del Tratado de Asunción, la normativa ambiental del MERCOSUR y la *necesidad de armonizar* los principios sustantivos del libre comercio intra-zona con los principios y disposiciones del Derecho Internacional General y el Derecho Internacional Ambiental.

Tal, lo sostenido en el Principio IV de la Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, suscripta por delegaciones de Estados que representan la casi totalidad de la población mundial, destacando *que la protección del medio ambiente debe constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no puede ser considerada de forma aislada* en tanto que la Declaración Final de la Conferencia concluye *que el tema de medio ambiente deberá siempre ser analizado en conjunto con otros temas vinculados al desarrollo de los pueblos*.

Hace lo propio con el Principio XII, relativo a las medidas de política comercial con fines ambientales, las que *no deben constituirse en medio de discriminación arbitraria o injustificada, ni en restricción velada al comercio internacional*. La Declaración de 1992 consagró la aplicación del criterio precautorio, cuando se discutan cuestiones de medio ambiente, *admitiendo que cuando hubiere peligro de daño grave o irreversible al medio ambiente, la falta de certeza científica no debe servir como motivo para la no adopción de las medidas juzgadas necesarias*.

En esa línea, *el artículo 1° de la DEC CMC 02/01 hace expresa mención a lo previsto en el artículo 2°, letra b) del Anexo I del Tratado de Asunción que, remitiendo al artículo 50 del Tratado de Montevideo de 1980, admite deter-*

minadas excepciones para la adopción de medidas restrictivas al libre comercio.

En el artículo 3° de la DEC CMC N° 22/00 se determinan acciones tendientes a eliminar las dificultades generadas en el comercio intra-zona o eliminar medidas restrictivas al comercio justificadas por el art. 50 del Tratado de Montevideo. Vale decir que la Decisión, al mismo tiempo que ratifica el principio de un comercio libre y sin restricciones, *acepta aquellas fundamentadas en la excepción del art. 50 del Tratado de Montevideo y establece procedimientos para la eliminación de tales medidas restrictivas, a ser adoptadas en el curso del tiempo.*

Expresa el Laudo también que en el MERCOSUR han sido dictadas diversas normas que tratan la materia ambiental, entre las que cita la DEC CMC N° 2/94, sobre el Acuerdo de Transporte de Mercaderías Peligrosas; la Resolución GMC N° 10/94, sobre Directrices Básicas en Política Ambiental; la DEC CMC N° 10/00 sobre la Complementación del Plano General de Cooperación y Coordinación Recíproca para la Seguridad Regional, en materia de Ilícitos Ambientales; la DEC CMC N° 19/03, creando la “Reunión de Ministros de Medio Ambiente”, que tiene como función proponer al Consejo del Mercado Común medidas destinadas a la coordinación de políticas para promover la gestión ambiental y el desarrollo sustentable en los países del MERCOSUR, así como acciones de cooperación y articulación en materia de medio ambiente entre los Estados Partes; la DEC CMC N° 14/04, que aprueba el Protocolo Adicional al Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del MERCOSUR en Materia de Cooperación y Asistencia frente a Emergencias Ambientales.

Sostiene que los principios de la *integración fundada en el libre comercio, sin restricciones o barreras*, conviven con los principios *de proporcionalidad, de la limitación de reserva de soberanía, de la razonabilidad y de la previsibilidad comercial.*

Por cierto, *la búsqueda de la integración y la consagración de su fundamento en el libre comercio sólo pueden tener sentido como instrumentos de implementación del bienestar de los seres humanos que viven en la región. En este cuadro, el libre comercio no puede gozar de una prioridad absoluta, puesto que es instrumento del bienestar humano y no un fin en sí mismo.*

El concepto de un mercado libre de barreras debe ser temperado con otros principios, igualmente consagrados por el Derecho, tales como la eficiencia, la cooperación entre los pueblos, la preservación del medio ambiente, la prevención y la precaución, entre otros, de los efectos potenciales o futuros que determinada actividad humana pueda causar al medio ambiente.

La prevención viene consagrada por el *moderno Derecho Internacional* y particularmente por las normas del MERCOSUR incluidas éstas en el Acuerdo Marco de Medio Ambiente. Tal principio consiste en la autoriza-

ción para la toma de medidas destinadas a evitar y prevenir riesgos potenciales.

Hace mención del *estoppel*, práctica consagrada en la jurisprudencia como resultante de los *principios de buena fe* y del *pacta sunt servanda*, que encuentran abrigo indirecto en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, por lo que ciertos actos u omisiones del Estado en consonancia con determinado Tratado son suficientes para obligar a tal Estado por los términos del mismo.

Señala que la libertad de comercio, y su preservación como forma de estructurar el MERCOSUR, no puede ser considerada principio absoluto e inderogable, e inmune a cualquier excepción y que las Partes no discreparon sobre el hecho de que, al final de su vida útil, los neumáticos se transforman en un problema ambiental. Los residuos resultantes de esos neumáticos usados son de difícil disposición, tardan siglos para degradarse, son compuestos por innumerables elementos químicos y pueden provocar serios daños al medio ambiente, al hombre, a los animales y a la naturaleza en general si resultaren abandonados o expuestos al aire libre. Igualmente, pueden perjudicar la superficie freática, alcanzando el subsuelo, cuando son dispuestos en rellenos sanitarios.

Quedó igualmente fuera de discusión la afirmación de que un neumático sólo puede ser remodelado una única vez y que, en esa condición, presenta niveles de seguridad comparables a un neumático nuevo. En el plazo de vida útil de un neumático remodelado reside el punto fundamental de la cuestión.

Reconocida la importancia fundamental de la protección al medio ambiente y adoptados los principios que orientan la aplicación de las normas de Derecho Ambiental, especialmente los *principios de la cooperación entre los pueblos, preventivo y precautorio*, el Tribunal entiende que la defensa del medio ambiente, desde que esté fundada en justas razones, puede ser usada como excepción a las normas generales de la integración regional y, particularmente, aquellas que regulan el libre comercio entre los países del MERCOSUR. Por todo ello, Argentina tuvo justa razón para aprobar la Ley N° 25.626 del 2002 y, por medio de ella, impedir el ingreso al país de neumáticos usados, recapados o remodelados.

Atendiendo a que, en apoyo de la legalidad de su reclamación Uruguay trajo al debate el precedente del 9 de enero de 2002, sobre “Prohibición de Importación de Neumáticos Remoldeados (Remolded) Procedentes de Uruguay”, el Tribunal *ad hoc* resalta que en aquella oportunidad el tribunal del caso se preocupó exclusivamente en verificar si el comportamiento de Brasil implicaba (o no) violación al principio de libre comercio. No se cuidó de analizar las excepciones al principio de la libre competencia fundadas en la protección de la vida y la salud de las personas, de los animales y de los vegetales y *no se preocupó el Tribunal en analizar los principios de derecho internacional*, ni tampoco los específicos de MERCOSUR que autorizarían a

relativizar las normas comerciales y económicas en nombre de un ambiente más sano para la región.

En ningún tópico de aquella decisión arbitral se mencionó, por ejemplo, el artículo 2° del Anexo I al Tratado de Asunción ni el artículo 50 del Tratado de Montevideo de 1980, no obstante haber sido invocado por la parte reclamada.

En uso de una argumentación de algún modo contradictoria del excelente desarrollo que la precede, la decisión comentada expresa que durante las negociaciones y discusiones habidas entre las Partes quedó claro el *embate entre dos principios consagrados por las normas del MERCOSUR y por el Derecho Internacional*; por un lado, el principio de la libre circulación de mercaderías, sustentado en la eliminación de barreras no-económicas al comercio entre los Estados Parte; por el otro, las normas que garanticen la preservación del medio ambiente y de la salud de las personas, animales y vegetales de la zona.

Así enunciado, tal embate contradice parcialmente los propios argumentos del Tribunal porque de ningún modo los mencionados constituyen principios enfrentados sino por el contrario, a la luz de los desarrollos actuales del Derecho Internacional, se armonizan y deben hacerlo en su vigencia y aplicación al caso concreto teniendo en mira el objeto y fin de la Integración que, a diferencia de lo sostenido en la posterior revisión, excede de la simple libertad comercial para apuntar a un modelo regional de Desarrollo Sostenible.

***Recurso de Revisión- Laudo I/05 del Tribunal Permanente de Revisión (Remoldeados - 20.12.05). Inaplicación de los Principios del Derecho Internacional Ambiental para la solución del caso.***

El Laudo precedentemente citado fue objeto del Recurso de Revisión por ante el TPR el que, acogiendo la queja uruguaya, dispuso su revocación<sup>25</sup>.

<sup>25</sup> **Protocolo de Olivos. Artículo 17. Recurso de revisión.** 1. Cualquiera de las partes en la controversia podrá presentar un recurso de revisión al Tribunal Permanente de Revisión, contra el laudo del Tribunal Arbitral Ad Hoc en un plazo no superior a quince (15) días a partir de la notificación del mismo. 2. El recurso estará limitado a las cuestiones de derecho tratadas en la controversia y a las interpretaciones jurídicas desarrolladas en el laudo del Tribunal Arbitral Ad Hoc. 3. Los laudos de los Tribunales Ad Hoc dictados en base a los principios *ex aequo et bono* no serán susceptibles del recurso de revisión. Artículo 20 *Funcionamiento del Tribunal* 1. Cuando la controversia involucre a dos Estados Partes, el Tribunal estará integrado por tres (3) árbitros. Dos (2) árbitros serán nacionales de cada Estado parte en la controversia y el tercero, que ejercerá la Presidencia se designará, mediante sorteo a ser realizado por el Director de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR, entre los árbitros restantes que no sean nacionales de los Estados partes en la controversia. La designación del Presidente se hará el día siguiente al de la interposición del recurso de revisión, fecha a partir de la cual quedará constituido el Tribunal a todos los efectos.

Luego de analizar los alcances de la distinción entre cuestiones de hecho y de derecho delimitantes de su competencia en el Protocolo de Olivos, se avocó el Tribunal a fundamentar la decisión revocatoria finalmente adoptada sosteniendo, en primer lugar, la inexistencia “en un esquema de integración” de dos principios en conflicto o confrontación cuya prevalencia deba dilucidarse recurriendo a principios y disposiciones del Derecho Internacional.

En contrario de las raíces normativas y naturaleza del subsistema jurídico objeto de interpretación, expresó al efecto el TPR que “*existe un solo principio (el libre comercio)*”, al cual se le pueden anteponer ciertas excepciones (como por ejemplo la excepción medio-ambiental aludida), y por tanto, entiende el Tribunal que la cuestión debatida es la viabilidad o no de la excepción medio-ambiental a tenor de la normativa mercosureña y no a tenor del Derecho Internacional.

Sostuvo el TPR que la aplicación de los principios y disposiciones de Derecho Internacional en la solución de las controversias del MERCOSUR prevista en el artículo 34 del Protocolo de Olivos debe ser sólo subsidiaria o, en el mejor de los casos complementaria, si fueren aplicables al caso, *para evitar aportar de manera negativa al desarrollo de la institucionalidad y normativa mercosureña*.

En abono de esta primera conclusión, pasa luego al tratamiento de materias que considera aplicables, legisladas y resueltas en el ámbito de la Unión Europea (UE) y de la OMC<sup>26</sup>.

<sup>26</sup> Sentencias del TJCE y la “Guía para la Interpretación y Aplicación de los Artículos 28 a 30 del Tratado CE”.; “según jurisprudencia reiterada, las medidas nacionales que puedan obstaculizar el comercio intracomunitario pueden estar justificadas por exigencias imperativas derivadas de la protección del medio ambiente, siempre que las medidas de que se trate sean proporcionadas al objetivo perseguido (véanse, en particular, las sentencias de 14 de diciembre de 2004. Comisión/Alemania. C-463/01. Rec. P. I-11705, apartado 75, así como Radlberger Getrankegesellschaft y S. Spitz. C-309/02. Rec. P. I-11763, apartado 75) En nuestro caso, este TPR, siguiendo la jurisprudencia citada considera que la medida en cuestión no podría tener una debida justificación, considerando por ejemplo que en los antecedentes parlamentarios además de la protección al medio ambiente se cita literalmente “la protección de la industria nacional proveedora de estos productos”, precediendo a la cita del impacto negativo en el medio ambiente y con posterioridad a la cita del argumento de seguridad en la vía pública Este TPR en relación con la medida analizada estima, acoge la tesis uruguaya, de que la misma es desproporcionada frente a un producto, neumático remoldeado, que no es un desecho ni un neumático usado según la propia conclusión del laudo arbitral. Nótese que la justificación y la proporcionalidad son conceptos vinculados. Resulta interesante destacar para comprender claramente el concepto de proporcionalidad que según la Guía para la Interpretación y Aplicación de los Artículos 28 a 30 del Tratado CE, según se lee a fs. 10 cuando comenta las enseñanzas del caso Cassis de Dijon: “estos tres requisitos (necesidad, proporcionalidad y medios que sean los menos restrictivos del comercio) deben consi-

En lo relativo a la interpretación del *principio de cautela*, cita igualmente el Tribunal la Guía para la Interpretación y Aplicación de los Arts. 28 al 30 del Tratado CE<sup>27</sup>.

En contrario de los Laudos de los Tribunales Arbitrales *ad hoc*, rechaza el TPR la aplicación de la doctrina del *estoppel* por considerarlo no originario y ajeno al Derecho de la Integración.

Resuelve finalmente *por mayoría* revocar el laudo arbitral en revisión, estableciendo que la Ley argentina 25.626 es incompatible con la normativa MERCOSUR, y en su consecuencia la República Argentina deberá derogarla o modificarla con el alcance y por la vía institucional apropiada, dentro del plazo de ciento veinte días corridos.

Igualmente, que a la República Argentina le está vedado a partir de la notificación del laudo, adoptar o emplear medida alguna que sea contraria a este pronunciamiento, o que obstaculice su aplicación y determinar que la

---

derarse expresión del principio general de proporcionalidad". Consta igualmente en autos que la prohibición tomada no ha reducido objetivamente hablando, el concepto de daño ambiental aplicable al caso. Tampoco es proporcional porque el daño alegado según el criterio de este TPR no es grave ni irreversible (presupuestos éstos que se deben dar para la aplicación del principio precautorio) según lo analiza correctamente la representación uruguaya. Tampoco es proporcional desde el punto de vista de que no se puede impedir el libre comercio, salvo que sea la única medida disponible, Tampoco es proporcional, a nuestro entender, porque la medida tomada no previene el daño. Las medidas a ser adoptadas en el caso en cuestión, ante las presentes circunstancias, deberían estar más bien orientadas a la limitación y eliminación de los neumáticos en desecho. Finalmente quisiéramos resaltar que la tesis argentina de que la única proporcionalidad aceptable en casos como el de autos, es la prohibición de ingreso del producto a territorio nacional, no tiene asidero jurídico alguno. Finalmente deseamos también puntualizar que la citada Guía para la Interpretación y Aplicación de los Arts. 28 a 30 del Tratado CE trae también a fs. 19 el siguiente comentario establecido en el caso De Peijper respecto a la cuestión de la protección de la salud y vida de las personas, animales y preservación de los vegetales. En efecto, reza tal guía: "El Tribunal de Justicia ha sentenciado que entre los bienes o intereses protegidos por el Art. 36 (actualmente Art. 30) son prioritarios la salud y la vida de las personas, y compete a los Estados Miembros dentro de los límites impuestos por el Tratado, decidir el grado de severidad de los controles que han de realizarse". En esta misma sentencia el Tribunal afirma que: "las normas o prácticas nacionales no entran en el ámbito de aplicación de la excepción que se especifica en el Art. 36 (actualmente Art. 30) si la salud y la vida de las personas pueden protegerse de forma igualmente efectiva.

<sup>27</sup> "El principio de cautela fue mencionado por primera vez por el Tribunal de Justicia en el asunto "National Farmers Union" (si bien está implícitamente presente en la anterior jurisprudencia sobre el Art. 28). El principio define las circunstancias en las cuales un legislador, ya sea nacional, comunitario o internacional puede adoptar medidas para proteger a los consumidores contra los riesgos para la salud, que habida cuenta de la incertidumbre reinante en la investigación científica, cabe asociar a un determinado producto o servicio".

decisión tendrá vigencia hasta que el MERCOSUR, por la vía institucional apropiada, apruebe una normativa consensuada sobre la cuestión debatida en estos autos relativa al tema de la importación de neumáticos remoldeados.

Como dato complementario cabe señalar que la República Argentina procedió a modificar la Ley 25626 mediante la Ley 26329/07, formulando diversas excepciones a la prohibición general de importación de neumáticos remoldeados e incorporando disposiciones tendientes a asegurar el equilibrio y reciprocidad cuantitativos en el mantenimiento del flujo comercial preexistente<sup>28</sup>.

### **Conclusiones provisionales**

Los distintos *Derechos de la Integración*, correspondientes a los ordenamientos que rigen los respectivos esquemas y propuestas regionales (y entre ellos, el MERCOSUR), constituyen particularismos o subsistemas de Derecho Internacional, de mayor o menor autonomía respecto del Derecho Internacional General pero no *independientes* del mismo.

<sup>28</sup> **Ley N° 25626:** ARTICULO 1° — Prohíbese la importación de las mercaderías individualizadas y clasificadas en el Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías, elaborado bajo los auspicios del Consenso de Cooperación Aduanero, firmado en Bruselas, Reino de Bélgica, el 14 de julio de 1983, y modificado por su Protocolo de Enmienda hecho en Bruselas el 24 de junio de 1986, y sus notas explicativas que figuran en la Nomenclatura Común del Mercosur bajo N.C.M. 4012.10.00 Neumáticos (llantas neumáticas) recauchutados y 4012.20.00 Neumáticos (llantas neumáticas) usados. ARTICULO 2°.- **Exceptúase de la prohibición** establecida en el artículo anterior la importación de neumáticos remoldeados que clasifiquen por las posiciones arancelarias de la Nomenclatura Común del MERCOSUR (N.C.M.) 4012.11.00, 4012.12.00, 4012.13.00 y 4012.19.00, con los límites y bajo las condiciones que se expresan a continuación. A los efectos de lo previsto en este artículo, se entiende por neumático remoldeado a los neumáticos reconstruidos por sustitución de su banda de rodamiento, de sus hombros y de toda la superficie de sus costados (recauchutaje de talón a talón), según la norma conjunta IRAM 113.323 – MERCOSUR NM 225.(Artículo incorporado por art. 1° de la **Ley N° 26.329** B.O. 26/12/2007) ARTICULO 3°.- La importación de neumáticos (llantas neumáticas) remoldeados —N.C.M. 4012.11.00, 4012.12.00, 4012.13.00 y 4012.19.00— de cualquier origen sólo podrá autorizarse en cantidades iguales o inferiores al número de neumáticos (llantas neumáticas) usados —N.C.M. 4012.20.00—, del mismo tipo, que hayan sido exportados a ese destino desde la República Argentina, en forma previa a que se autorice tal importación.(Artículo incorporado por art. 1° de la Ley N° 26.329 B.O. 26/12/2007) ARTICULO 4°.- El Poder Ejecutivo nacional reglamentará las formalidades y procedimientos para autorizar la importación de neumáticos remoldeados de cualquier origen, previa verificación de la compensación con el número y el tipo de neumáticos usados exportados desde la República Argentina a ese mismo destino.(Artículo incorporado por art. 1° de la Ley N° 26.329 B.O. 26/12/2007) ARTICULO 5° — Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional.

Objetivamente por tanto, la presencia del Derecho Internacional y con él, la del Derecho Internacional Ambiental en la casuística arbitral del MERCOSUR, se produce en razón de la naturaleza de Derecho Internacional del ordenamiento de aplicación y su pertenencia como ordenamiento particular autónomo al sistema global del Derecho Internacional.

Conforme los desarrollos actuales del Derecho Internacional es forzoso rechazar la existencia de un embate *entre* principios consagrados por el ordenamiento del MERCOSUR y por el Derecho Internacional, en tanto se trate de principios generales que, como tales, caen en la esfera propia de éste último. Ningún principio específico que pudiera entenderse como propio del MERCOSUR podría tampoco contradecir lo sustentado por los principios y normas del Derecho Internacional General. Su armonización por consiguiente es condición de una correcta interpretación jurídica, respetando la ineludible primacía del Derecho Internacional General como conjunto de normas y principios sustantivos otorgantes de validez al conjunto.

Según lo expresa el Preámbulo del Tratado de Asunción, -de consideración necesaria para tal interpretación como para la del proceso de Integración al que convoca-, el objetivo del desarrollo económico con justicia social “debe ser alcanzado mediante el más eficaz aprovechamiento de los recursos disponibles y la preservación del medio ambiente...”.

Es que, a la luz del Derecho Internacional contemporáneo, el libre comercio no goza de prioridad absoluta ni siquiera en un proceso que resultase articulado en torno de él, pues no constituye el comercio un fin en sí mismo sino tan solo uno de los instrumentos del bienestar humano, tal cual lo prescriben los Artículos 4, 6, 7 y 12 de la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados.

El Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR está dotado de todas las competencias y facultades que le reconocen los instrumentos y normas que le son atinentes, entre ellas la de revocación de los laudos de los tribunales arbitrales *ad hoc*. Pudo arribar con toda justicia por ello a una conclusión revocatoria del Laudo del Tribunal Arbitral *ad hoc* en el caso de los neumáticos remoldeados entre Argentina y Uruguay.

En nuestra modesta opinión, lo inadecuado del laudo *de Alzada* ha sido la fundamentación en que sustenta el TPR tal conclusión, derivada de una autoexigencia por establecer la presunta independencia del ordenamiento jurídico del MERCOSUR respecto del Derecho Internacional tanto como del reduccionismo librecambista en el que quedaría, según el principio que considera determinante, ubicado dicho ordenamiento particular.

BLANCA

**EL DEBER DE INVESTIGAR Y SANCIONAR LAS VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA EUROPEO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS\***

*THE DUTY TO INVESTIGATE AND PUNISH HUMAN RIGHTS VIOLATIONS IN THE EUROPEAN HUMAN RIGHTS PROTECTION SYSTEM*

*Sebastián Alejandro Rey\**

**RESUMEN**

En este trabajo se intenta analizar los lineamientos más importantes sobre el deber de investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos esbozados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En este sentido, se examinará el contenido del citado deber y los requisitos que debe cumplir una investigación estatal en casos de violaciones de derechos humanos, haciendo referencia a los conceptos de obligaciones sustantivas y procesales.

El recurso a la jurisprudencia del Tribunal Europeo resulta útil porque con más de mil sentencias dictadas, sus estándares son una referencia ineludible para los restantes tribunales internacionales de derechos humanos.

\* Este trabajo forma parte de la investigación realizada por el autor entre marzo y septiembre de 2009 en la Università degli Studi di Torino en el marco del proyecto Mobilità Internazionale.

\* Maestrando en Derechos Humanos (UNLP). Promedio final de cursada: 9,31. Docente de Derechos Humanos y Garantías y Derecho Internacional Público e Investigador UBACyT (UBA). Integrante de la Unidad de Asistencia para Causas por Violaciones a los Derechos Humanos durante el Terrorismo de Estado (PGN). Miembro Asociado de la AADI. Correo: sebastianrey@derecho.uba.ar

**PALABRAS CLAVES**

Impunidad, Castigo, Investigación, Derecho Penal.

**ABSTRACT**

The aim of this paper consists on analyzing the most important guidelines on the duty to investigate and punish human rights violations outlined by the European Court of Human Rights. The contents of that duty and the requirements to be met by an official investigation in cases of human rights violations will be studied, making a special reference to the concepts of substantive and procedural obligations.

The appeal to the European Court's jurisprudence is useful because it has pronounced more than one thousand judgments, being their standards an unavoidable reference for the other international human rights courts.

**KEY WORDS**

Impunity, Punishment, Investigation, Criminal Law.

**1) INTRODUCCIÓN**

En el estado actual del derecho internacional parece existir un consenso entre los estados en cuanto a que las violaciones de los derechos humanos no deben quedar impunes, viéndose los estados obligados a llevar a cabo una investigación de los hechos y castigar a los responsables.

El estudio de este tema puede llevarse a cabo desde diferentes perspectivas. En el presente trabajo, se ha optado por presentar los lineamientos más importantes sobre la materia esbozados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH)<sup>1</sup>.

El recurso a la jurisprudencia del TEDH resulta útil a los efectos de esta investigación, no sólo porque el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH)<sup>2</sup> ha servido de modelo o guía para los redactores de la Convención

<sup>1</sup> Por razones de espacio, el análisis de la jurisprudencia del tribunal sobre crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad (las "graves" violaciones de derechos humanos) ha sido excluido de este trabajo. El análisis de ambos crímenes internacionales, así como la comparación de los estándares fijados por el TEDH sobre el particular con otros tribunales internacionales, son parte de una investigación en curso del autor.

<sup>2</sup> CEDH 213 UNTS 221. El texto del Convenio entró en vigor el 3 de septiembre de 1953 y fue modificado de conformidad con las disposiciones del Protocolo n° 3, entrado en vigor el 21 de Septiembre de 1970, del Protocolo n° 5, entrado en vigor el 20 de diciembre de 1971 y del Protocolo n° 8, entrado en vigor el 1 de enero de 1990. Incluía asimismo el texto del Protocolo n° 2 que, de conformidad a su artículo 5 párrafo 3 formaba parte integrante del Convenio desde su entrada en vigor el 21 de septiembre de 1970. Todas las disposiciones modificadas o añadidas por dichos Protocolos fueron sustituidas por el Protocolo n° 11, a partir de la fecha de su entrada en vigor el 1° de noviembre de 1998. A partir de esa

Americana sobre Derechos Humanos y fue una de las principales referencias que tuvieron los redactores de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos<sup>3</sup>, sino también porque con más de mil sentencias en su haber, el desarrollo jurisprudencial que ha realizado sobre la materia es una referencia ineludible para los tribunales internacionales de derechos humanos, e incluso por los Tribunales Penales Internacionales<sup>4</sup>.

A partir del análisis de la jurisprudencia del órgano más importante a cargo de la protección de los derechos humanos a nivel internacional, se podrá identificar cuáles son las obligaciones contraídas por los estados al ratificar tratados de derechos humanos como el CEDH.

## 2) ASPECTOS GENERALES DEL CEDH

Previo a pasar a analizar la jurisprudencia del Tribunal en relación con el deber de investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, corresponde hacer una breve mención a las obligaciones generales que se desprenden del CEDH.

Dichas obligaciones se derivan del artículo 1 del tratado que establece el deber de los estados de respetar los derechos humanos: "Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio".

Hitters señala que esta disposición en su versión en francés reconoce (*reconnaissent*) los derechos mientras que en su versión en inglés los asegura (*shall secure*) teniendo este segundo término una mayor amplitud, por lo que ese debe ser el sentido que se le debe asignar a la norma<sup>5</sup>.

Al igual que sucedería años después en el seno del sistema interamericano, al interior de los órganos de aplicación del CEDH se discutió la posibilidad de que el artículo 1 garantizase un derecho autónomo, siendo criterio constante de la Comisión Europea de Derechos Humanos que su aplicación sólo puede darse en relación con los derechos reconocidos en el Título I del tratado<sup>6</sup>, por lo que no puede solicitarse su violación autónoma. Esta posición también ha sido compartida por el TEDH<sup>7</sup>.

---

fecha, el Protocolo n° 9, que había entrado en vigor el 1° de octubre de 1994, quedó abrogado. Por último, el 1° de junio de 2010 entró en vigor el Protocolo n° 14, que modificó el sistema de control establecido en el tratado.

<sup>3</sup> JACOBS, Francis G. y WHITE, Robin C. A., *The European Convention on Human Rights*, 2ª edición, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 404.

<sup>4</sup> EMMERSON, Ben, ASHWORTH, Andrew y MACDONALD, Alison, *Human Rights and Criminal Justice*, 2ª edición, Sweet & Maxwell, London, 2007, p. 6.

<sup>5</sup> HITTERS, Juan Carlos, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, tomo 1, Ediar, Buenos Aires, 1991, p. 274.

<sup>6</sup> European Commission on Human Rights, *Cyprus v. Turkey*, Applications 6780/74 and 6950/75, 10 July 1976, (1982) 4 E.H.R.R. 482, párr. 498 e *Ireland v. the United Kingdom*, Application 5310/71, 25 January 1976.

<sup>7</sup> DE SALVIA, Michele y ZAGREBELSKY, Vladimiro, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della*

Del análisis del artículo 1 se desprende que los estados no sólo tienen el deber de respetar los derechos reconocidos en el CEDH sino también el de proveer garantías legales contra las violaciones de aquéllos, adoptando todas las medidas internas que fuesen necesarias para alcanzar tales fines<sup>8</sup>.

Con respecto a este último punto, la Comisión Europea en reiteradas oportunidades ha declarado incompatible con el CEDH leyes que han estado en vigor por muchos años, señalando que no aceptaba el principio de que cualquier interpretación del CEDH que entre en conflicto con las tradiciones que gobiernan asuntos políticos y jurídicos importantes en uno de los estados signatarios debe ser deshechada. Teniendo en cuenta los *travaux préparatoires* y el espíritu del tratado, afirmó que los estados partes han asumido la obligación de asegurarse que su derecho interno sea compatible con el CEDH y, de ser necesario, deben realizar todo ajuste para alcanzar dicho fin<sup>9</sup>.

Esta interpretación dio lugar a la teoría de las obligaciones positivas de las partes contratantes del CEDH, que implicó una redefinición de las obligaciones de los estados. Así, la responsabilidad estatal podía ser generada no sólo mediante su ingerencia activa en el ejercicio de un derecho sino también por su ingerencia pasiva, en razón de no adoptar medidas positivas que la aplicación de un derecho reclamaba<sup>10</sup>.

El fecundo movimiento jurisprudencial en el seno del Tribunal sobre las “obligaciones de hacer” en materia de derechos humanos dio inicio a partir de *Airey v. Irlanda*<sup>11</sup>. Allí, el TEDH manifestó que “el Convenio perseguía la protección de los derechos considerados no en sentido teórico o ideal sino como derechos reales y efectivos” por lo que “el cumplimiento de un deber impuesto por el Convenio en ocasiones implica acciones positivas por parte del estado; en esos casos el estado no puede permanecer pasivo y ‘no hay lugar para distinguir entre actos y omisiones’<sup>12</sup>.

Al analizar el alcance concreto del deber de respetar y garantizar los derechos humanos el TEDH ha afirmado que los estados gozan de un am-

---

*Corte di giustizia delle Comunità europee*, vol. I, Giuffrè Editore, Milano, 2006, p. 262, donde se cita numerosa jurisprudencia del TEDH al respecto.

<sup>8</sup> JACOBS, Francis G. y WHITE, Robin C. A., ob. cit., p. 41. European Commission on Human Rights, *Case of De Becker v. Belgium*, Application 214/56, 9 June 1958, Yearbook II, p. 234.

<sup>10</sup> SUDRE, Frédéric, “L’effectivité des droits” en SUDRE, Frédéric, MARGUÉNAUD, Jean-Pierre, ANDRIANTSIMBAZOVINA, Joël, GOUTTENOIRE, Adeline y LEVINET, Michel, *Les grands arrêts de la Cour Européenne des Droits de l’Homme*, 5a edición, Presse Universitaires de France, Paris, 2009, p. 23.

<sup>11</sup> *Idem*, pp. 20 y 21.

<sup>12</sup> TEDH, *Case of Airey v. Ireland*, Merits, 9 October 1979, Court (Chamber), Series A, N° 32, párr. 25.

plio margen de apreciación para determinar las medidas a adoptar para asegurar el cumplimiento del tratado<sup>13</sup>.

Por otra parte, al momento de resolver el fondo de un caso, el Tribunal se limita a declarar la constatación de la violación de un derecho proclamado en el Convenio, por lo que deja en cabeza de los órganos internos del estado demandado, que ha obtenido un fallo desfavorable a su posición, el deber de determinar las consecuencias de la constatación de tal violación<sup>14</sup>. En este sentido, en su jurisprudencia constante el Tribunal ha sostenido que son los estados quienes tienen que decidir el modo en que ejecutarán las sentencias condenatorias en su derecho interno<sup>15</sup>.

Ello, de ningún modo puede interpretarse como una merma en el valor jurídico de las sentencias del TEDH. Estas gozan de los efectos característicos de las resoluciones jurisdiccionales contra las que no cabe impugnación en el mismo proceso y que además no pueden ser atacadas en un proceso distinto<sup>16</sup>.

En cuanto a los efectos que tienen las sentencias para los estados no partes en un caso contencioso, citando al ex Presidente del Tribunal, Gialdino sostiene que “los estados no partes al adaptar su legislación y prácticas en función de lo establecido en una sentencia cumplen la obligación general del artículo 1 de asegurar los derechos tal como los enuncia el CEDH, pero también como los interpreta y explica en sus sentencia la Corte”<sup>17</sup>.

Por su parte, Sudre afirma que el Tribunal encontrará responsable a un estado que deja subsistir en su derecho interno disposiciones legislativas similares a las que le valieron a otro estado una condena por violación del Convenio<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> TEDH, *Case of Armoniene v. Lithuania*, Merits and Just Satisfaction, 25 November 2008, Court (Second Section), párr. 38: “[i]n view of the diversity of the practices followed and the situations obtaining in the Contracting States, [it] will vary considerably from case to case. Accordingly, this is an area in which the Contracting Parties enjoy a wide margin of appreciation in determining the steps to be taken to ensure compliance with the Convention, account being taken of the needs and resources of the community and of individuals”.

<sup>14</sup> BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo, “La eficacia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *La Ley*, tomo 1998-A, Buenos Aires, p. 900.

<sup>15</sup> HAMAMOTO, Shotaro, “An Undemocratic Guardian of Democracy-International Human Rights Complaint Procedures”, *Victoria University of Wellington Law Review*, vol. 38, issue 2, 2007, p. 213.

<sup>16</sup> BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo, ob. cit., p. 897.

<sup>17</sup> GIALDINO, Rolando E., *El sistema europeo de protección de los derechos humanos. La nueva Corte Europea de Derechos Humanos*, tomo II, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Buenos Aires, Buenos Aires, 2002, p. 538.

<sup>18</sup> SUDRE, Frederic, *Droit international et européenne des droits de l’homme*, 3ª edición, PUF, París, 1997, p. 340.

### 3) PRIMERAS APROXIMACIONES AL DEBER DE INVESTIGAR Y SANCIONAR LAS VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS

A diferencia de los órganos de derechos humanos de la Organización de Estados Americanos que siempre han tenido que tratar con problemas como la pobreza generalizada, la tortura sistemática, el asesinato de disidentes políticos y las desapariciones forzadas<sup>19</sup>, a lo largo de su historia las instituciones europeas de derechos humanos no han analizado numerosos casos de graves violaciones a los derechos humanos, siendo quizás la práctica de tortura y las desapariciones forzadas cometidas en los últimos años en Turquía y Rusia las excepciones.

Merrills entiende que la situación más grave que el sistema europeo ha enfrentado fue las violaciones de derechos humanos cometidos por el “Régimen de los Coroneles Griegos”<sup>20</sup>.

Los hechos del llamado “caso griego” se produjeron entre 1965 y 1967, un periodo de profunda inestabilidad política dentro del estado. Debido a las repercusiones internacionales generadas por el tratamiento que el gobierno griego infligía a sus opositores políticos, Dinamarca, Noruega y Suecia presentaron por separado denuncias ante la Comisión Europea, invocando la defensa de un “interés común europeo”, que más tarde obtuvieron el apoyo de los Países Bajos, Bélgica, Luxemburgo e Islandia<sup>21</sup>.

Después de investigar los hechos alegados por los peticionarios, en su informe final la Comisión concluyó que en algunos casos el estado había sometido a personas bajo su jurisdicción a tortura o trato inhumano contrario al artículo 3. La Comisión también declaró que había motivos suficientes para considerar estos casos como parte de la práctica sistemática de la tortura de detenidos políticos que se había iniciado en Grecia el 21 de abril 1967<sup>22</sup>.

El 18 de noviembre de 1969, el informe fue remitido al Comité de Ministros del Consejo de Europa que comenzó a analizar la posibilidad de suspender a Grecia<sup>23</sup>. Un año más tarde, el Comité decidió declarar que Grecia había violado nueve artículos del CEDH, incluida la prohibición de la tortura<sup>24</sup>. Sin

<sup>19</sup> NOWAK, Manfred, *Introduction to the International Human Rights Regime*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2003, p. 190.

<sup>20</sup> MERRILLS, John G., “The Council of Europe (I): the European Convention on Human Rights” in HANSKI, Raija and SUKSI, Markku (eds.), *An Introduction to the International Protection of Human Rights. A Textbook*, 2<sup>a</sup> edition revised, Institute for Human Rights, Åbo Akademi University, Turku, 1999, p. 300.

<sup>21</sup> VALTICOS, Nicolas, “Droits de l’homme et démocratie: la crise grecque”, in TEITGEN-COLLY, CATHERINE (ed.), *Cinquantième anniversaire de la Convention européenne des droits de l’homme*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 101.

<sup>22</sup> European Commission on Human Rights, *Denmark, Norway, Sweden and the Netherlands v. Greece (“the Greek case”)*, 5 November 1969, 12 Yearbook, p. 501.

<sup>23</sup> VALTICOS, Nicolas, ob. cit., pp. 99 y 100.

<sup>24</sup> Committee of Ministers of the Council of Europe, *Resolution DH (70) 1*, Yearbook XII, 1969, Part II, pp. 511-514.

embargo, el procedimiento contra Grecia dejó al descubierto las limitaciones de la protección internacional de los derechos humanos dado que el gobierno griego, lejos de aceptar las sanciones impuestas, decidió denunciar el tratado el 12 de diciembre de 1969, negándose a participar en los siguientes procedimientos y retirándose del Consejo de Europa<sup>25</sup>.

Pero la existencia del CEDH permitió también la investigación y la declaración de las violaciones de los derechos reconocidos en ella, fortaleciendo la norma que prohíbe la práctica de la tortura<sup>26</sup>. Además, la Comisión hizo hincapié en la gravedad de la conducta de las autoridades que no habían investigado y sancionado a los responsables de las graves violaciones de derechos humanos alegadas y llegó a la conclusión de que el fracaso del estado en el cumplimiento de su deber de sancionar dichas conductas era una prueba central de la tolerancia estatal de esos actos<sup>27</sup>.

A pesar de ello, como se señaló en el apartado anterior, el TEDH en sus inicios no estaba dispuesto a ordenar a los estados que realizasen la investigación de lo ocurrido como una forma de reparar una violación del Convenio. De hecho, en *Irlanda v. Reino Unido* afirmó que sus funciones no comprenden la posibilidad de ordenarle a los estados determinadas conductas, toda vez que las sanciones de que dispone no incluyen el poder de ordenarle a los estados contratantes que inicien un proceso penal o disciplinario, de conformidad con su derecho interno<sup>28</sup>.

Esta posición ha ido cambiando con los años, desarrollando el Tribunal una amplia jurisprudencia sobre la obligación de los estados partes de investigar y sancionar a los responsables de violaciones de derechos humanos.

#### **4) EL DEBER DE INVESTIGAR Y SANCIONAR LAS VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS: LAS OBLIGACIONES PROCESALES Y SUSTANCIALES**

Para comenzar, debe señalarse que el Tribunal ha derivado el deber de los estados de dos disposiciones diferentes: en primer lugar, del contenido de los artículos 2 y 3 del CEDH en relación con el artículo 1 del tratado,

<sup>25</sup> MOWBRAY, Alastair, *Cases and materials on the European Convention on Human Rights*, 2nd edition, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 164 y 165.

<sup>26</sup> ROBERTSON, A. H. and MERRILLS, J. G., *Human rights in Europe: a study of the European Convention on Human Rights*, 3rd edition, Manchester University Press, Manchester, 1993, p. 38.

<sup>27</sup> BESTAGNO, Francesco, *Diritti umani e impunità. Obblighi positivi degli Stati in materia penale*, Vita e Pensiero, Milano, 2003, p. 44.

<sup>28</sup> TEDH, *Case of Ireland v. The United Kingdom*, Merits and Just Satisfaction, 18 January 1978, Series A N° 25, párr. 187: "[t]he Court does not have to consider in these proceedings whether its functions extend, in certain circumstances, to addressing consequential orders to Contracting States. In the present case, the Court finds that the sanctions available to it do not include the power to direct one of those States to institute criminal or disciplinary proceedings in accordance with its domestic law".

mientras que, en segundo lugar, del derecho de las víctimas a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 13.

Autores como Sudre consideran que el Tribunal ha hecho una duplicación del deber de los estados de adoptar medidas positivas, distinguiendo, por un lado, una obligación sustantiva y, por el otro, una obligación procesal, consistiendo esta última en la realización de una investigación oficial y efectiva a efectos de determinar los hechos y tener éxito en la identificación y castigo de los responsables de la violación de los derechos a la vida y la integridad personal<sup>29</sup>.

En este sentido, existen precedentes como *Budayeva y Otros v. Rusia*, donde el TEDH aseveró que la obligación por parte del estado de garantizar las vidas de las personas sometidas a su jurisdicción se ha interpretado de modo de incluir tanto aspectos sustantivos como procesales, en particular una obligación positiva de adoptar medidas legales e informar adecuadamente al público sobre cualquier emergencia que amenace la vida, y de garantizar que cualquiera de las muertes causadas por esta razón sería seguida por una investigación judicial<sup>30</sup>.

Mientras tanto, al analizar el artículo 2 del CEDH, en relación con el artículo 1, la Comisión afirmó en *Taylor y Otros v. Reino Unido* que la protección de la vida incluye un aspecto procesal, que debe determinar las circunstancias en que la violación de ésta ocurrió. En el *sub lite*, entendió que no hubo violación del artículo 2 del CEDH porque el estado había llevado a cabo una investigación que culminó con la condena y el encarcelamiento de la persona responsable<sup>31</sup>.

El TEDH adoptó un criterio similar en *McCann, Farrell y Savage c. Reino Unido*, donde se investigaba la posible responsabilidad del estado por el asesinato de las víctimas, cuando declaró que la obligación de proteger el derecho a la vida de acuerdo con el artículo 2, leída en relación con el deber general del estado en virtud del artículo 1 del Convenio, requiere que se lleve a cabo alguna forma de investigación oficial efectiva cuando personas han sido asesinadas como consecuencia del uso de la fuerza por, entre

<sup>29</sup> SUDRE, Frédéric, "L'effectivité des droits", ob. cit., p. 25.

<sup>30</sup> TEDH, *Case of Budayeva and Others v. Russia*, Merits and Just Satisfaction, 20 March 2008, Court (First Section), párr. 131: "[t]he obligation on the part of the State to safeguard the lives of those within its jurisdiction has been interpreted so as to include both substantive and procedural aspects, notably a positive obligation to take regulatory measures and to adequately inform the public about any life-threatening emergency, and to ensure that any occasion of the deaths caused thereby would be followed by a judicial enquiry".

<sup>31</sup> European Commission on Human Rights, *Case of Taylor & Others v. The United Kingdom*, Application 23412/94, 30 August 1994, p. 127, citado en VAN DIJK, P. and VAN HOOFF, G.J. H., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 3<sup>rd</sup> edition, Kluwer Law International, The Hague, 1998, p. 299.

otros, agentes del estado<sup>32</sup>. Inspirada en la doctrina de la *Drittwirkung*, esta obligación también la extendió a casos donde la violación del derecho a la vida es cometida por particulares<sup>33</sup>.

Esta opinión fue reiterada en numerosos casos, entre los que se destacan *Kaya v. Turquía*<sup>34</sup>, *Ergi v. Turquía*<sup>35</sup> y *Yaça v. Turquía*. En este último se declaró que el deber de investigar no está limitado a los casos en que se ha establecido que la muerte fue causada por un agente del estado<sup>36</sup> y que las circunstancias vividas en Turquía no pueden eximir a las autoridades estatales de cumplir con su obligación de investigar lo sucedido, ya que esto agravaría aún más el clima de impunidad e inseguridad en la región, creando un círculo vicioso<sup>37</sup>. La misma posición fue adoptada en *M.C. v. Bulgaria* respecto a la obligación positiva de realizar una investigación oficial en casos de tortura o malos tratos<sup>38</sup>.

El deber de investigar siempre recae en el estado, señalando el Tribunal en *Turkoglu v. Turquía* que no es decisivo si los familiares de la víctima u otra persona hubieran presentado una denuncia formal sobre la muerte ante la autoridad pertinente dado que el mero conocimiento del asesinato por parte de las autoridades da lugar *ipso facto* a la obligación derivada del artículo 2 del CEDH de conducir una investigación efectiva sobre las circunstancias que rodearon la muerte<sup>39</sup>.

<sup>32</sup> TEDH, *Case of McCann, Farrell and Savage v. The United Kingdom*, Merits and Just Satisfaction, 27 September 1995, Serie A, No. 324, párr. 161: “[t]he obligation to protect the right to life under this provision (art. 2), read in conjunction with the State’s general duty under Article 1 (art. 2+1) of the Convention to ‘secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in [the] Convention’, requires by implication that there should be some form of effective official investigation when individuals have been killed as a result of Satisfaction, 9 November 2006, Court First Section, párr. 193.

<sup>33</sup> GIALDINO, Rolando E., ob. cit., p. 166.

<sup>34</sup> TEDH, *Case of Kaya v. Turkey*, Merits and Just Satisfaction, 19 February 1998, Court Chamber, Reports 1998-I, párrs. 86 y 92.

<sup>35</sup> TEDH, *Case of Ergi v. Turkey*, Merits and Just Satisfaction, 28 July 1998, Court Chamber, Reports 1998-IV, párr. 82.

<sup>36</sup> TEDH, *Case of Yaça v. Turkey*, Merits and Just Satisfaction, 2 September 1998, Reports 1998-VI, párr. 100 y *Case of Turkoglu v. Turkey*, Merits and Just Satisfaction, 17 March 2005, Court (Third Section), párr. 119: “is not confined to cases where it has been established that the killing was caused by an agent of the State”.

<sup>37</sup> TEDH, *Case of Yaça v. Turkey*, cit., par 104.

<sup>38</sup> TEDH, *Case of M.C. v. Bulgaria*, Merits and Just Satisfaction, 4 December 2003, Court (First Section), Reports 2003-XII, párr. 151.

<sup>39</sup> TEDH, *Case of Turkoglu v. Turkey*, cit., párr. 119 y *Case of Ergi v. Turkey*, cit., párr. 82: “[n]or is it decisive whether members of the deceased’s family or others have lodged a formal complaint about the killing with the relevant investigatory authority (...) the mere knowledge of the killing on the part of the authorities gave rise ipso facto to an obligation under Article 2 of the Convention to carry out an effective investigation into the circumstances surrounding the death”.

En este caso el TEDH agregó que estas obligaciones también se aplican a los casos en que ha desaparecido una persona en circunstancias que pueden considerarse como amenazantes para la vida<sup>40</sup>.

El fenómeno de las desapariciones forzadas ya había sido analizado en *Chipre v. Turquía*. Allí, el Tribunal declaró responsable a Turquía por la continua violación del artículo 2 del CEDH, ya que en los 1491 casos denunciados de personas desaparecidas luego de 1974 denunciados, las autoridades estatales nunca iniciaron una investigación para determinar el destino de las víctimas. Los jueces también señalaron que la obligación de investigar no estaba totalmente cumplida por el hecho de que el estado había cooperado con el Comité de Naciones Unidas sobre Personas Desaparecidas en Chipre, ya que aunque los procedimientos del Comité eran sin duda útiles para el propósito humanitario para el que fueron establecidos, no son por sí mismos suficientes para satisfacer el estándar sobre el deber de realizar una investigación efectiva que exige el artículo 2 del Convenio<sup>41</sup>.

Un razonamiento similar al desarrollado respecto al derecho a la vida se encuentra en el estudio de la jurisprudencia del Tribunal sobre la prohibición de la tortura y otros tratos crueles e inhumanos.

En este sentido, en *Dikme v. Turquía* el TEDH consideró que se había producido una violación del artículo 3 de la Convención, tanto por los malos tratos a los que el demandante fue sometido durante su detención policial como por el hecho de que no se realizó ninguna investigación oficial efectiva<sup>42</sup>.

Un precedente de singular importancia en el tema objeto de estudio es *Assenov c. Bulgaria*, donde una Sala de Tribunal afirmó que cuando una persona plantea una denuncia razonable de que ha sido gravemente maltratada por la policía u otros agentes del estado, de forma ilegal, violando el artículo 3, esta disposición, leída en conjunto con el deber general del estado establecido en el artículo 1 del Convenio, requiere que se realice una investigación oficial efectiva. Esta investigación, al igual que las relacionadas con el artículo 2, debe ser capaz de conducir a la identificación y castigo de los responsables. Si este no fuera el caso, la prohibición absoluta de

<sup>40</sup> *Ídem*, párr. 121: “these obligations also apply to cases where a person has disappeared in circumstances which may be regarded as life-threatening”.

<sup>41</sup> TEDH, *Case of Cyprus v. Turkey*, Merits, 10 May 2001, Court Grand Chamber, Reports 2001-IV, párrs. 134-136: “although the CMP’s procedures are undoubtedly useful for the humanitarian purpose for which they were established, they are not of themselves sufficient to meet the standard of an effective investigation required by Article 2 of the Convention”.

<sup>42</sup> TEDH, *Case of Dikme v. Turkey*, Merits and Just Satisfaction, 11 July 2000, Court First Section, Reports 2000-VIII, punto resolutivo 4: “there has been a violation of Article 3 of the Convention on account of both the ill-treatment to which the first applicant was subjected while in police custody and the fact that there was no effective official investigation into the matter”.

la tortura y los tratos y penas inhumanos y degradantes, a pesar de su importancia fundamental, sería ineficaz en la práctica y sería posible, en algunos casos, que los agentes del estado violasen los derechos de las personas bajo su control con virtual impunidad<sup>43</sup>.

El estándar establecido en *Assenov*, que parecía ser el históricamente utilizado por el Tribunal, fue severamente restringido por la Gran Sala en *İhlán v. Turquía* al afirmar que del Convenio se han derivado obligaciones procesales en diversos contextos, siempre que haya sido percibido como necesario para asegurar que los derechos garantizados por el tratado no sean ilusorios sino eficaces. La obligación de llevar a cabo una investigación eficaz sobre una muerte causada por, *inter alia*, las fuerzas de seguridad del estado se encuentra implícita en el artículo 2, que garantiza el derecho a la vida. Esta disposición, sin embargo, incluye el requisito de que el derecho a la vida sea protegido por la ley. El artículo 3, por su parte, está redactado en términos sustantivos. Además, las obligaciones diferirán dependiendo si el caso implica el uso de fuerza letal o una muerte sospechosa. Para el Tribunal el derecho previsto en el artículo 13 del Convenio a contar con un recurso efectivo, brinda las garantías procesales necesarias contra los abusos de los funcionarios estatales. La noción de recurso efectivo en este contexto incluye el deber de llevar a cabo una investigación exhaustiva y eficaz, capaz de conducir a la identificación y castigo de los responsables de cualquier mal trato y que permita un acceso efectivo del denunciante al contenido de la investigación. Por ende, si es apropiado o necesario que se declare una violación procesal del artículo 3, dependerá de las circunstancias del caso concreto<sup>44</sup>.

<sup>43</sup> TEDH, *Case of Assenov and others v. Bulgaria*, Merits and Just Satisfaction, 28 October 1998, Court Chamber, Reports 1998-VIII, párr. 102: “where an individual raises an arguable claim that he has been seriously ill-treated by the police or other such agents of the State unlawfully and in breach of Article 3, that provision, read in conjunction with the State’s general duty under Article 1 of the Convention to ‘secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in ... [the] Convention’, requires by implication that there should be an effective official investigation. This investigation, as with that under Article 2, should be capable of leading to the identification and punishment of those responsible. If this were not the case, the general legal prohibition of torture and inhuman and degrading treatment and punishment, despite its fundamental importance, would be ineffective in practice and it would be possible in some cases for agents of the State to abuse the rights of those within their control with virtual impunity”. Este criterio fue reiterado en *Case of Labita v. Italy*, Merits and Just Satisfaction, 6 April 2000, Court Grand Chamber, Reports 2000-IV, párr. 131; *Case of Sevtap Veznedaroglu v. Turkey*, Merits and Just Satisfaction, 11 April 2000, Court Second Section, párr. 32 y *Case of Ogur v. Turkey*, Merits and Just Satisfaction, 20 May 1999, Court Grand Chamber, Reports 1999-III, párr. 88.

<sup>44</sup> TEDH, *Case of İlhan v. Turkey*, Merits and Just Satisfaction, 27 June 2000, Court Grand Chamber, Reports 2000-VII, párrs. 91 y 92: “[p]rocedural obligations have been implied in varying contexts under the Convention, where this has been perceived

Basado en esta lógica, el Tribunal consideró que el peticionario había sido víctima de tortura, pero que la ausencia de una investigación efectiva sobre el incidente debía ser analizada en el contexto del artículo 13 del CEDH y no del artículo 3. Al analizar la violación del derecho a un recurso efectivo, el TEDH agregó que la noción de recurso efectivo comprende, además del pago de la indemnización en caso de corresponder, la realización de una investigación exhaustiva y eficaz, capaz de conducir a la identificación y castigo de los responsables y el acceso efectivo del denunciante al contenido de la investigación<sup>45</sup>.

El fallo *Iñlan* fue duramente criticado por la falta de claridad en su razonamiento, por la vaguedad de la frase “circunstancias del caso concreto” que el Tribunal no definió y, por último, por el hecho de que se apartó de su jurisprudencia constante sobre la materia<sup>46</sup>.

Sin embargo, la distinción entre el alcance de lo que tiene que ser investigado de acuerdo con los artículos 2 y 3, por un lado, y de acuerdo con el artículo 13, por el otro, no es absoluta y fue superada en decisiones posteriores que equipararon el objeto de las investigaciones ordenadas en dichos artículos<sup>47</sup>. Al respecto, Harris, O’Boyle y Warbrick destacan que en

---

*as necessary to ensure that the rights guaranteed under the Convention are not theoretical or illusory but practical and effective. The obligation to provide an effective investigation into the death caused by, inter alios, the security forces of the State was for this reason implied under Article 2 which guarantees the right to life. This provision does, however, include the requirement that the right to life be ‘protected by law’ (...) Article 3, however, is phrased in substantive terms. Furthermore, although the victim of an alleged breach of this provision may be in a vulnerable position, the practical exigencies of the situation will often differ from cases of use of lethal force or suspicious deaths. The Court considers that the requirement under Article 13 of the Convention that a person with an arguable claim of a violation of Article 3 be provided with an effective remedy will generally provide both redress to the applicant and the necessary procedural safeguards against abuses by State officials. The Court’s case-law establishes that the notion of effective remedy in this context includes the duty to carry out a thorough and effective investigation capable of leading to the identification and punishment of those responsible for any ill-treatment and permitting effective access for the complainant to the investigatory procedure. Whether it is appropriate or necessary to find a procedural breach of Article 3 will therefore depend on the circumstances of the particular case”.*

<sup>45</sup> *Idem*, párr. 97: “[w]here an individual has an arguable claim that he has been tortured or subjected to serious ill-treatment by the State, the notion of ‘effective remedy’ entails, in addition to the payment of compensation where appropriate, a thorough and effective investigation capable of leading to the identification and punishment of those responsible and including effective access for the complainant to the investigation procedure”.

<sup>46</sup> BESTAGNO, Francesco, ob. cit., pp. 142-146.

<sup>47</sup> HARRIS, David, O’BOYLE, Michael and WARBRICK, Colin, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2nd edition, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 114.

casos como *Satik v. Turquía*<sup>48</sup>, *Toteva v. Bulgaria*<sup>49</sup> y *Boicenco v. Moldavia*<sup>50</sup> se hizo referencia al estándar de *Assenov* y no al de *İhlán* para llegar a la conclusión de que el deber de investigar había sido violado sobre la base de la vulneración de la prohibición de la tortura consagrada en el artículo 3, a pesar de que estas sentencias fueron dictadas con posterioridad a *İhlán*<sup>51</sup>.

Pese a lo señalado, debido a que la jurisprudencia del Tribunal no es pacífica sobre esta cuestión, algunos aspectos de la obligación de investigar contenida en el artículo 13 del CEDH deben ser desarrollados.

El Tribunal entendió en *Çakici v. Turquía* que este artículo establece sin perjuicio de los recursos disponibles en el derecho interno de los estados, que éstos deben llevar a cabo una investigación exhaustiva y efectiva capaz de identificar y a los responsables y castigarlos y en la que el demandante tenga pleno acceso a la investigación<sup>52</sup>.

En este sentido, refiriéndose a la violación de la integridad personal, en *Aksoy v. Turquía* y *Aydın v. Turquía* sostuvo que la naturaleza del derecho protegido en el artículo 3 del CEDH tiene implicaciones para el artículo 13. Dada la importancia fundamental de la prohibición de la tortura y la posición especialmente vulnerable de las víctimas de tortura, el artículo 13 impone, sin perjuicio de los recursos disponibles en virtud del derecho interno, el deber de los estados de conducir una investigación exhaustiva y eficaz en casos de tortura. Si bien el CEDH no contiene una disposición que expresamente imponga un deber de iniciar una investigación rápida e imparcial siempre que exista un motivo razonable para creer que un acto de tortura ha sido cometido, dicha obligación está implícita en la noción de “recurso efectivo” del artículo 13<sup>53</sup>.

<sup>48</sup> TEDH, *Case of Satik and others v. Turkey*, Merits and Just Satisfaction, 10 October 2000, Court First Section.

<sup>49</sup> TEDH, *Case of Toteva v. Bulgaria*, Merits and Just Satisfaction, 19 May 2004, Court First Section, párr. 62.

<sup>50</sup> TEDH, *Case of Boicenco v. Moldova*, Merits, 11 July 2006, Court Fourth Section, párrs. 120-123.

<sup>51</sup> HARRIS, David, O'BOYLE, Michael and WARBRICK, Colin, ob. cit., pp. 109 y 110.

<sup>52</sup> TEDH, *Case of Çakici v. Turkey*, Merits and Just Satisfaction, 8 July 1999, Court Grand Chamber, Reports 1999-IV, párr. 113: “without prejudice to any other remedy available under the domestic system, an obligation on States to carry out a thorough and effective investigation apt to lead to those responsible being identified and punished and in which the complainant has effective access to the investigation proceedings”.

<sup>53</sup> TEDH, *Case of Aksoy v. Turkey*, Merits and Just Satisfaction, 18 December 1996, Court Chamber, Reports 1996-VI, párr. 98 y *Case of Aydın v. Turkey*, Merits and Just Satisfaction, 25 September 1997, Court Grand Chamber, Reports 1997-VI, párr. 103: “[t]he nature of the right safeguarded under Article 3 of the Convention (art. 3) has implications for Article 13 (art. 13). Given the fundamental importance of the prohibition of torture and the especially vulnerable position of torture victims, Article 13 (art. 13) imposes, without prejudice to any other remedy available under

En principio, la interpretación hecha por el TEDH en *Aksoy y Aydin*, que vincula el contenido del artículo 13 con la prohibición de la tortura, sería coherente con la interpretación tradicional de esta norma, que debe integrarse con otras disposiciones que consagren derechos sustanciales<sup>54</sup>.

Sin embargo, en casos como *Cobzaru v. Rumania*, el Tribunal comenzó a modificar su posición. Así, afirmó que los requisitos del deber de realizar una investigación criminal efectiva contenido en el artículo 13 son más amplios que los que impone el artículo 3. En consecuencia, cualquier otro recurso disponible por el reclamante, por ejemplo, una demanda por daños y perjuicios, tendría limitadas posibilidades de éxito por lo que no serían capaces de ofrecer una reparación a la demandante. Si bien los tribunales civiles tienen la capacidad de realizar una evaluación de los hechos, en la práctica, el valor de una investigación criminal previa es tan importante que incluso las pruebas que la controvertiesen con frecuencia son rechazadas, por lo que un recurso con estas características resulta ilusorio<sup>55</sup>. En *Kaya v. Turquía* y *Kurt v. Turquía*<sup>56</sup>, el Tribunal utilizó un razonamiento similar al analizar la violación del artículo 2, y la responsabilidad del estado por la desaparición forzada de la víctima (artículo 5), respectivamente<sup>57</sup>.

Al criticar esa interpretación del artículo 13 del CEDH, Harris, O'Boyle y

---

*the domestic system, an obligation on States to carry out a thorough and effective investigation of incidents of torture (...) It is true that no express provision exists in the Convention such as can be found in Article 12 of the 1984 United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, which imposes a duty to proceed to a 'prompt and impartial' investigation whenever there is a reasonable ground to believe that an act of torture has been committed. However, in the Court's view, such a requirement is implicit in the notion of an 'effective remedy' under Article 13".*

<sup>54</sup> BESTAGNO, Francesco, ob. cit., p. 100.

<sup>55</sup> TEDH, *Case of Cobzaru v. Romania*, Merits and Just Satisfaction, 26 July 2007, Court Third Section, párr. 83: "no effective criminal investigation can be considered to have been carried out in accordance with Article 13, the requirements of which are broader than the obligation to investigate imposed by Article 3. Consequently, any other remedy available to the applicant, including a claim for damages, had limited chances of success and could be considered as theoretical and illusory, and not capable of affording redress to the applicant. While the civil Courts have the capacity to make an independent assessment of fact, in practice the weight attached to a preceding criminal inquiry is so important that even the most convincing evidence to the contrary furnished by a plaintiff would often be discarded and such a remedy would prove to be only theoretical and illusory". Similar criterio fue adoptado en *Case of Menesheva v. Russia*, Merits and Just Satisfaction, 9 March 2006, Court First Section, Reports 2006-III, párr. 76; *Corsacov v. Moldova*, Merits and Just Satisfaction, 4 April 2006, Court Fourth Section, párr. 81 y *Case of Anguelova v. Bulgaria*, Merits and Just Satisfaction, 13 June 2002, Court First Section, Reports 2002-IV, párr. 161.

<sup>56</sup> TEDH, *Case of Kurt v. Turkey*, Merits and Just Satisfaction, 25 May 1998, Court Chamber, Reports 1998-III, párr. 140.

<sup>57</sup> TEDH, *Case of Kaya v. Turkey*, cit., párr. 107: "the notion of an effective remedy for the purposes of Article 13 entails, in addition to the payment of compensation where

Warbrick advierten que el Tribunal nunca explicó por qué motivo la obligación contenida en el artículo 13 es más amplia que la contenida en los artículos 2 ó 3, siendo quizás la única diferencia, la posibilidad de obtener una indemnización que se reconoce en el artículo 13<sup>58</sup>. De hecho, mencionan que en algunos casos, el TEDH se abstuvo de analizar la obligación de realizar una investigación efectiva de los hechos de conformidad con el artículo 13, en especial, cuando ya lo había hecho en relación con los artículos 2 ó 3<sup>59</sup>.

Sea cual fuera la disposición de la que surge la obligación de investigar y sancionar a los responsables de violaciones de los derechos humanos en el sistema europeo, el Tribunal ha señalado a lo largo de los años los requisitos que dicha investigación debe incluir: debe ser realizada por un órgano independiente e imparcial, tanto en su reconocimiento legal como en la práctica<sup>60</sup>, debe ser capaz de llegar a la identificación y castigo de los responsables<sup>61</sup> y se debe iniciar con prontitud y desarrollar de una manera razonablemente rápida y diligente<sup>62</sup>.

---

*appropriate, a thorough and effective investigation capable of leading to the identification and punishment of those responsible and including effective access for the relatives to the investigatory procedure. Seen in these terms the requirements of Article 13 are broader than a Contracting State's procedural obligation under Article 2 to conduct an effective investigation".* Asimismo ver *Case of Kiliç v. Turkey*, Merits and Just Satisfaction, 28 March 2000, Court First Section, Reports 2000-III, párr. 93; *Case of Khashiyev and Akayeva v. Russia*, Merits and Just Satisfaction, 24 February 2005, Court First Section, párr. 183; *Case of Ergi v. Turkey*, cit., párr. 98; *Case of Ipek v. Turkey*, Merits and Just Satisfaction, 17 February 2004, Court Second Section, Reports 2004-II, párr. 198 y *Case of Imakayeva v. Russia*, Merits and Just.

<sup>58</sup> HARRIS, David, O'BOYLE, Michael and WARBRICK, Colin, ob. cit., p. 573.

<sup>59</sup> *Inter alia*, TEDH, *Case of Ramsahai and others v. The Netherlands*, Merits and Just Satisfaction, 15 May 2007, Court Grand Chamber, párrs. 362 y 363; *Case of Makaratzis v. Greece*, Merits and Just Satisfaction, 20 December 2004, Court Grand Chamber, Reports 2004-XI, párr. 86 y *Case of Nachova and others v. Bulgaria*, Merits and Just Satisfaction, 6 July 2005, Court Grand Chamber, Reports 2005-VII, párr. 123.

<sup>60</sup> TEDH, *Case of Nachova and others v. Bulgaria*, cit., párr. 112; *Case of Ergi v. Turkey*, cit., párr. 96 y *Paul and Audrey Edwards v. the United Kingdom*, Merits and Just Satisfaction, 14 March 2002, Court Third Section, Reports 2002-II, párr. 70.

<sup>61</sup> TEDH, *Case of Nachova and others v. Bulgaria*, cit., párr. 113; *Case of Ogur v. Turkey*, cit., párr. 88; *Case of Orhan v. Turkey*, Merits and Just Satisfaction, 18 June 2002, Court First Section, párr. 335; *Case of Imakayeva v. Russia*, cit., párr. 147; *Case of Isayeva v. Russia*, Merits and Just Satisfaction, 24 February 2005, Court First Section, párr. 212; *Case of Timurtas v. Turkey*, Merits and Just Satisfaction, 13 June 2000, Court First Section, Reports 2000-VI, párr. 111; *Case of Ramsahai and others v. The Netherlands*, Merits and Just Satisfaction, 15 May 2007, Court Grand Chamber, párr. 324 y *Case of Hugh Jordan v. the United Kingdom*, Merits and Just Satisfaction, 4 May 2001, Court Third Section, párr. 107.

<sup>62</sup> BARTOLE, Sergio, CONFORTI, Benedetto and RAIMONDI, Guido, *Commentario alla Convenzione Europea per la Tutela dei Diritti dell'Uomo e delle Liberta*

Así, en *Selmouni v. Francia* el Tribunal dijo que lo importante no es si se realizó una investigación -que en el caso la hubo- sino si ésta se llevó a cabo diligentemente, si las autoridades estaban decididas a identificar y perseguir a los responsables y si la investigación era eficaz. El tema es de particular trascendencia si se recuerda que, cuando un individuo denuncia que se le ha violado el artículo 3 (o el artículo 2), la noción de recurso efectivo implica, por parte del estado, la realización de una investigación exhaustiva y eficaz capaz de conducir a la identificación y sanción de los responsables<sup>63</sup>.

En *Tashin Acar v. Turquía* añadió que el tipo de investigación que alcanzará estos propósitos puede variar de acuerdo con las circunstancias. Sin embargo, cualquiera que sea el modo empleado, las autoridades deben actuar de oficio una vez que el asunto ha llegado a su conocimiento<sup>64</sup>.

Por último, en *Velikova v. Bulgaria*, el Tribunal se ocupó de aclarar que no hay reglas generales para la determinación de la eficacia de una investigación, por lo que una revisión debe hacerse en cada caso concreto. La naturaleza y el grado de control que satisfaga el umbral mínimo de eficacia de una investigación requerido por el tratado, dependen de las circunstancias del caso concreto, debiendo ser evaluados sobre la base de todos los hechos pertinentes y el modo en que se realizó la investigación en la práctica<sup>65</sup>.

---

*Fondamentali*, CEDAM, Padova, 2001, p. 61; DE SALVIA, Michele and ZAGREBELSKY, Vladimiro, ob. cit., vol. II, Giuffrè Editore, Milano, 2006, pp. 545 y 546 y HARRIS, David, O'BOYLE, Michael and WARBRICK, COLIN, ob. cit., pp. 49-51.

<sup>63</sup> TEDH, *Case of Selmouni v. France*, Merits, 28 July 1999, Court Grand Chamber, Reports 1999-V, párr. 79: "the issue is consequently not so much whether there was an inquiry, since it appears to have been conclusively established that there was one, as whether it was conducted diligently, whether the authorities were determined to identify and prosecute those responsible and, accordingly, whether the inquiry was 'effective'. This issue is of particular importance if it is recalled that where an individual has an arguable claim that there has been a violation of Article 3 (or of Article 2), the notion of an effective remedy entails, on the part of the State, a thorough and effective investigation capable of leading to the identification and punishment of those responsible".

<sup>64</sup> TEDH, *Case of Tashin Acar v. Turkey*, Merits and Just Satisfaction, 8 April 2004, Court Grand Chamber, Reports 2004-III, párr. 221; *Case of Finucane v. the United Kingdom*, Merits and Just Satisfaction, 1 July 2003, Court Fourth Section, Reports 2003-VIII, párr. 67 y *Case of Orhan v. Turkey*, Merits and Just Satisfaction, 18 June 2002, Court First Section, párr. 334.

<sup>65</sup> TEDH, *Case of Velikova v. Bulgaria*, Merits and Just Satisfaction, 18 May 2000, Court Fourth Section, Reports 2000-VI, párr. 80: "the nature and degree of scrutiny which satisfies the minimum threshold of the investigation's effectiveness depends on the circumstances of the particular case. It must be assessed on the basis of all relevant facts and with regard to the practical realities of investigation work. It is not possible to reduce the variety of situations which might occur to a bare check-list of acts of investigation or other simplified criteria". Ver también *Tanrıyıkulu v. Turkey*, Merits and Just Satisfaction, 8 July 1999, Court Grand Chamber, Reports 1999-IV, párr. 110.

### 5) CONSECUENCIAS DERIVADAS DEL DEBER DE INVESTIGAR Y SANCIONAR LAS VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS: EL DERECHO AL CASTIGO Y EL COMBATE DE LA IMPUNIDAD

En otro orden de ideas, el hecho de que los estados tienen el deber de investigar y sancionar a los responsables de violaciones de los derechos humanos no significa que el CEDH garantice el derecho de las víctimas a obtener una condena.

De hecho, en *Öneryıldız v. Turquía* el Tribunal declaró que no se puede inferir que el artículo 2 consagre el derecho de un denunciante a que se persiga o condene a personas determinadas por haber cometido un delito, o la obligación absoluta de que todas las persecuciones culminen en una condena<sup>66</sup>.

Lo anterior está íntimamente relacionado con el papel que el TEDH le asigna al derecho penal en una sociedad democrática. Así, en *Nikolova y Velichkova v. Bulgaria* señaló que los estados tienen el deber primordial de adoptar medidas para garantizar el derecho a la vida, mediante la sanción de disposiciones penales eficaces que permitan disuadir la comisión de delitos contra las personas, que deben ser respaldadas por una organización que se encargue de la prevención, supresión y castigo de las infracciones de dichas disposiciones. El cumplimiento de las obligaciones positivas a cargo del estado consagradas en el artículo 2 requiere que el sistema jurídico interno demuestre su capacidad para aplicarle la ley penal a aquellos que han privado ilegalmente de la vida a otra persona<sup>67</sup>.

Un criterio similar se adoptó en *A. v. Reino Unido*, al analizar el derecho a la integridad al establecer que el artículo 1 del Convenio en relación con el artículo 3, obliga a los estados a adoptar medidas encaminadas a garantizar que los individuos dentro de su jurisdicción no sean sometidos a torturas o tratos inhumanos o degradantes<sup>68</sup>.

<sup>66</sup> TEDH, *Case of Öneryıldız v. Turkey*, Merits and Just Satisfaction, 30 November 2004, Court Grand Chamber, Reports 2004-XII, párr. 96: "it should in no way be inferred from the foregoing that Article 2 may entail the right for an applicant to have third parties prosecuted or sentenced for a criminal offence or an absolute obligation for all prosecutions to result in conviction, or indeed in a particular sentence". *Mutatis mutandis*, *Case of Hugh Jordan v. the United Kingdom*, cit., párr. 108.

<sup>67</sup> TEDH, *Case of Nikolova and Velichkova v. Bulgaria*, Merits and Just Satisfaction, 20 December 2007, Court (Fifth Section), párr. 57 y *Case of Branko Tomasic and Others v. Croatia*, Merits and Just Satisfaction, 15 January 2009, Court (First Section), párr. 49: "a primary duty (...) to secure the right to life by putting in place effective criminal-law provisions to deter the commission of offences against the person backed up by a law-enforcement machinery for the prevention, suppression and punishment of breaches of such provisions (...) Compliance with the State's positive obligations under Article 2 requires the domestic legal system to demonstrate its capacity to enforce criminal law against those who have unlawfully taken the life of another".

<sup>68</sup> TEDH, *Case of A. v. the United Kingdom*, Merits and Just Satisfaction, 23 September 1998, Court Chamber, Reports 1998-VI, párr. 22.

A pesar de subrayar la importancia que tiene la sanción penal, el TEDH puso de relieve que la obligación de investigar y sancionar a los responsables de violaciones de derechos humanos no implica que un estado debe necesariamente tener éxito en localizar y juzgar a los autores de violaciones al derecho a la vida<sup>69</sup>. Esto se debe a que la obligación del estado es de medios y no de resultados, por lo que el estado sólo será responsable por las deficiencias en la investigación que limiten las posibilidades reales de identificar y castigar a aquellos responsables<sup>70</sup>.

Asimismo, si bien el estado tiene el deber de castigar a los responsables, el Tribunal no tiene jurisdicción para pronunciarse sobre la responsabilidad penal individual de los posibles acusados. De hecho, en *Imakayeva v. Rusia* declaró que la responsabilidad penal individual es distinta de la responsabilidad internacional en virtud del Convenio. La competencia de la Corte se limita a esta última. Las disposiciones del CEDH sobre responsabilidad deben ser interpretadas y aplicadas sobre la base de los objetivos del tratado y a la luz de los principios pertinentes del derecho internacional. La responsabilidad de un estado en virtud del Convenio, derivada de los actos de sus órganos, agentes y funcionarios, no debe confundirse con las cuestiones jurídicas internas sobre la responsabilidad penal individual objeto de examen en los tribunales penales nacionales. Por ende, el Tribunal no se puede pronunciar acerca de la culpabilidad o inocencia de una persona<sup>71</sup>.

<sup>69</sup> TEDH, *Case of Tepe v. Turkey*, Merits and Just Satisfaction, 9 May 2003, Court Second Section, párr. 177: “does not impose a requirement that a State must necessarily succeed in locating and prosecuting perpetrators of fatal attacks”.

<sup>70</sup> TEDH, *Case of Kelly and others v. the United Kingdom*, Merits and Just Satisfaction, 4 May 2001, Court Third Section, párr. 96; *Case of Tashin Acar v. Turkey*, cit., párr. 223; *Case of Akta v. Turkey*, Merits and Just Satisfaction, 24 April 2003, Court Third Section, Reports 2003-V, párr. 300; *Case of Finucane v. the United Kingdom*, Merits and Just Satisfaction, 1 July 2003, Court Fourth Section, Reports 2003-VIII, párr. 69; *Case of Makaratzis v. Greece*, Merits and Just Satisfaction, 20 December 2004, Court Grand Chamber, Reports 2004-XI, párr. 74 y *Case of Ipek v. Turkey*, Merits and Just Satisfaction, 17 February 2004, Court Second Section, Reports 2004-II, párr. 170.

<sup>71</sup> TEDH, *Case of Imakayeva v. Russia*, cit., párr. 116: “when there have been criminal proceedings in the domestic Courts (...) it must be borne in mind that criminal-law liability is distinct from international-law responsibility under the Convention. The Court’s competence is confined to the latter. Responsibility under the Convention is based on its own provisions which are to be interpreted and applied on the basis of the objectives of the Convention and in light of the relevant principles of international law. The responsibility of a State under the Convention, arising for the acts of its organs, agents and servants, is not to be confused with the domestic legal issues of individual criminal responsibility under examination in the national criminal Courts. The Court is not concerned with reaching any findings as to guilt or innocence in that sense”.

No obstante ello, el TEDH ha declarado que tiene ciertos poderes de control sobre la actividad de los tribunales domésticos, principalmente en lo relativo al combate de la impunidad. Así, argumentó que si bien no hay una obligación absoluta de que todos los procedimientos culminen en una condena, los tribunales nacionales no deben en ningún caso estar dispuestos a permitir que los delitos que pongan en peligro el derecho a la vida queden impunes. Esto es esencial para mantener la confianza pública y asegurar la adhesión al imperio de la ley y para evitar cualquier apariencia de tolerancia o complicidad estatal con actos ilícitos<sup>72</sup>.

Un razonamiento parecido adoptó en relación con la prohibición de la tortura al afirmar que el procedimiento en su conjunto, incluida la etapa de juicio, debe cumplir los requisitos de la prohibición consagrada en el artículo 3. Esto significa que las autoridades judiciales nacionales en ningún caso deberán permitir que el sufrimiento físico o psicológico infligido quede impune<sup>73</sup>. De lo anterior se deduce que la protección de los derechos a la vida e integridad personal a través de un procedimiento penal no termina con el inicio de una investigación, sino que inevitablemente comprende el castigo de los responsables de sus violaciones.

Por último, debe hacerse alguna referencia a dos sentencias en las que el Tribunal examinó la conducta de los tribunales nacionales con el fin de corroborar si garantizaban la impunidad de los autores de violaciones de derechos humanos.

En el primero, *Nikolova y Velichkova v. Bulgaria*, donde se denunciaba el asesinato de la víctima por agentes de una fuerza de tareas estatal, el Tribunal entendió que si bien los tribunales nacionales tienen una amplia libertad para elegir las sanciones correspondientes en casos de malos tratos y homicidios cometidos por agentes del estado, debe ejercer un cierto poder de revisión e intervenir en casos de desproporción manifiesta entre la gravedad del hecho y la pena impuesta. En caso contrario, el deber de los

<sup>72</sup> TEDH, *Case of Nikolova and Velichkova v. Bulgaria*, cit., párr. 57.e.; *Case of Türkmen v. Turkey*, Merits and Just Satisfaction, 19 December 2006, Court (Second Section), párr. 51 y *Case of Wiktorko v. Poland*, Merits and Just Satisfaction, 31 March 2009, Court (Fourth Section), párr. 58: “[w]hile there is no absolute obligation for all prosecutions to result in conviction or in a particular sentence, the national Courts should not under any circumstances be prepared to allow life-endangering offences to go unpunished. This is essential for maintaining public confidence and ensuring adherence to the rule of law and for preventing any appearance of tolerance of or collusion in unlawful acts”.

<sup>73</sup> TEDH, *Case of Okkali v. Turkey*, Merits and Just Satisfaction, 17 October 2006, Court (Second Section), párr. 65: “the proceedings as a whole, including the trial stage, must meet the requirements of the prohibition enshrined in Article 3. This means that the domestic judicial authorities must on no account be prepared to let the physical or psychological suffering inflicted go unpunished”. Respecto a la violación del artículo 2 del CEDH, ver *Case of Budayeva and Others v. Russia*, Merits and Just Satisfaction, 20 March 2008, Court (First Section), párr. 143.

estados de llevar a cabo una investigación efectiva perdería gran parte de su significado, y el derecho consagrado en el artículo 2, a pesar de su importancia fundamental, sería ineficaz en la práctica<sup>74</sup>.

Los jueces agregaron que en casos de malos tratos intencionales que resulten en la muerte de una persona, la violación del artículo 2 no puede ser reparada exclusivamente a través del pago de una indemnización a los familiares de la víctima. Esto es así porque, si las autoridades limitaran su reacción al simple pago de una indemnización, sin hacer lo suficiente para lograr el enjuiciamiento y castigo de los responsables, sería posible que en algunos casos los agentes del estado violasen los derechos de las personas bajo su control con virtual impunidad<sup>75</sup>.

Por otra parte, debe señalarse que en el *cas d'espece* el Tribunal reconoció que su función no es verificar si los jueces nacionales aplicaron correctamente el derecho interno. Empero, señaló que no puede pasar por alto el hecho de que, mientras que el Código Penal de Bulgaria establecía la posibilidad de impartir condenas de hasta doce años de prisión por el delito cometido por los agentes estatales, los jueces nacionales impusieron el mínimo de pena permitido por la ley -tres años de prisión-, y luego la dejaron en suspenso. Asimismo, no se tomaron medidas disciplinarias contra los oficiales<sup>76</sup>. En idéntico sentido se pronunció en *Okkali v. Turquía*, donde la víctima había sido sometida a malos tratos por la policía local y les impusieron a los policías las sanciones mínimas permitidas por el derecho interno, pasando por alto factores como la naturaleza particular del delito y la gravedad de los daños causados<sup>77</sup>.

<sup>74</sup> TEDH, *Case of Nikolova and Velichkova v. Bulgaria*, cit., párr. 62: "while the Court should grant substantial deference to the national Courts in the choice of appropriate sanctions for ill-treatment and homicide by State agents, it must exercise a certain power of review and intervene in cases of manifest disproportion between the gravity of the act and the punishment imposed. Were it to be otherwise, the States' duty to carry out an effective investigation would lose much of its meaning, and the right enshrined by Article 2, despite its fundamental importance, would be ineffective in practice".

<sup>75</sup> *Idem*, párr. 55: "in cases of wilful ill-treatment resulting in death the breach of Article 2 cannot be remedied exclusively through an award of compensation to the relatives of the victim. This is so because, if the authorities could confine their reaction to incidents of wilful police ill-treatment to the mere payment of compensation, while not doing enough in the prosecution and punishment of those responsible, it would be possible in some cases for agents of the State to abuse the rights of those within their control with virtual impunity".

<sup>76</sup> *Idem*, párr. 63: "the Court cannot overlook the fact that, while the Bulgarian Criminal Code of 1968 gave the domestic Courts the possibility of meting out up to twelve years' imprisonment for the offence committed by the officers, they chose to impose the minimum penalty allowed by law -three years' imprisonment-, and further to suspend it. In this context, it should also be noted that no disciplinary measures were taken against the officers".

<sup>77</sup> TEDH, *Case of Okkali v. Turkey*, cit., párr. 73: "in sentencing the police officers to the minimum penalties the Courts overlooked a number of factors -such as the

En esta última sentencia el TEDH fue más allá afirmando que los tribunales internos ejercieron sus funciones con el fin de minimizar las consecuencias de un acto ilícito extremadamente grave y no para demostrar que tales actos de ninguna manera serían tolerados. Para el Tribunal, la sentencia de la justicia turca constituye una medida inaceptable de acuerdo con la jurisprudencia europea en materia de derechos humanos, ya que su consecuencia fue arribar a una condena ineficaz<sup>78</sup>.

Por lo anterior, el Tribunal concluyó que en el caso concreto el sistema penal no obró de manera suficientemente disuasoria de modo de prevenir eficazmente actos ilegales como los denunciados<sup>79</sup>.

## 6) A MODO DE CONCLUSIÓN

A partir de lo expuesto en los apartados anteriores, algunas conclusiones pueden ser extraídas.

En primer lugar, el TEDH ha declarado en varias ocasiones que la responsabilidad internacional de los estados en virtud de los tratados de derechos humanos no debe confundirse con la responsabilidad penal de las personas.

En lo relativo a la responsabilidad del estado, la jurisprudencia del Tribunal sobre la distinción entre violaciones sustantivas y procesales no es lo suficientemente clara y uniforme. Asimismo, no se evidencian efectos prácticos en la utilización de estas categorías de análisis.

Por otra parte, a nivel europeo no existe consenso en cuanto a si la obligación de investigar y sancionar a los responsables de violaciones a los derechos a la vida y a la integridad personal se deriva de los artículos 2 y 3 del CEDH o del artículo 13<sup>80</sup>.

---

*particular nature of the offence and the gravity of the damage done- which they should have taken into account under Turkish law”.*

<sup>78</sup> *Ídem*, párrs. 75 y 76: “the impugned Court decision suggests that the judges exercised their discretion more in order to minimise the consequences of an extremely serious unlawful act than to show that such acts could in no way be tolerated (...) The way in which domestic law was applied in this case undeniably falls into the category of the ‘measures’ which are unacceptable according to the Court’s case-law, as its effect was to render a conviction ineffective”.

<sup>79</sup> *Ídem*, párr. 78: “[f]or the above, the Court concluded that “far from being rigorous, the criminal-law system as applied in this case was not sufficiently dissuasive to effectively prevent illegal acts of the type complained of by the applicant. In the particular circumstances of the case the Court thus arrives at the conclusion that the outcome of the disputed criminal proceedings did not afford appropriate redress for the infringement of the principle enshrined in Article 3 of the Convention”.

<sup>80</sup> Si bien en los últimos años la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha intentado utilizar la categoría de obligaciones sustanciales y procesales, en el sistema interamericano la obligación de investigar y sancionar se deriva del contenido de los artículos 4 y 5, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención

Además, en el cumplimiento de su deber general de garantizar los derechos reconocidos, el Tribunal ha indicado que los estados deben proteger los derechos humanos frente a terceros, ya sean funcionarios del estado o particulares, a través de leyes que prohíban ciertas acciones -sus violaciones- y, luego, aplicando la ley con todo el rigor. También ha reconocido la importante función del derecho penal para disuadir la comisión de más violaciones de derechos humanos<sup>81</sup>.

En este sentido, los estados tienen que llevar a cabo una investigación oficial efectiva sobre las circunstancias de la muerte, desaparición forzada o maltrato de una persona sometida a su jurisdicción capaz de permitir la identificación y el castigo de los responsables. Estos procedimientos deben ser realizados por organismos independientes e imparciales y de una forma razonablemente rápida y diligente.

Por último, una consecuencia muy importante que se deriva de la jurisprudencia del TEDH consiste en que, a pesar de que los tratados de derechos humanos no consagran el derecho de una víctima a que se juzgue y castigue a una persona determinada y de que no existe una obligación absoluta de que todos los procesos resulten en una condena, bajo ninguna circunstancia los tribunales nacionales deben estar dispuestos a permitir que las violaciones a los derechos a la vida y la integridad personal queden impunes. A los fines de asegurar que no se consagre la impunidad, el Tribunal ha afirmado que tiene cierto poder de revisión de lo resuelto por los tribunales nacionales y que puede intervenir en casos de desproporción manifiesta entre la gravedad del hecho imputado y la pena impuesta.

---

Americana sobre Derechos Humanos, aunque en algunas oportunidades se lo ha vinculado con el derecho de los familiares de las víctimas a conocer la "verdad histórica" (artículos 8 y 25 del Tratado).

<sup>81</sup> TEDH, *Case of X and Y v. the Netherlands*, Merits and Just Satisfaction, 26 March 1985, Court Chamber, Serie A, N° 91, párr. 27; *Case of K.U. v. Finland*, Merits and Just Satisfaction, 2 December 2008, Court (Fourth Section), párr. 46; *Case of Nikolova and Velichkova v. Bulgaria*, cit., párr. 57; *Case of Branko Tomasic and Others v. Croatia*, cit., párr. 49 y *Case of A. v. the United Kingdom*, cit., párr. 22. Sobre este punto en particular se recomienda ver VAN DROOGHENBROECK, Sébastien, "Droit pénal et droits de l'homme: le point de vue de la Cour Européenne des Droits de l'Homme" en CARTUYVELS, Yves, DUMONT, Hugues, OST, François, VAN DE KERCHOVE, Michel y VAN DROOGHENBROECK, Sébastien (dir.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal?*, Facultés Universitaires Saint-Louis – Bruylant, Bruxelles, 2007. *the use of force by, inter alia, agents of the State*".

**LOS ESTADOS LATINOAMERICANOS  
Y LA JURISDICCIÓN  
DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA**

*THE LATIN-AMERICAN STATES AND THE INTERNATIONAL COURT  
OF JUSTICE JURISDICTION*

*Graciela R. Salas\**

**RESUMEN**

Los estados latinoamericanos muestran un creciente recurso a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia, lo que obedece a razones relacionadas particularmente con el compromiso asumido por diferentes vías.

Es posible identificar etapas bien diferenciadas: la primera en la que se utilizó el arbitraje, la segunda marcada por la creación de la ONU y la CIJ en la que se plantearon escasas controversias, la tercera enmarcada en diferendos territoriales y marítimos y la cuarta, más reciente y que acaba de iniciarse, sobre controversias ambientales.

Subsiste sin embargo la posibilidad de continuar recurriendo al arbitraje que presume negociaciones políticas no siempre posibles.

\* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales Catedrática de Derecho Internacional Público, universidades Nacional de Córdoba, Blas Pascal (modalidad presencial y a distancia) y Católica de Salta (modalidad a distancia). Directora de la Diplomatura en Diplomacia Contemporánea. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Diplomada en Educación a Distancia.

**PALABRAS CLAVES**

Latinoamérica, Corte Internacional de Justicia, etapas.

**ABSTRACT**

The Latin-American States show an increasing utilization of the jurisdiction of the International Court of Justice, which obeys reasons related particularly to the commitment assumed by different routes.

It is possible to identify differentiated well stages: the first one in the one that was in use the arbitration, the second one marked by the creation of the UNO and the CIJ in which there appeared scanty controversies, the third one placed in territorial and maritime disputes and the fourth one, more recent and which finishes of beginning, based on environmental controversies.

The possibility of continuing survives nevertheless resorting to the arbitration that presumes political negotiations not always possible.

**KEY WORDS**

Latin-America, International Court of Justice, stages.

**SUMARIO**

Introducción. 1. Antecedentes. 2. Etapas. 3. Fundamentos. 4. Consideraciones finales.

**INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>**

Los casi doscientos años de historia independiente de América Latina ofrecen un amplio muestrario de controversias internacionales que en su mayor parte lograron una solución pacífica, sin que ello signifique negar algunas excepciones.

La anarquía que siguió a la independencia en la mayoría de los Estados latinoamericanos colocó el acento más en las disputas internas que en cuestiones internacionales. Superada la misma, la delimitación de las respectivas jurisdicciones nacionales obligó a las ex colonias españolas y portuguesas de nuestro continente a resolver conflictos originados por imprecisiones y doctrinas que los precedían en el tiempo, y que al momento de intentar su resolución exigió la formulación de nuevos principios o la reformulación de los ya existentes.

Ha sido en ese contexto que el subcontinente debió hacer gala de su ingenio y creatividad al momento de alcanzar soluciones, no siempre satisfactorias para todas las partes, aunque sí por lograrlo de forma pacífica.

<sup>1</sup> Es necesario aclarar que las fechas citadas en las notas de pie de página que siguen, corresponden a la introducción de las respectivas demandas.

Asimismo, al estudiar el tema que nos convoca, no es posible separar a América Latina del continente americano en su conjunto y del sistema jurídico internacional general en el cual se inserta, en una suerte de simbiosis múltiple pero con características particulares.

Finalmente debemos reconocer que es nuestro continente americano donde menos conflictos internacionales se han producido en las últimas décadas, posiblemente gracias a su inveterada costumbre de recurrir a los medios de solución pacífica de controversias, entre ellos la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia.

Los hechos recientes<sup>2</sup> motivaron una reflexión sobre los mismos desde una visión americana, y particularmente latinoamericana, tratando de dar respuesta a interrogantes que se observan en la doctrina y que, actualmente, se ha planteado los mismos objetivos.

De allí la elección del tema que nos ocupa en esta oportunidad.

## 1. ANTECEDENTES

Al avocarnos a la tarea de identificar los medios de solución pacífica de controversias aplicados en nuestra región surgió con palmaria claridad la prevalencia de determinados medios en cada una de las etapas que analizaremos más adelante.

Es en este contexto que la solución de múltiples cuestiones territoriales, muestra la utilización del arbitraje como medio ampliamente difundido ya desde mediados del siglo XIX, hasta bien entrado el siglo XX<sup>3</sup> y aún hasta nuestros días, aunque actualmente en las particulares condiciones que veremos más adelante.

Sin embargo, en el último siglo esta práctica no fue óbice para que, al mismo tiempo se hiciera posible el recurso a otros medios de solución pacífica de controversias que, superando el ámbito reservado de las negociaciones diplomáticas, abrió la posibilidad del recurso a otras soluciones como las provistas por los tribunales internacionales.

Por otra parte, no debemos perder de vista que las relaciones entre los nuevos Estados americanos habían logrado conformar una auténtica red de acuerdos, origen del actual sistema interamericano, de tal peso y magnitud que colocaron al continente en una posición clara y concreta ante la previsible creación de las Naciones Unidas en 1945<sup>4</sup>. Entre ellos rescata-

<sup>2</sup> Entre ellos el reciente fallo de la Corte Internacional de Justicia de fecha 20 de abril de 2010 en el caso de las Fábricas de Parta de Papel sobre el río Uruguay.

<sup>3</sup> V. gr. el laudo arbitral del 22 de marzo de 1888 dictado por el presidente de los EEUU, Grover Cleveland, Costa Rica c/ Nicaragua, sobre el Río San Juan, entre otros.

<sup>4</sup> Esta posición clara y concreta quedó precisada en ocasión de la Conferencia de Chapultepec (1945) en la que los Estados americanos unificaron posiciones frente a la creación de la ONU.

mos particularmente la defensa de la existencia de los sistemas regionales dentro del sistema de la ONU y su rol en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales (cap. VIII de la Carta de la ONU), origen y fundamento para el recurso a la C.I.J.

De esta forma quedó abierto el camino para que en las últimas décadas nuestros Estados latinoamericanos recurrieran a la Corte Internacional de Justicia de La Haya, cada vez más asiduamente.

Las razones seguramente serán múltiples, y trataremos de dilucidarlas en el apartado siguiente.

## 2. ETAPAS

En la solución de controversias en el subcontinente se advierten varias etapas evidentemente marcadas por fundamentos que fueron modificándose con el correr de los tiempos y de los acontecimientos.

Como decíamos más arriba, los numerosos casos de arbitrajes producidos hasta nuestros días, muestran esencialmente el acuerdo de las partes en someter cada controversia a ese medio, tan antiguo como la humanidad, y que aún hoy se aplica con renovados bríos y características propias.

Podríamos señalar entonces como una **etapa inicial** la del arbitraje, etapa ésta que, como quedó dicho más arriba, aún no se ha cerrado y conserva su vigencia.

Con la aparición de los tribunales internacionales<sup>5</sup> las opciones se han diversificado, lo que no implica la imposibilidad de establecer con precisión el paso a una **segunda etapa**, que llega hasta 1984, y está marcada por la creación de las Naciones Unidas y con ella la Corte Internacional de Justicia.

La más reciente doctrina<sup>6</sup> intenta identificar las razones por las cuales se ha producido un cada vez más habitual recurso a la Corte Internacional de Justicia por parte de los Estados latinoamericanos, y es en relación con este punto que podremos introducirnos en algunas cuestiones jurídicas que subyacen en las consideraciones políticas innegables, como puede ser la incapacidad de los respectivos Estados por arribar a soluciones negociadas y la confianza en las funciones que cumple este alto tribunal.

En esta etapa encontramos un número reducido de casos en los cuales Estados de la región recurrieron a la Corte<sup>7</sup>. Entre ellos encontramos

<sup>5</sup> V. *gr.* la Corte Centroamericana de Justicia (1907-1917) en un ámbito geográfico y temporal más reducido y posteriormente la Corte Internacional de Justicia, a nivel más general.

<sup>6</sup> Entre ellas la Prof. Jeannette IRIGOIN BARRENNE, en "Demandas actuales de América Latina ante la Corte Internacional de Justicia de La Haya. [http://www.anepe.cl/3\\_foro/Articulos/irigoain%20haya.pdf](http://www.anepe.cl/3_foro/Articulos/irigoain%20haya.pdf).

<sup>7</sup> A partir de 1949 el caso Haya de la Torre con sus incidentes y pedido de interpretación del fallo. Luego el caso Nottebohm entre Liechtenstein y Guatemala (1951).

dos que giran alrededor de sendas instituciones de gran desarrollo americano como es el asilo diplomático y la protección diplomática, lo que marca esta etapa.

En 1984, Nicaragua inauguraría la **tercera** etapa con su presentación contra EEUU<sup>8</sup>. Si es posible establecer alguna característica prevalente aunque no excluyente en este periodo, posiblemente la encontraríamos en un primer momento en la existencia de acciones armadas fronterizas y transfronterizas, particularmente en Centroamérica. Se trató de un período en el que la situación política del subcontinente se encontraba sensiblemente influenciada por las acciones de grupos armados, militares, paramilitares, fuerzas irregulares, etc. cuyas actividades trascendían los límites estatales y ponían en peligro las relaciones pacíficas, sin llegar a constituir auténticos conflictos internacionales.

Superada esa corta etapa, el acento en el recurso al tribunal de La Haya se inclina sostenidamente hacia diferendos territoriales y marítimos<sup>9</sup>. Se constituiría en la clausura del largo período de disputas territoriales, aunque más relacionadas ya con los recursos naturales que estos espacios encierran.

La **cuarta** y más reciente etapa está reservada a controversias sobre temas ambientales<sup>10</sup>. Posiblemente esta nueva serie de controversias constituya el mayor reto que se esté planteando a la Corte, en la medida de que se inscribe en aquella más general inaugurada por el caso relativo al Proyecto de Gabčíkovo-Nagymaros (1997). Y es claro que así debe ser en la medida que en América Latina es esencialmente medio ambiente.

La precedente clasificación no excluye que se hayan introducido casos que no responden a las apuntadas características generales<sup>11</sup>.

Identificadas las etapas, pasamos a analizar los fundamentos invocados por las partes para recurrir a la CIJ.

---

Finalmente en 1958 el caso presentado por Honduras contra Nicaragua en relación con el Laudo arbitral emitido por el Rey de España en 1906. A menudo la doctrina cita aquí el intento de introducir una demanda por parte de Gran Bretaña contra Argentina y contra Chile en 1955 por la cuestión antártica. Sin embargo, esta cuestión fue retirada de la nómina de casos por negarse ambos países a someter esta cuestión a la C.I.J.

<sup>8</sup> Caso de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua.

<sup>9</sup> *V. gr.* El Salvador c/ Honduras (1986), Nicaragua c/ Honduras (1999), Nicaragua c/ Colombia (2001), Perú c/ Chile (2008).

<sup>10</sup> Casos de Argentina c/ Uruguay por las Fábricas de Pasta de Papel sobre el río Uruguay (2006) y Ecuador c/ Colombia (2008) por las fumigaciones aéreas de herbicidas.

<sup>11</sup> *V. gr.* Paraguay c/ EEUU (1998), México c/ EEUU (2003), en ambos casos en relación con la aplicación de la Convención de Viena de 1963 sobre Agentes Consulares. También Costa Rica c/ Nicaragua (2005) cuestión ésta relativa a derechos de navegación sobre el río San Juan.

### 3. FUNDAMENTOS

El recurso al arbitraje en la **primera etapa** estuvo marcado, a nivel general, por la escasez de medios jurisdiccionales que estuvieran a disposición de las partes en conflicto, salvo el arbitraje. En la actualidad este medio continúa aplicándose y debemos reconocer que ha desempeñado un importantísimo rol no sólo en la resolución de controversias<sup>12</sup>, a menudo territoriales, sino esencialmente en el mantenimiento de la paz.

En cuanto a sus fundamentos, es de doctrina clásica destacar la prevalencia del acuerdo entre las partes para el caso concreto, salvo que el recurso a este sistema resultara obligatorio a través de algún acuerdo general o particular previo o por la pertenencia a un sistema determinado<sup>13</sup>.

Esta tendencia se muestra con palmaria claridad en la existencia de regímenes particulares como el actual sistema de solución de controversias instrumentado en MERCOSUR luego de la entrada en vigor del Protocolo de Olivos<sup>14</sup>. Éste mantiene el acento en la solución arbitral, más allá de la creación del Tribunal Permanente de Revisión que, conforme lo afirmamos en diferentes oportunidades, transforma el sistema en un paso intermedio hacia la constitución de otro tipo de tribunal y que de alguna manera desnaturaliza al arbitraje como institución.

Fue en esta prolongada y riquísima etapa en la que se aplicaron las más variadas fuentes del Derecho Internacional, destacándose con caracteres propios la formulación del principio del *uti possidetis juris de 1810*<sup>15</sup>, superando el planteamiento originario de sus dos versiones: *de jure* y *de facto*.

Junto a ellos aparecieron cuestiones conexas, relacionadas con la efectividad, como la fecha crítica, tema éste que reviste en cada caso características particulares, en la medida en que los procesos de independencia de Estados latinoamericanos fueron escalonándose con posterioridad a 1810, a lo que se agrega la fecha crítica que queda establecida con la celebración de acuerdos internacionales o con la ejecución de actos unilaterales que de alguna manera modifican los límites temporales que surgen del citado principio.

<sup>12</sup> V. gr. La sentencia del 21 de octubre de 1994 dictada por el tribunal arbitral internacional en la controversia sobre el recorrido de la traza del límite entre el Hito 62 y el Monte Fitz Roy (Argentina/Chile).

<sup>13</sup> V. gr. en el primer supuesto podríamos citar la cuestión del Canal de Beagle a partir del acuerdo de 1902 por el cual ambas partes se comprometían a solucionar esa cuestión a través del arbitraje de la corona británica. En el segundo caso es de referencia obligatoria el sistema de solución de controversias instrumentado actualmente por el Protocolo de Olivos y de aplicación al MERCOSUR.

<sup>14</sup> El capítulo VI fija las etapas previas a la solución arbitral, mientras que los dos capítulos siguientes están reservados al arbitraje y al Tribunal Permanente de Revisión respectivamente.

<sup>15</sup> Fecha ésta de aplicación exclusivamente para las ex colonias españolas y portuguesas en América en la medida en que se ha establecido como fecha del comienzo del proceso de independencia que llevó al surgimiento de los Estados latinoamericanos.

Podríamos recordar por otra parte que la enunciación de este principio constituye una acabada muestra de la permanente contribución americana al Derecho Internacional Contemporáneo.

La **segunda etapa**, se inauguró luego de la creación de las Naciones Unidas, con reducidos casos de recurso a la C.I.J. en un primer momento, pero marcando una continuidad en la citada contribución americana a la formación del Derecho Internacional.

En esta etapa, y al margen del fallido intento de Gran Bretaña de recurrir al alto tribunal para resolver la cuestión antártica en relación con Argentina y con Chile, los fundamentos estuvieron dados por la necesidad de aplicación de otras instituciones que, si bien no tuvieron origen en nuestro continente, recibieron un desarrollo y una consagración definitivas en América: nos referimos al asilo y a la protección diplomática. Se consagraba así el importantísimo rol del Estado en la protección de las personas frente al poder estatal.

De hecho, estamos hablando de un período en el cual no sólo se había creado ya la Organización de las Naciones Unidas<sup>16</sup>, sino también la Organización de los Estados Americanos, como corolario del extenso proceso que diera origen a lo que constituye actualmente el sistema interamericano.

Diríamos entonces que fue en esta etapa que hicieron eclosión ambos sistemas y se expandieron en el ámbito jurídico-político, que, por otra parte, responden a concepciones compartidas por los países latinoamericanos.

Queda completada así la conjunción de sistemas que obligan a los Estados que los conforman a recurrir a los sistemas de solución pacífica de controversias, y en alguna medida a la C.I.J.

En efecto, luego de creadas las Naciones Unidas, el sistema interamericano avanzó hacia la conformación definitiva de la actual Organización de los Estados Americanos (1948) sobre la base de la Carta de Bogotá, a la que se agregó el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas, más conocido como Pacto de Bogotá<sup>17</sup>, completando así la tríada iniciada el año anterior con la firma en Río de Janeiro del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca.

A partir de la entrada en vigor de la Carta de la OEA, ambos sistemas se imbrican el uno en el otro, en la medida en que los Estados que conformaron la organización regional al mismo tiempo se encontraban ya obliga-

<sup>16</sup> Y consiguientemente la C.I.J.

<sup>17</sup> La enunciación de los derechos y deberes que conforman en el actual Pacto de Bogotá fue objeto de serias discrepancias en la IX<sup>a</sup> Conferencia Panamericana y colocó en serio riesgo la firma de la carta constitutiva de la propia OEA. Fue por esa razón que se decidió la celebración de instrumentos separados. Varios Estados firmantes del Pacto formularon reservas de fondo y no lo ratificaron posteriormente, tal lo ocurrido con la República Argentina. Actualmente no son partes de este Pacto Argentina, Bolivia, Cuba, Estados Unidos, Guatemala y Venezuela.

dos por los términos de la Carta de las Naciones Unidas. De allí derivan obligaciones generales como es la de resolver de forma pacífica las controversias que se planteen.

En consecuencia, más allá de la ratificación de las sucesivas reformas de la organización regional, coexiste un régimen general para todos los Estados miembros de ambas organizaciones, con el sistema particular aportado por el Pacto de Bogotá para los Estados parte del mismo. Constatamos así la existencia de dos regímenes diferentes que pueden obligar o no a los Estados americanos a recurrir a la Corte Internacional de Justicia.

Dentro del primer grupo, a su vez, se presentan situaciones particulares: por un lado la de aquellos Estados que han reconocido la obligatoriedad de la jurisdicción de la C.I.J. en los términos del art. 36 de su Estatuto<sup>18</sup> y por otro aquellos que no la han reconocido. A estos últimos, a su vez, les queda abierta la posibilidad de recurrir a dicha jurisdicción en forma voluntaria ante cada caso concreto o mediante un compromiso asumido previamente<sup>19</sup>.

El recurso a la jurisdicción de la C.I.J. puede surgir así a través de distintas vías y se arriba a ella agotadas las otras posibilidades, partiendo de las negociaciones directas y pasando por una amplia gama de opciones en las que prima la negociación política. Recordemos que la vía arbitral requiere de un consentimiento expreso en el caso concreto<sup>20</sup>, lo que al parecer dificulta el acceso a este medio de solución, ante la mera posibilidad de la existencia de costos políticos que desaniman a las autoridades de los países en pugna.

La **tercera etapa** viene marcada por el recurso al tribunal de La Haya en controversias sobre diferendos territoriales y marítimos.

En este caso ya no se trata de los ancestrales conflictos de límites, casi totalmente concluidos en nuestro continente, sino de las reclamaciones por la delimitación de espacios no alcanzados por el *uti possidetis juris de 1810*. Ello así en la medida en que los espacios marítimos hoy reclamados no existían concretamente para el universo jurídico del mundo conocido y particularmente de los sistemas coloniales hasta esa época. Superado entonces el concepto de *mare clausum* que había dominado el ámbito jurídico y llegó hasta la conquista de América, el mundo se transformó en un espacio abierto, entre ellos los mares, cuya única limitación venía de la mano de

<sup>18</sup> V. gr. La aceptación de Costa Rica y Nicaragua que surgen de las declaraciones de ambas de 1929, 1973 y del acuerdo Tovar-Caldera de 2002. Requête introductive d'instance. Differend relatif à des droits de navigation et des droits connexes. Costa Rica c/ Nicaragua. Corte Internacional de Justicia.

<sup>19</sup> Es éste el fundamento a partir del cual Argentina presentó su formal reclamación contra Uruguay, sobre la base del compromiso asumido en el Tratado del Río Uruguay (1961) y su Estatuto (1975).

<sup>20</sup> Es de la esencia de este recurso el consentimiento de ambas partes, salvo que medie un compromiso previo, tal el apuntado caso de MERCOSUR.

la preocupación defensiva, origen del concepto de mar territorial como sabemos. Así lo manifestaba ya E. de Vattel:

*“... No es fácil determinar a qué distancia puede extender una nación sus derechos sobre los mares que la rodean. Bodin (De la República, lic. 1 cap. 10) defiende que según el derecho común de todos los pueblos marítimos, se extiende el dominio del príncipe hasta treinta leguas de las costas. Pero esta decisión formal pudiera fundarse únicamente en un consentimiento general de las naciones, que sería difícil probar. Cada estado debe disponer en este punto lo que juzgue más útil, con respecto a los ciudadanos entre sí o a sus negocios con el soberano. Pero de nación a nación todo lo que puede decirse más racional, es que generalmente el dominio del estado sobre el mar vecino, alcanza a toda la distancia que necesite para su seguridad, y que puede hacer respetar; puesto que, por una parte, no debe apropiarse una cosa común, como el mar, sino cuando la necesite para algún fin legítimo; y porque, por otra parte, sería una pretensión vana y ridícula atribuirse un derecho que de ningún modo se hallará en estado de defender”<sup>21</sup>...*

Esta inexistencia para el mundo jurídico es sólo comparable con la inexistencia hasta tiempos más próximos a nosotros, de una preocupación internacional por el espacio ultraterrestre. De allí entonces que sea comprensible la desconexión de los sistemas coloniales español y portugués respecto de los espacios marítimos que actualmente reclaman soluciones de fondo.

Más recientemente, superados los grandes conflictos internacionales, y bien avanzada la explotación de los recursos naturales, el interés de los Estados por la utilización de los espacios marítimos trascendió a aquel concepto defensivo y aún al meramente político del Estado. Fue en ese sentido que tanto la doctrina como la propia C.I.J., en su afán de dilucidar cuestiones relacionadas con la delimitación de esos espacios, acabaron reconociendo que la tierra domina al mar, como sigue:

*“...la terre est la source juridique des pouvoirs qu’ un État peut exercer dans les prolongements maritimes...”<sup>22</sup>.*

*“... c’est l’adjacence au territoire de l’État côtier qui est le critère primordial de la définition du statut juridique des zones immergées...”<sup>23</sup>.*

<sup>21</sup> E. DE VATTEL. *Derecho de Gentes*. París. Casa de Masson e Hijo. 1824. Tomo Primero, Cap. XXIII, pág. 308.

<sup>22</sup> Caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte. 1969, par. 96.

<sup>23</sup> Caso de la plataforma continental Túnez c/ Libia, 1982, par. 73.

Resuelta la soberanía sobre el territorio terrestre, a esta preocupación le sucedieron los derechos soberanos de carácter funcional<sup>24</sup>, en los términos reconocidos por el moderno Derecho del Mar. La cuestión pendiente es la forma de delimitación de esos espacios, tarea actualmente en manos de la Corte en los casos pendientes de resolución.

Sobre esta base podemos advertir que los Estados latinoamericanos que actualmente llevan adelante cuestiones de este tipo ante la C.I.J. se encuentran obligados por ser partes del Pacto de Bogotá, y carecen de mayores alternativas frente al arbitraje tantas veces utilizado. Asimismo es de la esencia de esta rica etapa su limitación por la consecución de sus objetivos, tal como ocurrió con los espacios terrestres.

En sus planteamientos, los Estados latinoamericanos vienen reclamando la aplicación de principios ya invocados en otros casos, como el de la equidistancia, circunstancias especiales, entre otros.

La **cuarta** y última etapa, por el contrario, acaba de ser abierta. Es la etapa de las reclamaciones ambientales en la que los fundamentos de las dos cuestiones sometidas actualmente a la jurisdicción de la Corte son totalmente diferentes.

En efecto, mientras en la cuestión planteada entre Argentina y Uruguay por las papeleras que se construyen sobre la ribera oriental del río Uruguay nuestro país planteó su demanda en virtud de lo establecido por el Tratado del Río Uruguay y su Estatuto, acuerdos éstos particulares, en el reciente caso presentado por Ecuador contra Colombia por las fumigaciones con glifosato la competencia de la C.I.J. proviene de la participación de ambas partes en el Pacto de Bogotá<sup>25</sup>, es decir de un acuerdo general.

Entre las fuentes clásicas invocadas por las partes encontramos además, en esta etapa, a los principios de derecho ambiental de más reciente aparición.

#### 4. CONSIDERACIONES FINALES

Surge con claridad de las precedentes consideraciones que las partes latinoamericanas intervinientes en todas y cada una de las controversias presentadas ante la Corte Internacional de Justicia en las etapas analizadas se encuentran obligadas a recurrir a ella, sea por acuerdos puntuales, sea por su pertenencia al Pacto de Bogotá, sea por su aceptación expresa de la jurisdicción de la C.I.J. en los términos del art. 36 de su Estatuto.

<sup>24</sup> PROSPER VEIL. *Écrits de Droit International. Théorie générale du droit international. Droit des investissements privés internationaux*. Presses Universitaires de France. París. 2000, pág. 257. Citando el laudo arbitral dictado en el caso de la Delimitación de la frontera marítima entre Guinea y Guinea Bissau. Entre estos derechos de carácter funcional incluye a los derechos de los Estados ribereños sobre la zona económica exclusiva y sobre la plataforma continental.

<sup>25</sup> Ver punto 7 de la demanda de Ecuador presentada ante la Corte el 31 de marzo de 2008.

La pertenencia al sistema interamericano, entonces, muestra la doble obligación de los Estados americanos de resolver sus controversias por medios pacíficos, haciendo uso de los medios que proporciona el propio sistema o recurriendo a tribunales internacionales, entre ellos el que nos ocupa.

Para aquellos que son parte del Pacto de Bogotá, queda abierta la vía directamente a través del art. XXXI de dicho instrumento, para los que no lo son, como quedó dicho más arriba, la jurisdicción de la C.I.J. se introduce por otros medios. Lo que sí queda claro es que en uno u otros casos se está optando por una resolución jurisdiccional definitiva.

Con las expresiones precedentes esperamos haber echado por tierra ciertas afirmaciones de la doctrina actual<sup>26</sup> sobre el misterio que rodea al creciente recurso de los Estados latinoamericanos a la Corte Internacional de Justicia. Seguramente existen medios más prácticos que a menudo no siempre llegan a buen puerto, o más económicos y que demandan menos esfuerzos como el arbitraje, pero los protagonistas de los procesos actualmente en curso están obligados a recurrir a la Corte Internacional de Justicia de la forma apuntada más arriba y no a otro, careciendo así de un mayor margen para la elección de otros medios.

Algo que a todas luces aparece con rasgos particulares en el tema que nos ocupa es, fundamentalmente, la marcada inclinación de los Estados latinoamericanos por la solución pacífica de controversias, aún asumiendo los altísimos costos que trae aparejado el recurso a la Corte de La Haya.

Es que la paz no tiene precio.

<sup>26</sup> Carlos ESPÓSITO. "Los Estados latinoamericanos y la Corte Internacional de Justicia", en <http://carlosesposito.wordpress.com/2008/4/13/los-estados-latinoamericanos>.

BLANCA

**LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL  
PRIVADO Y EL DERECHO FISCAL INTERNACIONAL.  
LA DOCTRINA DE LA CORTE  
SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN**

*THE RELATIONSHIP BETWEEN THE PRIVATE INTERNATIONAL  
LAW AND THE INTERNATIONAL TAX LAW. THE DOCTRINE OF THE  
SUPREME COURT OF JUSTICE OF THE NATION.*

*Bruno M. Tondini\**

**RESUMEN**

En el presente trabajo se desarrolla la relación existente entre el Derecho Internacional Privado y el Derecho Fiscal Internacional, originada principalmente como consecuencia de la ampliación de los mercados y la actuación internacional de las empresas multinacionales. Se aborda la soberanía fiscal de los estados como concepto central y la extraterritorialidad de la ley tributaria, en la aplicación de derecho extranjero por parte de las autoridades nacionales. Finalmente se expone la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la evolución que la misma ha experimentado.

\* Abogado y Escribano, Universidad Nacional de La Plata. Tesista de la Carrera de Especialización en Tributación, Facultad de Ciencias Económicas, UBA. Profesor Adjunto Regular, cátedra de Derecho Internacional Privado y cátedra de Derecho Internacional Público, Fac. de Cs. Jurídicas y Sociales, UNLP. Profesor titular del Módulo Régimen Tributario del Medio Ambiente, Master en Derecho Tributario Fac. de Derecho Pontifica Universidad Católica Argentina. Profesor Titular Cátedra de Finanzas y Derecho Tributario, UCALP. E-mail: brunotondini@yahoo.com.ar

**PALABRAS CLAVES**

Derecho Internacional Privado – Derecho Fiscal Internacional – Soberanía Fiscal – Convenios para evitar la Doble Tributación Internacional – Conjunto Económico.

**ABSTRACT**

In the present work the existing relation develops between the Private International Law and the International Tax law, originated principally as consequence of the extension of the markets and the international action of the multinational companies. The fiscal sovereignty of the conditions is approached as central concept and the extraterritoriality of the tributary law, in the application of foreign right on the part of the national authorities. Finally there is exposed the doctrine of the Supreme Court of Justice of the Nation and the evolution that the same one has experienced.

**KEY WORDS**

Private international Law - International Tax Law - Fiscal Sovereignty - Convention to avoid the Double International Taxation - Economic Set.

**1.- INTRODUCCIÓN**

En el presente trabajo se desarrolla la relación existente entre el Derecho Internacional Privado y el Derecho Fiscal Internacional, originada principalmente como consecuencia de la ampliación de los mercados y la actuación internacional de las empresas multinacionales. Se aborda la soberanía fiscal de los estados como concepto central y la extraterritorialidad de la ley tributaria, en la aplicación de derecho extranjero por parte de las autoridades nacionales. Finalmente se expone la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la evolución que la misma ha experimentado.

*In the present work the existing relation develops between the Private International Law and the International Tax law, originated principally as consequence of the extension of the markets and the international action of the multinational companies. The fiscal sovereignty of the conditions is approached as central concept and the extraterritoriality of the tributary law, in the application of foreign right on the part of the national authorities. Finally there is exposed the doctrine of the Supreme Court of Justice of the Nation and the evolution that the same one has experienced.*

Derecho Internacional Privado – Derecho Fiscal Internacional – Soberanía Fiscal – Convenios para evitar la Doble Tributación Internacional – Conjunto Económico.

*Private international Law - International Tax Law - Fiscal Sovereignty - Convention to avoid the Double International Taxation - Economic Set.*

**1. INTRODUCCIÓN**

La apertura sin precedentes de la economía mundial, motivada por el desarrollo de las nuevas tecnologías en las telecomunicaciones, por la exis-

tencia de mercados fuertemente interconectados, por la desregulación de la actividad económica, y por la liberalización de movimientos de capitales, bienes y servicios ha supuesto un cambio cualitativo en el desarrollo de las relaciones empresariales y profesionales internacionales; cambio que, como no podía ser de otro modo, ha encontrado su reflejo en el ámbito de la tributación internacional. En este contexto global, la interacción de soberanías tributarias diferentes que aplican criterios fiscales distintos plantea la necesidad de reconsiderar los elementos de diversa índole que obstaculizan el normal desarrollo de las relaciones internacionales.

El Derecho Internacional Privado y el Derecho Fiscal Internacional constituyen dos ramas de un núcleo común constituido por el Derecho Internacional pero han sido desarrolladas ambas disciplinas, en el plano científico, de manera aislada y parcial.

Existen dos relaciones fundamentales que nos permiten afirmar lo antedicho.

La primera radica en que el Derecho Fiscal Internacional se trata de un derecho conflictual de naturaleza distinta, pero en todo caso nos hallamos ante un Derecho Conflictual.

La conflictualidad no se da exclusivamente entre personas privadas que desarrollan sus actividades en diversos estados tal como lo estudia el Derecho Internacional Privado, sino que se suman a este gran conjunto de relaciones jurídicas internacionales, las que nacen entre los particulares (tanto sean personas físicas como jurídicas) y los diversos estados.

En este sentido, el problema planteado no afecta sólo a los contribuyentes sino que también afecta a los Estados (esta es la ratio que suministra el carácter público al Derecho Fiscal Internacional en la división clásica del Derecho). Y si se admite que el Derecho Internacional Privado abraza y estudia la jurisdicción y competencia de los jueces en el orden internacional, abraza también dicha jurisdicción y competencia en materia fiscal. Coincidentemente, desde otro ángulo, si el contenido mayor de nuestra disciplina jurídica consiste en conflictos de leyes, y eso sostenemos, entonces los conflictos de leyes en materia fiscal también nos interesan<sup>1</sup>.

La segunda relación surgiría de expresar que si se admite que el Derecho Internacional Privado estudia los límites locales de las normas jurídicas, por coexistir varios órdenes jurídicos locales en el espacio, estudiará también los límites locales de las normas fiscales, si son jurídicas. Ello significa la necesidad de observar la extraterritorialidad de las normas fiscales unilaterales emanadas de cada ordenamiento nacional, que serán una buena parte de las que estudiaremos en su aplicación e interpretación en la jurisprudencia argentina, de mayor desarrollo sobre finales del siglo pasado.

<sup>1</sup> ENNIS, Humberto María, *Derecho Internacional Privado*, Ediciones Nuevo Destino 1953 La Plata, Pag. 571.

He aquí que autores del Derecho Internacional Privado, ante la inexistencia de normas extraterritoriales, señalaran que el Derecho Internacional Fiscal no guardaba relación alguna con el antedicho.

En esta línea de pensamiento, encontraríamos al maestro Goldschmidt (quien sin embargo tuvo la virtud de incluir en sus estudios, observando el futuro devenir normativo, el estudio conjunto de ambas problemáticas) cuando señala: “ El Derecho Internacional Fiscal trata del ámbito espacial de las leyes fiscales nacionales. Por esta razón, esta disciplina constituye una parte del derecho impositivo, y no pertenece al Derecho Internacional Privado, que siempre gira en torno del fenómeno de la extraterritorialidad del Derecho extranjero...”<sup>2</sup>.

En el sentido opuesto, el Derecho Fiscal Internacional siguiendo a Romero del Prado<sup>3</sup>, determina los límites en el espacio de las normas o leyes fiscales, fijando por consiguiente el alcance (jurídico si no de hecho) de las facultades impositivas de cada Estado frente a las facultades de otros Estados, en colisión o concurrencia con aquellas.

Boggiano<sup>4</sup> desarrolla una definición del concepto de Derecho Fiscal Internacional como un concepto amplio, que ha de comprender:

- Las normas nacionales que autolimitan el ámbito de aplicación de la ley fiscal en el espacio, que tienen una estructura unilateral.
- Las normas que pueden atribuir jurisdicción fiscal a un estado extranjero, que poseen una estructura bilateral que determina el derecho fiscal aplicable a un hecho cualquiera sea el lugar en que el mismo ocurra, sea en el país o en el extranjero.
- Las normas que unifican materialmente una causa o hecho imponible fiscal y le asignan una consecuencia material tributaria, con la misma estructura que una norma tributaria interna, captan una situación y la regulan directamente con una estrecha conexión.

Naturalmente, la jurisdicción, el derecho y el reconocimiento de situaciones fiscales tienen una estrecha conexión.

<sup>2</sup> GOLDSCHMIDT Werner, *Derecho de la Tolerancia basado en la teoría Trialista del Mundo Jurídico. Derecho Internacional Privado*, Novena edición ampliada Lexis Nexis Depalma edición año 2003, pag 564.

<sup>3</sup> Dice Victor N. ROMERO DEL PRADO en su *Manual de Derecho Internacional Privado* (ed. 1944 t. II p. 1047 y sigs.): “No han faltado autores de prestigio que niegan que los conflictos de leyes fiscales importen verdaderos conflictos de leyes y que por consiguiente, caigan dentro del ámbito del Derecho Internacional Privado. Neumeyer sostiene que en Derecho Fiscal Internacional no se aplica jamás una ley extranjera... Bien afirma Niboyet, en sentido coincidente con nuestra posición ... que el Derecho Internacional Privado no está destinado a resolver solamente conflictos de derecho Privado, sino conflictos en general, de derecho privado o público...”

<sup>4</sup> BOGGIANO Antonio, *Derecho Internacional Privado*, LexisNexis - Abeledo-Perrot 2006, 5ª ed., T. III.

No sólo académicos reconocidos del Derecho Internacional Privado se expresan en este sentido, desde el ámbito de la Tributación, Villegas define el Derecho Fiscal Internacional como aquella rama del derecho tributario que tiene por objeto el estudio de las normas de carácter internacional que corresponde aplicar en los casos en que diversas soberanías entran en contacto, ya sea para evitar la doble imposición, coordinar métodos que combatan la evasión y organizar mediante la tributación, formas de cooperación entre los países<sup>5</sup>.

En el mismo sentido, Buhler sostiene que el Derecho Fiscal Internacional en sentido amplio incluye a las normas de carácter internacional y las de carácter nacional llamadas a tener trascendencia internacional; y en sentido estricto se debe hablar sólo de las de origen internacional<sup>6</sup>.

La naturaleza internacional de las normas del Derecho Fiscal Internacional se predica con respecto a un conjunto de materias siempre creciente, al que se ha dedicado durante mucho tiempo la rica tradición científica del Derecho Internacional Privado con exclusividad, ya que su internacionalidad no es sólo de fuentes, sino que también de objeto.

Nuestra intención es poner de relevancia, la comunión existente entre estas dos ramas de derecho internacional y la evolución de la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema en lo que respecta a la interpretación y aplicación de las normas fiscales locales y convencionales a los nuevos conflictos suscitados con los sujetos del Derecho Internacional Público (empresas multinacionales).

Adoptaremos como metodología, la reseña de los diferentes casos jurisprudenciales, acercándolos a la variable fiscal a partir de los criterios que señalan en relación con la legislación tributaria de fondo y forma, puntualizando previamente el concepto de Soberanía Fiscal.

## **2. SOBERANÍA FISCAL Y LA SUPERACIÓN DE LA PROBLEMÁTICA TERRITORIAL**

Como consecuencia lógica del proceso de globalización, se han operado cambios dramáticos en los negocios extra frontera, dado que los mismos generan implicancias en varios campos de la política pública, llevando necesariamente a merituar la verdadera dimensión del poder de jurisdicción que tiene o puede ejercer cada Estado<sup>7</sup>. Es preciso dejar establecido que el poder de determinación de la jurisdicción o competencia impositiva se ve reflejado en un atributo de soberanía territorial, lo cual es un concepto fundamental en la estructura de la ley pública internacional.

<sup>5</sup> VILLEGAS, Héctor B., *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*, Tomo Único, 6ª edición ampliada, ediciones Depalma, Buenos Aires, 1997, pag. 481.

<sup>6</sup> BUHLER, Ottmar, *Principios de Derecho Internacional Tributario*, Madrid, 1968, pag. 5.

<sup>7</sup> DÍAZ, Vicente Oscar, *El comercio electrónico y sus efectos en las relaciones tributarias internacionales*, Ediciones Macchi, 2001.

En materia de Derecho Fiscal Internacional, se suele decir que no existen normas de carácter internacional que impongan límites a la soberanía del Estado<sup>8</sup>. Se trata de una manifestación de la llamada soberanía fiscal, entendiéndose por ésta el poder de establecer un sistema impositivo que posea una autonomía técnica en relación con los sistemas susceptibles de entrar en concurrencia con él, ejerciendo soberanía dentro de su ámbito de competencia territorial.

Sin embargo, se extrae como consecuencia lo siguiente:

A) Cada Estado posee un poder exclusivo para ejercer su poder tributario en su territorio y, consiguientemente el Estado no puede actuar coactivamente fuera de su frontera;

B) La imposibilidad del Estado de ejercer su poder tributario fuera de sus fronteras *no contradice a que se tomen en consideración, a los efectos de imposición en un país, los presupuestos de hecho ocurridos en el extranjero*.

La postura recientemente plasmada refleja la concepción correspondiente a un Estado de evolución anterior en el pensamiento científico del Derecho Fiscal Internacional, ya que en el estado actual del mismo podemos sostener que si bien no existen normas jurídicas a las cuales deban sujetarse a priori los Estados en el ejercicio de sus potestades tributarias, también es cierto que deben considerar ciertos principios de Derecho internacional a efectos de no generar interferencias en los asuntos de otros Estados y en la relación entre estos con los sujetos pasivos de los impuestos que distorsiva e injustamente pueden ser alcanzados dos o más veces por un mismo impuesto.

El Derecho Fiscal Internacional puede aducir diferentes terrenos en que está fuera de toda duda que tiene lugar constantemente la aplicación de derecho extranjero por las autoridades fiscales nacionales:

a) Al operarse el cómputo de los impuestos extranjeros pagados (o sólo debidos) sobre los impuestos del país, los que en los países anglosajones juegan un papel importante;

b) En la ejecución de las notificaciones de liquidaciones cuando esa ejecución está acordada por un tratado de derecho internacional;

c) Evitar la elusión y/o evasión fiscal internacional;

d) La cooperación fiscal internacional basada en la interacción de la Administraciones Tributarias de los diferentes estados a los fines de la asistencia mutua para permitir el cobro de impuestos y la investigación de incumplimientos e ilícitos tributarios.

<sup>8</sup> GUTIÉRREZ, Mariana, *Tendencias de Equidad en el Derecho Tributario Internacional*, Boletín informativo AAEF Asociación Argentina de Estudios Fiscales, Julio 2002, pag. 49.

### **3. DERECHO FISCAL INTERNACIONAL Y LA INTERNACIONALIDAD DEBIDO A SUS FUENTES NORMATIVAS**

Puede haber concurrencia o conflicto de leyes tributarias y puede haber carencia o lagunas. Para resolver estos problemas, en principio los Estados han celebrado diversos tratados a fin de evitar la múltiple imposición o la carencia de imposición. Estos convenios suelen establecer normas de atribuciones bilaterales, normas de conflicto bilaterales que indican qué ley fiscal es aplicable<sup>9</sup>.

Vale destacar que el origen de los mismos se remonta a fines de la década del cincuenta y principios de la década del sesenta del siglo XX, motivado fundamentalmente por el auge económico mundial de la época que desembocó en la existencia de ingentes capitales que comenzaban a buscar su espacio de inversión fuera de las economías centrales (entendiendo por ellas la norteamericana y la europea, ya reconstruida luego de la 2ª Guerra Mundial). El punto de inflexión fue el consenso de Washington que se cimentó en tres pilares: los modelos de Tratado de Bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones (los TBIs), el establecimiento de una jurisdicción para las mismas a través del CIADI y la fijación de condiciones neutrales en lo tributario, en el mismo sentido que se reflejan en el modelo de Convenio para evitar la doble imposición de la OCDE.

Resulta importante destacar que partimos de una fuerte puja de intereses, ya que los estados exportadores de capital pretenderán que se graven la totalidad de las utilidades logradas por sus empresas o ciudadanos en cualquier lugar del mundo, mientras que los países importadores de capital pretenderán gravar los beneficios y utilidades en su país pues allí se ejerce la actividad.

En el caso de nuestro país se han celebrado una gran cantidad de Convenios Bilaterales tendientes a evitar la doble imposición internacional, buscando fomentar los movimientos de capital hacia nuestro país y establecer una regulación material que tienda a ser equitativa para ambos países del Convenio.

Una lectura de las disposiciones que contienen estos convenios muestra una diversidad de estructuras normativas destinadas a lograr un resultado fiscal internacionalmente equitativo. Puede concebirse un sistema normativo destinado a solucionar razonablemente los casos fiscales multinacionales<sup>10</sup>.

### **4. EL DERECHO INTERNACIONAL FISCAL, LA INTERNACIONALIDAD DE SU OBJETO: LA EXTRATERRITORIALIDAD Y LAS PROBLEMÁTICAS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO VINCULADAS**

#### **4.1. Normas unilaterales: su concepto y extraterritorialidad**

El sistema normativo del derecho fiscal internacional se desarrolla sobre la base de una diversidad de normas de delimitación del ámbito de

<sup>9</sup> BOGGIANO Antonio, ob cit.

<sup>10</sup> BOGGIANO Antonio, ob cit.

validez espacial de la ley fiscal propia (normas unilaterales), de normas de conflicto bilaterales que indican cuál es el país que tiene jurisdicción para legislar y de normas materiales que regulan sustancial y directamente una situación fiscal internacional tomando en consideración un pago en el extranjero.

Por ello, vale destacar el concepto de las medidas unilaterales, como aquellas que cada Estado en particular adopta en su propio ordenamiento interno para eliminar la doble imposición a la que pueden estar sometidos sus residentes. Esta vía puede conducir a dos tipos de acciones, la primera es delimitar el ámbito espacial de aplicación del impuesto de forma que constriña a los hechos imponibles producidos en el territorio del Estado declarando no sujetos los realizados en el extranjero. La segunda, secundada por la mayoría de los países, es establecer el impuesto tanto sobre los hechos imponibles realizados en el territorio nacional como en el extranjero (criterio de la renta Mundial) y eliminar posteriormente la doble imposición utilizando las técnicas de exención o de imputación.

Sólo a título de ejemplo, nuestro sistema tributario cuenta con una serie de normas extraterritoriales a saber:

#### **Impuesto a las Ganancias**

La ley 20628 (t.o. 1977) y sus modificatorias sucesivas gravaban «todas las ganancias derivadas de fuente argentina...» (art. 1°). Los artículos 5° a 16 definían las ganancias de fuente argentina.

El artículo 5°, párrafo 2° gravaba también las ganancias provenientes de actividades realizadas ocasionalmente en el extranjero por personas residentes en el país, las que podían computar como pago a cuenta del impuesto de esta ley las sumas efectivamente pagadas por gravámenes análogos en el lugar de realización de tales actividades. Este crédito sólo podía computarse hasta el incremento de la obligación fiscal, originado por la incorporación de la ganancia obtenida en el exterior.

Este sistema tuvo una profunda modificación con la Ley 24073, que introdujo el principio de la «renta mundial» para los residentes en el país.

En síntesis, los residentes argentinos deben tributar sobre la renta obtenida de fuente argentina (fuente territorial) y la obtenida en el extranjero (extraterritorial subjetiva) y para los residentes en el extranjero se aplica sobre la renta de fuente argentina (extraterritorialidad objetiva).

El artículo 14 de la ley 20628 (t.o. 1977) consideraba a los actos jurídicos celebrados entre una empresa local de capital extranjero y la persona física o jurídica domiciliada en el exterior, que directa o indirectamente la controle, como celebrados entre partes independientes cuando sus prestaciones y condiciones se ajustaban a las prácticas normales del mercado entre entes independientes. Las leyes 21481, 25063 y 25239 sustituyeron esa norma y el artículo 15, adoptando normas sobre «precios de transferencia» entre empresas vinculadas.

Los textos vigentes son los siguientes:

Artículo 14 Texto vigente según Ley N° 25239/1999:

Las sucursales y demás establecimientos estables de empresas, personas o entidades del extranjero, deberán efectuar sus registraciones contables en forma separada de sus casas matrices y restantes sucursales y demás establecimientos estables o filiales (subsidiarias) de éstas, efectuando en su caso las rectificaciones necesarias para determinar su resultado impositivo de fuente argentina.

A falta de contabilidad suficiente o cuando la misma no refleje exactamente la ganancia neta de fuente argentina, la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS, entidad autárquica en el ámbito del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS, podrá considerar que los entes del país y del exterior a que se refiere el párrafo anterior forman una unidad económica y determinar la respectiva ganancia neta sujeta al gravamen. Las transacciones entre un establecimiento estable, a las que alude el inciso b) del artículo 69, o una sociedad o fideicomiso comprendidas en los incisos a) y b) y en el inciso agregado a continuación del inciso d) del artículo 49, respectivamente, con personas o entidades vinculadas constituidas, domiciliadas o ubicadas en el exterior serán consideradas, a todos los efectos, como celebradas entre partes independientes cuando sus prestaciones y condiciones se ajusten a las prácticas normales del mercado entre entes independientes, excepto en los casos previstos en el inciso m) del artículo 88. Cuando tales prestaciones y condiciones no se ajusten a las prácticas del mercado entre entes independientes, las mismas serán ajustadas conforme a las previsiones del artículo 15. En el caso de entidades financieras que operen en el país serán de aplicación las disposiciones previstas en el artículo 15 por las cantidades pagadas o acreditadas a su casa matriz, cofilial o cosucursal u otras entidades o sociedades vinculadas constituidas, domiciliadas o ubicadas en el exterior, en concepto de intereses, comisiones y cualquier otro pago o acreditación originado en transacciones realizadas con las mismas, cuando los montos no se ajusten a los que hubieran convenido entidades independientes de acuerdo con las prácticas normales del mercado. La ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS, entidad autárquica en el ámbito del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos podrá, en su caso, requerir la información del Banco Central de la República Argentina que considere necesaria a estos fines.

Artículo 15.- Texto vigente según Ley N° 25239/1999:

Cuando por la clase de operaciones o por las modalidades de organización de las empresas, no puedan establecerse con exactitud las ganancias de fuente argentina, la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS, entidad autárquica en el ámbito del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS, podrá determinar la ganancia neta sujeta al gravamen a través de promedios, índices o coefi-

cientes que a tal fin establezca con base en resultados obtenidos por empresas independientes dedicadas a actividades de iguales o similares características.

Las transacciones que establecimientos estables domiciliados o ubicados en el país o sociedades comprendidas en los incisos a) y b) y los fideicomisos previstos en el inciso agregado a continuación del inciso d) del primer párrafo artículo 49, respectivamente, realicen con personas físicas o jurídicas domiciliadas, constituidas o ubicadas en los países de baja o nula tributación que, de manera taxativa, indique la reglamentación, no serán consideradas ajustadas a las prácticas o a los precios normales de mercado entre partes independientes.

A los fines de la determinación de los precios de las transacciones a que alude el artículo anterior serán utilizados los métodos que resulten más apropiados de acuerdo con el tipo de transacción realizada. La restricción establecida en el artículo 101 de la Ley N° 11.683, texto ordenado en 1998 y sus modificaciones, no será aplicable respecto de la información referida a terceros que resulte necesaria para la determinación de dichos precios, cuando la misma deba oponerse como prueba en causas que tramiten en sede administrativa o judicial. Las sociedades de capital comprendidas en el inciso a) del primer párrafo del artículo 69 y las demás sociedades o empresas previstas en el inciso b) del primer párrafo del artículo 49, distintas de las mencionadas en el tercer párrafo del artículo anterior, quedan sujetas a las mismas condiciones respecto de las transacciones que realicen con sus filiales extranjeras, sucursales, establecimientos estables u otro tipo de entidades del exterior vinculadas a ellas. A los efectos previstos en el tercer párrafo, serán de aplicación los métodos de precios comparables entre partes independientes, de precios de reventa fijados entre partes independientes, de costo más beneficios, de división de ganancias y de margen neto de la transacción, en la forma y entre otros métodos que, con idénticos fines, establezca la reglamentación. ... La ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS, entidad autárquica en el ámbito del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS con el objeto de realizar un control periódico de las transacciones entre sociedades locales, fideicomisos o establecimientos estables ubicados en el país vinculados con personas físicas, jurídicas o cualquier otro tipo de entidad domiciliada, constituida o ubicada en el exterior, deberá requerir la presentación de declaraciones juradas semestrales especiales que contengan los datos que considere necesarios para analizar, seleccionar y proceder a la verificación de los precios convenidos, sin perjuicio de la realización, en su caso, de inspecciones simultáneas con las autoridades tributarias designadas por los estados con los que se haya suscrito un acuerdo bilateral que prevea el intercambio de información entre fiscos.

Finalmente los artículos 119 y siguientes definen el concepto de residente.

### **Impuesto sobre los Bienes Personales no incorporados al proceso Económico**

El Título VI de la Ley 23.966 aplica un impuesto en todo el territorio de la Nación sobre «los bienes personales no incorporados al proceso económico» situados en el país y en el exterior (art. 16).

El artículo 17 enumera los sujetos pasivos del impuesto:

- a) Las personas físicas domiciliadas en el país y las sucesiones indivisas radicadas en el mismo, por los bienes situados en el país y en el exterior.
- b) Las personas físicas domiciliadas en el exterior y las sucesiones indivisas radicadas en el mismo, por los bienes situados en el país.

Son de importancia los artículos 19 (que brinda el criterio para la identificación de los bienes situados en el país) y 20 (establece qué se entenderán como bienes situados en el exterior).

### **Impuesto al Valor Agregado**

A los fines de evitar exportación del costo impositivo del pago de este impuesto, del juego de los artículos 1, 8 y 43 que reseñaremos, se consagra la imposición a Tasa Cero, ello significa que se declaran exentas las exportaciones (es decir no tributan la última etapa de comercialización) y el recupero del impuesto pagado en las etapas anteriores. La intención es consagrar la neutralidad fiscal, es decir que la incidencia del factor y costo tributario no se traslade al valor del producto. Asimismo se consagra la aplicación del principio de destino, es decir la tributación de las importaciones al incorporarse los productos a la llamada “Riqueza Nacional”.

El artículo 1° de la Ley 23.349 y sus modificaciones ulteriores definen el ámbito de aplicación espacial del impuesto que grava:

- a) Las ventas de cosas muebles situadas o colocadas en el territorio del país efectuadas por los sujetos indicados en los incisos a), b), d), e) y f) del artículo 4°, con las previsiones señaladas en el tercer párrafo de dicho artículo;
- b) Las obras, locaciones y prestaciones de servicios incluidas en el artículo 3°, realizadas en el territorio de la Nación. En el caso de las telecomunicaciones internacionales se las entenderá realizadas en el país en la medida en que su retribución sea atribuible a la empresa ubicada en él. En los casos previstos en el inciso e) del artículo 3°, no se consideran realizadas en el territorio de la Nación aquellas prestaciones efectuadas en el país cuya utilización o explotación efectiva se lleve a cabo en el exterior;
- c) Las importaciones definitivas de cosas muebles;
- d) Las prestaciones comprendidas en el inciso e) del artículo 3°, realizadas en el exterior cuya utilización o explotación efectiva se lleve a cabo en el país, cuando los prestatarios sean sujetos del impuesto por otros hechos imposables y revistan la calidad de responsables inscriptos.

Artículo 8° -Quedan exentas del gravamen de esta ley: ... d) Las exportaciones. ...

Artículo 43 -Los exportadores podrán computar contra el impuesto que en definitiva adeudaren por sus operaciones gravadas, el impuesto que por bienes, servicios y locaciones que destinaren efectivamente a las exportaciones o a cualquier etapa en la consecución de las mismas, les hubiera sido facturado, en la medida en que el mismo esté vinculado a la exportación y no hubiera sido ya utilizado por el responsable, así como su pertinente actualización, calculada mediante la aplicación del índice de precios al por mayor, nivel general, referido al mes de facturación, de acuerdo con lo que indique la tabla elaborada por la Administración Federal de Ingresos Públicos, entidad autárquica en el ámbito del Ministerio de Economía, para el mes en el que se efectúe la exportación. Si la compensación permitida en este artículo no pudiera realizarse o sólo se efectuara parcialmente, el saldo resultante les será acreditado contra otros impuestos a cargo de la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS, entidad autárquica en el ámbito del MINISTERIO DE ECONOMÍA o, en su defecto, le será devuelto o se permitirá su transferencia a favor de terceros responsables, en los términos del segundo párrafo del artículo 29 de la Ley N° 11.683, texto ordenado en 1998 y sus modificaciones. ...

#### **4.2.- La evolución del concepto de Territorialidad**

##### **4.2.1.- Los orígenes del concepto y su decadencia**

En sus orígenes, y en una primera noción, el principio de territorialidad, aun en contextos no tributarios, tuvo como connotación funcional y constitutiva la de presentarse como criterio para delimitar la soberanía o las potestades de un Estado, como así también la *eficacia de su ley* con relación a los otros Estados<sup>11</sup>, eficacia de la ley tributaria del Estado en el espacio. Este principio encontró sus fundamentos tanto en argumentos de derecho constitucional interno como en el ordenamiento internacional, y quiso constituirse en regulador de las distintas potestades tributarias, en un ámbito, el internacional, conformado precisamente por Estados independientes y soberanos<sup>12</sup>.

En este contexto, el territorio se pondera como *criterio de legitimación de la potestad tributaria estatal* y su ejercicio exclusivo dentro del mismo. De allí la razón de su ubicación, desde un punto de vista sistemático, en el ámbito de la dogmática tradicional, de la validez y eficacia de la norma tributaria en el espacio<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> MICHEU, G. A., «Problemi attuali di diritto tributario nei rapporti internazionali», en *Dir. Prat. Trib.*, 1965, I, p. 221.

<sup>12</sup> UCKMAR Victor, «I trattati internazionali in materia tributaria», en *Trattato di diritto tributario* (coordinado por A. AMATUCCI), Padova, 1994, t. II, vol. 1, p. 728; BISCOTTINI Giuseppe, *Diritto amministrativo internazionale*, Padova, 1966, t. II, p. 361.

<sup>13</sup> BUHLER, Ottmar, «Um die Prinzipien in Internationalen Steuerrecht», en *Archiv für Schweizerisches Abgabenrecht*, 1960, XXVII, p. 324; BARROS CARVALHO Paulo De, *Curso de direito tributario*, 13ª ed., Saraiva, Sao Paulo, 2000, p. 102; TORRES

En otra noción, el principio de territorialidad ha estado dirigido funcionalmente a proveer criterios de conexión, que atribuyen materia imponible a un Estado a partir de la comprobación dentro del mismo de los elementos del hecho imponible, comúnmente denominada como «*localización en el espacio de los elementos redituables*».

En el ámbito fiscal dicha función, conforme las características especiales según las cuales nacen y actúan las obligaciones tributarias, ha sido la de establecer la existencia de una vinculación del hecho imponible del impuesto con el territorio de un determinado Estado. Y sobre esta confrontación se asienta también, en un último análisis, la distinción entre derecho tributario internacional y derecho internacional tributario<sup>14</sup>. En las primeras interpretaciones restrictivas del principio de territorialidad, la legitimación para la imposición por parte de un Estado presuponía que ambos elementos del hecho imponible, subjetivo y objetivo, debían estar vinculados con el territorio del Estado. Posteriormente esta rígida exigencia se atenuó, siendo suficiente el presupuesto territorial o bien el personal.

Respecto de la imposición, la relación entre potestad y territorio se manifiesta al principio en formas rústicas. La potestad tributaria es una manifestación típica de la soberanía, y por ende, el poder de imposición fiscal puede fundarse únicamente sobre elementos autoritarios. Es la denominada «teoría realista», según la cual el solo poder físico de recaudar tributos constituye una justificación de la exacción aplicada por un Estado<sup>15</sup>.

En cambio, Suárez sostiene en el siglo XV que «es la existencia de una obligación natural que determina la sujeción de los individuos a la potestad estatal respecto de la permanencia efectiva en el territorio sobre el cual el Estado ejerce la propia soberanía». En los siglos siguientes, el análisis de la cuestión de la territorialidad evoluciona en un paso teórico-ideológico fundamental, cual es que si por un lado la norma del soberano vale ilimitadamente y para todos dentro del territorio del Estado, ésta pierde totalmente la eficacia y validez fuera del mismo<sup>16</sup>.

---

Heleno, «A pluritributacao internacional e as medidas unilateral de controle», en Corso di diritto tributario internazionale, dirigido por V. UCKMAR, 2da. ed., 2002, ps. 185 y ss. Del mismo autor, *Pluritributacão Internacional sobre as rendas de impresa*, 2ª ed., Sao Paulo, 2001, ps. 61 y ss., y previo a ello, BERLIRI Antonio, *Principi di diritto tributario*, Milano, 1952, t. I, p. 52.

<sup>14</sup> Sobre esta distinción, KNECHTLE Arnold A., *Basic Problems in International Fiscal Law*, Deventer-The Netherlands, 1979, p. 11, y SACCHETTO C., *Tutela all'estero della pretesa tributaria nello spazio*, Padova, 1978, p. 57.

<sup>15</sup> SKAAR Arvid S., *Permanent Establishment Erosion of a Tax Treaty Principie*, Oslo, Deventer, 1991.

<sup>16</sup> VOET Paulus, *De Status eorumque concursu liber singularis*, Amsterdam, 1661; HOBBS Thomas, *Leviathan* (London, 1651), Oxford, 1958, t. 2, caps. 21 y siguientes, citados por SACCHETTO CLAUDIO, «El Principio de Territorialidad», en *Impuestos sobre el Comercio Intencional*, coordinadores UCKMAR Víctor y otros, editorial Ábaco de Rodolfo Depalma SRL, Ciudad de Buenos Aires, 2003, p.46.

Sólo a mediados del siglo XVII, con Huber, se llega a una formulación del principio de territorialidad relativamente completa. Sin embargo, la decadencia del principio de territorialidad como principio jurídico *a priori*, se manifiesta a finales del siglo XIX con Savigny<sup>17</sup>, quien rechaza la tesis según la cual las normas están inspiradas en un criterio general territorial, para en cambio aplicarlas a las relaciones jurídicas individuales según criterios particulares y contingentes. Poco tiempo después, en los albores del siglo XX, con las teorías de Kelsen, se abandonará por completo el principio de territorialidad en sentido clásico. La norma en general, y en particular la tributaria, ya no aparece más conectada de modo inseparable al territorio del cual emana, sino que se afirma su validez «en cualquier lugar y siempre que no presente limitaciones en su aspecto espacial o temporal».

#### 4.2.2. Principio de territorialidad: ¿crisis o recuperación?

La globalización es todavía un fenómeno en actuación, mientras que los Estados continúan subsistiendo y desarrollando una función insustituible, que es aquella histórica de asegurar las condiciones indispensables de la existencia de las comunidades humanas. Más aún, la función de hacer posible la existencia misma del control democrático del poder inclusive en materia fiscal, que sin el Estado no sería factible, como demuestra la anarquía fiscal propia de la globalización, por cuanto se termina en una subordinación parcial de la política fiscal a las exigencias de la economía<sup>18</sup>. Y esto presenta muy claramente el problema de la legitimidad democrática del tributo, en un mundo en que los países no gozan más de la libertad de sus decisiones fiscales. Cada Estado podrá aplicar un impuesto progresivo exclusivamente sobre los réditos que conoce que verosíblemente serían aquellos producidos dentro de su territorio, a menos que se logre desarrollar un sistema de colaboración entre las Administraciones Tributarias y de intercambio de informaciones tan eficiente que permita relevar el rédito global del contribuyente. Actualmente, dichos sistemas de intercambio de informaciones entre las Administraciones Tributarias no parecen estar en condiciones de garantizar dicho resultado<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> SAVIGNY, FEDERICO, *Sistema del Derecho Romano actual*, Durán y Bas, Manuel (pról.), 3 vols, ISBN: 84-96012-42-5, Reimp. de la edcn. de Madrid, Centro editorial de Góngora.

<sup>18</sup> Para una tesis semejante, cfr. MARINI, Phillipe, *La concurrence fiscale en Europe*. Senado Francés, doc. n- 483, 1998-1999. Más en general, se remite a la exposición de LAFFAY, Gerald, *Capire la globalizzazione*. Milano, 1996.

<sup>19</sup> Entre las causas que impiden su mejor funcionamiento se encuentra aquella por la cual el intercambio de informaciones puede funcionar sólo si los sistemas fiscales son homogéneos, si son homogéneas las bases imponibles; cfr. TANZI, Vito, "Globalizzazione e Sistemi fiscali", colección Studi e ricerche, Banca Etruria, Arezzo, 2002, ps 33 y ss. Resultaría interesante su propuesta de constituir una suerte de Word Tax Organisation, con el fin de establecer una relación sobre las principales tendencias en el ámbito internacional y facilitar la uniformidad de las bases imponibles y el intercambio de informaciones.

Sin embargo, más allá del sentido que se atribuya al principio de la territorialidad, cierto es que se revela hoy insuficiente para constituir un criterio de delimitación de competencias en cuanto a las cuestiones tributarias internacionales.

En efecto, la territorialidad en su sentido restringido, o sea, la territorialidad basada en una conexión real, puede cuando mucho funcionar en sistemas tributarios poco evolucionados, basados en impuestos reales, cuyos tipos legales estén constituidos por objetos materiales o por relaciones concretas fácilmente localizables. De un modo general, las hipótesis de incidencia de los tributos sobre la propiedad inmueble, de los impuestos de consumo, de los impuestos aduaneros, esto es, la existencia de un predio, el consumo de bienes, el pasaje por la línea de frontera, no sólo no ofrecen dificultades de localización, sino que se verifican exclusivamente en el territorio de un solo Estado. Y, siendo así, el principio de la territorialidad fundamenta de modo suficiente la delimitación de la competencia tributaria de los Estados<sup>20</sup>.

El desarrollo de formas tributarias más perfeccionadas, como las incidentes sobre la renta global o el patrimonio, suscitan, no obstante, mayores dificultades, pues sus presupuestos pierden el carácter material concreto para transformarse, en un proceso de sucesiva desmaterialización, en realidades abstractas y complejas cuya conexión con un determinado territorio se presenta en términos dudosos, generadora de conflictos potenciales. En efecto, mientras en los sistemas tributarios más simples a un hecho imponible corresponde en regla apenas un territorio, en los modernos sistemas fiscales, a un único presupuesto puede corresponder más de un territorio<sup>21</sup>, dada la pluralidad de conexiones que pueden fundamentar su ubicación territorial.

La invocación del principio de la territorialidad no constituye, pues, criterio suficiente para la imputación de un determinado hecho tributario a un determinado territorio: se vuelven indispensables los criterios suplementarios que determinen, para cada tipo de situación, de modo positivo, la conexión relevante y que, en cuanto a las realidades inmateriales o incorpóreas, definan su localización o «sede».

Por otro lado, una acentuada tendencia en el sentido de la personalización del impuesto, para adecuarlo más estrechamente a la capacidad

<sup>20</sup> GARBARINO, Carlo, *La tassazione del reddito transnazionale*, Padova, 1990, p. 101; MANN, Frederick A, "Doctrine of Jurisdiction in International Law", en *Studies in international law*, Oxford, 1973, t.1, p. 28.

<sup>21</sup> VOGEL KLAUS, *Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm*, Frankfurt/Berlin, 1965, p. 114; SACCHETTO, Claudio, *Territorialità (diritto tributario)*, Enc. Del Dir. 1992, T XLIV, p. 313. Sobre el problema, en una perspectiva más amplia, cfr. JALLES, Maria I., *A plurilocalizacao e a deslocalizacao espacial das situacoes jurídicas internacionais*, Revista de Direito e Economia, n° 1, 1975, p. 65.

contributiva individual, reveló la insuficiencia de las conexiones reales que pasan a acumularse o a verse substituidas por conexiones personales, como la residencia, la sede o el domicilio, para no hablar de la nacionalidad de los sujetos pasivos.

Ahora bien, continuar hablando de un principio de la territorialidad cuando los criterios de vinculación al territorio no son reales, sino personales, significa por lo menos una radical alteración del sentido tradicionalmente conferido al concepto e, indudablemente, una quiebra de su valor dogmático.

Si el principio de la territorialidad material se limita a la exigencia de una conexión cualquiera de la situación de la vida internacional con el territorio, tenga ella naturaleza real o personal, para que las leyes de éste tengan aplicación<sup>22</sup>, entonces dejará de funcionar como criterio positivo en cuanto al ámbito de aplicación de las leyes internas, para desempeñar tan sólo una doble función negativa: impedir el arbitrio resultante de la tributación por un Estado respecto de situaciones que no tienen con él ninguna conexión y apartar la nacionalidad como exclusivo elemento de conexión.

De ahí que la doctrina contemporánea reconozca, como Vogel y Knechtle<sup>23</sup>, que el principio de la territorialidad, por la ambigüedad de su sentido, tiene hoy poco valor en la construcción dogmática del derecho tributario internacional, que se fundamenta en los principios -de contenido preceptivo más denso- de la residencia y de la fuente.

Puede afirmarse, por otra parte, que la posterior elaboración del principio de tasación del rédito mundial es «un intento «sabio» por salvar el principio de territorialidad, separándolo del elemento material y poniéndolo en cabeza del sujeto pasivo, el residente. También comienza a entrar en crisis este principio con el surgimiento de la era cibernética, preludio de una nueva etapa de la fiscalidad internacional.

El principio de residencia descansa en definitiva sobre una decisión de conveniencia política. El problema principal es siempre el mismo. Por una parte, necesita confrontarse continuamente con una economía, sobre todo en su componente financiero, que se globaliza a una velocidad claramente superior a la de todos los otros factores; por otra parte, no puede negar que los Estados nacionales *no se globalizan*, ya que cada uno mantiene su propia individualidad y soberanía.

<sup>22</sup> VOGEL, Klaus, *Der raumliche Anwendungsbereich der Veruialtungs-rechtsnorm*, ob. cit., p. 120.

<sup>23</sup> VOGEL, Klaus, *On Double Taxation Conventions*, Deventer, 1997, p. 10, KNECHTLE Arnold A., *Basic Problems of International Tax Law*, ob.cit., p. 38 y nota 88; MANN, F. A., "The Doctrine of Jurisdiction in International Law", ob.cit, p. 31; MARQUES DOS SANTOS, Antonio, *As normas de aplicação imediata no Direito Internacional Privado. Esboco de uma teoria geral*, Coimbra, 1991, t. II, p. 778.

### **4.3. Problemáticas del Derecho Internacional Privado vinculadas al Derecho Fiscal Internacional**

#### **4.3.1.- El problema de las Calificaciones**

Si bien es cierto que la peculiar naturaleza del derecho internacional privado -involucrando una remisión hacia el derecho extranjero aplicable como tal- imprimió particular importancia al referido problema, en términos de hacer de él una cuestión extremadamente compleja, casi intrincada, no es menos verdad que, en la doctrina del derecho tributario internacional, él se presenta en términos todavía más imprecisos y nebulosos<sup>24</sup>.

Aunque reconozcamos que la interpretación y aplicación del derecho son operaciones interdependientes, como de solución circular, involucrando fases sucesivas de adecuación de las normas a la realidad, no por eso ponemos en discusión que la interpretación es un fenómeno conceptualmente distinto de la aplicación, precediéndola lógicamente<sup>25</sup>.

Podemos ejemplificar la cuestión con el art. 3° del Modelo OCDE, según el cual “para la aplicación del presente acuerdo por un Estado contratante, cualquier expresión, que en él no se encuentre definida, tendrá el significado que le es atribuido por la legislación de ese Estado contratante relativa a los impuestos que son objeto del presente acuerdo, a no ser que el contexto imponga una interpretación diferente”. Esta regla se coloca aun en la fase interpretativa del concepto aplicable, o sea, en lo que concierne a la determinación de su significado y alcance, permitiendo el recurso subsidiario a conceptos de la ley fiscal interna con el propósito exclusivo y bien delimitado de definir expresiones no definidas en el tratado.

Ahora bien, el problema de la calificación se suscita en un momento lógicamente posterior: el de saber si una determinada situación concreta de la vida tributaria internacional es subsumible en un concepto consignado en la previsión normativa, concepto este que ya se encuentra previamente interpretado. Corresponde, pues, al momento de la subsunción o aplicación del derecho, y no al momento de su interpretación.

Si la situación de la vida es una cuestión definida por conceptos fácticos, descriptivos, el problema de la calificación no llega siquiera a suscitarse. Así, por ejemplo, determinar el lugar donde se sitúa un inmueble, donde es fácticamente ejercida una actividad, si una persona es atleta o estudiante no involucra, como regla, el recurso a una operación intermedia, adicional, en el proceso de aplicación del concepto al caso concreto<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> ARENDT, Wolfgang, *Zum Qualifikationsproblem im deutschen internationalen Steuerrecht*, «Steuer und Wirtschaft I», 1959, p. 381; VON POSER/GROSS-NAEDLITZ, *Der Qualifikationskonflikt bei DBA*, München, 1972; SPITALER Armin, *Das Doppelbesteuerungsproblem bei den direkten Steuern*, Reichenberg, 1936, ps. 561 y sigtes.

<sup>25</sup> MAGALHAES COLLACO, Isabel de, *Da qualificação em direito internacional privado*, Lisboa, 1964, p. 11.

<sup>26</sup> No ignoramos la fluidez de la distinción entre cuestiones de hecho y cuestiones de derecho, y por ello lo que se afirmó más arriba tiene un mero carácter de simplifi-

Podemos señalar como una primera hipótesis, el clásico problema de la relevancia de los «conceptos de derecho civil» utilizados por las leyes fiscales, como en el caso en que una misma situación de la vida puede ser objeto de una doble valoración, la dada por las leyes civiles internas y la señalada por un concepto homólogo del derecho fiscal. Cuando se pregunta si, en un caso concreto, una suscripción de capital es tributable a título de enajenación de bienes del activo, es necesario valorarla, primero, frente al concepto de enajenación del derecho civil y, posteriormente, verificar si este concepto es encuadrable en el concepto de enajenación del derecho tributario (que puede excluir casos de enajenación que no determinen la realización de ganancia de capital).

Una segunda hipótesis de análisis, es la que ocurre en las normas de derecho tributario internacional que utilizan conceptos jurídicos previstos por leyes extranjeras, sean tales normas unilaterales o convencionales. La doctrina circunscribe tradicionalmente el problema a la aplicación de los tratados de doble tributación, pero -aunque más rara y limitadamente- puede surgir en el ámbito de las normas unilaterales internas.

Reconocemos, sin embargo, que es en el dominio de los tratados internacionales contra la doble tributación que el fenómeno gana mayor dimensión, pues estos definen sus presupuestos de aplicación a los casos concretos a través de conceptos jurídicos, tanto en lo que respecta al concepto-marco, definidor de varios tipos de renta, tales como “intereses”, “dividendos”, “pensiones”, como en el que corresponde a los demás presupuestos, tales como “residencia”, “persona”, “nacionalidad de persona jurídica”, “miembro del consejo de administración”. También en estos casos, el problema de la calificación consiste en verificar si una cierta situación concreta de la vida es subsumible en un concepto del tratado, para lo que es preciso valorarla a la luz de reglas jurídicas que permitan al órgano de aplicación del derecho decidir si se está ante un caso de intereses, de *royalties*, de pensión, de residencia, de persona, de persona nacional, de agente dotado de estatuto independiente, y así en lo sucesivo.

#### **4.3.2. Relaciones entre el Reenvío y la aplicación del Derecho Extranjero en del Derecho Fiscal Internacional**

El problema de la aplicación de la ley extranjera en el derecho tributa-

---

cación del problema. Así, por ejemplo, la regla según la cual no son tributables por el país de la fuente las rentas del trabajo dependiente si el trabajador no permaneciera allí por más de 183 días parece contener un concepto fáctico y descriptivo, pero en la realidad no es así, pues puede ser objeto de reglas jurídicas distintas aplicables por los diversos países, sobre todo en cuanto al carácter continuo o interpolado, en cuanto al cómputo de los periodos de vacaciones, etc. Ver sobre este problema, BAKER, Philip, *Double Taxation Agreements and International Tax Law: a Manual on the OECD Model Tax Convention on Income and on Capital of 1992*, 2da edición, Londres 1994, ps. 304 y ss. Sobre la distinción entre conceptos descriptivos y conceptos técnico-jurídicos, cfr. MAGALHÃES COLLADO, Isabel De, *Da qualificação em direito internacional privado*, ob. cit., p. 59.

rio internacional presenta alguna analogía con el problema de la cuestión previa en el derecho internacional privado, tal como fue presentado por Wengler. Y de ahí que Isay y Bühler ya aludiesen (aunque sin profundizar) a la posibilidad de su aplicación en lo que correspondía a las *Vorfragen*. Se trata aquí, es cierto, de la determinación del contenido de un concepto prejudicial contenido en la norma material aplicable a la cuestión principal.

Todavía hay que notar dos particularidades: en primer lugar, no se coloca, en rigor, una cuestión previa (o sea, objeto de norma de conflictos autónoma de la que regula una cuestión principal), pero sí de la concreción de presupuestos que concurren paritaria y simultáneamente para el mismo efecto (la aplicación de cierta norma convencional), presupuestos contenidos en la propia norma y no en una norma autónoma; en segundo lugar, esta concreción, en el derecho tributario internacional, no involucra -como la cuestión previa del derecho internacional privado- un problema de *choise of law*, sino de aplicación de la *lex situationis* material invocada para ese efecto.

La doctrina ha usado, para designar este fenómeno, las expresiones «consultar», «considerar», «tener en consideración» el derecho extranjero (*prise en considération, recognition, Berücksichtigung. Beachtung, aplicacão indireta*). Sin embargo, bien observa Pérez -Beviá, «la expresión ‘tomar en consideración’ es vaga y poco determinante, ya que el verdadero problema es reconocer efectos a las reglas extranjeras, bajo alguna forma. En este sentido, por el resultado a conseguir, el ‘tomar en consideración’ *lato sensu* vendría a confundirse con la ‘aplicación’, ya que las leyes no fueron hechas para ser tornadas en consideración, sino para ser aplicadas»<sup>27</sup>.

Debe añadirse que -como agudamente observa Moura Ramos- los casos en que las normas de derecho público extranjero son tomadas en cuenta en el Estado de la jurisdicción, no son meras hipótesis de referencia presuponente o de referencia condicionante. «Al contrario, las normas extranjeras de derecho público son hoy objeto de una mera aplicación por parte del Estado del foro, en el sentido de que son los propios criterios de decisión en él contenidos que funcionan como parámetros de evaluación de las situaciones que en el foro se suscitan, no limitándose pues a condicio-

<sup>27</sup> PÉREZ-BEVIÁ José A., *La aplicación del derecho público extranjero*, Madrid, 1989, p. 75. En la terminología anglosajona, se distingue la *recognition* (o *application*) del *enforcement* de la ley extranjera, para distinguir la aplicación coercitiva de la no coercitiva (PÉREZ-BEVIÁ, José A., *La aplicación del derecho público extranjero*, ob.cit, ps. 8 y 74). WENGLER alude a la distinción entre *Rechtsfürsorge durch Verweisung* y *Rechtsfürsorge durch Berechtigung*, en MOURA RAMOS RUI Manuel Gens, *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional*, Coimbra, 1990, p. 94, nota; ver también ob. cit, p, 301; MARQUES DO SANTOS Antonio, *As normas de aplicacão imediata no direito internacional privado. Esboco de uma teoria geral*, Coimbra, 1891, p. 801. Téngase aún presente que, en ciertos ordenamientos, es admisible la aplicación de las leyes penales extranjeras, como tal. Cfr. PÉREZ-BEVIÁ, José A., *La aplicación del derecho público extranjero*, ob. cit., ps. 85 y ss.

nar la producción de consecuencias jurídicas previstas por las normas de la *Lex fori*”<sup>28</sup>.

Cuando en estos casos ocurre la aplicación de ley extranjera, ésta corresponde a la ley extranjera como tal, que no se limita, así, a ser tomada en consideración, como un puro dato de hecho, inserto en la premisa menor del silogismo subjuntivo, como piensan algunos autores en el derecho internacional privado, que adoptan la doctrina de la referencia presuponente o de la *Begriffs-verweisung*<sup>29</sup>. En efecto, existe una verdadera aplicación de la ley extranjera porque le es atribuida “relevancia jurídica”, a los efectos de la aplicación del tratado por los órganos nacionales, a la situación jurídica calificada a su sombra (nacionalidad, residencia, personalidad), o sea, al producto de una valoración de la ley extranjera. El hecho de que esta ley (*ad quem*) no produzca, en el orden interno, sus efectos típicos, sino sólo los efectos pretendidos por la norma convencional (*a quo*) no transforma el objeto de la calificación en una *questio facti*. Se trata siempre de una verdadera aplicación de la ley extranjera reguladora de *questio juris*, pudiendo, cuando mucho, las particularidades del fenómeno justificar la expresión «aplicación indirecta», lo que conduciría a atribuir a las normas tributarias de conflictos una «bilateralidad debilitada»<sup>30</sup>.

En fin, el alegato de que la ley extranjera se insertaría en la premisa menor del raciocinio subjuntivo parte de una visión simplista del proceso de aplicación de la ley, que no se reduce necesariamente a una simple subsunción de hechos a normas, sino que puede comprender un proceso gradual de aplicación de una pluralidad de normas destinadas a cumplir los diversos presupuestos de aplicación de otra u otras, relevantes para la decisión del caso concreto.

La verdad, sin embargo, es que la aplicación de las leyes extranjeras - sobre todo de las leyes fiscales- aunque relevante para la aplicación del tratado y, por tanto, de las leyes fiscales internas, nunca puede desencadenar el efecto típico de que ellas mismas constituyen obligaciones tributarias de las que el titular sea el Estado al que las leyes extranjeras pertenecen. En este caso -pero sólo en este caso- se podría decir que la aplicación de la ley extranjera involucraría un «conflicto de soberanías»<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> Cfr. *Da lei aplicável*, ob. cit., p. 305.

<sup>29</sup> BAPTISTA MACHADO, João, *Licções de direito internacional privado*, Almedina 2009 3.ª Edição Actualizada - 3.ª Reimpressão, ps. 75 y ss. y 287 y siguientes.

<sup>30</sup> Nótese que la norma de ley extranjera competente para calificar cierto concepto jurídico puede remitir hacia otra norma del mismo ordenamiento, en caso que el concepto jurídico que tiene por objeto comprenda la calificación de otro concepto jurídico. Es, por ejemplo, lo que ocurrió con la ley norteamericana de 1975 que autorizó a un extranjero no residente, casado con una ciudadana o residente americana, a optar por ser tributado como residente en los Estados Unidos. En este caso, la calificación como «residente» presupone una calificación previa relativa al estatus de casado de la persona mencionada. Podemos hablar en estos de una calificación de segundo grado.

<sup>31</sup> En fin, no dejaremos de subrayar que también en el campo del reconocimiento de

Igualmente el fenómeno indicado no se identifica con el de la sustitución del derecho internacional privado, pues este corresponde, en la formulación de Lewald, a la cuestión de saber si se puede sustituir una relación de derecho interno, considerada por la ley interna como condición prejudicial de un efecto jurídico determinado, por una relación análoga de derecho extranjero<sup>32</sup>. Ahora bien, en el derecho tributario internacional se tiene en cuenta identificar el orden jurídico competente para calificar un presupuesto de aplicación del tratado, definido en el propio tratado.

Otro problema que suscita la relevancia de la ley extranjera en el derecho tributario internacional consiste en saber, si la referencia a la ley extranjera como ley competente para calificar cierta situación de la vida es dirigida tan sólo a la ley material extranjera (tributaria o no tributaria) o a la ley extranjera como «un bloque», incluyendo las reglas de conflictos de ese ordenamiento.

Es así que puede surgir el problema del reenvío en el derecho tributario internacional, asentado en el principio de que, siempre que una ley extranjera sea aplicable, el Estado del foro deberá aplicarla tal como ella sería aplicada por el sistema jurídico del Estado competente, incluyendo por lo tanto sus propias reglas de conflictos. Como bien dice Kegel, “sólo quien decida exactamente como en el extranjero de hecho se decide, aplica efectivamente el derecho extranjero”<sup>33</sup>.

Nótese que la aplicación del derecho extranjero, por fuerza del derecho privado de conflictos internos, puede ocurrir no sólo por determinación de normas convencionales, sino también de normas tributarias internas. Así, por ejemplo, la ley fiscal interna que permita que del impuesto a la renta de las personas físicas sean deducidos los gastos de mantenimiento de «dependientes» y defina a éstos por vínculos de parentesco, puede desencadenar la aplicación de normas de derecho internacional privado del foro, las cuales, a su vez, designen a la ley extranjera como competente para definir,

---

los efectos de actos de autoridad pública extranjera -objeto de normas instrumentales concernientes a la eficacia de las leyes tributarias en el espacio- puede ocurrir el fenómeno de la aplicación de la ley extranjera, como precursoramente observó ISAY. En efecto, para que la decisión extranjera -judicial o administrativa- produzca efectos en un cierto país, es necesaria la verificación de ciertas condiciones, como la «competencia» del órgano que la emitió, la regularidad formal del acto y su carácter «definitivo», condiciones estas cuya ocurrencia sólo puede ser obtenida por aplicación del derecho extranjero. Cfr. ISAY Ernst, “Zwischenprivatrecht und Zwischenverwaltungsrecht”, en Festgabe für, 1923, p. 345; BÜHLER, Ottmar, “Internationales Steuerrecht (IStR) und Internationales Privatrecht (IPR). Ein systematischer Versuch”, «BIFD», XI, separata XIII, Amsterdam, 1960, ps. 46 y 47.

<sup>32</sup> LEWALD, Hans, “*Règles générales de conflits de lois*”, «Recueil des Cours», 1939, t. III, p. 132. Sobre esta figura, puede verse MARQUES DOS SANTOS, Antonio, *Breves considerações sobre a adaptação em direito internacional privado*, Lisboa, 1989.

<sup>33</sup> BAPTISTA MACHADO, João, *Licções de direito internacional privado*, ob. cit., p. 186.

en la situación concreta mencionada, la existencia y validez de los vínculos de parentesco.

## **5. LA DOCTRINA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN**

### **5.a. *La interpretación de los convenios vigentes entre Argentina y otros estados para evitar la Doble Tributación***

En primer término, podemos señalar, el fallo PARKE DAVIS Y CIA S.A.<sup>34</sup>, en este particular punto la CSJN señala al desarrollar cuál es el ámbito de aplicación subjetiva del convenio bilateral (sentando la doctrina de circunscribir la aplicación del mismo y no trasladar los principios establecidos por vía convencional a la legislación interna) que: “Los convenios para evitar la doble imposición celebrados con países extranjeros como Suecia (Decreto-Ley 12.821/72) y la República Federal Alemana (por la llamada Ley 17.249) sólo pueden ser aplicados a los súbditos o sociedades involucrados en sus disposiciones y ello no importa afectar la garantía de igualdad para quienes no están comprendidos en el tratamiento impositivo especial que se base en el principio de reciprocidad.”. El convenio celebrado entre dos Estados en orden a evitar la doble imposición, es un estatuto específico entre dos sujetos del derecho internacional que se endereza a otorgar un trato de favor a los residentes de ambos Estados. Si la admisión de la cláusula antiórgano en los tratados citados quebrara la coherencia del sistema tributario argentino, al contradecir disposiciones contenidas en nuestra legislación, ello sólo produciría efectos en beneficio de los residentes de los estados contratantes, a los que esta disparidad de tratamiento solamente alcanzaría.

En segundo término podemos mencionar lo señalado por la Corte Suprema en la causa HOECHST A. G. C./ DIRECCIÓN GENERAL IMPOSITIVA<sup>35</sup>. Previamente la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal revocó la decisión de la primera instancia, desestimó la impugnación por inconstitucionalidad del art. 14 de la Ley 21.282, modificada por la Ley 23.297, y rechazó la demanda promovida por la sociedad de derecho alemán Hoechst A.G., domiciliada en Frankfurt, por repetición parcial del impuesto sobre el patrimonio neto ingresado por sus filiales Química Hoechst S.A. y Sudamfos S.A., como responsables sustitutos en los términos del citado artículo. Juzgó de esta forma, que la aplicación de la ley del impuesto sobre el patrimonio neto que establecía, en virtud de una ficción legal, el carácter de sujeto pasivo de la empresa extranjera como titular de capital social correspondiente a las filiales argentinas, no lesionaba la obligación internacional de no discriminación establecida en el convenio entre la República Argentina y la República Federal de

<sup>34</sup> Fecha de sentencia: 1973/07/31 publicación: Revista Jurídica Argentina La Ley 151-353; Lexco Fiscal.

<sup>35</sup> Fallo del 28/IV/1998, publicada en Fallos: 321-1031 y en Revista Impuestos, 1998-B-1992.

Alemania para evitar la doble imposición con respecto a los impuestos sobre la renta y el capital. La Cámara estimó que el elemento de vinculación relevante no era la nacionalidad del titular de los bienes en el país, sino su domicilio o residencia en el extranjero, y que no era discriminatorio que una persona jurídica domiciliada en la República Argentina recibiese un tratamiento impositivo diferente al que correspondía a una sociedad domiciliada en el extranjero. Consideró, asimismo, que el acogimiento de la demanda suponía la demostración (no proporcionada por la actora) de que la aplicación del citado art. 14 a los nacionales alemanes conducía a un tratamiento tributario distinto del que correspondía, en las mismas circunstancias, a un contribuyente nacional argentino.

La Corte Suprema, cambiando la doctrina del fallo Parke Davis, a través del voto de los señores ministros Dr. Eduardo Moliné O'Connor, Antonio Boggiano y Guillermo A. F. López, estableció que "Las convenciones internacionales que versan sobre materia fiscal deben ser interpretadas de acuerdo a la doctrina general de hermenéutica en materia de tratados y de normas tributarias teniendo particularmente en cuenta los arts. 31 y 32 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados de 1969, aprobada por Ley 19.865". Afirmó asimismo que "En razón a la superior jerarquía de que goza un tratado internacional frente a la ley de fuente interna, debe afirmarse que una ley tributaria de tal fuente puede sufrir restricciones -o incluso ser invalidada si el conflicto es inconciliable- en virtud de los compromisos asumidos por la República en un convenio internacional, suscripto con el propósito de fomentar las relaciones económicas y la inversión recíproca entre los estados contratantes, evitando la doble imposición fiscal y la discriminación en perjuicio de los nacionales de cada una de las partes" (Cons. 4°).

Finalmente, en el mismo año, la CSJN sentenció en la Causa HOCHTIEF CONSTRUCCIONES S.A. Y OTRO C/ COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA ATÓMICA -C.N.E.A.- S/ CONTRATO DE OBRA PÚBLICA, a partir del pedido de los actores que adujeron que existía un saldo impago en razón de que ENACE retuvo en concepto del impuesto a las ganancias -a partir del mes de abril de 1981- el 15% del importe de cada una de las facturas que, en el marco del mencionado contrato, fueron abonadas en la República Federal de Alemania, cuando esas retenciones no debieron haberse efectuado, tal como lo estableció la Secretaría de Hacienda, tiempo después en 1986, fundó tal conclusión en el examen del carácter de los pagos efectuados en el exterior y en la interpretación de distintas disposiciones del mencionado convenio internacional (en especial, las contenidas en sus arts. 5°, 7° y 12). En definitiva, señaló que las detracciones carecieron de causa puesto que no debieron haber sido realizadas las retenciones, según lo determinó la autoridad competente para la aplicación del convenio suscripto entre la República Argentina y la - entonces- República Federal de Alemania.

**5.b.- Casos de contradicción entre las normas unilaterales y bilaterales, la superioridad de las primeras en los casos de abuso de tratados y los Ingresos provenientes de Paraísos Fiscales**

En ocasiones, algunos grupos recurren a filiales extranjeras, para reducir la tributación por aplicación de tratados y de normas internas. Algunas leyes nacionales consideran tal utilización de los tratados un abuso, particularmente en casos de sociedades, que tienen en el exterior la fuente principal de sus ganancias y no distribuyen dividendos. Aquellas leyes tienden a evitar que las sumas exentas en virtud del tratado se transfieran a título de gastos deducibles no integrando las ganancias tributables.

En primer término vale referirnos al caso «TREBAS S.A. s/ RECURSO DE APELACIÓN - IMPUESTO A LAS GANANCIAS», fallado por la CSJN el 14 de septiembre de 1993.

El caso se inicia con la impugnación realizada por la Dirección General Impositiva de las declaraciones juradas de la actora que determinó de oficio la materia imponible y el gravamen resultante correspondientes a los ejercicios fiscales de los años 1979 a 1984. El organismo recaudador no admitió que los aportes de capital efectuados desde el exterior por una sociedad domiciliada en el Principado de Liechtenstein -que era el principal accionista de Trebas S.A.- justificaran el incremento patrimonial que se produjo en la entidad accionante y, por ende, aplicó la presunción establecida por el art. 25, inc. e, de la Ley 11.683, a tenor de la cual «los incrementos patrimoniales no justificados con más un diez por ciento (10 %) en concepto de renta dispuesta o consumida en gastos no deducibles constituyen ganancia neta del ejercicio en que se producen, a los efectos de la determinación del impuesto a las ganancias».

En primera instancia el Tribunal Fiscal de la Nación declaró prescriptas las facultades de la Dirección General Impositiva para determinar y exigir el impuesto correspondiente al período fiscal 1979 y confirmó la resolución administrativa en cuanto en ella se determinó el tributo correspondiente a los años 1980 a 1983. Para enervar la presunción anteriormente referida debía probarse el efectivo ingreso de los fondos, y que éstos provenían de actividades o capitales que no hubieran estado sujetos a imposición en jurisdicción nacional. Tuvo por acreditado el primero de tales extremos, pero no el segundo. Ponderó respecto de este último que se desconocía a los integrantes de la sociedad extranjera aportante de los fondos, así como la actividad que le producía beneficios; a lo que añadió que el hecho de que los capitales pudieran provenir de un «paraíso fiscal» -así consideró al Principado de Liechtenstein- robustecía la presunción relativa a la falta de justificación del origen de tales ingresos.

La Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó el pronunciamiento del Tribunal Fiscal en lo referente a la prescripción pero revocó la mentada resolución del organismo recaudador. Entendió que respecto del incremento patrimonial de la sociedad actora, ésta había acreditado el ingreso de los fondos del exterior

e individualizado a sus aportantes. Ponderó que, ante la ausencia de sustento normativo, la circunstancia de que la sociedad inversora tuviera su domicilio en un «paraíso fiscal», no autorizaba a exigir la referida prueba. Argumento que fue tomado por la Corte para confirmar el fallo de la Cámara.

En síntesis, en este caso, podemos observar la relación entre la imposición de actividades ilícitas y su prueba<sup>36</sup>. Nuestra Constitución consagra el derecho a la no autoinculpación y la presunción de inocencia. En Trebas, el fisco pretendió que se aportara una prueba sobre el origen de los fondos, que procedían de un paraíso fiscal. El argumento consistía en que dichos fondos correspondían a ganancias de fuente argentina sobre las cuales no se había tributado, cabe destacar que el ingreso de fondos se hizo por canales legales.

La CSJN sentó la doctrina que claramente resume en su voto el Dr. Boggiano resaltando que “la determinación de un eventual tratamiento impositivo diferente para las inversiones provenientes de determinados países -aunque sea en lo referente a la prueba de su origen- constituye una decisión de política económica que incumbe al Congreso, y no a la Dirección General Impositiva o al Tribunal Fiscal de la Nación, máxime considerando la afectación de las relaciones de nuestro país con otros estados extranjeros que podría derivarse de aquella discriminación”(Cons. 11). Asimismo agrega con relación a este punto, que “el estudio de la cuestión desde la perspectiva de la doctrina de la jurisdicción internacional en materia impositiva conduce al mismo resultado. Según tal doctrina, el análisis de la jurisdicción para aplicar la ley impositiva en casos con elementos internacionales se halla conceptualmente subordinado a la validez de dicha ley, esto es, a su respeto por las normas y principios de derecho internacional fiscal sobre jurisdicción para prescribir tributos. No obstante, es imposible en el caso juzgar sobre la validez referida, pues no ha existido voluntad legislativa de ejercer el poder tributario para distinguir el tratamiento de los ingresos provenientes de «paraísos fiscales», por lo que tal silencio debió entenderse como omisión jurídicamente decisiva”.

Cabe destacar, que la Corte en su actual conformación ha cambiado el criterio señalado, ya que en los autos -“ORTOLANI, MARIO -TF 7079-I- C/ D.G.I.”-, rechazó un recurso por el que se pretendió revocar la determinación de oficio realizada y convalidada por el TFN. El actor omitió mencionar importantes transferencias de fondos en su declaración jurada para evadir el pago de impuestos a la Ganancias. La controversia se suscitó a raíz de los incrementos patrimoniales de la actora, que el fisco consideró injustificados, al desestimar a tal efecto los ingresos de capital provenientes del Uruguay invocados por aquella en tanto consideró que no estaban probados su origen y titularidad. El Tribunal Fiscal de la Nación consideró que el actor, pese a la prueba aportada, no logró destruir las presunciones esta-

<sup>36</sup> FERNÁNDEZ, Fernanda, *Las Actividades Ilícitas y su Gravabilidad*, eldial.com, biblioteca virtual, doctrina Derecho Tributario, año 2000, publicado el 3 de julio.

blecidas en el art 25, último párrafo de la Ley 11.683 y en el inciso e) del mismo artículo. La Corte puso de relieve que a tal resultado llegó inclusive mediante la aplicación del criterio sostenido por la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal en el caso «Tebas», para llegar a tal conclusión señaló que las colocaciones de capital no se hicieron a nombre de quienes los habrían proporcionado, sino que en todos los casos la disposición de fondos fue hecha por el actor a título propio, y no por cuenta y orden de un banco o entidad financiera, Tampoco admitió el argumento del contribuyente relativo a su amparo en el secreto bancario, en razón de su calidad de directivo o accionista de un banco, para justificar su reticencia al suministro de elementos e información. Las pruebas aportadas por el actor en autos serían suficientes para justificar los incrementos patrimoniales, debe ponderarse que quedó acreditado que no existe suficiente concordancia entre las remesas de los fondos y las inversiones efectuadas, y que el recurrente ha desarrollado actividades económicas en el país susceptibles de generar ganancias gravadas en él.

Sólo a título de referencia, la jurisprudencia antiTebas ya había sido desarrollada por el Tribunal Fiscal en su decisorio de la causa METALÚRGICA RÍO CUARTO, del 13 de julio de 1983, en el que el Tribunal dijo que si bien podrían constituir incrementos patrimoniales no justificados gravados, ello no obstaba a la posibilidad de su deducibilidad, porque se trataba de conceptos deducibles y creo que es bueno recordar esta jurisprudencia ante su próxima aplicación<sup>37</sup>. En Tebas se dijo que no era suficiente el hecho de que los ingresos de fondos provinieran de paraísos fiscales para caracterizarlo como incremento patrimonial justificado, sino que debían darse todas las condiciones que normalmente se requieren a ese efecto. Ahora, por el solo hecho de provenir de un paraíso fiscal o de un país de baja o nula tributación, ya se presume que es un incremento patrimonial justificado, sin perjuicio de lo cual la DGI y la AFIP considerarán como justificados a aquellos ingresos a cuyo respecto el interesado pruebe fehacientemente que se originaron en actividades efectivamente realizadas por el contribuyente o por terceros en dichos países o que provienen de colocaciones o fondos oportunamente declarados, esto es, lo que comúnmente conocemos como prueba diabólica.

### **5.c.- La interpretación de las normas unilaterales argentinas**

#### **5.c.1.- La aplicación de la ley de rito en materia Tributaria en Argentina, la interpretación de las nociones de “Conjunto económico” y el “Abuso de la Personalidad Jurídica”**

En este punto analizaremos los antecedentes de la interpretación de

<sup>37</sup> LITVAK, José D., “Ley 25795. Reforma a la Ley de Procedimiento Fiscal - Parte 2”, en *Reforma Tributaria: Ley N° 11.683 y nueva figura de Asociación Ilícita 11 de febrero de 2004*. De publicación digital en: [http://www.consejo.org.ar/Bib\\_elect/febrero04\\_CT/texto2-2\\_1102.htm](http://www.consejo.org.ar/Bib_elect/febrero04_CT/texto2-2_1102.htm)

estos conceptos, ya consagrados desde hace tiempo en nuestro país, desde la existencia misma de la ley de Procedimiento Tributario para el ámbito nacional, Ley 11.683.

El primer fallo en el cual la CSJN abordó este tema fue en el año 1937 en los autos F. SCARCELLA Y CÍA. c/ IMPUESTOS INTERNOS<sup>38</sup>. En el mismo señala que "...Las normas impositivas no deben entenderse con el alcance más restringido que su texto admita, sino en forma tal que el propósito de la ley se cumpla de acuerdo con los principios de una razonable y discreta interpretación."

Tiempo después esta Jurisprudencia comienza a desarrollarse en forma pacífica y es *in re*. DUHALDE, PEDRO DIONISIO C/GOBIERNO DE LA NACIÓN S/REPETICIÓN del 20 de agosto de 1948, que la Corte sostiene<sup>39</sup>: "Que la ley ha tenido en cuenta la realidad económica al establecer las diferentes categorías de réditos, sin subordinarse a las formas jurídicas reconocidas o creadas por el derecho... Por eso la distinta personalidad que el derecho común atribuye a la sociedad con respecto a los socios puede no tener influencia alguna en los preceptos que el derecho público en su rama conocida como derecho fiscal". A reglón siguiente y en relación con la antigua ley de los réditos señalaba: "La ley de impuesto a los réditos no reconoce personalidad fiscal a las sociedades de personas, sino tan sólo a las de capital. Las sociedades de personas no son contribuyentes independientes de los individuos que las componen ni tienen independencia económica respecto del impuesto."

En ROSSELLO, ANTONIO c/ DGI<sup>40</sup>, tiempo después en 1951, volvió a sentar lo mencionado: "Este tribunal tiene declarado que el derecho fiscal es una rama del derecho público que tiene como finalidad una buena y equitativa distribución y recaudación de los impuestos para los fines que persigue el Estado, y cuyos principios rigen solamente en orden al propósito impositivo, sin subordinarse a las formas jurídicas del derecho privado. Sólo son de aplicación en el derecho fiscal las normas que rigen para la aplicación del tributo y la defensa de los contribuyentes de la manera como han sido establecidas en la respectiva ley. Por ello la tesis que sustenta la actora, respecto a la unidad que forman el juicio ejecutivo y su consecuente ordinario para llegar a la conclusión de que debe ser eliminado el recurso administrativo de repetición cuando ha ocurrido el cobro compulsivo, resulta totalmente inaplicable en la causa". La misma Ley 11.683 t. a. establece que «en la interpretación de las disposiciones de esta ley o de las leyes impositivas sujetas a su régimen, se atenderá al fin de las mismas y a su significación económica. Sólo cuando no sea posible fijar, por la letra o por su espíritu, el sentido o alcance de las normas, conceptos o términos de las disposiciones antedichas, podrá recurrirse a las normas, conceptos y términos del derecho privado».

<sup>38</sup> Fallos 179:337

<sup>39</sup> Fallos 211:1274

<sup>40</sup> Fallos 219:115. JA 1951-III-62.

Este criterio evolucionó y la Corte comenzó a admitir la teoría del conjunto económico que fue plasmado en los siguientes fallos:

En principio en -LEGAZZIO, E. F. S/ APELACIÓN-: la idea del conjunto económico -utilizada por primera vez por el dec.-Ley 18.229/43, art. 8 -obedeció al propósito de evitar revalúos ficticios, amortizaciones simuladas y transferencias indebidas, a semejante conclusión se llegó *in re* -REFINE-RIAS DE MAÍZ S.A.-<sup>41</sup>.

A inicios de la década del setenta y en consecuencia a los fenómenos que nos referimos al expresar el auge de los convenios de doble imposición, se mantiene fuertemente la intención de delimitar el accionar de los conjuntos empresariales multinacionales, de esta forma llegamos al ya mencionado PARKE DAVIS CÍA. DE ARGENTINA SAIC C/ RECURSO DE APELACIÓN<sup>42</sup>, en el cual, la CSJN, sostuvo como doctrina<sup>43</sup>: “la relación orgánica de subordinación no suprime la personalidad jurídica de la sociedad dependiente, pero tampoco anula su capacidad tributaria.” En el caso, la actora objeto: I -- La no deducibilidad como gasto por parte de la Dirección General Impositiva de las regalías pactadas entre Parke Davis y Cía. de Argentina S.A.I.C. y Parke Davis and Co. de Detroit (Estados Unidos de Norteamérica) por servicios y usos de fórmulas acreditadas a nombre de la segunda accionista, en el 99,95% de la primera por considerarla utilidades gravadas en cabeza de ésta y en razón de la comunidad de intereses entre ambas empresas vinculadas. II -- La aceptación por el Tribunal Fiscal de la Nación y por los arts. 12 y 13 de la Ley 11.683, t.o. en 1960 (actuales arts. 11 y 12 de la misma ley). La corte destacó que había un socio mayoritario en grado de la casi totalidad del capital, que es al mismo tiempo el que había proporcionado las patentes o marcas o inventos o procedimientos registrados y que, además, se beneficiará en la misma medida con el pago de las regalías consiguientes. Y concluyó: “En otros términos, de aceptarse la posición de la recurrente, una misma persona, sea física --si se trata de sociedades de personas-- sea jurídica --si es una sociedad anónima-- se beneficiaría como socia de las utilidades derivadas de la inversión y al mismo tiempo, por las acreditaciones que en concepto de regalías se considerarían gastos de la empresa argentina, deducibles como tales.”. Señalando además en el considerando 10: “... Que esta cuestión de la existencia de dos sociedades diferenciadas desde el punto de vista del derecho privado, pero unificadas económicamente, conduce al examen de otro problema propio de la materia en recurso, planteado por la apelante: el alcance del concepto de la «realidad económica». Llegando a la conclusión en el consi-

<sup>41</sup> Fallos : 259:241; Rev. La Ley, XXV, p. 781, sum. 6.

<sup>42</sup> Fallos: 286:97, E.D., t. 49, pág. 480.

<sup>43</sup> MOYANO, Julio Guillermo, *Intereses presuntos en grupos económicos*, Diario Ámbito Financiero: Martes 23 de Mayo de 2006, publicado en ambito web: <http://www.ambitofinanciero.com/seccionesespeciales/suplementos/novedades-fiscales/ampliar.asp?id=1061>

derando 12: "... Que para la solución del sub lite no se ha desconocido la existencia de dos sociedades de capital perfectamente delimitadas conforme al orden jurídico privado, ni tampoco la personería jurídica de la sociedad local. Pero tales datos, asentados en los principios del derecho común en materia de sociedades, no son óbice para establecer la efectiva unidad económica de aquéllas y su comunidad de intereses a través de la «significación económica de los hechos examinados». La sociedad Parke Davis de Detroit resulta titular del 99,95 % del capital de la sociedad local. De este modo, la retribución por el uso de las fórmulas y procedimientos de que es titular la empresa extranjera, mediante las regalías, también volvería por vía de pago de la casi totalidad de las utilidades, sin que fueran afectadas por el pago de los correspondientes impuestos<sup>44</sup>. A pesar de su aparente autonomía jurídica, la sociedad local se encuentra sin lugar a dudas en relación orgánica de dependencia con la sociedad foránea por su incorporación financiera a la sociedad dominante. Esa relación de subordinación no suprime la personalidad jurídica de la sociedad dependiente, pero tampoco anula su capacidad jurídica tributaria.

En el mismo sentido, MELLOR GOOWIND SA del 18 de octubre de 1973, aquí en los argumentos, la posición de la parte actora sostuvo que las operaciones realizadas entre Mellor Combustion y Mellor Goodwin -integrantes de un conjunto en el que la segunda sociedad posee el 99 % del total del capital de la primera- "...no configuran el hecho imponible previsto por la ley de impuesto a las ventas, ya que las operaciones celebradas entre ambas sólo significan traslado de mercaderías entre sectores formalmente diferenciados. En consecuencia, únicamente adquieren relevancia y efectos tributarios las operaciones realizadas por el conjunto con los terceros, que impliquen una real salida o ingreso de mercaderías del o al patrimonio del mentado conjunto. Y para ello, tanto no interesa la sociedad que jurídica y contablemente realizó la operación cuanto la forma adoptada para el cumplimiento de la prestación ya que el tratamiento impositivo no se alterará sea que la construcción de la obra y la instalación la realice una sola de las sociedades reunidas sea que la tarea aparezca distribuida funcionalmente entre dos o más fracciones del conjunto.". Para la Corte esto resultaba parcialmente exacto, siguiendo a «Parke Davis»: "...que para la configuración de contrato deben mediar diversidad de partes<sup>45</sup>, posibili-

<sup>44</sup> El mismo accionista mayoritario vendría a percibir, por su calidad de regalista: a) la retribución por el uso y explotación de marcas y patentes puestas en explotación en el país por la sociedad local concesionaria de las regalías; b) el monto de las utilidades que ellas produjeran por la superposición de su calidad de regalista y de concesionaria de la regalía en un 99,95 %. En tal forma computando la regalía como gasto en el balance impositivo de la sociedad concesionaria de ésta, real y evidente exención impositiva que la ley no le otorga ni en su letra ni en su espíritu.

<sup>45</sup> La reclamante señaló que «las ventas facturadas por mi mandante -o sea Mellor Combustion- a Mellor Goodwin no son tales en el sentido del art. 2 de la Ley 12.143, ya que no importan la transferencia a título oneroso de mercaderías del

dad de deliberación y diferenciación de intereses, por lo que acreditaba - como en autos- la relación de sujeción o conjunto económico, por lo que pierden eficacia todas las apariencias contractuales con que se han encubierto prestaciones. Porque sea por aplicación de la teoría del órgano, de la realidad económica o de la penetración en la forma de la persona colectiva, la sola existencia comprobada del fenómeno de la concentración de empresas que constituye su base material impone la consideración del fondo real de la persona jurídica y la estimación sustantiva de las relaciones que auténticamente las vinculan...No cabe negar a la recurrente el derecho de alegar la existencia de «conjunto» para encuadrar debidamente los hechos impositivos».

Otro caso de importancia fue FORD MOTORS ARGENTINA SA<sup>46</sup>, el cual se inicia dado que el Tribunal Fiscal de la Nación no hizo lugar al recurso de repetición interpuesto por Ford Motor Argentina por devolución de una suma de dinero abonado en concepto de impuesto a los réditos y de emergencia por los años 1962 a julio de 1967 inclusive, proveniente de pagos de intereses a Ford Motor Company de Estados Unidos, por material que se importó al país mediante operaciones de pago diferido y que la Dirección General Impositiva había considerado como réditos de fuente argentina. La constitución de la mencionada sociedad significaba un estado de propiedad casi exclusiva del capital accionario por parte de la sociedad de capital extranjero<sup>47</sup>, uno de los medios -aunque no imprescindible ni único- para producir situaciones de subordinación orgánica. Dando lugar a la utilización de una norma<sup>48</sup>, señala la CSJN: "...en tanto constituye una medida de defensa -no de reparto de fuentes- de la ley argentina para evitar que se produzcan libremente evasiones fiscales, se refiere a supuestos en que medie relación de sujeción, vinculación o conjunto económico «sea que ella se presuma o resulte de otros medios probatorios, en cuyo caso los pagos o acreditaciones de la entidad local en favor de la exportadora del exterior revisten, en cuanto exceden un valor equivalente al «precio» mentado por aquélla -o el valor de costo en cabeza de dicho exportador, si pudiera probarse- la naturaleza jurídica y económica de remesas de utilidades de fuen-

---

dominio de una persona de existencia visible o ideal al dominio de otra, pues son ambas una misma y única persona a los fines impositivos».

<sup>46</sup> Fallo del 2 de mayo de 1974 01-01-1974; T. 288 P. 333

<sup>47</sup> La sociedad «Ford Motor Argentina S.A.» contaba con un capital de mil millones de pesos moneda nacional, del cual emiten en ese acto de constitución 2.000.000 de acciones ordinarias (por valor de m\$N. 200.000.000) que suscriben en la siguiente forma: la Ford Motor Company 1.999.100 acciones y los Sres. Henry Ford II, Tom Lilley, Percival F. S. Prance, Walter L. Mac Kee, George W. Malone, Valentine S. Menger, Marc E. Maartens, Douglas B. Kitterman (todos ellos ciudadanos norteamericanos) y el Dr. Luis P. O'Farrell (argentino) cien acciones (o sea m\$N. 10.000.-) cada uno.

<sup>48</sup> art. 99, inc. b), segunda parte de su primer párrafo, de la Ley 11.682 (t. o. en 1960 y sus correlativos posteriores).

te argentina, y por ende, imponibles». Por lo que calificó: “que las sumas pagadas a la beneficiaria del exterior no revisten el carácter de «intereses» sino el de un pago o remesa de utilidades propias de la entidad local, en beneficio de la extranjera, sujetas dichas remesas a una tasa menor... Esto conduciría a acoger parcialmente la demanda, en la medida del importe excedente que resulta de la señalada diferencia de alícuota: la pagada -que ahora se intenta repetir- y la que debió pagarse conforme con la mentada disposición legal.”. Para que se dé la aplicación positiva de la teoría del conjunto económico... se debe considerar la ponderación total de la conducta del reclamante... requisito de procedibilidad no aparece cumplido... la actora ... invoca el carácter que sin duda tiene de persona jurídica constituida en nuestro país ... Pero esta postura invocada «sic et simpliciter», supone colocarse en la situación fiscal de una normal relación entre un comprador que importa en el país la mercadería que ha adquirido de un vendedor extranjero, callando la evidencia del conjunto que ambas integran en el orden económico”.

Finalmente en KELLOGGS CO. ARGENTINA SA<sup>49</sup> podemos reseñar que la firma Kellogg Co. Argentina S.A.C.I. y F. solicitó que se dejaran sin efecto las resoluciones emanadas de la Dirección General Impositiva por las que se había determinado su obligación tributaria frente a: 1.- Que en cuanto atañe al impuesto a los réditos, surge de la causa que la firma Kellogg Co. Argentina, constituida como una sociedad anónima en la República Argentina, al confeccionar sus declaraciones juradas correspondientes a los períodos 1970, 1971 y 1972, dedujo importes por regalías, intereses de préstamos y contraprestaciones por servicios técnicos de los cuales resultaban acreedores su casa matriz del exterior, Kellogg Co. Battle Creek (EE.UU.) y otras afiliadas extranjeras; descontó también las diferencias de cambio sobre dichos rubros y sobre la deuda que mantenía con la citada sociedad dominante norteamericana. Asimismo, cargó a Kellogg Sales, sucursal argentina, idénticos importes y conceptos que los correspondientes a aquellas deducciones. 2.- Con relación al impuesto sustitutivo del gravamen a la transmisión gratuita de bienes, incluyó en su pasivo computable de los años 1968 a 1972 las deudas que mantenía con Kellogg Co. Battle Creek (EE.UU.), las diferencias de cambio de revalúos de deudas con las afiliadas inglesa y alemana de la citada casa extranjera, las provisiones para intereses correspondientes a la sociedad dominante estadounidense, las regalías a favor de esta última y las diferencias de cambio activadas por los bienes de uso que habían sido aportados por la casa matriz. 3.- Por último, en lo que se refiere al impuesto especial a la regularización impositiva, instituido por la Ley 20.532, compensó las rentas omitidas con saldos a su favor provenientes de su tesis según la cual correspondía excluir de sus ingresos las sumas cargadas a Kellogg Sales, sucursal argentina, a fin de determinar su obligación por el impuesto a los réditos. El Fisco Nacional para reformar las declaraciones juradas originales de la empresa actora no ad-

<sup>49</sup> Fallos: 307;118.

mite que aquella sociedad esté constituida en forma independiente de su casa matriz norteamericana, al estimar que ambas integran un conjunto económico. La Corte señaló: "...admitir que el proceder de la actora, que reformuló sus declaraciones juradas por los impuestos cuestionados conforme a la teoría del conjunto económico, como consecuencia de la actitud del fisco que le impuso dicho temperamento en su relación con la casa matriz del exterior, tiene derecho a igual tratamiento en el ámbito interno respecto de la otra empresa -Kellogg Sales, sucursal argentina- con la que se halla asimismo vinculada por efecto de la reconocida existencia de aquel conjunto. Baste al efecto advertir que el meollo de la impugnación de la D.G.I. sólo radica en la circunstancia de que la actuación del conjunto..., tal como quedara suficientemente referida en este pronunciamiento, produce, en el caso de sociedades que poseen personalidad jurídica independiente reconocida para nuestro derecho, una modificación deliberada de su capacidad contributiva en detrimento del interés fiscal, si tal afirmación no ha sido demostrada en la causa... Las particulares circunstancias bajo las cuales la recurrente y la sucursal, constituidas como sociedades anónimas en nuestro país, desarrollaron su actividad durante los períodos fiscales sometidos a discusión, autorizan el tratamiento excepcional que esta Corte ha dispensado a otros conjuntos económicos sin que ello importe reconocer a aquella vinculación el estatuto autónomo de un sujeto pasivo de la obligación tributaria para los gravámenes controvertidos en esta causa".

Posteriormente, con fecha 1º de Febrero de 2005, el Tribunal Fiscal de la Nación ha hecho aplicación de la doctrina desarrollada por la CSJN en el caso -"DOMAINE VISTALBA S.A. S/APELACIÓN - IMPUESTO A LAS GANANCIAS"-, diciendo "tal como lo expresara el Alto Tribunal en el enjundioso precedente "Parke Davis SA", de aceptarse la posición de la recurrente, una misma persona se beneficiaría como socia de las utilidades derivadas de la inversión y, al mismo tiempo, por las acreditaciones que en concepto de regalías se considerarían gastos de la empresa argentina, deducibles como tales. Tal regulación normativa da preeminencia, para configurar la cabal intención del contribuyente, a la situación económica real, con prescindencia de las estructuras jurídicas utilizadas que pueden ser inadecuadas o no responder a la realidad económica". Agregan la doctrina sentada en el caso -"LAGAZZIO, EMILIO FRANCISCO S/APELACIÓN - IMPUESTO A LOS RÉDITOS"-: "Esta figura jurídica no puede concebirse en estricto derecho cuando, como en el caso, no existen dos sujetos en el negocio jurídico, en sus roles de acreedor y deudor. Si los intereses de los que concurren al acto no son opuestos sino concurrentes o paralelos, no existe contrato sino un acto complejo. Además, no puede pensarse en la libertad de elección que informa el principio de la autonomía de la voluntad, habida cuenta de la falta de independencia real de las dos empresas vinculadas mediante lo que se ha llamado contrato, pero en realidad traduce aporte de capital (...) A pesar de su aparente autonomía jurídica, la sociedad local se encuentra sin lugar a dudas en relación orgánica de dependencia con la sociedad foránea por su incorporación financiera a la sociedad dominante. Esa rela-

ción no suprime la personalidad jurídica de la sociedad dependiente, pero tampoco anula su capacidad jurídica tributaria.”.

### **5.c.2- Interpretación del alcance subjetivo del derecho impositivo argentino: El Impuesto a las Ganancias y el concepto de “Precios de transferencia”**

Al desarrollar las normas unilaterales argentinas, hemos mencionado la existencia del método de “Precios de Transferencia” y el contenido del art. 15 de la ley que incorpora dicha institución para tratar las vinculaciones entre empresas. Por esta razón sólo mencionaremos un concepto de la institución.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)<sup>50</sup> ha conceptualizado los precios de transferencia expresando que “...son los precios a los cuales una empresa transfiere bienes físicos, propiedad intangible o provee servicios a una empresa asociada”, entendiéndose por empresa asociada aquella residente en un estado que participa directa o indirectamente en el gerenciamiento, control o capital de ambas empresas.

El modelo de convención de la OCDE se funda en el “principio de plena competencia”: las transferencias internas de un grupo deben ser comparables con aquellas que serían negociadas entre empresas independientes<sup>51</sup>.

En las operaciones entre empresas vinculadas, las legislaciones tributarias consagran el principio de “arm’s length”, regla del operador independiente o la regla del precio normal de mercado abierto, denominado también como principio del trato en igualdad de condiciones, es decir como si las transacciones se realizaran como si fuesen entre entes independientes. En la realidad la Administración tributaria actúa en su función fiscalizadora sobre situaciones de hecho y la prueba de la veracidad de los “precios” de tales transacciones se convierte en una seria restricción, no obstante las pautas que para tales circunstancias ha elaborado la OCDE.

En el tema<sup>52</sup>, destacamos el caso resuelto en la Corte Suprema de la Nación de fecha 20/9/83 donde la firma «EDUARDO LOUSSINIAN» S.A.C.I.F.I.A.<sup>53</sup> (hoy Sudamericana de Intercambio S.A.C.I.F.), celebró en enero de 1974 dos contratos de compraventa con la empresa extranjera

<sup>50</sup> LÓPEZ, Alberto Rubén. Informe del Relator General. Cuarto Congreso Tributario. Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Capital Federal. Mendoza. Argentina. Abril 1996.

<sup>51</sup> GARCÍA COZZI, J, en *Precios de transferencia*, en el libro “*Reforma Tributaria del 99*”, edit. Errepar, página 93.

<sup>52</sup> CARVAJAL Aquino, *Precios de Transferencia*, campus virtual I.E.F.P.A Instituto de Estudios de las Finanzas Públicas Argentinas, edit 2007, pag 48, de edición digital en: [http://iefpa.org.ar/criterios\\_digital/monografias/aquino\\_carbajal.pdf](http://iefpa.org.ar/criterios_digital/monografias/aquino_carbajal.pdf)

<sup>53</sup> RANDO, Viviana Rosa. *Fiscalidad Internacional, los Precios de Transferencia* campus virtual I.E.F.P.A Instituto de Estudios de las Finanzas Públicas Argentinas, edit 2007, pag 25, publicación digital: [http://iefpa.org.ar/criterios\\_digital/monografias/rando.pdf](http://iefpa.org.ar/criterios_digital/monografias/rando.pdf)

A.C. Israel Rubber Company subsidiaria de A.C.L.I. Internacional incorporated, con arreglo a los cuales la segunda se comprometió a proveer mensualmente desde ese mes hasta diciembre de 1975, caucho natural y látex de caucho a un precio fijo. Posteriormente, se ha comprobado que en los principales mercados donde se comercializa el producto, el mismo había experimentado una sensible baja. Asimismo la firma en cuestión solicitaba el despacho de la mercadería objeto de los convenios referidos a los precios originales, y habida cuenta de haberse denunciado maniobras de sub y sobre facturación, la Administración Nacional de Aduanas resolvió instruir sumario a la firma y a los miembros del directorio por hacerlos responsables de ciertas infracciones, haciendo conocer dichas circunstancias, entre otros organismos, a la Dirección General Impositiva. A su vez, este organismo le intimó el pago de una suma por impuesto a las ganancias que a su criterio la firma debió retener al vendedor extranjero en ocasión de satisfacer el precio de la mercadería importada, por entender que la diferencia entre el monto abonado y el precio mayorista vigente en el lugar de origen, más los gastos de seguro, constituía, a tenor de lo dispuesto por el artículo 8° de la ley 20628, ganancia neta de fuente argentina del exportador, toda vez que no había desvirtuado la presunción de existir un vínculo económico entre éste y el importador. Al respecto, nuestro más Alto Tribunal entiende que el artículo 8°, inciso b) de la ley 20628 persigue evitar una forma específica de sustracción al impuesto a las ganancias de beneficios de fuente argentina, la vinculación económica a la que alude no puede sino referirse a la existencia entre importador y exportador extranjero de una comunidad de intereses, en la que la gestión del primero, ciertamente, importa satisfacer un fin, un objetivo común. Habida cuenta de lo expuesto en el párrafo anterior y de la concepción de atribuir al exportador extranjero el beneficio equivalente a la diferencia entre el precio pagado y el precio mayorista vigente en el lugar de origen, no es dudoso que se hallan excluido del ámbito de la norma los casos en que aquélla es falsa, estas situaciones deben ser tratadas y corregidas en el marco de las disposiciones generales de los artículos 24 y 25 de la ley 11683 (t.o. en 1974 y 1978). Aun cuando debe reconocerse la dificultad de definir las características que permiten identificar la existencia de una comunidad de intereses entre dos sujetos jurídicos independientes, no es menos cierto que tal circunstancia no puede llevar a la frustración del derecho de demostrar la inexistencia de vinculación económica que al importador y exportador confiere la norma. En función de esto último no puede razonablemente afirmarse que las diversas situaciones generadas por la aplicación del precepto deben ser analizadas a la luz de su finalidad y teniendo en cuenta las formas generalmente admitidas con manifestaciones de la existencia de un vínculo económico -entre las que se destacan la propiedad del capital, la subordinación orgánica y los convenios de integración (art. 5° de la L.12143, 33 de la L. 19550, 14 de la L. 20628, fallos 253, 218)- sin perjuicio de las medidas que se considere adecuado exigir en mérito a las particularidades de cada caso. Las pautas señaladas se presentan como razonables para tener por acredi-

tada la inexistencia de vinculación económica; pues de lo contrario cualquier diferencia de precio, por ínfima que fuera, que un importador pudiera haber obtenido en el extranjero por el libre juego de la oferta y la demanda, se tendría necesariamente que tener como prueba incontrovertible de vinculación económica, sin admitir prueba en contrario que es lo que acepta la ley. Puede concluirse que la mencionada presunción legal que implica revertir la carga de la prueba es de aplicación en el único caso en que se demuestre la existencia de vinculación económica entre el importador del país y el exportador del exterior.

Con anterioridad aunque sin la misma legislación nacional aplicable (ya que la misma recibió una fuerte reforma en los años 1998 y 1999), importante es señalar el fallo en el caso -«PRODUCTOS QUÍMICOS CIBA»-<sup>54</sup>. La actora inició las actuaciones interponiendo recurso de apelación contra las resoluciones de la Dirección General Impositiva, por las cuales se determina de oficio el impuesto sustitutivo del gravamen a la transmisión gratuita de bienes por los años 1962 y 1963 y se le intima el pago del mismo, discrepa en el criterio seguido por la Dirección General Impositiva referente a que los anticipos para impuestos deben ser considerados como activo, ya que lo trata como un pasivo provisionado. La Corte señaló: ...”Que procede acoger la pretensión de la apelante de que en el período fiscal 1963 se compute en el pasivo la provisión para el pago de la regalía de la que era beneficiaria Ciba S.A. Basilea (Suiza), y desestimar en cambio, la impugnación que se formula contra los actos liquidatorios apelados en cuanto niegan igual derecho con relación a las remesas financieras del exterior efectuadas por dicha sociedad extranjera.”. Agrega además “... de la circunstancia de que tanto el citado artículo 12 del decreto reglamentario del impuesto que motiva el recurso, como el artículo 14 de la ley de impuesto a los réditos, coloquen en una situación de paridad jurídica a una sede secundaria o sucursal de una casa matriz extranjera y a una sociedad constituida en la República, filial de una sociedad matriz extranjera, no cabe extraer lisa y llanamente, la consecuencia de que esa igualdad del trato lo es a todos los fines impositivos. Y ello, porque para llegar a tal conclusión sería menester demostrar que para el derecho tributario argentino el legislador ha querido revestir a la sede secundaria o sucursal de una casa matriz extranjera de la misma capacidad jurídico tributaria que tiene, según se verá, la sociedad filial pasando por alto que aquélla, a diferencia de ésta, tiene como único relieve jurídico el de ser parte de la empresa misma -extranjera- aun cuando dislocada territorialmente en sedes diversas de aquellas en que se encuentra la empresa principal (empresa-madre); con el efecto de que no hay distinción, como no sea contable, entre obligaciones y derechos de la una y obligaciones y derechos de la otra». Agrega en relación al particular tema de regalías y control societario: “... podría sostenerse que careciendo la sucursal de personalidad jurídico- tributaria, resultaría inadmisibles un contrato de licencia de uso y goce de patentes o marcas en virtud del cual se le

<sup>54</sup> E.D., t. 45, pág. 399.

impusiera la obligación de pagar un derecho a la sociedad anónima extranjera de la que no es sino un dislocamiento territorial. ... en autos la beneficiaria de la regalía es una sociedad matriz de la apelante en cuanto ha concurrido a constituir la mediante la adquisición de la casi totalidad de las acciones emitidas o en cuanto es titular...se da así un fenómeno de «dominio» o «control». Que sin embargo, a la existencia de esa relación de subordinación orgánica no cabe concluir, contrariamente a lo que pretende el fisco, que para la determinación de la base imponible del gravamen de que se trata deben aniquilarse, sin más, los negocios jurídicos concertados entre la sociedad argentina y la sociedad extranjera, o sea que deba prescindirse de las relaciones que puedan vincular a ambas a través de contratos de préstamos y de licencias por el uso de patentes y marcas, de las que es propietario el ente extranjero...Que tanto, el propio artículo 12, que se invoca como fundamento de las resoluciones apeladas, como el artículo 14 de la ley de réditos, obligan a distinguir, tanto en el supuesto de sucursales como en el de sociedades filiales, entre operaciones normales o regulares y anormales o irregulares de tal suerte que si, por ejemplo, el interés pactado en virtud de un préstamo otorgado por la sociedad extranjera o de regalía convenida con la filial o el precio de los bienes transferidos excedieran de los que se hubieran concertado entre empresas separadas o independientes, deberán reducirse porque de otra manera la relación de subordinación orgánica en que se encuentra la filial con la sociedad madre no representaría sino un expediente para eludir o reducir, a través de un pasivo indebidamente abultado, la imposición que para los beneficios y el capital han fijado las leyes de la República.”. Con ello se descarta la aplicación de la teoría del órgano (Organtheorie): “...porque esa teoría no tiene aplicación alguna en el derecho fiscal argentino, ni en el impuesto que viene gobernado por la regla del artículo 14 de la Ley 11.682, ni en aquel en que rige la del artículo 12 del decreto reglamentario que se invoca por el fisco. Que en consecuencia, tanto con respecto a las regalías pactadas correspondientes, sin duda, a una efectiva prestación de tecnología por parte de la sociedad extranjera, como con relación a la pretendida financiación externa, se impone examinar si tal como lo establece el artículo 12 del decreto reglamentario, se está en presencia de operaciones normales, esto es, si esas operaciones revisten el carácter que tendrían si se tratara de empresas separadas o independientes”<sup>55</sup>.

<sup>55</sup> Continúa el fallo en su decisorio final: “Que con respecto a las primeras, la respuesta no puede ser sino afirmativa por haber quedado probado con la pericia contable de fs. 150/3, que las regalías (royalty), constituidas por un porcentaje sobre las ventas efectuadas por la apelante, no superan «en ningún caso el 7% determinado como tope en el párrafo 3° del artículo 5° de la ley 17189», relativa al régimen de comercialización de medicamentos. Que en consecuencia, de lo que se trata es de verdaderas participaciones bajo la apariencia de créditos, participaciones efectuadas con la finalidad de ampliar las dimensiones de la sociedad filial y que se aplicaron en su momento al pago por suscripción de nuevas acciones a realizar aumentos de capital.”.

### **5.c.3.- La transferencia de ingresos a favor de un fisco extranjero y la aplicación del impuesto a las ganancias en Argentina**

En este sentido la CSJN en el caso SERVICIOS DE TRANSPORTE MARÍTIMO ARGENTINA - BRASIL C/ FISCO NACIONAL (D.G.I.) S/ DIRECCIÓN GENERAL IMPOSITIVA, sentenció, haciendo suyos los argumentos del dictamen del Procurador General. El dictamen interpretó que el art. 20, inc. f), de la Ley 20.628, fijaba su sentido en explicitar el concepto de «beneficio público», considerar que resulta procedente, toda vez que del Estatuto de la entidad binacional de Servicios de Transporte Marítimo Argentina-Brasil surge claramente el propósito de «beneficio público» que persigue el organismo (actor en autos). Respecto de la inteligencia de la norma de rito tributaria, art. 106 de la ley 11.683: «el remedio carece de fundamentos suficientes... tal disposición establece que: “... “las exenciones totales o parciales de tributos, otorgadas o que se otorguen, no producirán efectos en la medida en que pudiera resultar una transferencia de ingresos a fiscos extranjeros, sin perjuicio de lo que al respecto establezcan expresamente las leyes de los distintos gravámenes. Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación cuando afecte acuerdos internacionales suscriptos por la Nación en materia de doble imposición». Es del caso que el a quo consideró que no había transferencia de ingresos a favor de un fisco extranjero porque la sede de la actora en la República Federativa del Brasil se encontraba exenta del impuesto a las ganancias, extremo éste no cuestionado por la demandada. Desde tal perspectiva, a mi juicio, el recurso carece de debida fundamentación autónoma, pues no rebate el argumento central de la sentencia cuya revocación pretende pues, si bien admite la existencia de la exención en el extranjero y, por ende, la inexistencia de transferencia de ingresos a la República Federativa del Brasil, no se hace cargo de tal premisa que, precisamente, es el fundamento que apoya el pronunciamiento recurrido.

### **5.c.4.- Impuesto sobre los Bienes Personales no incorporados al proceso económico**

La ley de Impuesto sobre los Bienes Personales incluye en la base imponible del gravamen correspondiente a las acciones o participaciones en el capital de las sociedades regidas por la Ley 19.550, cuyos titulares sean personas físicas y/o sucesiones indivisas domiciliadas en el país o en el exterior y/o sociedades y/o cualquier otro tipo de persona de existencia ideal, domiciliada en el exterior. Por Ley 25.585 (B.O. 15/5/02) se incorporó a la mencionada ley el artículo 1 s/n a continuación del artículo 25 generando una importante modificación respecto de la forma en que los titulares de participaciones societarias de cualquier tipo y explotaciones unipersonales determinarán e ingresarán el impuesto sobre los Bienes Personales.

En líneas generales en las causas que comentaremos<sup>56</sup> seguidamente

<sup>56</sup> DI GENARO, Fabián, *El impuesto sobre bienes personales a las participaciones accionarias de sujetos del exterior*, eldial.com, biblioteca virtual, doctrina Derecho Tributario.

el contribuyente entendía que no correspondía la aplicación del impuesto al patrimonio sobre la tenencia de su accionista del exterior por tratarse de una sociedad del exterior amparada por las cláusulas de no discriminación prevista en el convenio que resultaba aplicable.

En HOECHST A.G. C/ D.G.I. S/ JUICIO DE CONOCIMIENTO<sup>57</sup>, la CSJN señaló en función del art. 14 de la ley del impuesto sobre el patrimonio neto, que “contempla a las personas de existencia visible domiciliadas en el exterior que sean titulares directos de bienes en el país, y también a los que posean de manera indirecta tales bienes, a través de participaciones en el capital social o equivalente de sociedades, empresas, establecimientos estables, patrimonios de afectación o explotaciones domiciliados o, en su caso, radicados en el exterior. En este segundo supuesto, la ley presume de derecho sin admitir prueba en contrario, que estos últimos, radicados o ubicados en el exterior, pertenecen de manera indirecta a personas físicas domiciliadas en el exterior o a sucesiones indivisas allí radicadas, creando la figura del responsable sustituto.... La presunción legal absoluta se basa en la necesidad de llegar a identificar el sujeto pasivo - titular de los bienes situados en el país- evitando que la obligación tributaria se desvanezca en razón de la personalidad ideal del titular radicado en el extranjero. No existe ningún propósito discriminatorio sino la finalidad de hacer efectiva la percepción del gravamen respecto del dueño -radicado en el extranjero- de ese patrimonio situado en el país, tal como el impuesto al patrimonio neto alcanza a la persona física domiciliada en la República, titular de acciones representativas de capital social de entidades domiciliadas en el país”<sup>58</sup>. Puede incluso apreciarse en el voto de la minoría la mención de que «...las ficciones son ... un importante medio de llevar a cabo radicales repercusiones de las administraciones fiscales más allá de sus propias fronteras...».

No pareciera así que nuestra jurisprudencia pudiera avalar que la gravabilidad de los sujetos del exterior en el impuesto sobre los bienes personales por sus tenencias accionarias del país, calificara eventualmente como un tratamiento discriminatorio o menos favorable para aquellos, ello sin perder de vista que, sin embargo, la pretendida gravabilidad de las personas físicas del exterior bajo el esquema finalmente instrumentado al

<sup>57</sup> Fallo del 28 de abril de 1998.

<sup>58</sup> En el caso, se resuelve que: “...no puede sostenerse que una empresa de derecho argentino, cuyo capital pertenece en todo o en parte, en forma directa o indirecta, a uno o más residentes en la República Federal de Alemania, esté sujeta en virtud del citado art. 14 *sub examine* a una obligación más gravosa que aquella que pesa sobre otra empresa argentina similar, esto es, de capital perteneciente a personas residentes o radicadas en el extranjero. En el período que interesa, ambas estaban sujetas al impuesto sobre los capitales - art. 13 de la Ley 21.287- y en ambos casos la obligación que el art. 14 de la Ley 21.282, modificada por la Ley 23.297, les impuso como responsables sustitutos -una tasa de 2% como pago único y definitivo, comprensiva de un 0,5% por encima del 1,5% de la alícuota del impuesto sobre los capitales pesaba en última instancia sobre el titular ubicado en el extranjero y no sobre la persona jurídica domiciliada en la Argentina...”.

efecto en este gravamen, culmina en algunos casos sujetando a dichas personas sobre la base de una tenencia indirecta, que por tanto y seguramente diferirá de la gravabilidad que le hubiera correspondido por su tenencia directa, en el caso que esta persona hubiera sido un sujeto del país. Además podrían existir limitaciones societarias en los países extranjeros involucrados, para el eventual traslado del impuesto a la persona física finalmente titular de la inversión.

### **5.5. La Tributación en nuestro país de las Organizaciones Internacionales**

La CSJN en su actual conformación otorgó inmunidad tributaria a una organización internacional dejando sin efecto una decisión previa de la Cámara Nacional de Apelaciones, que había ordenado a la Corporación Financiera Internacional (CFI) pagar la tasa de justicia por su actuación ante los tribunales nacionales en el caso -CORPORACIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL C/ ARAGÓN LUIS ALBERTO FACUNDO S/ RECURSO DE HECHO-. Para resolver el caso la Corte hizo suyos los fundamentos del dictamen de la Procuradora Fiscal. Así, consideró que la CFI es una institución asociada al Banco Mundial cuya misión es fomentar la inversión sostenible en el sector privado de los países en desarrollo, reducir la pobreza y mejorar la calidad de vida de la población a través del otorgamiento de créditos, la financiación y el asesoramiento. La Corte, sin profundizar el análisis de la traducción adjunta a la ley 14.842, se remitió directamente a la finalidad del Convenio Constitutivo de la CFI. En el documento original consta la inmunidad a toda clase de impuestos en los países que suscribieron el Convenio Constitutivo de la Corporación. Fue por ello que, en primer lugar, la Corte ratificó la validez de la adhesión a aquel Convenio original. Reconoció que la concesión de inmunidades y privilegios a la CFI por parte de los Estados contratantes constituía un mecanismo para lograr su objetivo de fomento y desarrollo económico. Como el pago de la tasa de justicia exigido derivaba del cumplimiento de su misión, (en este caso, provenía de un reclamo por parte de la CFI tendiente a recuperar lo invertido en una empresa privada que no cumplió sus obligaciones), debía quedar amparado por la dispensa en análisis.

Este fallo, sienta un precedente para otros organismos internacionales, en la medida en que estén inmunes a la carga impositiva, se reducirán sus costos operativos, con el consecuente aumento de sus actividades en el país.

## **5. CONCLUSIÓN**

Ha sido nuestra intención a partir del presente trabajo poner de manifiesto la participación de caracteres comunes de las ramas del Derecho Internacional Privado y el Derecho Fiscal Internacional, y la necesidad de un estudio amplio que las incluya a ambas como partes de un todo armónico.

La soberanía fiscal o dicho con otros términos, el poder de determina-

ción de la jurisdicción impositiva, ha cedido en los últimos tiempos ante la necesidad de establecer, a través de convenios internacionales, normas que armonicen los conflictos de soberanías tributarias y posibiliten una mejor convivencia entre los estados que conforman la comunidad internacional, respetando el derecho que asiste a los particulares a asentar sus negocios y actividades lucrativas donde más lo deseen.

Asimismo, el desarrollo de la doctrina de nuestra Corte Suprema en la interpretación de los convenios y de los conflictos fiscales con personas jurídicas residentes de otros estados, tiende a aportar una visión general de los cambios que se han ido produciendo de acuerdo con las diversas épocas y legislaciones vigentes a nivel local y por los diferentes sistemas normativos creados a partir de la celebración de tratados y convenios tendientes a evitar la doble tributación internacional.

### BIBLIOGRAFÍA

- ARENDT, Wolfgang: *Zum Qualifikationsproblem im deutschen internationalen Steuerrecht*, «Steuer und Wirtschaft I», 1959.
- BAKER, Philip: *Double Taxation Agreements and International Tax Law: a Manual on the OECD Model Tax Convention on Income and on Capital of 1992*, 2da edición, Londres 1994.
- BARROS CARVALHO, Paulo de: *Curso de direito tributario*, 13era. ed., Saraiva, Sao Paulo, 2000
- BATISTA MACHADO, João: *Lições de direito internacional privado*, Almedina 2009 3.ª Edição Actualizada - 3.ª Reimpressão .
- BERLIRI, Antoniuo: *Principi di diritto tributario*, Milano, 1952.
- BISCOTTINI, Giuseppe: *Diritto amministrativo internazionale*, Padova, 1966
- BOGGIANO, Antonio: *Derecho Internacional Privado*, LexisNexis - Abeledo-Perrot 2006, 5ª ed.
- BÜHLER, Ottmar: “Internationales Steuerrecht (IStR) und In-ternationales Privatrecht (IPR). Ein systematischer Versuch”, «BIFD», XI, separata XIII, Amsterdam, 1960, ps. 46 y 47.
  - Principios de Derecho Internacional Tributario, Madrid, 1968
  - “Um die Prinzipien in Internationalen Steuerrecht”, en *Archiv für Schweizerisches Abgabenrecht*, 1960, XXVII, p. 324
- CARVAJAL, Aquino: “Precios de Transferencia”, campus virtual I.E.F.P.A Instituto de Estudios de las Finanzas Públicas Argentinas, edit 2007, pag 48, de edición digital en [http://iefpa.org.ar/criterios\\_digital/monografias/aquino\\_carbajal.pdf](http://iefpa.org.ar/criterios_digital/monografias/aquino_carbajal.pdf)
- DÍAZ VICENTE, Oscar: *El comercio electrónico y sus efectos en las relaciones tributarios internacionales*, Ediciones Macchi, 2001.
- DI GENARO, Fabián: “El impuesto sobre bienes personales a las partici-

- paciones accionarias de sujetos del exterior”, eldial.com, biblioteca virtual , doctrina Derecho Tributario.
- ENNIS, Humberto Maria: *Derecho Internacional Privado*, Ediciones Nuevo Destino 1953 La Plata, Pag. 571.
  - FERNÁNDEZ, Fernanda: “Las Actividades Ilícitas y su Gravabilidad” , eldial.com, biblioteca virtual , doctrina Derecho Tributario, año 2000, publicado el 3 de julio.
  - GARBARINO, Carlo: *La tassazione del reddito transnazionale*, Padova, 1990.
  - GARCÍA COZZI, J: en “Precios de transferencia”, en el libro “Reforma Tributaria del 99”, edit. errepar
  - GOLDSCHMIDT, Werner: *Derecho de la Tolerancia basado en la teoría Trialista del Mundo Jurídico. Derecho Internacional Privado*, Novena edición ampliada Lexis Nexis Depalma edición año 2003.
  - GUTIÉRREZ, Mariana: “Tendencias de Equidad en el Derecho Tributario Internacional”, Boletín informativo AAEF Asociación Argentina de Estudios Fiscales, Julio 2002.
  - HOBBS, Thomas: *Leviathan* (London, 1651), Oxford, 1958.
  - ISAY, Ernst: “Zwischenprivatrecht und Zwischenverwaltungsrecht”, en Festgabe für, 1923.
  - JALLES, María I.: “A plurilocalizacão e a deslocalizacão espacial das situações jurídicas internacionais”, Revista de Direito e Economia, n- 1, 1975, p. 65.
  - KNECHTLE, Arnold A.: *Basic Problems in International Fiscal Law*, Deventer-The Netherlands, 1979.
  - LAFFAY, Gerald: *Capire la globalizzazione*. Milano, 1996.
  - LEWALD, Hans: “*Règles générales de conflits de lois*”, «Recueil des Cours», 1939, t. III, p. 132.
  - LITVAK, J José D.: “Ley 25795. Reforma a la Ley de Procedimiento Fiscal - Parte 2”, en Reforma Tributaria: Ley N° 11.683 y nueva figura de Asociación Ilícita 11 de febrero de 2004. De publicación digital en: [http://www.consejo.org.ar/Bib\\_elect/febrero04\\_CT/texto2-2\\_1102.htm](http://www.consejo.org.ar/Bib_elect/febrero04_CT/texto2-2_1102.htm)
  - LÓPEZ, Alberto Rubén: Informe del Relator General. Cuarto Congreso Tributario. Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Capital Federal. Mendoza. Argentina. Abril 1996.
  - MAGALHAES COLLACO, Isabel de: *Da qualificação em direito internacional privado*, Lisboa, 1964.
  - MANN, Frederick A.: “Doctrine of Jurisdiction in International Law”, en Studies in international law, Oxford, 1973.
  - MARINI, Phillipe: *La concurrence fiscale en Europe*. Senado Francés, doc. n- 483, 1998-1999.
  - MARQUES DOS SANTOS Antonio: *As normas de aplicação imediata no Direito Internacional Privado. Esboço de uma teoria geral*, Coimbra, 1991.

- MARQUES DOS SANTOS, Antonio: *Breves considerares sobre a adaptacáo em direito internacional privado*, Lisboa, 1989.
- MICHEU, G. A.: «Problemi attuali di diritto tributario nei rapporti internazionali», en *Dir. Prat. Trib.*, 1965, I, p. 221.
- MOURA RAMOS RUI, Manuel Gens: *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional*, Coimbra, 1990
- MOYANO, Julio Guillermo: "Intereses presuntos en grupos económicos", Diario Ámbito Financiero: Martes 23 de Mayo de 2006, publicado en ambito web: <http://www.ambitofinanciero.com/seccionesespeciales/suplementos/novedadesfiscales/ampliar.asp?id=1061>
- PÉREZ-BEVIÁ, José A.: *La aplicación del derecho público extranjero*, Madrid, 1989.
- RANDO, Viviana Rosa: "Fiscalidad Internacional, los Precios de Transferencia" campus virtual I.E.F.P.A Instituto de Estudios de las Finanzas Públicas Argentinas, edit 2007, pag 25, publicación digital: [http://iefpa.org.ar/criterios\\_digital/monografias/rando.pdf](http://iefpa.org.ar/criterios_digital/monografias/rando.pdf)
- ROMERO DEL PRADO, Victor N.: *Manual de Derecho Internacional Privado*, ed. La Ley 1944.
- SACCHETTO, Claudio: "El Principio de Territorialidad", en Impuestos sobre el Comercio Intencional, coordinadores UCKMAR VICTOR y otros, editorial Ábaco de Rodolfo Depalma SRL, Ciudad de Buenos Aires, 2003
- "Territorialità (diritto tributario)", Enc. Del Dir. 1992, T XLIV, p. 313.
- *Tutela all'estero della pretesa tributaria nello spazio*, Padova, 1978.
- SAVIGNY, Federico: *Sistema del Derecho Romano actual*, Durán y Bas, Manuel (pról.), 3 vols., ISBN: 84-96012-42-5, Reimpresión de la edición de Madrid, Centro editorial de Góngora.
- SKAAR, Arvid S.: *Permanent Establishment Erosion of a Tax Treaty Principle*, Oslo, Deventer, 1991.
- SPITALER, Armin: *Das Doppelbesteuerungsproblem bei den direkten Steuern*, Reichenberg, 1936.
- TANZI, Vito: "Globalizzazione e Sistemi fiscali", colección Studi e ricerche, Banca Etruria, Arezzo, 2002.
- TORRES, Heleno: "A pluritributacao internacional e as medidas unilaterais de controle", en Corso di diritto tributario internazionale, dirigido por V. -UCKMAR, 2da. ed., 2002, ps. 185 y ss
- TORRES, Heleno: *Pluritributacáo International sobre as rendas de empresa*, 2da. ed., Sao Paulo, 2001.
- UCKMAR, Victor: "I trattati internazionali in materia tributaria", en Trattato di diritto tributario (coordinado por A. AMATUCCI), Padova, 1994, t. II, vol. 1.
- VILLEGAS, Héctor B.: *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*, Tomo Único, 6ª edición ampliada, ediciones Depalma Buenos Aires 1997, pag. 481.

- VOET Paulus: *De Status eorumque concorsu liber singularis*, Amsterdam, 1661.
- VOGEL Klaus: *Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm*, Frankfurt/Berlin, 1965.
  - *On Double Taxation Conventions*, Deventer, 1997.
- VON POSER/GROSS-NAEDLITZ, *Der Qualifikationskonflikt bei DBA*, München, 1972.

BLANCA

---

**XXI° Congreso Argentino de Derecho Internacional**  
***Dr. Enrique Ferrer Vieyra***  
***Asamblea General Ordinaria de la Asociación de***  
***Derecho Internacional - 2009***  
**Facultad de Derecho y Ciencias Sociales**  
**de la Universidad Nacional de Córdoba.**  
**Córdoba, 1, 2 y 3 de Octubre de 2009**

---

BLANCA

**PALABRAS DE APERTURA DEL XXI CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL Y DE LA ASAMBLEA GENERAL ORDINARIA 2009, DEL SEÑOR PRESIDENTE DE LA ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO INTERNACIONAL - A.A.D.I.**

*Dr. Armando Daniel Abruza*

Es un alto honor para mí encontrarme hoy en esta prestigiosa Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, uno de los testimonios históricos dejados por los Padres jesuitas, fundada en 1613 y declarada la primera Casa de Estudios del país, para inaugurar el *XXI Congreso Argentino de Derecho Internacional y la Asamblea General Ordinaria de la Asociación* correspondiente al año 2009.

En esta oportunidad el Congreso Argentino de Derecho Internacional se realiza en homenaje al Dr. ENRIQUE FERRER VIEYRA, un gran hombre del Derecho que dedicó su vida a la defensa de los intereses de la Nación y de cuya fidelidad dio sobrada prueba a través de la acción, la palabra y su pluma; basta mencionar su libro *Las Islas Malvinas y el Derecho Internacional*. También dedicó parte de su vida al estudio y a la enseñanza del derecho internacional; fue Miembro fundador y Presidente de la AADI y por varios períodos nos acompañó en la composición del Consejo Directivo.

En unos momentos, le brindaremos el cálido reconocimiento que merece a través de una exposición de su semblanza. En su memoria los invito a guardar un minuto de silencio.

Muchas gracias.

Para quien les habla, tomar el nombre del Dr. ENRIQUE FERRER VIEYRA como patrono de este Congreso es todo un símbolo. El Embajador ENRIQUE FERRER VIEYRA fue elegido Presidente de la AADI en 1999 en Mar del Plata, mi ciudad natal, en ocasión de la celebración del *XV Congreso Ordinario de*

*la Asociación y XI Congreso Argentino de Derecho Internacional «Presidente Dr. Juan Carlos Puig»* y, diez años después, mi mandato como Presidente de la AADI finaliza en Córdoba, su ciudad natal. Durante ese ciclo, que no concluye precisamente hoy, con sus enseñanzas y ejemplo, desde la Presidencia con que se me honró, dirigí mis esfuerzos hacia el fortalecimiento de la excelencia científica y, al propio tiempo, para garantizar, a veces con mayor éxito que en otras, que en el ámbito de la Asociación prevalecieran el diálogo, la tolerancia y, principalmente, el reconocimiento del derecho a disentir; en definitiva, he intentado impulsar el afianzamiento de la armonía y de un espíritu democrático, que de una vez por todas coadyuven a evitar que un pretendido academicismo enciclopédico suprima la creatividad.

Sólo así será posible alcanzar una genuina plenitud, lanzada al porvenir, que tenga por protagonistas a nuestros jóvenes juristas. Cabrá a ellos, con las enseñanzas de los no tan jóvenes, desarrollar en profundidad la ciencia jurídica que, a partir de niveles de excelencia y con una necesaria cuota de realismo, haga posible asegurar la consecución de la Paz, objetivo último del derecho internacional, y preservar debidamente los intereses de la Nación, no a partir de la mezquindad del trabajo en clanes, sino a partir de un equipo único, el de la Patria. Jóvenes juristas de la AADI: no queda mucho más tiempo.

Como ex Vicerrector de una Universidad Nacional y como Presidente de la AADI, debo confesar que me resulta muy significativo el hecho de que este encuentro se realice en la ciudad de Córdoba, protagonista de acontecimientos de relevancia histórica, como la Reforma Universitaria de 1918. Con la mente puesta en el Dr. FERRER VIEYRA, no puedo dejar de señalar que el 21 de julio de 2006, en ocasión de la XXX Reunión del Consejo del Mercado Común, los Jefes de Estado del Mercosur y Estados Asociados, reunidos en esta ciudad de Córdoba, reiteraron su firme compromiso con los valores de la integración, la paz, el fortalecimiento del multilateralismo, el desarrollo, la democracia y los derechos humanos. En este contexto, renovaron su compromiso con la Declaración de los Presidentes de los Estados Partes del Mercosur y Bolivia y Chile, firmada el 25 de junio de 1996 en Potrero de los Funes, denominada «Declaración sobre Malvinas», reafirmando su respaldo a los legítimos derechos de la República Argentina en la disputa de soberanía a que se refiere la Cuestión de las Islas Malvinas. Asimismo, recordaron el interés hemisférico en que la prolongada disputa de soberanía entre la República Argentina y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte sobre las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur y los espacios marítimos correspondientes, alcance una pronta solución de conformidad con las resoluciones de las Naciones Unidas y las declaraciones de la Organización de los Estados Americanos.

Reitero, es para mí un orgullo inmenso que la última actividad académica que me toca presidir tenga su sede en Córdoba, la ciudad del patrono de este Congreso.

El término «congreso» significa que nos hemos congregado; que han venido profesores desde distintos lugares trayendo distintas perspectivas del derecho internacional y de la vida para deliberar y obtener conclusiones. Así, contamos hoy con la presencia de destacados especialistas que han llegado desde casi todas las provincias de nuestro país y, algunos, del exterior.

Los temas del Congreso me parecen altamente convocantes: *«El sistema de solución de controversias en materia de inversiones. Panorama actual y proyecciones»*, *«Jurisdicción internacional, ley aplicable y cooperación en materia de obligaciones alimentarias»*, *«Crisis financiera y cambios políticos internacionales. El papel de las Organizaciones Internacionales»*, *«La normativa sobre medio ambiente en el derecho del Mercosur y su aplicación en los laudos arbitrales»*, *«Las reparaciones en el derecho internacional de los derechos humanos»*, *«Evaluación del aprendizaje: sistema de respuestas múltiples (Multiple choice)»*.

Es evidente que las líneas temáticas de este encuentro son de carácter económico y, también, de derechos humanos: solución de controversias en materia de inversiones, crisis financiera, obligaciones alimentarias, integración y medio ambiente, reparaciones en derechos humanos. Todos estos temas reflejan en gran medida la problemática que considero central en la cultura de este tiempo. Si se me preguntara sobre los grandes problemas de este tiempo, yo diría que son, por un lado, mercado, economía, explotación de recursos, desarrollo sustentable y medio ambiente y, por el otro, derechos humanos y democracia. La difícil compatibilización de éstos es el desafío que hoy nos toca enfrentar para poder crecer en paz. Si las deliberaciones que tendrán lugar en este encuentro de especialistas coadyuvan a lograrlo, habremos cumplido con uno de los principales objetivos de la Asociación, cual es el contribuir a la formación de una conciencia colectiva que procure la solución de los problemas internacionales en paz a través del Derecho y de la Justicia, y el afianzamiento de los valores fundamentales de la República.

No puedo finalizar estas palabras sin expresar nuestro más profundo reconocimiento a las autoridades de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, por habernos brindado la posibilidad de contar con este ámbito académico, a los miembros de la Comisión Organizadora presidida por el Dr. ERNESTO REY CARO, por el gran esfuerzo cumplido en aras de una impecable organización de este encuentro académico y, muy especialmente, a los señores Relatores, sin cuya inestimable cooperación hubiera resultado muy difícil, si no imposible, materializar este objetivo que la AADI, con decidido empeño, se propuso alcanzar.

Señores: en nombre de la Asociación Argentina de Derecho Internacional declaro inaugurado el XXI Congreso Argentino de Derecho Internacional y la Asamblea General Ordinaria correspondiente al año 2009.

Muchas gracias.

BLANCA

**ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO INTERNACIONAL  
XXI CONGRESO ARGENTINO  
DE DERECHO INTERNACIONAL  
ASAMBLEA GENERAL ORDINARIA 2009**

**MEMORIA DEL PERÍODO ESTATUTARIO 2007-2009**

Señores miembros de la A.A.D.I.:

A efectos de dar cumplimiento a lo normado en los artículos 25 del Estatuto, 14 del Reglamento Interno y concordantes de ambos, el Consejo Directivo que en el día de hoy finaliza su mandato presenta por mi intermedio a vuestra consideración la siguiente Memoria de la labor realizada por la Asociación Argentina de Derecho Internacional durante el período estatutario 2007-2009.

**I. MARCO GENERAL:**

La tarea desarrollada ha dado cumplimiento a las normas estatutarias y reglamentarias, atendiendo especialmente a la consecución de los fines de la Asociación establecidos en el artículo 3 del Estatuto.

**II. FUNCIONAMIENTO NORMATIVO:**

**1. Composición del Consejo Directivo y el Revisor de Cuentas:**

De conformidad con la elección de autoridades efectuada el día 28 septiembre de 2007, en ocasión de la realización del *XIX Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y XV Congreso Argentino de Derecho Internacional «Dr. Carlos Bernardo Guastavino - Dr. Gualberto Lucas Sosa»*, que tuvieron lugar en la ciudad de Mar del Plata del

27 al 29 de septiembre de 2007, el Consejo Directivo tiene la siguiente composición: Presidente, el suscripto, Vicepresidente: Dra. María Elsa Uzal, Secretario: Dr. Luis Cruz Pereyra, Prosecretario: Dr. Alejandro Aldo Menicocci, Tesorero: Dr. Jorge Stahli, Protesorero: Dr. Felipe Juan Amormino, Consejeros: Dres. Analía Noemí Consolo, Marcelo Daniel Iñiguez, María Blanca Noodt Taquela, Arturo Santiago Pagliari, Jorge Oscar Paladino y Beatriz Pallares; Directores de Sección: Dr. Ariel Ricardo Mansi (Derecho Internacional Público), Dr. Roberto Armando Vicario (Derecho Internacional Privado), Dr. Pedro Rodolfo Casas (Relaciones Internacionales), Dr. Luis Ignacio Savid-Bas (Derecho de la Integración), Dra. Graciela Chalita (Documentación, Metodología y Enseñanza del Derecho internacional) y Dr. Víctor Bazán (Derechos Humanos); Revisor de Cuentas: Dra. Sonia Moreno (Titular), Dr. Enrique Mussel (Suplente).

Los Comités de Sección están constituidos por los miembros que a continuación, en cada caso, se detallan: Sección de Derecho Internacional Público: Dra. Adriana Castelanelli (Secretaria), Dres. Laura Aguzín, Liliana Bertoni y José María Sabat (Vocales); Sección de Derecho Internacional Privado: Dra. Mariela Rabino (Secretaria), Dres. Pablo De Rosas, María Susana Najurieta y Liliana Rapallini (Vocales); Sección de Relaciones Internacionales: Dr. Guillermo Tito (Secretario), Dres. Alejandro Canio, José Dobovsek y Guillermo Rossi (Vocales); Sección de Derecho de la Integración: Dr. Alberto Moreira (Secretario), Dres. Mariela Calderón, Alberto Monsanto y Cecilia Inés Silberberg (Vocales); Sección de Documentación, Metodología y Enseñanza del Derecho Internacional: Dra. Paula All (Secretaria), Dras. Dominique Arnaud, Carolina Iud y Elizabeth Ostachi (Vocales); Sección de Derechos Humanos: Dra. Marta Tejerizo (Secretaria); Dres. Fabián Salvioli, Saideh Saleh Ebrahimi y Susana Sartori (Vocales).

**2. Reuniones del Consejo Directivo:** Cumpliendo con lo establecido en el artículo 29 del Estatuto, el Consejo Directivo se reunió los días 15 de marzo de 2008 en Rosario, 10 de mayo de 2008 en La Plata, 5 de julio de 2008 en Rosario, 13 de septiembre de 2008 en Buenos Aires, 14 de noviembre de 2008 en Rosario, 14 de marzo de 2009 en Mar del Plata, 16 de mayo de 2009 en Rosario, 8 de agosto de 2009 en Córdoba y 1º de octubre de 2009 en Córdoba.

**3. Miembros:** En el XIX Congreso Ordinario de la Asociación, realizado el 29 de septiembre de 2007 en Mar del Plata, se aprobó la incorporación de once (11) nuevos miembros titulares, catorce (14) nuevos miembros asociados y seis (6) nuevos miembros correspondientes. Asimismo, se aprobaron nueve (9) cambios de categoría, de miembros asociados a titulares.

La Asamblea General Ordinaria que tuvo lugar el 14 de noviembre de 2008 en Rosario, aprobó por unanimidad la incorporación de tres (3) nuevos miembros titulares, diecinueve (19) nuevos miembros asociados y dos (2) nuevos miembros correspondientes. La Asamblea General también aprobó cuatro (4) cambios de categoría, de miembros asociados a titulares.

Durante el período de esta Memoria fallecieron los miembros titulares Dres. Calixto Armas Barea, Roberto Bartolomeo Carlomagno y Enrique Ferrer Vieyra, habiendo hecho llegar la Asociación sus condolencias a las respectivas familias.

**4. Actualización del padrón:** Durante el período de esta Memoria se continuó trabajando en la actualización del padrón de miembros de la Asociación, en el marco de lo establecido en los artículos 19 y 20 del Estatuto y artículos 5 y 7 del Reglamento, habiéndose contado para ello con el permanente esfuerzo y dedicación de los Dres. Roberto Armando Vicario y Jorge Stähli.

**5. Regularización institucional:** El Secretario Dr. Luis Cruz Pereyra, el Prosecretario Dr. Alejandro Aldo Menicocci y el Tesorero Dr. Jorge Stähli realizaron las gestiones tendientes a regularizar la situación de la A.A.D.I. ante la Dirección General de Personas Jurídicas de la Provincia de Santa Fe, a efectos de llevar en legal y debida forma los libros sociales correspondientes.

**6. Reforma del Estatuto de la Asociación:** La Asamblea Extraordinaria que tuvo lugar el día 29 septiembre de 2007 en la ciudad de Mar del Plata, en ocasión de la realización del *XIX Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y XV Congreso Argentino de Derecho Internacional «Dr. Carlos Bernardo Guastavino - Dr. Gualberto Lucas Sosa»*, aprobó la reforma del Estatuto de la Asociación propuesta por el Consejo Directivo sobre la base de un anteproyecto previo elaborado por una Comisión ad-hoc integrada por los Dres. Luis Ignacio Savid-Bas y Jorge Giner. El texto del nuevo Estatuto se encuentra a disposición de todos los miembros en la página web de la Asociación [www.aadi.org.ar](http://www.aadi.org.ar) y en la sede de la A.A.D.I., sita en calle Córdoba 2020 de la ciudad de Rosario.

**7. Reforma del Reglamento de la Asociación:** En la reunión de Consejo Directivo que tuvo lugar el día 15 de marzo de 2008 en Rosario, el Dr. Roberto Vicario presentó un Proyecto de Reforma del Reglamento de la Asociación, al que se le sumaron los aportes que hizo llegar el Dr. Luis Ignacio Savid-Bas, en razón de que el vigente había quedado desactualizado tras la reforma del Estatuto aprobada en la Asamblea extraordinaria llevada a cabo en la ciudad de Mar del Plata el día 29 de septiembre de 2007. En el Orden del Día de todas y de cada una de las reuniones del Consejo Directivo realizadas durante el período de esta memoria, se incluyó como tema de especial tratamiento el estudio y análisis de dicho proyecto para poder adaptar el Reglamento a los términos y organización del nuevo Estatuto. El nuevo Reglamento de la Asociación fue aprobado por el Consejo Directivo en la reunión realizada en Córdoba el día 1º de octubre de 2009.

**8. Comité de Redacción del Anuario Argentino de Derecho Internacional:** Con motivo de la vacante producida en el Comité de Redacción del Anuario Argentino de Derecho Internacional por el fallecimiento del Dr. Calixto Armas Barea, el Consejo Directivo, en reunión celebrada el 8 de agosto de 2009 en Córdoba, resolvió designar en su lugar al Dr. Gustavo

Enrique Barbarán por el período que resta para completa el mandato, conforme lo establece el artículo 2 del Reglamento del Anuario. Posteriormente, el Dr. Barbarán aceptó su designación.

Con fecha 9 de septiembre de 2009, el Dr. Julio Barberis hizo llegar a la Dirección del Anuario su renuncia al cargo de miembro del Comité de Redacción, por razones de salud. El Consejo Directivo, en reunión celebrada el 1º de octubre de 2009 en Córdoba, designó en su lugar al Dr. José María Sabat para cubrir la vacancia hasta completar el período del mandato.

**9. Cuota social:** De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 29, inciso f, del Estatuto, en la reunión que tuvo lugar el día 15 de marzo de 2008 en Rosario, el Consejo Directivo procedió a fijar el importe de la cuota social para el año 2008 en la suma de pesos ciento veinte (\$120). El Consejo, en reunión celebrada el 14 de marzo de 2009 en Mar del Plata, resolvió mantener la suma de pesos ciento veinte (\$120) para la cuota social correspondiente al año 2009.

**10. Débito automático:** Con el objeto de facilitar el pago de las cuotas sociales y aminorar las molestias que ello puede ocasionar a los miembros de la Asociación, el Tesorero Dr. Jorge Stähli ha realizado los trámites necesarios para que quede habilitada la posibilidad de abonar las cuotas mediante débito automático. El 29 de septiembre de, 2008, vía correo electrónico, por Tesorería se solicitó a los asociados que comunicaran los datos requeridos para el logro de dicho objetivo: número y tipo de cuenta bancaria, entidad bancaria, número de CBU y número de CUIT. Se espera tener las diligencias concluidas a la brevedad posible, para poder implementar el nuevo sistema de débito automático el próximo año.

**11. Sitio web de la Asociación:** Gracias a la labor desarrollada por el Dr. Jorge Stähli, en los aspectos instrumentales y técnicos, el sitio web de la Asociación [www.aadi.org.ar](http://www.aadi.org.ar) continúa brindando información útil y actualizada en sus diversos campos: Autoridades, Miembros, Actualización de datos, Estatuto, Doctrina, Actividades y Novedades.

### III. ACTIVIDADES ACADÉMICAS Y CIENTÍFICAS:

Durante el período de esta Memoria se han llevado a cabo, organizadas por las distintas Secciones de la Asociación, las siguientes actividades académicas y científicas:

**1. Jornada de apertura de actividades del Instituto de Derecho Internacional Privado del Colegio de Abogados de la 2ª Circunscripción de Rosario,** coorganizada por la Sección de Derecho Internacional Privado de la A.A.D.I. y el mencionado Instituto. La Jornada se realizó el día 14 de marzo de 2008 y fue dirigida por los Dres. Alejandro Menicocci y Felipe Amormino. En la ocasión disertaron el Dr. Miguel Ángel Ciuro Caldani sobre «*Historia, Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado*», y la Dra. María Elsa Uzal sobre «*Concurso y Quiebra Internacionales*». La activi-

dad contó con la asistencia del señor Presidente del Colegio de Abogados y de los Señores Decanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario y de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Pontificia Universidad Católica de Rosario.

**2. Jornada Académica sobre «La relación del Derecho Internacional y el Derecho Interno, con particular énfasis en los Derechos Humanos»**, coorganizada por la *Sección de Derechos Humanos de la A.A.D.I. y el Instituto de Derecho Constitucional, Procesal Constitucional y Derechos Humanos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Cuyo*, tuvo lugar el día miércoles 7 de mayo de 2008 en San Juan. El Acto de Apertura contó con la presencia de la Señora Decana de la citada Facultad, Dra. Miryam Andujar de Zamora. Los temas abordados y sus expositores fueron: «Breve panorama de la relación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Interno en la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación», Dr. Víctor Bazán (Director de la Sección de Derechos Humanos de la A.A.D.I.), y «Relación entre el Derecho Interno e Internacional, a partir del análisis no ortodoxo de la Constitución Nacional», Dr. Horacio Vaccarezza (Profesor de Derechos Humanos y Garantías de la Universidad de Buenos Aires y Profesor de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de Lenguaje, Administración y Conocimiento Científico de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado).

**3. Asesoramiento al Consejo de la Magistratura de la Provincia de Buenos Aires.** El Presidente del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Buenos Aires, Dr. Luis Esteban Genoud, dirigió al suscripto la nota que a continuación se transcribe: «La Plata, 5 de junio de 2008. Señor Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Internacional Dr. Armando Daniel Abruza. Tengo el agrado de dirigirme a Ud. en mi carácter de Presidente del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Buenos Aires a fin de solicitarle, conforme dispusiera este Organismo, que la entidad que preside quiera tener a bien sugerir los contenidos de Derecho Internacional Privado y de Derecho Internacional Público que, de acuerdo a las específicas competencias de los cargos del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires que se concursan por ante este Consejo de la Magistratura, se consideren resulten convenientes incorporar a los programas de examen actualmente vigentes y que en copia se adjuntan a la presente. Sin otro particular saludo a Ud. muy atentamente». En la sesión del 5 de julio de 2008, el Consejo Directivo de la A.A.D.I. resolvió acceder a lo solicitado y encomendó a las Secciones de Derecho Internacional Público, Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos el estudio de los contenidos de los programas de examen recibidos.

**4. Primeras Jornadas Argentinas-Chilenas sobre las relaciones entre los dos países y en la Subregión Atacama-Catamarca-La Rioja (Ata.Ca.LaR) en particular**, se realizaron en conmemoración de los cuarenta años de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (1968), de los doce años de la Primera Reunión del Subcomité de Frontera Ata.Ca.LaR (1996), y de los diez años de las Cátedras de Derecho y Política Internacio-

nal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Catamarca(1998); fueron coorganizadas por la Sección de Relaciones Internacionales de la A.A.D.I. y la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Catamarca; contó con el auspicio del Gobierno Nacional, el Gobierno Provincial, la Municipalidad de San Fernando del Valle de Catamarca y del sector privado; se llevaron a cabo los días 13, 14 y 15 de agosto de 2008 en la Universidad Nacional de Catamarca. La dirección de las Jornadas estuvo a cargo del Dr. Pedro Rodolfo Casas (Director de la Sección de Relaciones Internacionales) y se desarrollaron de acuerdo con el siguiente programa:

PANEL N° 1: COMPLEMENTACIÓN MINERA, ENERGÉTICA Y AMBIENTAL. 1.1. *La integración minera: evolución. Economía de costos, recursos hídricos y demás objetivos. Protocolos de inversión: Pascua-Lama, Pachón-Pelambres y restantes proyectos. Multinacionales y empresas públicas. Impacto económico-social y ambiental. Comisión Administradora de los Tratados. Actores y factores intervinientes, ventajas y restricciones de la cooperación bilateral: evaluación actual y perspectivas futuras.* 1.2. *La cooperación e integración energética y los aprovechamientos hidroeléctricos conjuntos: objetivos y evolución. Comisión Administradora del Tratado. Proyectos eléctricos y gasíferos. Actores, factores favorables y desfavorables para la cooperación bilateral: situación actual y perspectivas futuras.* 1.3. *Medio ambiente, agua y recursos naturales compartidos: Comisión Administradora del Tratado, evolución, controles, situación actual y perspectivas futuras de la cooperación e integración bilateral. Actores y factores que favorecen o condicionan la cooperación bilateral.* 1.4. *Inversiones externas y grandes empresas mineras; pequeña minería, industrialización y producciones alternativas locales. Contextos internacional, regional, chileno y argentino para la minería y el desarrollo económico en Ata.Ca.LaR.* Expositores: Dra. María Font (Secretaria del Consejo de Administración del Tratado de Integración Minera); Dres. Luis Cruz Pereyra y Cristhian Sommer (Universidad Nacional de Córdoba); Prof. Ofelia Zamzem (Universidad Nacional de Catamarca); Ing. José Guillermo Sinner (Secretario de Minería de Catamarca); Dr. Luis F. Navarro García (Universidad Nacional de Catamarca).

PANEL N° 2: ARGENTINA Y CHILE: RELACIONES BILATERALES Y PRESENCIA EN LAS ORGANIZACIONES Y FOROS INTERNACIONALES. 2.1. *Integración Política y Tratado de Paz y Amistad entre Argentina y Chile.* 2.2. *Acuerdo de Complementación Económica del 02-08-91 y sus protocolos. Tratados de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones y sobre Medio Ambiente. Protocolo sobre Recursos Hídricos Compartidos. Administración de los acuerdos, situación presente y posibilidades futuras.* 2.3. *Acuerdos de los presidentes del 29-08-90 de complementación económica y proyección conjunta en el exterior. Argentina y Chile en la Organización Mundial de Comercio (O.M.C.), la A.L.A.D.I., el Sistema Económico Latinoamericano (S.E.L.A.) y demás foros y organizaciones internacionales de carácter económico-social. Situación actual. Incidencia en la Subregión Ata.Ca.LaR.* 2.4. *MERCOSUR:*

*Acuerdo de asociación con Chile, situación actual de ambos países en la organización, desequilibrios regionales, posibilidades futuras e incidencia en el N. O. A. y la Subregión Ata.Ca.LaR.* 2.5. *Argentina y Chile en la Organización de los Estados Americanos (O.E.A.), la Organización de las Naciones Unidas (O.N.U.) y los foros políticos regionales e internacionales: evolución y situación actual.* Expositores: Secretario de Embajada Valeria Drocco Rabaglia (Dirección de Política Latinoamericana del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de la República Argentina); Dr. José Jorge Torres (Instituto de Desarrollo Económico Latinoamericano de la Universidad Nacional de Tucumán); Ministro Manuel Fernández Salorio (Dirección de Organismos Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de la República Argentina); Prof. Liliana Bertoni (Universidad de Buenos Aires).

PANEL N° 3: LA REGIÓN Ata.Ca.LaR.: EVOLUCIÓN Y SITUACIÓN ACTUAL. *Comité de Integración Ata.Ca.LaR.: Acciones pendientes inmediatas, en el corto y en el mediano plazo.* 3.1. *Infraestructura, Transportes, Comunicaciones, Economía, Turismo, Agricultura, Ganadería, Industria, Comercio y Servicios.* 3.2. *Minería, Recursos naturales y Medio Ambiente; ruedas de negocios, transferencias de tecnología, Derecho Minero y Ambiental, formación de recursos humanos para las actividades mineras.* 3.3. *Gobierno, Asuntos Institucionales y Facilitación Fronteriza.* 3.4. *Promoción Social, Cultura, Educación, Deportes y Juventud.* Expositores: Ministro Alejandro Lamarque (Integración Fronteriza, Dirección de Límites y Fronteras del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de la República Argentina); Lic. Luis Mazoni (Ministro de Producción de la Provincia de Catamarca); CPN Luis Ornar Fernández (Representante de la Cámara de Comercio Exterior de Catamarca); Sr. Carlos Perea (Intendente de la Ciudad de Andalgalá, Catamarca); Prof. Pedro Rodolfo Casas (Universidad Nacional de Catamarca).

PANEL N° 4: LA REGIÓN Ata.Ca.LaR.: POSIBILIDADES DE DESARROLLO. 4.1. *El corredor interoceánico del Paso de San Francisco: características y proyecciones.* 4.2. *Perspectivas de la Región Ata.Ca.LaR.* Expositores: Prof. Raúl Samedi (Federación Económica de Catamarca); Prof. María Cristina Montenegro (Universidad Nacional de Córdoba); Lic. Jorge R. Alanís (Subsecretario de Integración Regional de la Provincia de La Rioja); Ing. Luis Humberto Rebellato (Secretario de Integración Regional de la Provincia de Catamarca).

5. *VII Jornadas Nacionales de Derecho Internacional Privado*, organizadas por la Sección de Derecho Internacional Privado, tuvieron lugar los días 12 y 13 de septiembre de 2008 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. En el acto de apertura disertaron el Vicedecano de la Facultad de Derecho de la UBA y el Presidente de la A.A.D.I. La presentación de las Jornadas estuvo a cargo del Dr. Roberto Armando Vicario (Director de la Sección de Derecho Internacional Privado) y la presentación de la relatora fue realizada por la Dra. María Susana

Najurieta (Miembro Titular e integrante del Comité de la Sección de Derecho Internacional Privado). El relato sobre el tema «Jurisdicción competente y ley aplicable en conflictos por infracción al derecho de autor y conexos en Internet» fue expuesto por la Dra. Delia Lypszic (Miembro Titular de la A.A.D.I.). En el marco de las VII Jornadas se realizó también una actividad de la Sección de Documentación, Metodología y Enseñanza del Derecho Internacional, en ocasión de la cual, su Directora Dra. Graciela Chalita y la Dra. Anahí Mastache (Ex Asesora Pedagógica del Centro para el Desarrollo Docente de la Facultad de Derecho de la UBA) abordaron el tema «Actividades en aulas exitosas». El acto de clausura estuvo a cargo de la Vicepresidenta de la Asociación, Dra. María Elsa Uzal.

6. *Jornadas sobre «MERCOSUR: Integración, recursos hídricos compartidos y desarrollo. Solución de controversias»*, coorganizadas por la Sección de Derecho de la Integración de la AADI y la Sección de Derecho Internacional Público del Instituto de Derecho Internacional de la Universidad Católica de Salta, se realizaron durante los días 17 y 18 de octubre de 2008 en la ciudad de Salta. La Dirección de las Jornadas estuvo a cargo de los Dres. Gustavo Barbarán y Luis Ignacio Savid-Bas. En el acto de apertura participaron el Rector de la UCASAL y el Presidente de la A.A.D.I. Los temas de las disertaciones y los expositores correspondientes fueron: *Tratado de la Cuenca del Plata*, Dras. Adriana Galván y Adriana Rodríguez (Docentes de la UCASAL); *Tratado del Río de la Plata y su frente marítimo*, Armando Daniel Abruzza (Presidente de la A.A.D.I.); *El Acuífero Guaraní*, Dra. María Cristina Rodríguez (Miembro Titular de la A.A.D.I.); *Estructuras internacionales de integración en el área del Bermejo*, Dr. Horacio Daniel Piombo (Miembro Titular de la A.A.D.I.); *La integración argentino-boliviana y el Río Bermejo*, Embajador Eduardo Cavadini (Presidente de la COBINABE); *Estatuto del Río Uruguay*, Dres. Marcelo López y Marcelo Peyret (Docentes de la UCASAL); *Recursos hídricos cordilleranos*, Dr. Gustavo E. Barbarán (Miembro Titular de la A.A.D.I., Director del Instituto de Derecho Internacional de la UCASAL); *Sistema de solución de controversias en el ámbito del Mercosur*, Dr. Martín H. Barrandeguy (Docente de la UCASAL); *Análisis de laudos arbitrales en el ámbito del Mercosur: principios, aplicación*, Dr. Oscar C. Benítez (Docente de la Universidad Nacional de Córdoba).

**7. Conferencia sobre «La protección internacional de niños y los convenios de La Haya»**, a cargo de William Duncan, Secretario Adjunto de la Conferencia de La Haya, moderada por Ignacio Goicoechea. Tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el 18 de octubre de 2008 y fue organizada en forma conjunta por la Sección de Derecho Internacional Privado de la A.A.D.I., la Asociación de Asistentes y de ex Alumnos de la Academia de La Haya de Derecho Internacional (Sección Argentina) y la Maestría de Derecho Internacional Privado, Maestría en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia y Carrera de Especialización en Derecho de Familia de la Facultad de Derecho de la UBA.

**8. XX Congreso Argentino de Derecho Internacional «Dr. Calixto Armas Barea - Dr. Roberto Bartolomeo Carlomagno». Cuarenta años de la A.A.D.I.: Balance y Perspectivas. Asamblea General Ordinaria de la Asociación - Año 2008**, celebrados en Rosario los días 14 y 15 de noviembre de 2008; la Comisión Organizadora estuvo integrada por los Dres. Felipe Amormino, Walter Birchmeyer, Hernán Botta, Milton Feulliade, Jorge Giner, Pablo Javkin, María de los Milagros Lotti, Alejandro Aldo Menicocci, Anahí Priotti, Alfredo Mario Soto, Andrea Alejandra Straziuso y Adriana B. Tripelli.

De acuerdo con lo resuelto por el Consejo Directivo en la reunión realizada en Rosario el 5 de julio de 2008, los Relatores designados para cada Sección fueron: Sección de Derecho Internacional Público: Dres. Horacio Daniel Piombo y Gustavo E. Barbarán; Sección de Derecho Internacional Privado: Dres. Miguel Ángel Ciuro Caldani y Horacio Daniel Piombo; Sección de Relaciones Internacionales: Dras. Liliana Bertoni y María Cristina Montenegro; Sección de Derecho de la Integración: Dres. Alberto Monsanto y Jorge Stähli; Sección de Documentación, Metodología y Enseñanza del Derecho Internacional: Dras. Analía Noemí Consolo y Graciela E. Chalita; Sección de Derechos Humanos: Dras. Susana Sartori y Alejandra Sticca.

El *XX Congreso Argentino de Derecho Internacional* se realizó en memoria de los Dres. Calixto Armas Barea y Roberto Bartolomeo Carlomagno y fue declarado de Interés Provincial por Decreto N° 1705/08 del Gobierno de la Provincia de Santa Fe.

**9. Seminario «Derechos e intereses argentinos en las regiones australes»**, organizado en forma conjunta por la Sección de Derecho Internacional Público de la A.A.D.I. y la *International Law Association (ILA)* - Rama argentina, tuvo lugar el 4 de diciembre de 2008 en el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires sito en Montevideo 640. Las palabras de apertura fueron pronunciadas por el Presidente de la Rama Argentina de la ILA, Dr. Ricardo R. Balestra. Los temas de las disertaciones y los expositores correspondientes fueron: *El Sistema del Tratado Antártico*, Armando Daniel Abruza (Presidente de la A.A.D.I.); *Los desarrollos recientes en el Sistema del Tratado Antártico*, Ariel Ricardo Mansi (Director de la Sección de Derecho Internacional Público de la A.A.D.I., Miembro de la ILA - Rama Argentina) y *La situación actual de la «Cuestión Malvinas»*, Guillermo Rossi (Miembro Titular de la A.A.D.I., Dirección General de Malvinas y Atlántico Sur del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto). La moderación estuvo a cargo de Alejandro Canio (Miembro Titular de la A.A.D.I.).

**10. Jornada de Derecho Internacional Privado Preparatoria del XXI Congreso Argentino de Derecho Internacional, sobre «Obligación Alimentaria en las Relaciones Privadas Internacionales»**, organizada por la Sección de Derecho Internacional Privado de la A.A.D.I., se realizó el 16 de junio de 2009 en el Departamento de Postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Las palabras de apertura fueron pronunciadas por Roberto Armando Vicario (Director la Sección de Dere-

cho Internacional Privado de la A.A.D.I.) y Armando Daniel Abruza (Presidente de la A.A.D.I.). Las disertaciones estuvieron a cargo del Dr. Ignacio Goicoechea (Oficial de Enlace para América Latina de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado), la Dra. María del Carmen Seoane de Chiodi (Directora de Asistencia Judicial Internacional, Dirección General de Asuntos Jurídicos, Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto), la Lic. Mariana Franco (Autoridad de Aplicación de la Convención de Naciones Unidas sobre Alimentos, Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos) y la Dra. María Andrea Ferreira (Profesora de la Universidad de Mendoza y del Aconcagua, Profesora Visitante de las Universidades de Barcelona y Puerto Rico).

**11. Seminario «Desarrollos recientes en el Sistema del Tratado Antártico -Situación actual y perspectivas de la ‘Cuestión Malvinas’»,** organizado en forma conjunta por la Sección de Derecho Internacional Público de la A.A.D.I. y la *International Law Association (ILA)* - Rama argentina, tuvo lugar los días 25 de junio y 2 de julio de 2009 en el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires sito en Montevideo 640. El acto de apertura estuvo a cargo del Presidente de la Rama argentina de la ILA, Dr. Ricardo R. Balestra. Los temas de las disertaciones y los expositores correspondientes fueron: *Desarrollos recientes en el Sistema del Tratado Antártico (Primera Parte)*, Ariel Ricardo Mansi (Director de la Sección de Derecho Internacional Público de la A.A.D.I., Miembro de la ILA - Rama Argentina); *Desarrollos recientes en el Sistema del Tratado Antártico (Segunda Parte)*, Alejandro Canio (Miembro Titular de la A.A.D.I.); *Situación actual y perspectivas de la «Cuestión Malvinas» (Primera Parte)*, Lilian del Castillo (Miembro Titular de la A.A.D.I., Miembro de la ILA - Rama Argentina); *Situación actual y perspectivas de la «Cuestión Malvinas» (Segunda Parte)*, Guillermo Rossi (Miembro Titular de la A.A.D.I., Dirección General de Malvinas y Atlántico Sur del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto).

**12. Jornada «A 50 años de la firma del Tratado Antártico»,** organizada por la Sección de Derecho Internacional Público de la A.A.D.I., se realizó el 21 de agosto de 2009 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. El acto de apertura estuvo a cargo del Presidente de la A.A.D.I. Los temas que se abordaron fueron: *El Tratado Antártico: balance y perspectivas*, con las disertaciones de los Embajadores Roberto Guyer y Juan Carlos Beltramino (Miembros de la delegación de la República Argentina en la Conferencia de Washington de 1959), y *Aspectos jurídicos*, con disertaciones a cargo de Armando Daniel Abruza (Presidente de la A.A.D.I.) y Ariel Ricardo Mansi (Director de la Sección de Derecho Internacional Público de la A.A.D.I.). El Moderador de la Jornada fue José Dobovsek (Miembro Titular de la A.A.D.I.). El Comité Organizador estuvo integrado por Adriana Castelanelli (Secretaria de la Sección de Derecho Internacional Público de la A.A.D.I.), Roberto Cacheiro Frías (Miembro Titular de la A.A.D.I.), Alejandro Canio (Miembro Titular de la A.A.D.I.) y Carla Yacomini (Miembro Asociado de la A.A.D.I.).

**13. Seminario «Toponimia, Terminología y Derecho Internacional. Aspectos prácticos»**, organizado por la Sección de Derecho Internacional Público de la A.A.D.I., se realizó el 4 de septiembre de 2009 en el Instituto Nacional de Investigación y Desarrollo Pesquero (INIDEP) de la ciudad de Mar del Plata. La actividad académica tuvo como principales destinatarios a los investigadores de las ciencias del mar del INIDEP y de la Facultad de Ciencias Exactas y Naturales de la Universidad Nacional de Mar del Plata, constituyendo ésta la primera actividad de la Sección con implicancias interdisciplinarias. El acto de apertura estuvo a cargo del Dr. Otto Wohler (Director Nacional de Investigación del INIDEP). Los temas de las disertaciones y los expositores correspondientes fueron: *Toponimia, Terminología y Derecho Internacional. Aspectos prácticos*, Ariel Ricardo Mansi (Director de la Sección de Derecho Internacional Público de la A.A.D.I.); *Derecho del Mar: Aspectos de Toponimia y Terminología*, Armando Daniel Abruza (Presidente de la A.A.D.I.); *«Cuestión de las Islas Malvinas»: Toponimia y Terminología*, Guillermo Rossi (Miembro Titular de la A.A.D.I., Dirección General de Malvinas y Atlántico Sur del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto). La Comisión Organizadora estuvo integrada por Adriana Castelanelli (Secretaria de la Sección de Derecho Internacional Público de la A.A.D.I.), Alejandro Canio (Miembro Titular de la A.A.D.I.) y Carla Yacomini (Miembro Asociado de la A.A.D.I.).

**14. XXI Congreso Argentino de Derecho Internacional «Dr. Enrique Ferrer Vieyra». Asamblea General Ordinaria de la Asociación Argentina de Derecho Internacional - 2009**, que están desarrollándose en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba entre el 1º y 3 de octubre de 2009, fueron preparados por la Comisión Organizadora integrada por los Dres. Ernesto J. Rey Caro (Presidente), Luis Cruz Pereyra (Coordinador), María Alejandra Sticca (Secretaria), Oscar C. Benítez, Adriana Dreyzin de Klor, Zlata Drnas de Clément, Carlos Echegaray de Maussion, Susana Beatriz Galván, Esther Mathieu, Arturo Pagliari, María Cristina Rodríguez, Graciela R. Salas, Teresita Saracho Cornet, Gloria Rosenberg, Marta Susana Sartori, Luis Ignacio Savid-Bas, Cecilia Silberberg, Christian G. Sommer, Amalia Uriondo de Martinoli y Adriana Zavatti de Rougier (Vocales).

De acuerdo con lo resuelto por el Consejo Directivo en la reuniones celebradas el 14 de marzo de 2009 en Mar del Plata y el 16 de mayo de 2009 en Rosario, los temas científicos a tratar por las Secciones y los Relatores designados a tal fin fueron: Sección de Derecho Internacional Público: *«El sistema de solución de controversias en materia de inversiones. Panorama actual y proyecciones»*, Jorge Alberto Barraguirre y Ariel Ricardo Mansi; Sección de Derecho Internacional Privado: *«Jurisdicción internacional, ley aplicable y cooperación en materia de obligaciones alimentarias»*, Juan José Cerdeira; Sección de Relaciones Internacionales: *«Crisis financiera y cambios políticos internacionales. El papel de las Organizaciones Internacionales»*, María Cristina Montenegro; Sección de Derecho de la Integración:

«La normativa sobre medio ambiente en el derecho del Mercosur y su aplicación en los laudos arbitrales», Adriana Dreyzin de Klor; Sección de Derechos Humanos: «Las reparaciones en el derecho internacional de los derechos humanos», Andrés Rossetti y Víctor Bazán; Sección de Documentación, Metodología y Enseñanza del Derecho Internacional: «Evaluación del aprendizaje: sistema de respuestas múltiples (Multiple Choice)», Anahí Viviana Mastache y Graciela E. Chalita.

Asimismo, el Consejo Directivo, en la reunión que tuvo lugar el 14 de marzo de 2009 en Mar del Plata, aprobó que en el marco del *XXI Congreso Argentino de Derecho Internacional*, la Sección de Derecho Internacional Público realice una actividad académica consistente en el dictado de la conferencia «Roma: el *ius gentium*. Su actualidad», a cargo del Dr. Mario Serrano, Profesor Titular de Derecho Romano en la Universidad Nacional de Mar del Plata.

El *XXI Congreso Argentino de Derecho Internacional* se realiza en memoria del Dr. Enrique Ferrer Vieyra.

#### IV. AUSPICIOS:

De acuerdo con lo establecido por el Reglamento para la Participación de la Asociación Argentina de Derecho Internacional en Actividades Científicas y Académicas de su Especialidad (aprobado en sesión del Consejo Directivo del 5 de noviembre de 1994 celebrada en Córdoba), se otorgó el auspicio de la Asociación a las siguientes actividades:

**1. Coloquio Internacional «Economía y Poder Judicial. La Influencia de las Decisiones Judiciales sobre la Economía: Seguros»**, organizado por la *International Judicial Academy (I.J.A)*, a través de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, se llevó a cabo en Mar del Plata los días 16 y 17 de noviembre de 2007. La comisión Organizadora estuvo integrada por los Dres. Gustavo Bossert (Presidente del Comité Académico Latinoamericano de la I.J.A.) y Luis Alvarez Julia (Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Director Académico para Sudamérica de la I.J.A.).

**2. Jornada en conmemoración del 50º aniversario de «La ciencia de la justicia (Dikelogía)» de Werner Goldschmidt**, organizada por el Curso *La noción de Derecho y su relación con la elaboración de las normas*, de la Maestría en Teoría y Práctica de la Elaboración de Normas Jurídicas de la Universidad de Buenos Aires. Fue presidida por el Dr. Miguel Ángel Ciuro Caldani y coordinada por el Abog. Roberto Campos y el Prof. Elian Pregno. Se realizó en el Salón Rojo de la Facultad de Derecho de la UBA el 25 de agosto de 2008.

**3. XVI Encuentro de Especialistas en el MERCOSUR - X Encuentro Internacional de Derecho de la Integración**, fueron coordinados por el Dr. Jorge Stähli y se realizaron en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, los días 4 y 5 de septiembre de 2008.

**4. XXV Congreso del Instituto Hispano Luso Americano y Filipino de Derecho Internacional**, tuvo lugar del 22 al 26 septiembre de 2008 en Villa General Belgrano (Córdoba) y la Comisión Organizadora fue presidida por el Dr. Arturo Pagliari. Las sesiones se centraron en diversas cuestiones referidas al *Arreglo de Controversias en el Orden Internacional*. Los temas y sus ponentes fueron: *Los contenciosos de límites en América Latina*, Dr. José Juste Ruiz (España); *Nuevos Sistemas de Solución de Controversias*, Dr. Hugo Llanos Mansilla (Chile); *Tendencias en litigios entre Estados de América Latina ante la Corte Internacional de Justicia*, Dr. Iñigo Salvador Crespo (Ecuador); *Arbitraje y procesos de integración económica regional: la experiencia en el Mercosur*, Dra. Zlata Drnas de Clément (Argentina); *Perspectivas universal y regional en la consolidación del arbitraje comercial internacional*, Dra. Nuria Bouza Vidal (España).

**5. Curso sobre «La interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos en la jurisprudencia contenciosa reciente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004-2007)»**, dictado por el Dr. Juan Carlos Wlasic (Profesor Titular Regular de la Cátedra de Derechos Humanos y Garantías Constitucionales, de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata), los días 25, 26 y 27 de septiembre de 2008 en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Santiago del Estero, en la cátedra de Derecho Internacional a cargo del Dr. José Antonio Musso.

**6. Primer Seminario Debate Derecho Internacional y Comparado de Mendoza**, organizado por la Comisión de Derecho Internacional del Colegio de Abogados y Procuradores de Mendoza; tuvo lugar los días 30 de octubre, 4 y 11 de noviembre de 2008 en Mendoza.

## V. PUBLICACIONES:

**1. Anuario Argentino de Derecho Internacional.** Durante el período de esta Memoria se editó el Volumen XVI del Anuario Argentino de Derecho Internacional, dividido en dos tomos: XVI (2007-1) y XVI (2007-11). Los mismos se terminaron de imprimir en los meses de mayo y octubre de 2008, respectivamente, en Lerner Editora SRL, Duarte Quirós N° 545, CP 5000, Córdoba.

Ambos tomos del Volumen XVI del Anuario, que conforman una unidad, presentan los relatos del *XIX Congreso Ordinario de la A.A.D.I. y XV Congreso Argentino de Derecho Internacional «Dr. Carlos Bernardo Guastavino - Dr. Gualberto Lucas Sosa»*, celebrados entre el 26 y 29 de septiembre de 2007 en Mar del Plata, así como las respectivas Conclusiones adoptadas en plenario, a más de otras contribuciones.

El Volumen XVII (2008) del Anuario Argentino de Derecho Internacional, que actualmente se encuentra en prensa, presentará los relatos del *XX Congreso Argentino de Derecho Internacional «Dr. Calixto Armas Barea - Dr. Roberto Bartolomeo Carlomagno»*. *Cuarenta años de la A.A.D.I.: Balance y*

*Perspectivas. Asamblea General Ordinaria de la Asociación - Año 2008*, que tuvieron lugar en Rosario los días 14 y 15 de noviembre de 2008, más otras contribuciones de miembros de la Asociación.

**2. La judicialización de los derechos humanos, Bazán, Víctor (Director), AADI - Sección Derechos Humanos, Ediciones Legales, Lima, Perú, julio 2009, 328 páginas, N° registro: 2009-06459, ISBN: 978-9972-38-884-2.** La obra, dirigida por el Dr. Víctor Bazán, contiene el relato escrito por el Dr. Fabián Ornar Salvioli sobre el tema «*La judicialización del derecho internacional de la persona humana*», que fuera objeto de tratamiento por la Sección de Derechos Humanos de la A.A.D.I. en ocasión de la celebración del *XIX Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y XV Congreso Argentino de Derecho Internacional «Dr. Carlos Bernardo Guastavino - Dr. Gualterio Lucas Sosa»*, que tuvieron lugar entre el 27 y 29 de septiembre de 2007 en Mar del Plata. También contiene las ponencias presentadas y las conclusiones adoptadas por la Sección y aprobadas en el plenario.

Córdoba, 3 de octubre de 2009

LUIS CRUZ PEREYRA

Secretario de la A.A.D.I.

ARMANDO DANIEL ABRUZA

Presidente de la A.A.D.I.

---

## RELATOS

---

BLANCA

**SECCIÓN  
DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO**

BLANCA

**XXI CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL**  
**“Dr. Enrique Ferrer Vieyra”**

*Sección de Derecho Internacional Público*

**EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN  
MATERIA DE INVERSIONES: EL SUBSISTEMA DEL  
CONVENIO CIADI. LOS TRATADOS BILATERALES DE  
PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA  
DE INVERSIONES\***

*THE INVESTMENT DISPUTE SETTLEMENT SYSTEM: THE SUBSYSTEM OF  
THE ICSID CONVENTION. BILATERAL TREATIES ON THE RECIPROCAL  
PROMOTION AND PROTECTION OF INVESTMENTS*

*Relator: Jorge A. Barraquirre (h)\* \*\**

**RESUMEN**

El presente trabajo constituye una descripción muy acotada del sistema de solución de controversias en materia de inversiones en el marco del Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio CIADI). Analiza algunos problemas originados en la interpretación y aplicación por los tribunales arbitrales de varios tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones.

**PALABRAS-CLAVE**

CIADI - solución de controversias - inversiones - tratados bilaterales de inversión

\* Relato de la Sección de Derecho Internacional Público en el XXI Congreso Argentino de Derecho Internacional (Córdoba, 1° al 3 de octubre de 2009). Las opiniones vertidas no comprometen ni reflejan necesariamente la posición del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, la Procuración del Tesoro de la Nación, la Fiscalía de Estado de la provincia de Santa Fe ni de ninguna otra institución oficial de la República Argentina.

\*\* Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Litoral y de la Universidad de San Andrés.

**ABSTRACT**

This article offers a brief description of the investment dispute settlement system as established by the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (ICSID Convention). It examines some issues arising from the interpretation and application by arbitral tribunals of several bilateral treaties on the reciprocal promotion and protection of investments.

**KEYWORDS**

ICSID- dispute settlement- investments- bilateral investment treaties

**SUMARIO**

I. INTRODUCCIÓN. II. ALGUNAS CUESTIONES JURISDICCIONALES. A. La cláusula de litigación en los tribunales nacionales. B. La distinción reclamo contractual/ reclamo de acuerdo al tratado. III. CUESTIONES SUSTANTIVAS ACERCA DEL CONTENIDO NORMATIVO DE LOS TRATADOS: LOS ESTÁNDARES DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES. A. El estándar que prohíbe las expropiaciones no compensadas. El estándar de trato justo y equitativo. C. La cláusula paraguas o la cláusula de cumplimiento de los compromisos contraídos con el inversor. D. La cláusula de protección de los intereses esenciales. IV. CONCLUSIONES.

**I. INTRODUCCIÓN**

Se exploran en este trabajo ciertas cuestiones de particular relevancia del sistema de protección del Convenio CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones) en conjunto con los tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones (TBIs). En el caso argentino este nuevo sistema, que algunos consideran como una especie de nuevo derecho administrativo global<sup>1</sup>, ha cobrado una importancia singular.

Existe una jurisprudencia que día a día va haciéndose más voluminosa. En cierto punto esta jurisprudencia es seguramente difícil de sistematizar, no tanto por los intereses reflejados, como por la falta de incentivos adecuados y suficientes para el surgimiento de un cuerpo de árbitros estructuralmente independientes e imparciales. El permanente intercambio entre la posición de abogado de parte y de juez hace difícil la obtención de cierta uniformidad semántica que refleje el contenido normativo de los estándares de protección, uniformidad necesaria para estabilizar relaciones sociales y legales complejas.

Frente a este panorama, se intenta mostrar una práctica arbitral traspasada por intereses poderosos de todos los grandes actores: Estados

<sup>1</sup> VAN HARTEN G. & LAUGHLIN M., "Investment Treaty Arbitration", en *17 European Journal of International Law*, según quienes la creciente ola de arbitraje internacional con arreglo a los TBIs debería ser vista como *a powerful species of global administrative law*.

importadores de capital, Estados exportadores, inversores y organizaciones no gubernamentales, que poco a poco van asumiendo una suerte de representación de la sociedad civil, sobre todo, en conflictos de inversión en relación con cuestiones medioambientales.

Con tal motivo, tratamos de presentar de un modo sencillo ciertas áreas sensibles sobre las cuales hay diversas opiniones casi siempre encontradas y competitivas. El trabajo se circunscribe básicamente al análisis de las decisiones arbitrales. Se ha procurado evitar comentarios críticos con apoyo en la literatura académica. En la primera parte consideramos algunas cuestiones jurisdiccionales como el impacto que tienen las cláusulas de litigación en foros de derecho interno y las decisiones contradictorias que el sistema ha proporcionado. También preocupa la distinción que se ha hecho célebre a partir de la decisión del Comité de Anulación en el caso *Vivendi v. Argentina* (o *Vivendi II*). En este punto, también confrontamos tal circunstancia con una decisión recaída recientemente en *TSA v. Argentina*. La segunda parte se centra en el contenido semántico de ciertas cláusulas sustantivas: nos interesa explorar la reconstrucción del concepto de expropiación que los tribunales han hecho, en especial, al advertir el carácter distributivo de los casos centrales y cómo ello debe impactar en una interpretación razonable del estándar. Analizamos luego los significados rivales asignados a la cláusula de trato justo y equitativo. Señalamos algunos problemas que generan las concepciones más expansivas, así como también aquella posición que ha sostenido la República Argentina en algunos arbitrajes. Luego, abordamos la conocida cláusula paraguas, estándar en el que las aguas deberían estar más tranquilas a partir de la interpretación que han dado los Comités de Anulación en los casos *CMS* y *Azurix*, no tanto por tratarse de Comités, en lugar de tribunales, ni tampoco por el prestigio académico de sus integrantes, sino más bien por las razones que han llevado a la decisión. Culmina este trabajo con el tratamiento de una cláusula excepcional como es la denominada cláusula de medidas no prohibidas que establecen los tratados bilaterales con Estados Unidos y que está ausente en los tratados modelos de casi todos los Estados europeos exportadores de capital. Esta cláusula ha desempeñado un papel interesante en la litigación argentina y muestra también la tensión existente entre distintos tribunales e intereses representados. Todo lo cual vuelve más significativa la elección de los paneles arbitrales bajo el Convenio que en cualquier otro ámbito<sup>2</sup>. A explicar esta injustificada “panel-dependencia”

<sup>2</sup> El Convenio CIADI es un complejo conjunto de reglas no bien establecidas que adjudica derechos básicamente *ex aquo et bono*, sin órganos de revisión judicial que controlen el error legal (ni siquiera el manifiesto) y sin permitir la revisión de sus decisiones por parte de los tribunales internos. Conf. *CMS Gas Transmission Company v. La República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/01/8, Procedimiento de Anulación, Decisión del Comité *ad hoc*, párr. 130, 132 y 135 que se contraponen al estándar de revisión propuesto en el párr. 50.

del sistema están dirigidas las conclusiones<sup>3</sup>, con la esperanza de haberlo hecho, no sabemos si en forma imparcial pero sí, honestamente.

## II. ALGUNAS CUESTIONES JURISDICCIONALES

### A. LA CLÁUSULA DE LITIGACIÓN EN LOS TRIBUNALES NACIONALES

#### 1) *Siemens A.G. vs. La República Argentina*<sup>4</sup>

El artículo 10 3) del tratado entre la República Argentina y la República Federal de Alemania contiene una norma que establece un período de litigación obligatorio ante los tribunales nacionales, cláusula que es calificada a veces como una regla moderada de agotamiento de los recursos internos. Independientemente de cómo se la califique o se la presente, la norma impone que, agotado el período de seis meses de negociaciones amistosas, la controversia debe ser sometida a los tribunales locales del Estado receptor por un plazo no menor a dieciocho meses.

En el caso, el tribunal consideró que ese obstáculo procesal al arbitraje internacional directo podía circunvalarse invocando la cláusula de la nación más favorecida (NMF). Aplicando el racional de *Maffezini*, el panel llegó a la conclusión de que la norma contenida en el tratado no constituía una política de la República Argentina y, por lo tanto, la cláusula NMF del artículo 3 del tratado podía aplicarse, incluso, a los mecanismos de solución de disputas<sup>5</sup>.

#### II) *Wintershall A.G. vs. La República Argentina*

Sin embargo, pocos años después, un tribunal con una integración diferente<sup>6</sup>, por unanimidad y frente a los mismos argumentos, arribó a la conclusión opuesta. El tribunal sostuvo que un inversor privado no puede invocar sino secundariamente la doctrina de la responsabilidad del Estado en la medida que lo establezca el tratado bilateral en cuestión (párr. 110 y ss.). El tribunal agregó que no se trataba de un obstáculo meramente procesal sino jurisdiccional y que el derecho de acceso al arbitraje del CIADI está sujeto al estricto cumplimiento del Artículo 10. 2) del TBI, que contiene una cláusula de restricción temporal relativa al previo accionamiento ante los tribunales locales, que obliga al inversor a litigar durante un perio-

<sup>3</sup> Las cuales podrán legítimamente parecer a muchos como conclusiones escritas desde la parcialidad que implican nuestras actuales responsabilidades.

<sup>4</sup> Tribunal compuesto por Rigo Sureda, Brower, Bello Janeiro.

<sup>5</sup> *Siemens A.G. vs. La República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/02/8, párr. 104 y 105, Decisión sobre Jurisdicción. La discusión sobre la aplicación de la cláusula NMF abarca todo el tratamiento de la primera excepción de jurisdicción planteada por la República Argentina.

<sup>6</sup> Tribunal compuesto por Nariman, Bernardini, Torres Bernárdez, Caso CIADI N° ARB/04/14.

do determinado ante el foro local y no que simplemente lo autoriza a elegir los tribunales del CIADI (párr. 114-118<sup>7</sup>).

En otro argumento independiente el tribunal sostuvo que de acuerdo al significado usual del lenguaje la palabra “será” que emplea la cláusula del Artículo 10 2) prescribe una obligación: *“El término “será” utilizado en el Artículo 10(2)... denota, en sí mismo, una “obligación”, y no solamente una elección u opción. En la terminología de los tratados, la palabra “será” significa que lo estipulado es jurídicamente vinculante”*<sup>8</sup>.

Adicionalmente, el tribunal sostuvo que no era cierto que la República Argentina no había condicionado la jurisdicción del Centro y la competencia del tribunal al previo agotamiento de los recursos locales. De acuerdo al tribunal, el argumento de la Demandante sólo sería correcto si se pusiera el acento en la palabra “agotamiento”. Y agregó: *“Sin embargo, en el contexto de los TBI actualmente se considera (en la práctica de las Naciones Unidas) que incluso esta frase (“agotamiento de los recursos locales”) incluye la búsqueda de soluciones antes los tribunales locales dentro de determinado plazo”*<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> El tribunal lo expresó con una lenguaje inusualmente claro en los siguientes términos: “115. Dada la redacción del Artículo 10 del TBI (y son las palabras las que determinan la intención de las Partes cuando se interpreta un tratado), resulta evidente que la posibilidad de acceder al arbitraje CIADI depende expresamente, entre otras cosas, de que el inversor-demandante someta primero su controversia a un tribunal competente de Argentina durante un período de 18 meses (más un período de espera de tres meses) antes de iniciar el procedimiento de arbitraje del CIADI. 116. En el presente caso, por lo tanto, el TBI Argentina-Alemania es un tratado en que indudablemente se concede el derecho de acceder al arbitraje internacional (CIADI) a inversores extranjeros que sean nacionales de Alemania; sin embargo, este derecho de acceder al arbitraje del CIADI no se establece sin reservas, sino sujeto a la condición de que se acuda primero a los tribunales competentes de Argentina. El que una condición como la que impone el Artículo 10(2) por ejemplo, una cláusula de agotamiento de las vías de reparación locales con una cláusula de autoexclusión puede establecerse legalmente, se desprende claramente de lo dispuesto en el Artículo 26 del Convenio CIADI. 117. En el presente caso se ha otorgado a las Partes Contratantes (la República Argentina y la República Federal de Alemania) la libertad de incluir (y ellas han incluido específicamente) una cláusula relativa al recurso a los remedios locales como requisito previo al recurso (como última instancia) del arbitraje CIADI: Dado que la Demandante (una entidad nacional de Alemania) sólo puede presentar una reclamación en el marco del TBI Argentina-Alemania, y bajo ningún otro documento, al hacer la reclamación (como lo ha hecho en el presente caso), la Demandante Wintershall no tiene más opción que cumplir las condiciones estrechamente interrelacionadas que se mencionan en el Artículo 10, antes de ejercer su derecho al arbitraje del CIADI, sencillamente porque ésa es la voluntad expresa de los Estados Contratantes”.

<sup>8</sup> El tribunal consideró que así lo habían testimoniado los propios peritos de la Demandante, profesores Schreuer y Mairal ( párr. 119 y 120).

<sup>9</sup> Ver párr. 124 y 125. El tribunal cita en su apoyo el documento de Naciones Unidas *Bilateral Investment Treaties in the mid-1990s*, p. 93

Ahora bien. En un párrafo llamativo, ya que tiene que ver con el lenguaje de la cláusula y por lo tanto hubiera merecido tal vez considerarse en forma independiente, el tribunal señaló que dada la transparencia de la cláusula ello bastaba para rechazar la pretensión de la demandante: *“Para concluir, si se tiene en cuenta la redacción del Artículo 10 del TBI, resulta evidente que la posibilidad de recurrir al arbitraje del CIADI está sujeta a la condición expresa de que, entre otras cosas, el inversor demandante someta su diferencia a un tribunal competente de Argentina, para que éste la dirima, dentro de un plazo de 18 meses (más un período de espera adicional de tres meses) antes de someter la diferencia al arbitraje del CIADI. Las palabras empleadas por los Estados Contratantes en el Artículo 10 del TBI Argentina-Alemania sin duda tienen sentido en su contexto y, como la declaró la C.I.J. en la sentencia del caso Guinea-Bissau vs. Senegal, fallo del 12 de noviembre de 1991, “si las palabras pertinentes, en su significado natural y ordinario, tiene sentido en su contexto, se acabó el problema”*<sup>10</sup>.

El tribunal también rechazó el principio excepcional de *Maffezini* acerca de que debe existir una política pública para validar cláusulas tales como la contenida en el Artículo 10 2) del TBI Argentina-Alemania. Lo hizo en función de que no corresponde interpretar un tratado en función de otros tratados, que la interpretación debe realizarse a la luz de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969 y del principio de contemporaneidad<sup>11</sup>.

A su vez, el tribunal rechazó la idea de que las etapas procesales previas consistentes en períodos de espera no constituyen requisitos jurisdiccionales y pueden, por lo tanto, derogarse y pasarse por alto. La demandante apoyó el punto en su escrito posterior a la audiencia oral sobre la base de un nuevo informe del perito que había ofrecido el profesor Schreuer. El tribunal lo descartó al considerar que la obligación bajo el Artículo 10 2) no constituye un mero obstáculo procesal sino que está compuesta por un elemento *ratione fori* y un elemento *ratione temporis*, que es distinguible de la cláusula de espera del Artículo 10 1) y que no hay decisiones que respalden la aseveración de que puede ser obviada (párr. 145 y ss.).

Luego el tribunal analizó el segundo aspecto de la primera excepción preliminar de la República Argentina que consistía en afirmar que las cuestiones sobre resolución de disputas estaban excluidas del ámbito de la cláusula NMF<sup>12</sup>. Añadió que las cuestiones jurisdiccionales constituyen la oferta permanente que los Estados hacen a los inversores extranjeros dado

<sup>10</sup> Conf. párr. 127.

<sup>11</sup> El principio de contemporaneidad exige que las cláusulas de un tratado se interpreten al momento de la celebración del tratado (párr. 128 y 129); en tal sentido, ver KOHEN, M., *“Possession contestée et souveraineté territoriale”*, Presses Universitaires de France, 1997, pp. 189-191.

<sup>12</sup> Ver párr. 158 y 159, en los que el tribunal sintetiza las razones por las cuales la República Argentina afirmaba esta defensa.

que “el “consentimiento” del Estado receptor al arbitraje internacional se presta, no de manera general, sino, *inter alia*, en el marco de un tratado específico de inversión. El “consentimiento” del Estado receptor se presta en el momento de celebrarse un tratado bilateral con otro Estado. La afirmación de la Demandante en el sentido de que... la invocación ... de la NMF del Artículo 3 del mencionado TBI... no entrañaría ninguna cuestión de jurisdicción, ni de consentimiento al arbitraje del Estado receptor, es sencillamente equivocada, porque desde el mismo momento en que la cláusula de la NMF es invocada por la Demandante como fundamento o base de jurisdicción (es decir, para permitir a la Demandante invocar el Artículo VII del TBI Argentina-Estados Unidos “en lugar del” del Artículo 10 del TBI Argentina-Alemania), se plantea la cuestión del “consentimiento” (o falta de él) del Estado receptor a otra cláusula sobre la jurisdicción (de un TBI distinto)”.

A renglón seguido el tribunal propuso una “verdadera interpretación” del Artículo 10 del TBI en el contexto del Artículo 3 y la cláusula NMF que contiene. Sostuvo que las cláusulas como la NMF no pueden ser extendidas sobre la base de la interpretación de un tribunal, que claramente el Artículo 3 del Tratado (la NMF) no resulta aplicable a todos los otros artículos y que la oferta jurisdiccional argentina había sido entera, la que incluía, entre otros, el artículo 10 2)<sup>13</sup>.

#### **B. LA DISTINCIÓN RECLAMO CONTRACTUAL/ RECLAMO DE ACUERDO AL TRATADO<sup>14</sup>**

Otra de las cuestiones que gran atención suscitó en los arbitrajes contra Argentina fue el tratamiento dado por los paneles arbitrales a la distinción entre reclamos contractuales y reclamos de acuerdo con el derecho internacional. La confusión conceptual que siempre ha existido desde *Vivendi II*<sup>15</sup> ha sido puesta recientemente en evidencia. El punto es vital porque según cómo se lo enfoque dependen la arbitrabilidad de la diferencia y el derecho aplicable a la controversia<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> *Wintershall A.G. vs. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/04/14, párr. 161, 162 y ss. En el párr. 162 específicamente sostiene que la cláusula, en su literalidad, no es aplicable a todos los artículos del tratado.

<sup>14</sup> A esta dificultad de distinguir un reclamo contractual de un reclamo protegido bajo el tratado se le suma la dificultad de establecer el alcance de la cláusula paraguas que busca, precisamente, proteger de acuerdo con el derecho del tratado lo que hubieran sido reclamos contractuales de conformidad con el derecho interno. Más adelante volveremos sobre este punto.

<sup>15</sup> Comité *ad hoc* compuesto por Fortier, Crawford, Fernández Rosas.

<sup>16</sup> Es una verdad analítica afirmar que el derecho internacional regula las cuestiones relativas a los actos alegadamente ilícitos para... el derecho internacional. Sin embargo, si lo que buscan los TBIs es la protección de las expectativas legítimas del inversor, como éstas están determinadas en mayor medida por el derecho interno que regula la inversión en una concesión, licencia u otra forma jurídica, lo cierto es que el derecho interno cumple un papel relevante en la determina-

1) *Vivendi Universal v. La República Argentina (Decisión de Anulación)*

El primer tribunal arbitral en el caso *Vivendi* sostuvo correctamente que el alegato de los inversores estaba tan inseparablemente unido al alegato sobre la violación del contrato que consideró que la demanda no podía proceder. Tal vez erró en considerarlo una cuestión de fondo y no de naturaleza jurisdiccional, pero estaba en lo cierto en lo que importa: no resulta posible alegar como violación al derecho internacional un sinnúmero de violaciones contractuales. La cantidad de violaciones a un contrato no transubstancia su reclamación. Sigue siendo una cuestión de derecho interno, de los tribunales que tienen gran conocimiento del derecho que gobierna la disputa y, en definitiva, del propio foro establecido en el contrato. En otras palabras, no es posible eviscerar el contrato para hacer respetar, supuestamente, el contrato.

Sin embargo, el Comité de Anulación, en una decisión bastante extraña, sostuvo que el tribunal había errado en su razonamiento en forma grosera y egregia. Se podrá no estar de acuerdo con el tribunal arbitral pero lo cierto es que si hubo error, éste estuvo lejos de ser manifiesto. El Comité, por el contrario, indicó que una falta contractual es una falta contractual y una falta al derecho internacional es una falta al derecho internacional. Sin embargo, nunca informó qué es lo que transubstanciaba páginas y páginas de alegadas faltas contractuales en expropiación o trato injusto bajo el tratado entre la República Francesa y la República Argentina<sup>17</sup>.

II) *Thales Spectrum Argentina (TSA) vs. La República Argentina*<sup>18</sup>

Es obvio que cualquier inversor en un contrato alega que no solicita una compensación basada en incumplimientos contractuales sino en incumplimientos del tratado internacional. Habitualmente, a los extensos capítulos que siguen a la descripción de las bases contractuales violadas, sigue uno en el cual indica que las violaciones contractuales constituyen violaciones simultáneas al derecho internacional acompañando abundan-

---

ción de la responsabilidad internacional del Estado receptor en tanto establece la extensión legítima (alcance) del derecho de la inversión del inversor o del inversor mismo (si está en el marco de un Acuerdo de Inversión) que no puede ser expropiado sin compensación, que debe ser tratado justa y equitativamente y que no debe ser discriminado *vis à vis* otros en similar situación. Esto no es limitar la protección al inversor al estándar de trato nacional sino establecer el contenido de las expectativas protegidas bajo el estándar de trato justo y equitativo (si es que finalmente este estándar está llamado a proteger la confianza del inversor en esos términos) siempre y cuando el derecho interno supere el umbral que impone el estándar de trato mínimo internacional.

<sup>17</sup> Tomando nota del portón que había contribuido a abrir, el profesor James Crawford fue mucho más explícito y restrictivo en dos decisiones posteriores como fueron *SGS vs. Filipinas* y *Waste Management vs. México*.

<sup>18</sup> Tribunal compuesto por Danelius, Aldonas, Abi-Saab.

tes citas conceptuales y jurisprudencia que la engalana (esto es, que indican qué constituye una expropiación, qué trato injusto, etc.) Sin embargo, es raro que expliquen cómo una violación del derecho interno o cómo una conducta en el ámbito del derecho interno constituye y se transubstancia en una violación del derecho internacional. Esto es lo que se considera una recaracterización del incumplimiento y es lo que hizo, como todos los otros inversores, TSA en su litigio contra Argentina. Esta maniobra consistente en la recaracterización del ilícito no pasó desapercibida para el profesor Georges Abi-Saab, quien suscribió una opinión concurrente.

Para que no quedasen dudas, comenzó afirmando que un mismo conjunto de hechos puede dar lugar a dos tipos independientes y autónomos de violación. En esto no hay ninguna novedad y por eso lo afirma con énfasis. Cualquier abogado sabe que el derecho penal, el derecho civil y el derecho administrativo disciplinario pueden evaluar un mismo conjunto de hechos de distinto modo de acuerdo a los propios patrones normativos que fundan y justifican cada subsistema legal.

Ahora bien. Lo importante del voto comentado es que pone de relieve el carácter autónomo e independiente de las violaciones. En otros términos, para que un mismo conjunto de hechos califique como reclamación contractual y como reclamación de derecho internacional, cada una debe bastarse a sí misma. Así, una infracción al tratado, no puede tener como premisa fundamental una infracción al contrato<sup>19</sup>. Abi-Saab no acepta lo que denomina la “trampa nominal” de sostener que una violación del tratado es una violación del contrato. Y en este sentido, para no apartarse de la premisa normativa de *Vivendi II* (aunque sí de su resultado), sostiene que si la base esencial de la reclamación es el contrato “... por más que uno la complemente con más reclamaciones, continuará siendo una reclamación contractual, que deberá ser resuelta de acuerdo con las cláusulas del contrato a través del fuero acordado en dicho contrato”. Las razones son sólidas y simples: a) respetar el principio *pacta sunt servanda*<sup>20</sup>; b) no eviscerar el contrato ya que interpretar la cuestión de otro modo anularía por completo la cláusula de foro contractual y esta interpretación no anula la cláusula jurisdiccional del tratado.

Para que ésta subsista basta con presentar una reclamación genuina. Esa reclamación debe incorporar algún elemento que no pueda ser considerado por el juez del contrato. Si se alega que hubo un sinnúmero de incumplimientos y, simplemente por el efecto, se alegara que ello generaría una expropiación, bastaría simplemente que el juez del contrato revise esos supuestos incumplimientos para dejar sin sustento al reclamo de acuerdo

<sup>19</sup> *Thales Spectrum Argentina vs. La República Argentina*, caso CIADI N° ARB/05/5, párr. 4, opinión concurrente.

<sup>20</sup> “Una solución diferente significaría dejar de lado de manera contundente el texto expreso del contrato, que refleja el deseo de las partes, en claro detrimento de los principios de autonomía de la voluntad y *pacta sunt servanda*”, *op. cit.*, párr. 6.

al tratado. Ésta es la sabiduría de *Vivendi I* en escena nuevamente. No basta con recharacterizar el reclamo para que el reclamo se “sostenga por sí mismo”. Debe haber, en el conjunto de hechos bajo análisis, uno o unos tales que pongan en marcha la jurisdicción internacional porque pertenecen al ámbito de garantías otorgadas por el TBI aplicable<sup>21</sup>.

### III. CUESTIONES SUSTANTIVAS ACERCA DEL CONTENIDO NORMATIVO DE LOS TRATADOS: LOS ESTÁNDARES DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES

#### A. EL ESTÁNDAR QUE PROHÍBE LAS EXPROPIACIONES NO COMPENSADAS

En lo que respecta a los estándares de protección, haremos referencia a uno solamente que es, tal vez, el que menos problemas generó en la litigación argentina. Los laudos que encontraron que la República Argentina tenía responsabilidad internacional por sus leyes de emergencia y pesificación de los contratos de servicios públicos, nunca concluyeron que habían servido para expropiar las inversiones hechas bajo las concesiones otorgadas. Nuestra referencia, entonces, debe ser más bien vista con el propósito de repensar conceptualmente el estándar de protección a partir de ciertas autoridades legales, como los tribunales Irán-Estados Unidos, que debieron enfrentarse masivamente con el problema. Ello sirve también para evaluar el avance (o no) de la jurisprudencia arbitral sobre el punto. Se sostendrá que la expropiación es un instituto que sólo puede pensarse desde la justicia distributiva, que por lo tanto, su esencia está preocupada con la reasignación de derechos de propiedad (examen que denominamos *test distributivo*), que la interferencia redistributiva debe ser sobre los derechos de propiedad del inversor (*test de la extensión de los derechos*<sup>22</sup>), no efímera ni temporaria (*test de la interferencia permanente*), grave (*test de la afectación substancial*) y típica (no pueden concebirse como reclamos meramente contractuales). Agregamos como una nota primordial que en las expropiaciones progresivas o regulatorias, la intención del Estado receptor (a diferencia de las expropiaciones directas) es sumamente relevante.

#### 1. El *test redistributivo*: en el corazón de la expropiación

De acuerdo con el profesor Bruce Ackerman, el problema de la protección de la propiedad privada surge en el punto en el que la economía capi-

<sup>21</sup> En la opinión concurrente se deja bien establecido que el tribunal tiene jurisdicción para oír el caso en razón de ciertas declaraciones de funcionarios que la rescisión del contrato podría haber estado motivada por razones ajenas a los graves incumplimientos denunciados de TSA, consideraciones que pertenecerían “a la esfera de garantías otorgadas por el TBI” (*op. cit.*, párr. 9).

<sup>22</sup> La palabra “derecho” es usada ampliamente aceptando la inclusión de las expectativas legítimas. Lo que no compartimos es la construcción que los inversores hacen de las expectativas legítimas.

talista colisiona con el Estado activista<sup>23</sup>. Como Argentina señaló en la primera contestación de demanda, ello implicaba concebir al estándar que prohíbe expropiar sin compensar, como un estándar básicamente de justicia distributiva aun cuando existían resistencias extendidas en el ámbito del derecho internacional a concebirlo de esa forma. Ackerman lo expresa muy claramente en el inicio mismo de su trabajo: *“No más que un vigilante nocturno, el Estado supervisa el resultado de los procesos de mercado a fin de encontrarlos satisfactorios. Armado con un prodigioso conjunto de herramientas legales, lo utiliza para mejorar la mano invisible –creando impuestos aquí, subsidiando allá, regulando en cualquier lugar. Los resultados de todo este movimiento bien puede ser algo que redunde en beneficios del bien público, un ambiente más limpio, un lugar de trabajo más seguro, un hogar decente. Sin embargo, estas ganancias de bienestar pueden adquirirse raramente sin costo social, aunque muchos ganarán, algunos perderán como resultado de esta nueva iniciativa gubernamental. Y es el destino de aquéllos que están llamados a sacrificarse por el bien público de lo que se ocupa este ensayo: cuando ellos pueden demandar justamente que el Estado los compense por los sacrificios financieros que están llamados a hacer”*.

Bajo esta mirada, la tarea esencial para establecer cuándo un Estado receptor expropia sin compensar una inversión de un inversor consiste en averiguar, contra un marco normativo específico, bajo qué especiales circunstancias estamos autorizados a exigir un sacrificio financiero no compensable para “ganancia del interés público”<sup>24</sup>.

La misma preocupación estaba en la mente de algunas autoridades clásicas para quienes el centro de la disputa está en diferenciar el caso de una restricción legítima de un caso expropiatorio<sup>25</sup>, y para el tribunal arbi-

<sup>23</sup> ACKERMAN, B., *“Private Property and the Constitution”*, New Haven & London Yale University Press, 1977, p. 1.

<sup>24</sup> El ejemplo que utilizaba Ackerman era el caso *Sibson* recomendando que consideremos si al expropiado debería “serle requerido soportar sin ayuda el sacrificio financiero envuelto en la ganancia de la humanidad”, *op. cit.*, p. 1. En otro trabajo importante sobre el concepto de expropiación, el profesor Jeremy Paul hacía una pregunta inicial similar. Para Paul, nuestra respuesta debería estar concentrada en el problema de determinar “cuándo las contribuciones individuales al bienestar colectivo cesan de ser el precio propio de una ciudadanía comunal y se constituye en el sacrificio inequitativo de los pocos a favor de los muchos”, PAUL J., *“The Hidden Structure of Takings Law”*, 64 *Southern California. Law Review* 1393, p.1406. Las referencias realizadas en el caso *CMS* a Ackerman y Paul obedecían a que se entrelazaban con la mejor tradición del pensamiento constitucional norteamericano como la de los profesores John Sax y Frank Michelman, quienes fueron considerados como autoridades legales en la materia en el caso *SEDCO* resuelto por los tribunales arbitrales Irán-Estados Unidos.

<sup>25</sup> CHRISTIE, G., “What constitutes a taking of property under international law”, 38 *British Yearbook of International Law*, 1964, pp. 307, 308 y nota 229, p. 309. El párrafo siguiente es bastante ilustrativo del problema conceptual al que nos

tral del caso *Pope & Talbot*<sup>26</sup>. Este problema no está presente por definición en los casos de expropiación directa. Por lo tanto, lo más interesante de los tratados es la introducción convencional de la figura de la expropiación progresiva la que, sin embargo, nunca se encuentra correctamente definida. Nuestro argumento se concentra en la estructura y función de la primera para tratar de caracterizar adecuadamente a la segunda.

Como se ha señalado, la más razonable reconstrucción de la expropiación es concebirla como una institución distributiva<sup>27</sup>. En otros términos, el primer rasgo definitorio de la expropiación, bajo cualquiera de sus formas (oculta o manifiesta, progresiva o directa, formal o *de facto*) es que implica la redistribución de los derechos de propiedad existentes, transfiriendo los derechos adquiridos por uno a otros, sean éstos determinados o determinables, sea el beneficiario el propio Estado, el público en general, parte de él, o un miembro específico del común<sup>28</sup>.

Ackerman justifica la presencia conceptual de este rasgo imaginando el tipo de lenguaje que desplegaría un determinado tipo de abogado<sup>29</sup> para quien el derecho de propiedad<sup>30</sup> no estaría constituido por una relación entre una persona y una cosa (entre un sujeto y un objeto, que es el modo habitual en que el derecho europeo continental ha concebido los derechos reales) sino que el derecho de propiedad serviría para discutir y regular las relaciones que surgen entre diversas personas con respecto a las cosas, o sea, entre distintos sujetos con relación a un conjunto de bienes<sup>31</sup>.

---

estamos refiriendo: “La cuestión también ha surgido en casos concernientes a los efectos de la legislación y los decretos administrativos de los países de Europa Oriental, en los cuales las medidas han restringido severamente los usos del derecho real de propiedad sin haber afectado los títulos de propiedad a la tierra; por ejemplo, tales medidas podrían fijar precios máximos a la renta, regularían los usos posibles, el tipo de arrendatarios que podrían ser dejados y la cantidad de espacio, si alguna, que el propietario podría reservar para sus propios propósitos. ¿Podrían ser equivalentes a una expropiación, tales restricciones tomadas en conjunto?”

<sup>26</sup> Así procedió en los párr. 99 (nota de pie de página 73) y 102, *Interim Award*.

<sup>27</sup> Como veremos, concebir a la expropiación como una institución distributiva sirve para diferenciarla de los casos de responsabilidad, la que está sujeta a los parámetros de la justicia correctiva y en el ámbito del derecho de los tratados bilaterales de inversión, al estándar de trato justo y equitativo.

<sup>28</sup> Este rasgo es resaltado por Ackerman en el trabajo citado. Ver ACKERMAN, *op.cit.* p. 7 (nota de pie 13, p. 193) y 50 (nota de pie 22, p. 209) en donde cita artículos de SAX sobre el tema y p. 49 (y nota de pie 15, p. 208) en la que se explora sobre Michelman.

<sup>29</sup> El tipo ideal que hablaría este lenguaje es el que Ackerman denomina *Scientific Policemaker* opuesto a otro tipo ideal que él designa con el nombre de *Ordinary Observer*. Ver ACKERMAN, *op.cit.* en nota 6, p. 10.

<sup>30</sup> Derecho de propiedad se refiere por lo tanto al conjunto de normas que regulan las relaciones reales o de dominio; no debe considerarse aquí como sinónimo de “derecho subjetivo” a la propiedad.

<sup>31</sup> ACKERMAN, *op.cit.* en nota 6, p. 26.

Al profundizar esta concepción, Ackerman sostiene: “*Más precisamente, el derecho de propiedad considera el modo que los derechos a usar cosas pueden ser parcelados entre una gran cantidad de usuarios competitivos de recursos. Cada usuario de recursos es concebido como un tenedor de un haz (bundle) de derechos vis à vis otros usuarios potenciales. En verdad, en el sistema americano moderno, los modos bajo los cuales los derechos de los usuarios pueden ser legalmente reunidos y distribuidos son asombrosamente diversos. Y probablemente nunca sea verdad que la ley asigna a cualquier persona el derecho a usar una cosa del modo que absolutamente le plazca*”<sup>32</sup>.

Por lo tanto, el propietario, según esta concepción “*sirve como una forma taquigráfica para identificar al tenedor de un haz de derechos consistente en atribuciones más numerosas o valiosas que el haz de derechos asignado a otra persona con respecto a una cosa en cuestión (...) Cuando un juez dice que Jones más que Smith es “el” propietario, él debió entenderlo de este modo: “en uno u otro conflicto de recursos entre Jones y Smith, el sistema legal otorga mayores atribuciones al haz de derechos de Jones que al de Smith”. Pero, simplemente porque Jones ganó en la batalla sobre el uso X del recurso, no se sigue que él ganará en la batalla sobre el uso A (...) Ambos haces son haces de derechos de propiedad, aun cuando uno puede ser más amplio que el otro*”<sup>33</sup>.

Queda claro que los derechos de propiedad son relativos, rigen las relaciones de las personas sobre cosas en torno a usos competitivos de ellas, los distintos conflictos no tienen porqué solucionarse de la misma manera siempre y la extensión de esos haces (*bundles*) no está fijada de antemano y para siempre. Una expropiación ocurre cuando el sistema legal es utilizado para remover derechos que residían en una persona y transferirlos hacia otra. Entendemos que ésta es la estructura general de la expropiación.

Ackerman describe la noción conceptual antes expuesta con el siguiente ejemplo:

a) en un Tiempo Uno (T1) se asignan varios conjuntos de derechos de propiedad.

b) Juan recibe los derechos X, Y, Z.

c) En un Tiempo Dos (T2) quienes gobiernan la comunidad política en la que vive Juan, sancionan una ley que rediseña los conjuntos de derechos asignados en T1 considerando que resulta conveniente para la comunidad que el derecho Z sea reasignado y puesto en el conjunto de derechos que había recibido Pedro. En ese momento la propiedad es redistribuida.

<sup>32</sup> ACKERMAN, *op.cit.*, pp. 26-27.

<sup>33</sup> ACKERMAN, *op.cit.*, p. 27. Según el lenguaje del *Scientific Policymaker*, Ackerman considera adecuadamente que la propiedad no es una cosa sino un conjunto complejo de derechos. En igual sentido, ver Ross, A., “Tu-tu”, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, trad. de Genaro R. Carrió, 1976.

d) En el Tiempo Tres (T3), Juan buscará que se lo compense. Su eventual compensación se justifica en que no debería cargar exclusivamente con el costo de mover una sociedad hacia un estado de cosas considerado mejor, óptimo o más justo.

e) Por lo tanto, para resolver si Juan puede legítimamente reclamar esa compensación corresponde indagar si debe soportar sólo las pérdidas implicadas en la redistribución o si puede compartirlas con o transferirlas hacia sus conciudadanos. Esto supone reconocer que la expropiación es justamente una institución redistributiva: no hay razón para creer que quienes no se han beneficiado en T2 con la redistribución de los derechos inicialmente asignados en T1 a Juan tengan que soportar una compensación en T3 en favor de Juan<sup>34</sup>.

El cuadro trazado es la forma típica bajo la que se presenta la institución de la expropiación. El presupuesto sobre el que descansan las preguntas iniciales, esto es, ¿qué constituye una expropiación? (Christie) o ¿cuándo las contribuciones individuales cesan de ser el precio de vivir en una comunidad para ser la imposición inequitativa de unos pocos en favor de muchos? (Paul) o si el supuesto expropiado debe soportar sin ayuda el sacrificio financiero involucrado en la ganancia de la humanidad (Ackerman) es que, primero y antes que nada, debe haber habido una redistribución de los derechos de propiedad y, segundo, un beneficio por parte de quienes sean postulables para compensar.

Ahora bien, si no hubo transferencia esto supone que, nadie debe compensar. La expropiación no sólo es una institución redistributiva sino que en algún sentido importante, al menos en el inicio, es un juego de suma cero: lo que una persona gana en derechos de propiedad, sin que esto implique un juicio sobre la eventual compensación, lo pierde otra. Sólo bajo estas condiciones las intervenciones gubernamentales pueden ser concebidas como interferencias distributivas compensables<sup>35</sup>.

En situaciones muy críticas, por ejemplo, si se trata de profundas depresiones económicas, es muy difícil calificar *prima facie* a las medidas gubernamentales como medidas expropiatorias ya que, en general, son medidas que tienden a mitigar daños y distribuir sacrificios (pérdidas) más que derechos (beneficios)<sup>36</sup>. Esto pone de relieve la circunstancia de que

<sup>34</sup> ACKERMAN emplea las palabras distribución, redistribución, reasignación, no menos de cuatro veces en una extensión que no alcanza las dos páginas. Ver ACKERMAN, *op.cit.*, pp. 29-31.

<sup>35</sup> Sólo en principio la expropiación es un juego de suma cero ya que, precisamente por ser distributiva (y no correctiva) la compensación puede no ser simétrica a la supuesta pérdida y/o, por otro lado, la reasignación de derechos busca mover a la comunidad política a un estado de justicia y eficiencia superior.

<sup>36</sup> No obstante, aun en situaciones de pérdidas universales (vale decir, situaciones en las que no hay beneficiarios o ganadores aparentes) puede darse el caso, en particular, a la hora de reconstituir el esquema de derechos de propiedad preexistentes.

determinar si estamos en presencia de una expropiación (directa o regulatoria) requiere del auxilio de una determinación adicional: saber de qué derechos de propiedad estamos hablando. En otros términos, necesitamos establecer la extensión de los derechos de propiedad contenidos en el haz inicial del inversor.

## **2. El alcance de los derechos de propiedad bajo el derecho interno.**

En general, los TBIs no especifican cuál es el concepto de propiedad protegida de acuerdo al tratado. Este punto es de fundamental importancia dado que el inversor sólo puede alegar la expropiación de su propiedad. Todo el resto, es decir, todo aquello que no es su propiedad, por definición, no puede serle expropiado. La definición de los derechos de propiedad es una tarea que corresponde al derecho interno. En los casos argentinos en los que se discutió la eventual responsabilidad internacional del demandado por expropiación y trato injusto e inequitativo a las inversiones de los inversores en el sector de transporte y distribución de gas y electricidad, los demandantes alegaron que su propiedad estaba constituida por ciertas promesas (llamadas “garantías” o, a veces, “representaciones”) que le habría efectuado la República Argentina. Si bien el punto era bastante oscuro, los inversores parecieron haber argumentado que tales promesas se habrían incorporado (o adquirido) a su patrimonio como expectativas legítimas<sup>37</sup>. Tales promesas estaban relacionadas, por lo general, con una cierta estructura de la tarifa. Esta estructura tenía cierta composición y tenía también cierta dirección.

La composición de la tarifa (lo que podríamos llamar la Promesa I) era, para los inversores, la siguiente:

a) un derecho a calcular las tarifas en dólares y luego expresarlas en pesos convertibles a la tasa de cambio aplicable al momento de la facturación<sup>38</sup>;

<sup>37</sup> El concepto de expectativas legítimas, expectativas establecidas o expectativas compartidas es utilizado también en el derecho internacional. En este sentido, refiriéndose a la distinción entre regulación y expropiación, el profesor Francisco Orrego Vicuña señaló: “*Todo depende de los hechos y circunstancias específicas del caso, particularmente la gravedad y extensión de la interferencia, los derechos de las partes bajo un contrato o la legislación general y aun elementos culturales que definen expectativas compartidas*”. ORREGO VICUÑA F., “Regulatory Expropriations in International Law: Carlos Calvo, Honorary NAFTA Citizen”, *11 New York University Environmental Law Journal*. 19, p. 28.

<sup>38</sup> Los inversores basaban este alegado derecho en el Decreto N° 2.128/91, el Decreto Reglamentario y el Memorando de Información de 1992 (numerales 1.5 y 6.2 y Apéndice “Renta”). Sobre la respuesta dada por Argentina a los inversores bajo el derecho interno nos remitimos al comentario de PÉREZ CORTÉS I., “El laudo del CIADI en CMS, el cálculo de las tarifas en dólares y la convertibilidad”, en *La Ley*, 2005-C, 155.

b) un derecho a ajustar las tarifas en forma semestral según el *US Producer Price Index*<sup>39</sup>;

c) un derecho a un reajuste general quinquenal teniendo en cuenta el factor inversión (factor K) y el factor eficiencia (factor X)<sup>40</sup>;

d) un derecho a no sufrir congelamiento de la tarifa, ni a regulación adicional, ni a control de precios<sup>41</sup>, fuera de ciertos procedimientos; y

e) un derecho a que no se alteren las reglas básicas de la Licencia<sup>42</sup>.

A su vez, la dirección (o el resultado) de la Tarifa (lo que podríamos llamar la Promesa II), es siempre ascendente. Ello quiere decir que para los inversores y sobre la base de los componentes de la Promesa Tarifaria I, no hay modo de disminuir el precio que se obtiene de ella ni modo de disminuir las utilidades de la compañía en la cual habrían comprado acciones<sup>43</sup>. Siempre el vehículo corporativo debía tener utilidades<sup>44</sup>.

Jamás alguien puso en duda que la inversión de los inversores es y era propiedad suya. La cuestión pasaba por precisar cuáles eran los derechos que el sistema jurídico le otorga a los inversores en relación con su inversión. En otros términos, si se pretende incorporar a la propiedad expectativas acerca de los beneficios esperados y vallas procesales y substantivas contra cualquier supuesta depreciación en el valor de los activos, muy probablemente cualquier resultado perjudicial será visto como una expropiación. Nótese cuán diferente es concebir los derechos bajo estas dos posibilidades.

En el conjunto o haz 1 los derechos de propiedad derivados de la inversión son los siguientes:

<sup>39</sup> Tal promesa estaría contenida en el art. 41 de la Ley 24.076 (Ley del Gas) y el art. 41 (3) del Decreto Reglamentario N° 1.738/92; el Memorando de Información de 1992 (numerales 1.3 y 3.8 y Apéndice A bajo el título "Tarifas y Ajustes de Tarifas"), el Modelo de Licencia (Decreto N° 2.255/92, arts. 9.4.1.1 y 9.4.1.14), la Licencia (arts. 9.4.1.1 y 9.4.1.14 del Decreto N° 2.457/92) y el Memorando de Oferta de 1995 (bajo el título "Ajuste de Tarifas").

<sup>40</sup> Tal promesa estaría establecida en la Ley del Gas (art. 42), el Decreto Reglamentario (art. 42), el Memorando de Información de 1992 (arts. 1.3. y 3.8 y Anexo A), el Modelo de Licencia (arts. 9.4.1.2, 9.4.1.3, 9.4.1.4 y 9.5), la Licencia (arts. 9.4.1.2, 9.4.1.3, 9.4.1.4 y 9.5) y el Memorando de Oferta de 1995 (bajo el título "Ajuste de Tarifas").

<sup>41</sup> Art. 9.8 de la Licencia.

<sup>42</sup> Art. 18.2 de la Licencia.

<sup>43</sup> En muchas demandas se sostuvo que existía siempre y bajo cualquier circunstancia un derecho a obtener una rentabilidad razonable (ya que ella era concebida en términos de "garantía").

<sup>44</sup> Esta reclamación se matizó a lo largo de las disputas, aceptándose finalmente que el vehículo corporativo en el que estaban inmersas las inversiones pudiera no recibir utilidades siempre y cuando la tarifa fuera reconstituida según los alegados procedimientos ante los reguladores.

- a) derecho a permanecer en control de su inversión (derecho A);
- b) derecho a dirigir las operaciones día a día de su Inversión, en tanto accionista minoritario o mayoritario (derecho B);
- c) derecho a que el Estado receptor no supervise, como control policial, el trabajo de los ejecutivos y empleados de la inversión (derecho C);
- d) derecho a que el Estado receptor no interfiera con las decisiones de la administración o con las actividades de los accionistas (derecho D);
- e) derecho a que el Estado receptor no impida que la Inversión pague dividendos a sus accionistas (derecho E);
- f) derecho a que el Estado receptor no designe en forma permanente los directores y administradores de la inversión (derecho F);
- g) derecho a obtener una tarifa justa y razonable (derecho G)<sup>45</sup>.

Por otro lado, es posible agregar a la lista no sólo los derechos como inversor sino ciertos derechos contractuales de la inversión, con lo cual, en el conjunto o haz 2 se gozarían los siguientes derechos adicionales:

- a) derecho a la actualización de la tarifa por el *US Producer Price Index* (derecho W);
- b) derecho a la expresión de la tarifa en dólares estadounidenses durante todo el término de la concesión (derecho X);
- c) derecho a cobrar la tarifa expresada en la forma y durante el tiempo indicados en el numeral anterior (derecho Y);
- d) derecho a obtener siempre, y bajo cualquier circunstancia o decisión empresaria, utilidades (derecho Z). Incluso, se podría tener un derecho menos fuerte y concebido como un derecho a obtener utilidades bajo la neutralización de ciertos riesgos o eventos. En este caso la garantía del Estado se extendería, solamente, a proteger al inversor, por ejemplo, del riesgo devaluatorio.

Así, bajo el conjunto o haz 1, el inversor sólo tendría un caso en materia de expropiación de derechos patrimoniales si se le hubiera arrebatado algún derecho propio (por ejemplo, los derechos A a G)<sup>46</sup>. Si por vía de hipótesis, como sugiere el conjunto o haz 2, se le hubieran arrebatados los derechos W, X, Y, y/o Z, ello constituiría un supuesto expropiatorio si los inversores demostrasen que su reclamo a W, X, Y, o y/o Z fuera un reclamo genuino. Como veremos, deberían sustentar que su reclamo no constituye un reclamo contractual (lo que denominamos “test de tipicidad”). Y ade-

<sup>45</sup> Como hemos visto, esto está establecido en la Ley del Gas, que en su art. 2. d) establece el derecho a cobrar una tarifa justa y razonable.

<sup>46</sup> Así, tendría un caso si, por ejemplo, la República Argentina hubiera sancionado un régimen de nombramientos de administradores de Inversiones de Inversores como el que sancionó la República Islámica de Irán y que diera origen a un buen número de laudos por parte de los Tribunales Irán-Estados Unidos.

más, deberían demostrar que esos derechos contractuales según las licencias y concesiones estaban constituidos tal como los describían<sup>47</sup>. Antes de avanzar en cualquiera de las hipótesis, un inversor debe demostrar que la redistribución es definitiva.

### 3. Sobre el test de la interferencia permanente

Un tercer elemento para determinar si estamos en presencia o no de una expropiación es determinar si la interferencia redistributiva es definitiva o temporaria. Este criterio, al igual que el anterior, es muy importante para poder distinguir una expropiación compensable de una regulación legítima no compensable<sup>48</sup>.

Los tribunales arbitrales que más insistieron en este elemento fueron los tribunales Irán- Estados Unidos. En *ITT vs. República Islámica de Irán*<sup>49</sup> hubo una opinión concurrente en estos términos: “Las autoridades indican que, mientras la asunción del control sobre la propiedad no justifica automática e inmediatamente la conclusión de que la propiedad ha sido expropiada por el gobierno y así requiriendo compensación bajo el derecho internacional, tal conclusión está garantizada donde quiera que los eventos demuestren que el propietario ha sido privado de los derechos fundamentales de la propiedad y aparezca que la privación no es esencialmente efímera”<sup>50</sup>.

Luego de ello, ahora si como Tribunal, la Cámara Segunda de los Tribunales Irán-Estados Unidos, integrada por su Presidente Riphagen y los árbitros Shafeie y Aldrich, volvió a pronunciarse sobre el tema, esta vez en el caso “*Tippets, Abett, McCarthy & Stratton vs. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran, Gobierno de la República Islámica de Irán y Otros*” por mayoría. Allí se sostuvo que: “Mientras que la asunción del control sobre la propiedad por un gobierno no justifica automática e inmediatamente la conclusión de que la propiedad ha sido expropiada por el gobierno y así requiriendo compensación bajo el derecho internacional, tal conclusión está garantizada donde quiera que los eventos demuestren que el propietario ha sido privado de los derechos fundamentales de la propiedad y aparezca que la privación no es esencialmente efímera. La intención del gobierno es menos importante que los efectos de las medidas sobre el propietario y la forma de las medidas de control o interferencia es menos importante que la realidad de su impacto”<sup>51</sup>.

Este punto había despertado la preocupación de distintas autoridades

<sup>47</sup> Los tribunales en *CMS, Enron y Sempra* sostuvieron que los inversores tenían esos derechos contractuales pero que no habían sido expropiados sino tratados en forma injusta e inequitativa.

<sup>48</sup> Por ello, este criterio se aplica principalmente a las alegadas expropiaciones regulatorias que a las expropiaciones físicas o directas.

<sup>49</sup> *International Telephone and Telegraph Corporation vs. Iran*.

<sup>50</sup> *ITT vs. República Islámica de Irán*, p. 352.

<sup>51</sup> 6 *IRAN-US CTR* 219, párr. 225-26 citado en nota 239.

en la materia, entre ellas, el profesor Christie. Su preocupación central apuntaba a establecer la diferencia entre la regulación legítima no compensable y la expropiación compensable una vez detectados, o más bien, reconstruidos, sus contornos difusos; también fue su preocupación poder establecer si el tiempo tenía alguna influencia sobre los eventos supuestamente expropiatorios. En este sentido, sostuvo: “*Puede haber una cuestión adicional: asumiendo que el Gobierno ofensor ha secuestrado o haya interferido de otro modo con el uso de la propiedad en cuestión ¿qué tiempo después de ese secuestro o interferencia puede llegar a ser considerado una expropiación? De la determinación de esta cuestión dependerá no sólo el problema de cuándo y cómo protestar sino también, en los casos apropiados, cuestiones tales como la fecha a partir de la cual deben ser evaluados los daños y los intereses corren*”<sup>52</sup>.

Es claro que lo que estos laudos nos indican es que la madurez del reclamo expropiatorio está ligada en forma directa al tiempo. El tiempo puede desempeñar un papel agravante transformando una mera interferencia redistributiva temporaria en una expropiación o, todo lo contrario, hacer de la interferencia redistributiva temporaria una cuestión irrelevante.

En casos como el alegado por los inversores contra Argentina, esto es, en casos de supuestas expropiaciones progresivas y no formales, cobra vital importancia saber cuándo se puede estar en presencia de un caso maduro de expropiación. Christie considera un determinado período de tiempo que se reduce en la opinión concurrente del árbitro Aldrich en el citado caso de *ITT*. Para Christie, existían circunstancias en las cuales el control operacional de la empresa estaba completamente fuera del poder del inversor extranjero sin que ello implique responsabilizar al Estado por daños: “*Suponga que un Estado se apropió de ciertas empresas extranjeras y las operó en forma prudente, pagando a los propietarios un retorno equitativo, quizá las ganancias esperadas de la empresa. Presumiblemente, después de un tiempo suficiente, tal acción equivaldría a una expropiación, mas cuan largo ese período debería ser es algo difícil de arriesgar. Si el Estado anunció que la apropiación sería por la duración de la “presente emergencia económica” pero en ningún caso más allá de, digamos, “cinco años”, sería dudoso que un extranjero pudiera quejarse de que su propiedad ha sido expropiada. Bajo algunas circunstancias análogas hay fuertes indicios que, en los Estados Unidos al menos, tal propiedad no sería considerada como una expropiada*”<sup>53</sup>.

<sup>52</sup> CHRISTIE, *op.cit.* en nota 229, p. 309.

<sup>53</sup> CHRISTIE, *op.cit.* en nota 229, p. 334. Cita incluso como respaldo a los editores del *Harvard Draft* que sugieren como posible test para determinar si hubo o no expropiación el hecho de estar habilitado, o no, a enajenar la empresa durante el período de duración de la emergencia, criterio que el autor pone en duda si el tamaño de la empresa es lo suficientemente grande de modo tal que sólo el Estado estaría en condiciones de adquirirla. Cabe destacar su opinión acerca de que tal plan de emergencia en Estados Unidos no sería considerado expropiación.

De modo que, para Christie, en situaciones de emergencia, no habría expropiación cuando las medidas sólo fueran temporarias. A todo evento, la transformación de una legítima interferencia redistributiva temporaria en un caso de expropiación debería dejar correr un lapso significativo en términos de la extensión total del derecho conferido y alegadamente atacado.

#### 4. Sobre el test de la afectación substancial

Aun cuando, por hipótesis, hubiese una privación permanente de la propiedad se debe alegar y probar la privación sustancial de los derechos fundamentales de propiedad. No sólo basta la interferencia redistributiva permanente sobre un derecho del inversor sino que se requiere una afectación substancial de los derechos de propiedad. Este examen también, en gran medida, depende de los hechos que originan cada disputa, pero fundamentalmente depende de la propia definición del concepto legal, que sirve para seleccionar cuáles hechos deben ser tenidos en cuenta y cuáles no. Por ejemplo, si afectación sustancial significa simplemente una pérdida del valor de los derechos de propiedad, habría que establecer una regla que prescribiera cuánto valor debe perderse y transferirse para estar en presencia de una expropiación. Si el significado fuera equivalente a la pérdida de la administración de la sociedad, entonces deberíamos fijarnos si efectivamente el inversor perdió su capacidad para administrar la inversión. Si por pérdida sustancial debe entenderse la pérdida de la capacidad legal para tomar decisiones, esto es, la pérdida de los derechos políticos en su condición de accionista, entonces deberíamos analizar si el inversor está impedido de ejercer sus derechos en cuanto accionista. Esto es consecuencia de que el derecho limita o selecciona el campo de los hechos relevantes.

El árbitro Aldrich expresó: *“Las autoridades indican que, mientras la asunción del control sobre la propiedad no justifica automática e inmediatamente la conclusión de que la propiedad ha sido expropiada por el gobierno y así requiriendo compensación bajo el derecho internacional, tal conclusión está garantizada donde quiera que los eventos demuestren que el propietario ha sido privado de los derechos fundamentales de la propiedad y aparezca que la privación no es esencialmente efímera”*<sup>54</sup>.

El criterio, como también se sostuvo, fue reiterado poco más de un año después, en el caso *Tippets, Abett, McCarthy & Stratton*: *“Mientras que la asunción del control sobre la propiedad por un gobierno no justifica automática e inmediatamente la conclusión de que la propiedad ha sido expropiada por el gobierno y así requiriendo compensación bajo el derecho internacional, tal conclusión está garantizada donde quiera que los eventos demuestren que el propietario ha sido privado de los derechos fundamentales de la propiedad y aparezca que la privación no es esencialmente efímera. La intención del gobierno es menos importantes que los efectos de las medidas sobre el*

<sup>54</sup> 2 Iran -US CTR 348, p. 352 citado en nota 260.

*propietario y la forma de las medidas de control o interferencia es menos importante que la realidad de su impacto*”<sup>55</sup>.

En el caso *Starret Housing Corp.*, la Cámara 1ª del Tribunal Arbitral Irán- Estados Unidos, entre *ITT* y *Tippets*, adoptó otro criterio que si bien puede parecer semejante, claramente padece de menor vaguedad semántica: “Sin embargo, el derecho internacional reconoce que las medidas tomadas por un Estado pueden interferir con los derechos de propiedad en una tal medida que rindan esos derechos tan sin utilidad que deban ser considerados que han sido expropiados, aun cuando el Estado no se lo haya propuesto y que el título legal a la propiedad formalmente permanezca en su propietario original”<sup>56</sup>.

También el Tribunal de *Pope & Talbot, Inc. v. Canada* se pronunció sobre el particular: “Aun aceptando... las alegaciones del Inversor concernientes a la disminución de sus ganancias, el Tribunal concluye que el grado de interferencia con las operaciones de la Inversión debido al Régimen de Control de Exportaciones no constituye una expropiación (progresiva o de otro tipo) bajo el significado del Artículo 1110... El examen es si una interferencia es suficientemente restrictiva para apoyar una conclusión que la propiedad ha sido “desprovista” para el dueño. En realidad, en la audiencia, el abogado del Inversor concedió, correctamente, que bajo el derecho internacional una expropiación requiere una privación substancial. El Régimen de Control de Exportaciones no ha restringido a la Inversión de modo de encontrar esos estándares”<sup>57</sup>.

Reconstruir una noción útil acerca de la magnitud de la afectación a los derechos de propiedad exige solamente especial cuidado acerca del significado corriente de las palabras utilizadas por los tribunales arbitrales. Así, vemos que en el caso *Starret Housing Corp.* y en *ITT*, por ejemplo, se califica la privación, no como una privación a secas, sino como una privación que vuelve tan inútiles y tan sin sentido los derechos de propiedad que no pueden sino considerarse extinguidos completamente. Y no se trata de algunos de los derechos nacidos de la propiedad de la Inversión, como sugiere la actora: se trata de la privación completa (*Pope & Talbot*) o total (*Santa Elena*) de los derechos de propiedad. Esa es la magnitud del daño que se requiere para reclamar protección contra una expropiación.

Nos parece ilustrativo mencionar los criterios específicos asumidos en el caso *Pope & Talbot* porque el Tribunal *CMS* se valió de ellos para sostener que Argentina no había expropiado la inversión del inversor.

- 1) ¿permanece el inversor en control de su Inversión?
- 2) ¿dirige el inversor las operaciones día-a-día de su Inversión?

<sup>55</sup> 6 *Iran-US CTR* 219, 225-26.

<sup>56</sup> 4 *Iran-US CTR* 122, 154..

<sup>57</sup> *Pope & Talbot, Inc. v. Canada*, párr. 102.

3) ¿han sido los ejecutivos o empleados de la Inversión detenidos en virtud del régimen que califican como expropiatorio?

4) ¿supervisa el Estado receptor el trabajo de los ejecutivos y empleados de la Inversión?

5) ¿ha interferido el Estado receptor en la administración o en las actividades de los accionistas?

6) ¿ha impedido el Estado receptor que la inversión pague dividendos a sus accionistas?

7) ¿ha interferido el Estado receptor en la designación de directores y administradores?

8) ¿ha tomado otro curso de acción privando al inversor de la totalidad de la propiedad y del control de la Inversión?<sup>58</sup>.

##### **5. Sobre el “test de la tipicidad”. El requisito basado en la distinción entre pretensiones contractuales y pretensiones de acuerdo al tratado**

En adición a los requisitos anteriores, el inversor, para tener éxito con su reclamo, debe poder diferenciarlo de un reclamo contractual, el cual está regido por la legislación interna del Estado receptor y por la cláusula de foro local. De allí que la jurisprudencia arbitral haya sido clara en cuanto a que existe una prohibición de efectuar reclamos contractuales encubiertos como reclamos de acuerdo al tratado, aunque luego haya tenido enormes vacilaciones a la hora de distinguirlos. En este sentido, se ha señalado: “83. Para decirlo de otro modo, un inversor extranjero con derecho en principio a la protección bajo el TLCAN puede vincularse contractualmente con una autoridad pública, y puede sufrir una violación de parte de esa autoridad, y aun así puede no estar en condiciones para hacer un reclamo bajo el TLCAN. Es un hecho en la vida que en cualquier parte los individuos pueden sentirse decepcionados ante el trato recibido de las autoridades públicas, y más decepcionados aún cuando los tribunales nacionales rechazan sus quejas. Tranquilamente puede suceder que muchas partes mejicanas hayan recibido un trato no satisfactorio de parte de instituciones gubernamentales; México no es diferente de otros países en este plano. El TLCAN no fue celebrado para acordar a los inversores extranjeros una protección global contra esa clase de decepciones, y nada en sus términos así lo establece [...] 87. El problema es que la queja fundamental del Demandante consiste en que es víctima de la violación de un Contrato de Concesión. El TLCAN, sin embargo, no permite a los inversores acudir a un arbitraje internacional en razón de violaciones meramente contractuales. En verdad, el TLCAN no puede ser leído en el sentido de crear tal régimen, lo cual haría posible que una multitud

<sup>58</sup> *Pope & Talbot vs. Gobierno de Canadá*, párr. 100 citado en nota 281. En el laudo CMS el Tribunal adoptó el mismo criterio.

*de transacciones ordinarias con autoridades públicas derive en potenciales disputas internacionales. Los Demandantes simplemente no podrían hacer valer su posición persuadiendo al Tribunal Arbitral que el Ayuntamiento de Naucalpan violó el Contrato de Concesión*"<sup>59</sup>.

Se necesita algo más que una violación del ordenamiento interno (incluida la violación al contrato) para poder sostener que existe una violación del tratado. Sobre este punto se volverá más adelante, analizándose seguidamente la manera en la que dos tribunales CIADI intentaron resolver el problema.

## B. EL ESTÁNDAR DE TRATO JUSTO Y EQUITATIVO

### 1. El trato justo y equitativo como una protección de las expectativas legítimas del inversor

a) La protección de las expectativas legítimas como un estándar de protección superior al estándar mínimo del derecho internacional consuetudinario

Los tratados bilaterales de inversión contienen, en general, una disposición como la siguiente: "*Cada Parte Contratante acordará siempre un trato equitativo y justo a las inversiones de inversores de la otra*"<sup>60</sup>.

Los inversores tienen una interpretación favorita que consiste en sostener que este estándar tiene una flexibilidad tal que permite incluir la protección de las expectativas legítimas del inversor, la obligación del Estado de actuar en forma transparente, coherente y consistente, el respeto del debido proceso y garantías contra la actuación de mala fe. Por lo tanto, para esta concepción, el estándar brinda seguridades que el estándar mínimo del derecho internacional consuetudinario no brindaba. El estándar es un estándar aditivo.

Si bien el lenguaje había sido introducido en *Aminoil vs. Kuwait*, esta concepción recibió un fuerte respaldo cuando fue adoptada en *Tecmed vs. México*. En esa oportunidad el tribunal escribió un verdadero programa sobre los alcances del estándar. Sostuvo en el célebre párrafo 154 que su

<sup>59</sup> *Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca vs. The United Mexican States*, ICSID Case N° ARB (AF)/97/2, Laudo Arbitral del 1° de noviembre de 1999 en *ICSID Review-Foreign Investment Journal* 1, 25, párr. 83 y 87 (AL RA 65).

<sup>60</sup> Así, por ejemplo, el art. 5.1. del Tratado Modelo de Canadá (2004) y el art. 3 del Tratado Modelo de Francia (2006). Ambos tratados consideran que el estándar no exige trato más allá del debido según el derecho internacional consuetudinario. El art. 5 del Tratado Modelo de Noruega (2007) como así también el art. 5.1. del Tratado Modelo de Estados Unidos (2004), consideran expresamente que la obligación de trato es la debida por los principios del derecho internacional consuetudinario, que incluye el estándar de trato justo. En cambio, los Tratados Modelo de Alemania (2008) e India (2003) establecen simplemente la obligación de acordar a las inversiones trato justo y equitativo.

contenido normativo requiere proteger las expectativas básicas del inversor. En éstas se incluye la expectativa de que el Estado receptor actúe de manera coherente, libre de ambigüedades y en forma totalmente transparente. Agregó que de este modo el inversor debe conocer de antemano todas las reglas y regulaciones que gobernarán la inversión así como las metas y objetivos de las políticas públicas, directrices y prácticas administrativas pertinentes a fin de ser capaz de planificar su inversión y cumplir con aquéllas. El tribunal agrega también una particular visión sobre el derecho: el Estado no sólo debe actuar en relación con el lenguaje de esas guías, directrices y requerimientos sino también de acuerdo con sus propósitos subyacentes, a las funciones usualmente asignadas a los instrumentos legales que canalizan la inversión y sin revertir arbitrariamente sus decisiones anteriores.

En *MTD vs. Chile* hubo también una aproximación conceptual a esta visión del estándar, sosteniendo que la obligación comprometida internacionalmente impone al Estado adoptar conductas y tomar decisiones que favorezcan y promuevan la inversión extranjera. Para llegar a esta conclusión el tribunal interpretó la cláusula según el significado ordinario de los términos a la luz del objeto y propósito del tratado contenido en su preámbulo. Concluyó que los términos están enmarcados en una serie de enunciados proactivos (tales como promover, crear y estimular) más que en prescripciones que ordenen abstenerse o evitar conductas perjudiciales a los inversores. De este modo concluyó que el significado del estándar era exactamente el que se deriva del párrafo 154 del caso *Tecmed*, citándolo íntegramente.

Esta versión presenta algunos problemas que sus partidarios deberían explicar con más detalle. Primero, parece necesario explicitar cuál es la fuente que genera la expectativa o confianza que merece protección. Por ejemplo, ¿merece protección la promesa de un funcionario incompetente para hacerla? ¿merece protección la promesa hecha en violación del régimen jurídico del Estado receptor? ¿Debe la promesa registrarse en algún documento oficial, aun cuando sea en uno de bajo rango? ¿Constituye una base para determinar una promesa el documento que se presenta en una gira internacional describiendo un determinado negocio, siendo que ese documento fue elaborado por corporaciones financieras, que son documentos previos a los documentos de la licitación internacional y que contienen cláusulas de exención de responsabilidad? Segundo, deberían considerarse los incentivos y desincentivos que esta concepción introduce para el cumplimiento de la legislación interna. Si el estándar sirve para que se desconozca la noción extendida de competencias circunscriptas de un funcionario, escaso favor se estaría haciendo al *rule of law* o al Estado de derecho que el derecho internacional pretende afianzar. En otros términos, el enfoque debe explicar cuán relevante es el sistema jurídico interno o el entorno legal bajo el cual los inversores van a invertir de modo de elegir si el tratado bilateral de inversiones es una espada que corta todo nexo entre

la inversión y el derecho interno o si constituye un escudo protector que lo inmuniza contra el trato arbitrario<sup>61</sup>. Tercero, debería considerarse si las promesas pueden modificarse, por ejemplo, prohibiendo las reversiones arbitrarias como sugiere el laudo *Tecmed* pero admitiendo otras razonables, o si en realidad el estándar es una versión contemporánea de las viejas cláusulas de estabilización contractuales que congelaban las promesas durante el término de duración del contrato con total independencia del cambio fundamental de las circunstancias.

b) La protección de las expectativas legítimas como un estándar de protección similar al estándar mínimo del derecho internacional consuetudinario.

I) Primera versión: el estándar es un sucedáneo de una cláusula de estabilización y contiene protecciones que aseguran la estabilidad y la predictibilidad del marco regulatorio bajo el cual se decidió la inversión

En *Occidental Petroleum vs. Ecuador* se impuso una variación sobre el contenido normativo del estándar. Bajo esta visión del estándar se espera que el Estado receptor adopte una actitud libre de ambigüedades y totalmente transparente, de modo que el inversor pueda conocer de antemano la totalidad de la normativa que gobernará su inversión, así como los objetivos de las políticas públicas pertinentes y las prácticas administrativas, a fin de poder planificar su inversión y cumplir con dicha normativa.

En este caso, el programa *Tecmed* fue específicamente recortado. El programa *Tecmed* no castiga cualquier reversión del marco regulatorio. Al contrario, expresamente sostiene que se trata de evitar reversiones arbitrarias. Sin embargo, para el tribunal del caso *Occidental Petroleum vs. Ecuador*, la garantía se encuentra ampliada, a efectos de congelar el marco regulatorio bajo el cual la inversión fue hecha. De esta forma, el estándar aparece funcionando como un sucedáneo de una típica cláusula contractual de estabilización.

La otra particularidad que presenta el caso es que la estabilidad y predictibilidad del marco regulatorio de la inversión es requerida por el derecho internacional consuetudinario ya que el trato que merecía la inversión bajo el tratado no es diferente. El derecho de las inversiones no adiciona nada al derecho internacional consuetudinario porque el derecho internacional ya contenía protección suficiente contra las reversiones del marco legal o contractual de una inversión.

II) Segunda versión: el estándar protege las expectativas legítimas del inversor, las que están conformadas, centralmente, por el derecho del Estado receptor.

<sup>61</sup> En determinadas situaciones de tensión y de colapso general de un sistema político-económico y de los derechos de propiedad, los tratados de inversión pueden operar de dos modos distintos: pueden hacer que el inversor se prevalga de un derecho prioritario o que sólo pueda tener derecho a igual protección y distribución de los bienes escasos.

Una visión similar que amplía el estándar mínimo de derecho internacional sostiene que el derecho de las inversiones protege las expectativas legítimas pero éstas no están dadas por la interpretación que hace el inversor de los compromisos y representaciones que el Estado receptor habría hecho sino, básicamente, por su derecho interno.

Esta posición viene siendo anunciada por el profesor R. Dolzer desde hace un tiempo, para quien el derecho interno es relevante en los arbitrajes de inversión no como simples hechos inherentes a la controversia sino como un elemento normativo que establece el límite de lo que los inversores pueden esperar del Estado receptor.

Esta posición parece haber sido adoptada por el Comité de Anulación en *MTD vs. Chile*. Es verdad que si nos concentramos pura y exclusivamente en el párrafo 67, la impresión que se recibe es que el estándar de trato justo y equitativo no comprende las expectativas del inversor: Por ejemplo, en *Tecmed* la aparente confianza del Tribunal en las expectativas del inversionista extranjero como la fuente de las obligaciones del Estado receptor (tal como la obligación de indemnizar por expropiación) es cuestionable. En principio, las obligaciones del Estado receptor hacia los inversionistas extranjeros derivan de los términos del tratado de inversión aplicable y no de algún conjunto de expectativas que los inversionistas puedan tener o reclamar. Un tribunal que pretende deducir a partir de dichas expectativas un conjunto de derechos diferentes de aquéllos contenidos en o que pueden hacerse cumplir bajo el TBI, bien podría extralimitar sus facultades y, si la diferencia fuese sustancial, podría excederlas manifiestamente.

Sin embargo, el Comité luego considera de qué forma son relevantes las expectativas legítimas. En primer término señala que pueden ser relevantes para la aplicación de las garantías contenidas en un tratado de inversión. En palabras del Comité, esto es reconocido tanto por Chile y sus expertos como por la jurisprudencia<sup>62</sup>. En segundo lugar indicó de qué modo son relevantes, defendiendo el derecho aplicado y el razonamiento empleado por el tribunal.

En cuanto a la aplicación de derecho chileno, el Comité sostuvo que el tribunal se tuvo que enfrentar a una cuestión híbrida acerca de los efectos del Contrato de Inversión Extranjera. Por un lado, el significado de un contrato chileno era asunto de derecho chileno. Por otro, sus implicaciones en términos de una demanda de derecho internacional son un asunto de derecho internacional. Es correcto que bajo los limitados alcances de la anulación, el Comité podía no estar en condiciones de aplicar derecho chileno a la competencia del Comité de Inversiones Extranjeras (CIE). Pero también es cierto que cuando el Comité de Anulación retornó luego a las consideraciones del tribunal, estas razones estaban basadas en las expectativas que

<sup>62</sup> *MTD Equity Sdn Bhd. & MTD Chile S.A. vs. La República de Chile* (Caso CIADI N° ARB/01/7), Decisión de Anulación, 21 de marzo de 2007, párr. 69.

el Comité de Inversiones Extranjeras había generado en el inversor. De este modo, la dura condena del párrafo 67 deja de serlo en el párrafo 75.

En cuanto al razonamiento, el Comité señaló que sería claramente comprendido por un lector informado. El Comité estimó que el tribunal fue claro en el modo de resolver las dos decisiones del Estado receptor que las demandantes consideraban arbitrarias e incoherentes: la primera era la aprobación por el Comité de Inversiones Extranjeras del proyecto de los inversores demandantes, proyecto que especificaba la ubicación del pueblo a levantar en 600 hectáreas del fundo “El Principal de Pirque”, “generando la legítima expectativa de que el Proyecto al menos era, en principio, factible desde un punto de vista de la regulación”; la segunda era la determinación de las autoridades urbanísticas competentes de que el Proyecto no era factible. De acuerdo al principio de la unidad del Estado, la Demandada había actuado en forma inconsistente<sup>63</sup>. Aun cuando su representación legal consideró que la afirmación del tribunal era arbitraria y contradictoria, el Comité descartó que ello fuera así. Sostuvo que el tribunal estaba dentro de su marco de apreciación para estimar que el CIE “era un órgano del Estado de rango superior cuyos actos formales podían ser considerados significativos en términos de la aceptación de la inversión” y que “era potestativo del tribunal poner énfasis, desde la perspectiva de la inversión extranjera, en las facultades y composición del CIE”. El tribunal, según el Comité, no lo había hecho desde la perspectiva de la atribución (lo cual le parecía obvio e indiscutible), sino desde “la visión de la trascendencia que debía asignarse al acto jurídico de contratar para un Proyecto en una ubicación específica”<sup>64</sup>. Es bastante claro que la trascendencia de la actuación del CIE sólo puede serlo, desde el punto de vista del derecho internacional, si se considera relevante la confianza que brinda y genera al inversor. De otro modo, el Comité debía ordenar anular el fallo por grosero error de derecho<sup>65</sup>.

Otro caso que recepta la idea de que el estándar protege las expectativas legítimas sin agregar ningún elemento al derecho internacional consuetudinario es el tribunal del caso *MCI vs. Ecuador*, tribunal que agrega

<sup>63</sup> *MTD Equity Sdn Bhd. & MTD Chile S.A. vs. La República de Chile* (Caso CIADI N° ARB/01/7), Decisión de Anulación, 21 de marzo de 2007, párr. 81.

<sup>64</sup> *MTD Equity Sdn Bhd. & MTD Chile S.A. vs. La República de Chile* (Caso CIADI N° ARB/01/7), Decisión de Anulación, 21 de marzo de 2007, párr. 89 y 91.

<sup>65</sup> Si bien el Comité rechaza correctamente la idea de que la adjetivación no agrega nada al error de derecho (respondiendo al dictamen experto de Sir Arthur Watts para quien los Comités tienen jurisdicción para anular laudos que importen un “desorden efectivo y sustancial del derecho que estaban tratando de aplicar”) debe finalmente aceptar que cuando el error es “manifiesto” e indiscutible -en oposición al malentendido-, allí hay una causal de anulación. En el caso, el Comité ya había reconocido la relevancia del derecho del Estado receptor tanto conceptual como positivamente a los fines de determinar la responsabilidad internacional del demandado.

una característica adicional a la confianza del inversor que merece trato justo: las expectativas legítimas que merecen estar protegidas son aquéllas que descansan sobre una base objetiva de derecho. Las expectativas del inversor respecto a la exigencia de un trato justo y equitativo y de buena fe, de conformidad con el TBI, deben tener un correlato de legitimidad objetivo. La legitimidad de las expectativas del trato debido por parte del inversor extranjero protegido por el TBI no depende de la mera intencionalidad de las partes, sino de la certeza del contenido de las obligaciones exigibles.

En consecuencia, las legítimas expectativas de *Seacoast* sobre el resultado de las negociaciones en la Comisión de Liquidación no pueden estar disociadas de los alcances y efectos legales de la norma aplicable, es decir, de la cláusula décimoséptima del Contrato. Esta cláusula no genera una obligación de resolver las controversias existentes entre las partes sobre la interpretación y aplicación del Contrato. El hecho de no haber logrado las partes una liquidación definitiva dentro de la Comisión de Liquidación no pudo generar un incumplimiento del trato justo y equitativo por parte de Ecuador sobre la base de una expectativa de *Seacoast* que no se legitima en una obligación exigible<sup>66</sup>.

El tribunal luego repetiría en varias ocasiones que acepta las expectativas del inversor como un elemento que merece respeto y protección pero vuelve a sostener que son sólo aquéllas que están fundadas en derecho. Dentro de las expectativas legítimas que *Seacoast* podría invocar como violatorias de un trato justo y equitativo y de buena fe, el tribunal no puede considerar como relevante la mera invocación del desconocimiento de los efectos legales de la revocatoria o de la existencia de un recurso para impugnarla<sup>67</sup>.

Las expectativas de *Seacoast* respecto a la celebración de un acuerdo arbitral no pudieron legitimarse en un derecho adquirido a lograr ese acuerdo como consecuencia de una obligación asumida por Ecuador. Las Demandantes no probaron la existencia de la obligación por parte de las autoridades ecuatorianas de llegar a un acuerdo de arbitraje<sup>68</sup>.

La mera posibilidad o intención de lograr un acuerdo arbitral no generó en sí misma una obligación exigible a Ecuador, ni en ella puede basarse una legítima expectativa de *Seacoast* ante la inexistencia de una obligación incumplida de llegar inexorablemente a la celebración de un acuerdo de arbitraje<sup>69</sup>.

<sup>66</sup> *M.C.I. Power Group L.C. & New Turbine Inc. vs. La República de Ecuador* (Caso CIADI N° ARB/03/6), Laudo del 31 de julio de 2007, párr. 278 y 279.

<sup>67</sup> *M.C.I. Power Group L.C. & New Turbine Inc. vs. La República de Ecuador* (Caso CIADI N° ARB/03/6), Laudo del 31 de julio de 2007, párr. 303.

<sup>68</sup> *M.C.I. Power Group L.C. & New Turbine Inc. vs. La República de Ecuador* (Caso CIADI N° ARB/03/6), Laudo del 31 de julio de 2007, párr. 322.

<sup>69</sup> *M.C.I. Power Group L.C. & New Turbine Inc. vs. La República de Ecuador* (Caso CIADI N° ARB/03/6), Laudo del 31 de julio de 2007, párr. 325. Existen más

Finalmente, el tribunal concluye que el trato justo y equitativo obliga a los Estados parte en el TBI a respetar los estándares de tratamiento requeridos por el derecho internacional consuetudinario, es decir “(...) a la *práctica reiterada, general y constante de los Estados respetada por éstos con conciencia de su obligatoriedad*”. Ello significa que el trato justo y equitativo es la expresión de una norma de derecho y que el opuesto es un trato arbitrario que un tribunal podrá razonablemente reconocer como un acto contrario a derecho citando al caso *Mondev*, uno de los casos fundantes del arbitraje bajo el TLCAN en el que el tribunal sostuvo que el trato justo y equitativo del Artículo 1105(1) es el estándar mínimo tal como está establecido en la práctica de los Estados y en la jurisprudencia de los tribunales arbitrales<sup>70</sup>.

III) Tercera versión: el estándar protege expectativas legítimas si éstas fueron inducidas por representaciones, garantías o compromisos específicos.

Hay otros tribunales que se dedicaron a proteger una versión diferente del estándar de trato justo y equitativo sin que ello implique agregar elementos al contenido del estándar de trato mínimo internacional y, al mismo tiempo, que protejan las expectativas legítimas del inversor. En esta versión las expectativas no están reducidas a disfrutar de un ambiente estable y predecible ni tampoco están determinadas por el derecho interno. Las expectativas legítimas que el estándar protege son las promesas específicas bajo las cuales el Estado receptor de la inversión habría inducido al inversor a llevar adelante sus inversiones. Un laudo singular, en este sentido, es el emanado del tribunal TLCAN en el caso *Glamis vs. Estados Unidos*. Este laudo es singular porque los tribunales arbitrales del TLCAN han sido reacios a adoptar el lenguaje de las expectativas inducidas y se han limitado a elevar el contenido normativo del estándar de trato mínimo internacional, reconociendo la perdurabilidad del caso *Neer*<sup>71</sup>. El tribunal en *Glamis* es lo que primero recordó, tal como lo había hecho antes el tribu-

---

evidencias de la aceptación condicional de las expectativas legítimas del inversor como circunstancia que merece la protección de los tratados, por ejemplo, párr. 339 (en el que el tribunal rechaza la pretensión de las demandantes de considerar que la revocatoria del permiso no califica como violación del estándar de trato justo en tanto de la misma manera como han canalizado este reclamo, por sí mismas, podía reclamar ante los tribunales ecuatorianos competentes. “Si podían hacerlo quería decir que sus legítimas expectativas, las ajustadas a derecho, no se habían visto en modo alguno frustradas ni limitadas por la liquidación de la sucursal de *Seacoast* en Ecuador”); párr. 349 (en el que el tribunal considera que “... dentro de las alegadas expectativas legítimas de un inversor frente a los comportamientos exigibles a un Estado receptor no pueden incluirse las meras apreciaciones subjetivas sobre la imposibilidad de lograr una solución viable a través de los recursos judiciales internos del Estado cuando esos recursos ni siquiera fueron propiamente activados).

<sup>70</sup> *M.C.I. Power Group L.C. & New Turbine Inc. vs. La República de Ecuador* (Caso CIADI N° ARB/03/6), Laudo del 31 de julio de 2007, párr. 369 y 370.

<sup>71</sup> Informes sobre Laudos Arbitrales Internacionales, Naciones Unidas, 1926, IV, p. 60.

nal del caso *Mondev*: *"It therefore appears that, although situations may be more varied and complicated today than in the 1920s, the level of scrutiny is the same. The fundamentals of the Neer standard thus still apply today: to violate the customary international law minimum standard of treatment codified in Article 1105 of the NAFTA, an act must be sufficiently egregious and shocking- a gross denial of justice, manifest arbitrariness, blatant unfairness, a complete lack of due process, evident discrimination, or a manifest lack of reason- so as to fall below accepted international standards and constitute a breach of Article 1105(1). The Tribunal notes that one aspect of evolution from Neer that is generally agreed upon is that bad faith is not required to find a violation of the fair and equitable treatment standard, but its presence is conclusive evidence of such. Thus, an act that is egregious or shocking may also evidence bad faith, but such bad faith is not necessary for the finding of a violation. The standard for finding a breach of the customary international law minimum standard of treatment therefore remains as stringent as it was under Neer; it is entirely possible, however that, as an international community, we may be shocked by State actions now that did not offend us previously"*<sup>72</sup>.

Sin embargo, la desvinculación en *Glamis* de las expectativas legítimas, como elemento a proteger por el estándar de trato justo y equitativo, del Artículo 1105(1) es muy problemática. Unos pocos párrafos después, el tribunal parece reconocer expresamente que si el Estado formalizó ciertos compromisos o garantías específicas que indujeron y constituyeron las expectativas del inversor para invertir, se dispararía la protección internacional, aun cuando la inversión consistiese en un contrato. En esos términos no habría mera violación de un contrato sino de un acuerdo específico protegido por el derecho internacional: *"(...) mere contract breach, without something further such as denial of justice or discrimination, normally will not suffice to establish a breach of Article 1105. Merely not living up to expectations cannot be sufficient to find a breach of Article 1105 of the NAFTA. Instead, Article 1105(1) requires the evaluation of whether the State made any specific assurance or commitment to the investor so as to induce its expectations"*<sup>73</sup>.

Otro de los casos, fuera ya del TCLAN, que parece haber seguido esta tendencia es el caso *Saluka*: *"304. This Tribunal would observe, however, that while it subscribes to the general thrust of these and similar statements, it may be that, if their terms were to be taken too literally, they would impose upon host States' obligations which would be inappropriate and unrealistic. Moreover, the scope of the Treaty's protection of foreign investment against unfair and inequitable treatment cannot exclusively be determined by foreign investors' subjective motivations and considerations. Their expectations, in*

<sup>72</sup> *Glamis Gold, Ltd. vs. United States of America*, UNCITRAL (NAFTA), Laudo del 8 de junio de 2009, párr. 616.

<sup>73</sup> *Glamis Gold, Ltd. vs. United States of America*, UNCITRAL (NAFTA), Laudo del 8 de junio de 2009, párr. 620.

*order for them to be protected, must rise to the level of legitimacy and reasonableness in light of the circumstances. 305. No investor may reasonably expect that the circumstances prevailing at the time the investment is made remain totally unchanged. In order to determine whether frustration of the foreign investor's expectations was justified and reasonable, the host State's legitimate right subsequently to regulate domestic matters in the public interest must be taken into consideration as well. As the S.D. Myers tribunal has stated, the determination of a breach of the obligation of "fair and equitable treatment" by the host State must be made in the light of the high measure of deference that international law generally extends to the right of domestic authorities to regulate matters within their own borders. 306. The determination of a breach of Article 3.1 by the Czech Republic therefore requires a weighing of the Claimant's legitimate and reasonable expectations on the one hand and the Respondent's legitimate regulatory interests on the other"*<sup>74</sup>.

Un tercer caso que podría sostenerse que siguió esta línea es el caso *Parkerings-Compagniet AS*. En este caso se discutía la ruptura de un contrato de estacionamiento medido que incluía la construcción de dos playas múltiples entre el municipio de Vilna (Lituania) y un consorcio en el cual tenía intereses el inversor demandante. El tribunal sostuvo expresamente que las expectativas legítimas de estabilidad y predictibilidad no constituyen una valla legítima para congelar el marco regulatorio e impedir que el Estado receptor modifique su legislación general, a menos que el vínculo entre el Estado y el inversor contenga una específica cláusula de estabilización: "332. *It is each State's undeniable right and privilege to exercise its sovereign legislative power. A State has the right to enact, modify or cancel a law at its own discretion. Save for the existence of an agreement, in the form of a stabilisation clause or otherwise, there is nothing objectionable about the amendment brought to the regulatory framework existing at the time an investor made its investment. As a matter of fact, any businessman or investor knows that laws will evolve over time. What is prohibited however is for a State to act unfairly, unreasonably or inequitably in the exercise of its legislative power*".

Sin embargo, no resulta claro si la cláusula de estabilización impide en forma total cualquier modificación. Si lo que está prohibido es que un Estado actúe en forma inequitativa o irrazonable, podría sostenerse que las cláusulas de estabilización no son vallas absolutas sino relativas. Todo dependerá si la modificación es, en definitiva, irrazonable. El tribunal parece inclinarse por este criterio al agregar un párrafo después que el derecho a la estabilidad no es completo y sólo se protegerá su confianza a) si prueba que decidió la inversión con la debida diligencia y b) sus expectativas son razonables a la luz de las circunstancias: "333. *In principle, an investor has a right to a certain stability and predictability of the legal environment of the investment. The investor will have a right of protection of its legitimate expectations provided it exercised*

<sup>74</sup> *Saluka Investments BV (The Netherlands) vs. República Checa* (CNUDMI), Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006, párr. 304-306.

*due diligence and that its legitimate expectations were reasonable in light of the circumstances. Consequently, an investor must anticipate that the circumstances could change, and thus structure its investment in order to adapt it to the potential changes of legal environment*<sup>75</sup>.

## **2. El trato justo y equitativo como una protección que codifica el derecho internacional consuetudinario, aún reconociendo su contenido evolutivo**

Varios Estados sostienen esta posición, que sin embargo, no es la única. Por el contrario, parece existir un acuerdo extendido de los Estados partes en el TLCAN sobre este punto.

Esta concepción admite matices. Francamente, por ejemplo, no es lo mismo sustentarla con arreglo al TLCAN que en el marco de un tratado de inversiones. Mientras que los Estados en el marco del TLCAN sostuvieron precisamente, y mediante el mecanismo del Artículo 1131(2), que el estándar del Artículo 1105 no comprende ninguna obligación adicional al estándar mínimo, nada de ello está incorporado a los tratados bilaterales. De allí que los tribunales TLCAN expresamente sostengan que el estándar de trato justo y equitativo no ha incorporado nuevas obligaciones a las contenidas en el estándar consuetudinario de trato mínimo.

Ya al inicio de la litigación arbitral bajo el TLCAN un tribunal arbitral en el caso *Mondev*<sup>76</sup> halló que el estándar de trato justo y equitativo codificaba la versión consuetudinaria del estándar de trato mínimo, si bien sujetaba este estándar, representado por el caso *Neer*, a la evolución de nuestra conciencia jurídica actual. De este modo, si bien la costumbre internacional aparecía ahora codificada, la diferencia reside en que el estándar de trato justo serviría para “actualizar” directamente el contenido normativo de aquél sin tener que demostrar que hubo una expansión de los elementos que conforman el derecho internacional consuetudinario<sup>77</sup>.

Luego de ello, uno de los casos en los que se sintetizaron los diversos

<sup>75</sup> *Parkerings-Compagniet AS vs. República de Lituania*, Caso CIADI N° ARB/05/8, Laudo del 11 de septiembre de 2007, párr. 332-333. El tribunal del caso *Metalpar* destacó los mismos elementos. *Metalpar S.A. y Buen Aire S.A. vs. Republica Argentina*, Caso CIADI N° ARB/03/5, Laudo del 6 de junio de 2008, párr. 207.

<sup>76</sup> *Mondev International Ltd. vs. United States of America*, ICSID Case N° ARB(AF)/99/2 (NAFTA).

<sup>77</sup> Es decir, no haría falta demostrar que la práctica general y uniforme de los Estados se ha modificado con conciencia de su obligatoriedad. En relación con la interacción de la costumbre internacional y los TIBs, se ha puesto de relieve la necesidad de analizar con detenimiento las particularidades y el contexto en el que se negocian las cláusulas de cada TBI, dado que los Estados pueden tener percepciones específicas y diferenciadas en cada situación, conf. MANSI A., en “Tagungsbericht10. Arbeitskongress in Buenos Aires 2007”, p. 2. <http://www.ajag.org/AJAG/doku.php/ajag/kongresse/kongresse/tagungsbericht10>

componentes que forman el estándar, fue *Waste Management vs. México II*. Dentro de la línea de los tribunales TLCAN, los árbitros igualaron el estándar de trato justo y equitativo con el estándar de trato mínimo: “Taken together, the S.D. Myers, Mondev, ADF and Loewen cases suggest that the minimum standard of treatment of fair and equitable treatment is infringed by conduct attributable to the State and harmful to the claimant if the conduct is arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic, is discriminatory and exposes the claimant to sectional or racial prejudice, or involves a lack of due process leading to an outcome which offends judicial propriety—as might be the case with a manifest failure of natural justice in judicial proceedings or a complete lack of transparency and candour in an administrative process. In applying this standard it is relevant that the treatment is in breach of representations made by the host State which were reasonably relied on by the claimant”<sup>78</sup>.

Más cerca, el tribunal de *International Thunderbird Gaming Corporation vs. México*, volvió a establecer la vinculación esencial entre el Artículo 1105 1) que ordena a los Estados acordar trato justo y equitativo a las inversiones de los inversores y el estándar de trato mínimo internacional, aun cuando se reconozca el carácter evolutivo de éste: “Notwithstanding the evolution of customary law since decisions such as the Neer claim in 1926, the threshold for finding a violation of the minimum standard of treatment still remains high as illustrated by recent international jurisprudence. For the purposes of the present case, the Tribunal views acts that would give rise to a breach of the minimum standard of treatment prescribed by NAFTA and customary international law as those that, weighed against the given factual context, amount to a gross denial of justice or manifest arbitrariness falling below acceptable international standards”<sup>79</sup>.

### C. LA CLÁUSULA PARAGUAS O LA CLÁUSULA DE CUMPLIMIENTO DE LOS COMPROMISOS CONTRAÍDOS CON EL INVERSOR

Numerosos TBIs incorporan un estándar de protección que consiste en proteger los compromisos asumidos con la inversión. Se trata de la denominada “cláusula paraguas”. Su alcance es controvertido. No obstante que los tribunales no han laudado de manera homogénea al respecto, las interpretaciones opuestas no proliferan como ocurre con los estándares anteriores y el perfil de la obligación internacional va adquiriendo contornos más definidos.

<sup>78</sup> *Waste Management Inc. vs. Estados Unidos Mexicanos*, Caso ARB(AF)00/3, Laudo 30 de abril de 2004, párr. 98.

<sup>79</sup> *International Thunderbird Gaming Corporation vs. Estados Unidos Mexicanos*, Laudo del 26 de enero de 2006, párr. 194.

### **1. La concepción residual que eleva las violaciones contractuales o la legislación interna a la categoría de violaciones al derecho internacional**

En líneas generales, los inversores han sostenido casi invariablemente que la cláusula paraguas funciona como una cláusula residual. Si la inversión ha sufrido un menoscabo que no califica ni como expropiatorio ni como denegación de trato justo y equitativo, entonces el tribunal debería laudar considerando que el Estado receptor infringió los compromisos asumidos con la inversión.

Se considera que ocurre una especie de transubstanciación del derecho interno que se vuelve derecho internacional. Si existe un contrato entre el vehículo corporativo de propiedad indirecta del inversor, por ejemplo, cualquier violación a los compromisos contractuales habrá de ser una violación al derecho internacional y, en consecuencia, los tribunales tendrán jurisdicción, incluso, sobre el contrato; aun cuando el contrato provea una cláusula de foro exclusivo interno y aun cuando ello signifique no considerar la aplicación de una cláusula contractual. El razonamiento es que el Estado receptor ha consentido esta “elevación” de la violación del derecho interno a violación del derecho internacional y, por lo tanto, no hay ninguna evisceración del contrato: simplemente, junto a la cláusula del foro exclusivo interno coexiste una cláusula de derecho internacional contenida en un tratado bilateral de inversiones que garantiza al inversor la opción de llevar adelante su reclamo ante un tribunal internacional.

Algunos tribunales han sido seducidos por esta versión más sofisticada de la interpretación residual o de la transubstanciación. Independientemente del vínculo que exista entre el inversor y el Estado receptor, los tratados protegen los compromisos asumidos con la inversión. De este modo, el estándar funciona como una cláusula abierta y expansiva que atrapa cualquier eventual incumplimiento de los compromisos establecidos entre el Estado receptor y el inversor. Este fue el razonamiento que empleó el tribunal *CMS*. Consideró que el reclamo, en principio, era un reclamo genuino y no un reclamo contractual (o basado en el derecho interno). Su lógica implícita parece haber sostenido que si se suscribe un tratado bilateral de protección de inversiones y se asume que respetará los compromisos contraídos con la inversión de que se trate, no hay ninguna transubstanciación de las obligaciones emanadas del derecho interno en obligaciones internacionales cuando el inversor decide solicitar la protección de un tratado bilateral que contiene esa cláusula ante la jurisdicción internacional. De allí que se haya sostenido que el derecho internacional (en el caso, el TBI Estados Unidos- República Argentina) protegía las promesas y compromisos específicos que el Estado argentino habría asumido con Transportadora Gas del Norte, el vehículo corporativo en cuyas acciones había invertido *CMS*. Si bien otros tribunales arbitrales sostuvieron esta visión, el Comité *ad hoc* no dudó en anular el laudo en esta parte.

## 2. La concepción estricta: el compromiso protegido es el compromiso asumido con el inversor.

Esta interpretación expansiva tiene varios problemas que distintos tribunales se han encargado de destacar, algunos vinculados a principios y otros vinculados a consecuencias no deseables. En el primer caso, una interpretación conforme *CMS* tornaría irrelevante la autonomía de las partes en el contrato. En el segundo caso, se sujetaría a un sinnúmero de contratos públicos a tribunales internacionales pudiendo, incluso, hacer colapsar el sistema de adjudicación especial existente.

De modo que varios Comités de Anulación han reflejado cierta preocupación por la interpretación residual. Así lo hizo el Comité *ad hoc* en *Vivendi II*: “De conformidad con el principio general (que es indudablemente declaratorio del derecho internacional general), si hubo un incumplimiento del TBI y si hubo un incumplimiento contractual, son cuestiones diferentes. Cada uno de estos reclamos se determinará haciendo referencia a su derecho correspondiente o aplicable; en el caso de un TBI, mediante el derecho internacional; en el caso del Contrato de Concesión, mediante el derecho correspondiente del contrato, en otras palabras, el derecho de Tucumán”<sup>80</sup>.

A pesar de que la República Argentina acusó de nulidad el laudo *Azurix*, se podría sostener que sobre la cuestión de la cláusula paraguas el tribunal brindó una respuesta correcta. La demandante sostuvo (especialmente en la Réplica) que la referencia a “cualquier compromiso” incluye tanto las obligaciones bajo el derecho internacional como aquéllas asumidas con arreglo al derecho interno. En respaldo de la concepción residual y amplia “[L]a Demandante alega que “[p]ara limitar esta disposición del TBI a alguna categoría específica de obligaciones sería necesario interpretar el tratado como si su redacción fuera restrictiva, algo que los autores podrían haber hecho pero que, intencionalmente, decidieron no hacer. Naturalmente, la tarea del tribunal consiste en interpretar el tratado tal como está escrito, y no reformularlo en el sentido que le resulte conveniente al Gobierno argentino”. Cualquier incertidumbre debe interpretarse a favor del inversor, dado los objetivos del TBI expresados en su preámbulo”<sup>81</sup>.

Además, *Azurix*, según la interpretación que hacía el tribunal, había sostenido que la frase “hubiera contraído” referida a los compromisos, no se limita a ninguna modalidad o método en particular. Por lo tanto, abarca las obligaciones asumidas mediante contratos, leyes, decretos, resoluciones o reglamentos. El alegato del inversor se basaba, por último, en que tampoco el TBI limitaba la aplicación de la cláusula a alguna inversión específica, sino que el Artículo II 2) c) se refiere a las obligaciones relativas a inversiones en plural y en forma genérica<sup>82</sup>.

<sup>80</sup> *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal vs. la República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/97/3, Decisión sobre la Anulación, párr. 96.

<sup>81</sup> *Azurix Corp. vs. La República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/01/12, párr. 381.

<sup>82</sup> *Azurix*, cit. párr. 382.

El tribunal, en cambio, no adoptó la concepción amplia sustentada por el inversor. Sostuvo que Argentina no tenía ningún compromiso con Azurix sino que lo había contraído con ABA<sup>83</sup>. El único compromiso con Azurix era el propio tratado. De modo que no existía ningún compromiso específico legal, reglamentario o contractual que Azurix pudiera alegar como propio. En otros términos, el tribunal sostuvo que Azurix y ABA no son personas idénticas a los fines de hacer valer la cláusula de cumplimiento de las obligaciones contraídas con el inversor. El Tribunal zanjó la controversia en muy pocas líneas: *“Como ya había declarado al afirmar su competencia dentro de los límites permitidos por el Convenio y el TBI, el Tribunal considera que ninguna de las reclamaciones contractuales propiamente dichas se refieren a un contrato entre las partes en este procedimiento, pues ni la Provincia ni ABA son partes en él. Si bien Azurix puede presentar una demanda con arreglo al TBI por incumplimientos cometidos por Argentina, no hay ningún compromiso con Azurix que Argentina deba respetar, salvo las obligaciones contraídas en virtud del TBI. Aun si se aceptara la argumentación de que, en virtud del Artículo II(2)(c), Argentina fuese responsable de las supuestas violaciones del Contrato de Concesión por parte de la Provincia, la parte en este Contrato no era Azurix, sino ABA”*<sup>84</sup>.

En igual sentido, el ejemplo más emblemático de esta tendencia está representado por la Decisión del Comité de Anulación en *CMS*, que llegó a anular la decisión del tribunal arbitral sobre este punto y lo hizo con un lenguaje que muestra a las claras el radical desacuerdo con el tribunal y las fallas en su razonamiento.

De acuerdo al Comité, y según *CMS* lo había argumentado en las audiencias anulatorias, la Demandante sostenía una interpretación literal del Artículo II 2) c) del tratado bilateral Estados Unidos- República Argentina. Por lo tanto, el efecto de la interpretación de *CMS* era transformar al accionista minoritario de Transportadora de Gas del Norte S.A. para hacer valer dichas obligaciones no siendo titular del derecho. En consecuencia, el Artículo II 2) c) actuaba para conferirle legitimación que de otra manera no tendría. Como el tribunal había considerado que la Republica Argentina no había dado cumplimiento a esa cláusula del tratado en razón de haber contravenido “las obligaciones legales y contractuales pertinentes a la inversión” el Comité sostuvo que estaba implícito en el razonamiento del tribunal la interpretación literal de la Demandante<sup>85</sup>. Esta posición tenía varios problemas, algunos conceptuales y otros propios de la litigación<sup>86</sup>.

<sup>83</sup> Azurix Buenos Aires, el vehículo corporativo de único propósito de propiedad indirecta de Azurix Corp.

<sup>84</sup> *Azurix*, cit. párr. 384.

<sup>85</sup> *CMS Gas Transmission Company vs. República Argentina*, Decisión del Comité *ad hoc* sobre la Solicitud de Anulación de la República Argentina, párr. 94.

<sup>86</sup> Entre los problemas propios de la litigación el Comité sostuvo que el tribunal nunca había hecho explícita su concepción en relación con la legitimación del

Entre los primeros, el Comité enunció una larga lista, que citamos íntegramente: *“Esta amplia interpretación del Artículo II(2)(c) crea, además, importantes dificultades. (a) En cuanto señala “los compromisos que hubiera contraído con respecto a las inversiones”, parece claro que el Artículo II(2)(c) se refiere a obligaciones consensuales que derivan independientemente del propio TBI (i.e. conforme al derecho del Estado receptor o posiblemente al derecho internacional). Más aún, debe tratarse de obligaciones específicas relativas a la inversión. Estas no comprenden requisitos generales impuestos por el derecho del Estado receptor. (b) Las obligaciones consensuales no se contraen erga omnes sino con respecto a personas determinadas. Similarmente, el cumplimiento de dichas obligaciones o requisitos se produce entre deudor y acreedor. (c) El efecto de la cláusula paraguas no es transformar la obligación en que se basa en algo distinto; el contenido de la obligación se mantiene inalterado, tal como su derecho aplicable. Si esto es así, pareciera que las partes de la obligación (i.e., las personas vinculadas por ella y facultadas para basarse en ella) tampoco son afectadas en razón de la cláusula paraguas. (d) La obligación del Estado comprendida en el Artículo II(2)(c) a menudo es una obligación bilateral o una obligación intrínsecamente asociada a las obligaciones de la sociedad de inversión. Con todo, un accionista aparentemente facultado para hacer valer los derechos de la sociedad en su propio beneficio, no estará vinculado por las obligaciones de la sociedad, e.g. en cuanto a la solución de controversias. (e) Si la interpretación implícita del Tribunal es correcta, el mecanismo contemplado en el Artículo 25 2) b) del Convenio CIADI resulta innecesario dondequiera que exista una cláusula paraguas. (f) El laudo no contiene un examen de los travaux del TBI sobre este punto, o de las interpretaciones previas de los proponentes de la cláusula paraguas con respecto a su función”<sup>87</sup>.*

A la luz de todas estas dificultades, el Comité concluyó que no estaba para nada claro cómo el tribunal había podido concluir que CMS podía exigirle a la República Argentina el cumplimiento de las obligaciones que el Estado nacional había adoptado con Transportadora Gas del Norte, licenciataria de una licencia de transporte de gas. En esas circunstancias, exhibiendo el laudo omisiones fundamentales que no podían inferirse razo-

---

Demandante bajo esta cláusula. Así, en la Decisión sobre Jurisdicción del 17 de julio de 2003, el tribunal había insistido en que dicha cuestión debía resolverse en la etapa de los méritos. Sin embargo, en la etapa de los méritos “en parte alguna del laudo el tribunal se refirió expresamente al punto”. CMS, Decisión sobre Anulación, párr. 94. El Comité también le reprochó al tribunal la inconsistencia de su razonamiento dado que “el extenso análisis hecho por el Tribunal sobre si CMS tenía derecho a exigir el cumplimiento de los términos de la Licencia y de la Ley de Gas argentina habría sido innecesario si su decisión se hubiese basado en que el Artículo II 2) c) confería a CMS legitimación para invocar las obligaciones de Argentina para con TGN”.

<sup>87</sup> CMS, Decisión sobre Anulación, párr. 95.

nablemente de los términos utilizados, el Comité ordenó anularlo por omisión de la expresión de motivos<sup>88</sup>.

Además de estos laudos referidos a la litigación argentina, también otros tribunales suscribieron la interpretación estricta, esto es, que la *cláusula paraguas* es sólo invocable si el Estado receptor ha suscripto un compromiso específico con el inversor (no con la inversión).

Se puede computar, por ejemplo, el caso *SGS vs. Pakistán*. En este caso el tribunal arbitral observó que la interpretación propuesta por SGS de la disposición del artículo 11 del TBI Suiza-Pakistán, en el sentido de que cada Parte Contratante garantizaría en forma constante la observancia de los compromisos que había celebrado con respecto a las inversiones de los inversores de la otra Parte Contratante, tornaría esa disposición *susceptible de una expansión casi indefinida*<sup>89</sup>.

El tribunal en *SGS vs. Pakistán* concluyó que la disposición pertinente del TBI tendría que estar redactada en forma considerablemente más específica antes de que se la pueda leer de la manera extraordinariamente expansiva sostenida por la demandante<sup>90</sup>.

En segundo lugar, los motivos expuestos en el laudo emitido en el marco de la causa *SGS vs. Filipinas* son plenamente aplicables a la cláusula de elección de fuero incluida en el Contrato de Concesión: *"The first consideration involves the maxim generalia specialibus non derogant. Article VIII is a general provision, applicable to investment arrangements whether concluded 'prior to or after the entry into force of the Agreement' (Article II). The BIT itself was not concluded with any specific investment or contract in view. It is not to be presumed that such a general provision has the effect of overriding specific provisions of particular contracts, freely negotiated between the parties. As*

<sup>88</sup> CMS, Decisión sobre Anulación, párr. 96 y 97. Es muy interesante la reflexión que hace el Comité acerca de las alternativas interpretativas con las que el tribunal contaba. En primer lugar, el tribunal hubiera podido sostener la interpretación literal pero el precio que debía pagar era resolver las dificultades que el Comité considera que esa concepción plantea. En segundo lugar, el tribunal hubiera podido considerar que CMS tenía un derecho, alegable ante un tribunal internacional, porque la ley argentina se lo confería. El Comité no consideró que el problema que planteaba esta segunda opción era que el derecho interno (en este caso, el derecho argentino) era irrelevante para determinar la responsabilidad internacional del Estado receptor sino que CMS no lo había planteado y la legislación interna no parecía reconocerle ese derecho, CMS, Decisión sobre Anulación, párr. 96. De modo que si se litigara con arreglo al derecho interno, que reconoce la existencia de acciones derivadas, el inversor podría alegar la violación de la cláusula paraguas aun cuando el compromiso haya sido asumido con el vehículo corporativo (obviamente, siempre que calificara como demandante bajo el derecho interno).

<sup>89</sup> *SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs. Islamic Republic of Pakistan*, Caso CIADI Nº ARB/01/13, párr. 166.

<sup>90</sup> *SGS vs. Pakistán* párr. 171.

*Schreuer says, '[a] document containing a dispute settlement clause which is more specific in relation to the parties and to the dispute should be given precedence over a document of more general application'. The second consideration derives from the character of an investment protection agreement as a framework treaty, intended by the States Parties to support and supplement, not to override or replace, the actually negotiated investment arrangements made between the investor and the host State"*<sup>91</sup>.

En tercer lugar, en el caso *Salini vs. Jordania* también se solicitó al tribunal arbitral que interpretara una disposición respecto de la cual la actora argumentaba que tenía el efecto de elevar los incumplimientos contractuales a la categoría de incumplimientos del tratado bilateral de inversiones. El tribunal observó que la disposición que se le pidió que considerara estaba redactada en términos que eran apreciablemente distintos de las disposiciones correspondientes en *SGS vs. Filipinas* y *SGS v. Pakistán*. Así, determinó que la disposición en cuestión no tenía el efecto planteado por la actora. El tribunal enfatizó que: *"Of course, each State Party to the BIT between Italy and Jordan remains bound by its contractual obligations. However, this undertaking was not reiterated in the BIT. Therefore, these obligations remain purely contractual in nature and any disputes regarding the said obligations must be resolved in accordance with the dispute settlement procedures foreseen in the contract. Contrary to what the Claimants argue, this is not at all an absurd solution: the States Parties to the BIT are still bound by their treaty obligations as well as their contract obligations, but the dispute settlement procedures in each case are different"*<sup>92</sup>.

En cuarto lugar, el tribunal del caso *Joy Mining Machinery Limited vs. Egipto*, siguiendo deliberadamente el *dictum* de *SGS vs. Pakistán*, construyó una visión restrictiva de la "cláusula paraguas" y concluyó que las reclamaciones contractuales no entraban en la órbita del tratado bilateral de inversiones respectivo y que, a todo evento, la cláusula de jurisdicción del contrato prevalecía sobre la del tratado bilateral de inversiones<sup>93</sup>. El tribunal sostuvo: *"Disputes about the release of bank guarantees are a common occurrence in many jurisdictions and the fact that a State agency might be a party to the Contract involving a commercial transaction of this kind does not change its nature. It is still commercial and contractual dispute to be settled as agreed to in the Contract, including the resort to arbitration if and when available. It is not transformed into an investment or an investment dispute"*<sup>94</sup>.

Por último, en la decisión sobre jurisdicción relativa al caso *El Paso vs. República Argentina*, el tribunal sostuvo que una cláusula paraguas no

<sup>91</sup> *SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs. Filipinas*, Caso CIADI N° ARB/02/6, Decisión sobre Competencia del 29 de enero de 2004, párr. 141.

<sup>92</sup> *Salini*, párr. 127.

<sup>93</sup> *Joy Mining Machinery Limited vs. The Arab Republic of Egypt*, Caso CIADI N° ARB/03/11, Decisión de Jurisdicción, del 6 de agosto de 2004, párr. 77-82 y 89-91.

<sup>94</sup> *Joy Mining vs. Egipto* párr. 79.

podía transformar cualquier reclamo contractual en un reclamo basado en el tratado. En este sentido, el tribunal CIADI afirmó: *“En conclusión, en opinión de este Tribunal, siguiendo los importantes precedentes establecidos por Tribunales presididos por el juez Feliciano, el juez Guillaume y el profesor Orrego Vicuña, una cláusula paraguas no puede transformar cualquier reclamo contractual en un reclamo basado en un tratado, ya que esto entrañaría necesariamente que todos los compromisos del Estado respecto de las inversiones, aun los de menor importancia, se transformarían en reclamos basados en un tratado. Estas consecuencias de gran alcance derivadas de una interpretación amplia de las denominadas cláusulas paraguas, que anula prácticamente la distinción entre orden jurídico nacional y orden jurídico internacional, han sido bien entendidas y claramente explicadas por el primer Tribunal en abordar la cuestión de la denominada cláusula paraguas en el caso SGS v. Pakistán, que insistió en los problemas teóricos encarados. Sería, en verdad, extraño que la aceptación de un TBI entrañara que la responsabilidad internacional del Estado va más allá de la obligación de respetar los niveles de protección de las inversiones extranjeras incorporadas en el Tratado y convirtiera al Estado responsable de las violaciones de cualquier compromiso del derecho nacional o internacional ‘con respecto a las inversiones’”*<sup>95</sup>.

#### D. LA CLÁUSULA DE PROTECCIÓN DE LOS INTERESES ESENCIALES

Una de las defensas centrales de la República Argentina en buen número de arbitrajes fue invocar la cláusula que permite proteger los intereses esenciales de seguridad bajo el TBI con Estados Unidos. Al Estado que la invoca, esta cláusula le permite justificar una conducta que en principio atentaría contra las distintas protecciones que el mismo tratado brinda.

Tanto en *LG&E* como en *Continental Casualties Co.* Argentina invocó satisfactoriamente la cláusula que permite proteger los intereses esenciales de seguridad contenida en el Artículo XI de su tratado bilateral con Estados Unidos. En el primer caso, el Tribunal consideró que la situación socio-institucional y económica justificaron la invocación de la cláusula en los siguientes términos: *“Este Tribunal rechaza la interpretación según la cual el Artículo XI sólo es aplicable a circunstancias relacionadas con la acción militar o la guerra. Ciertamente, las condiciones vividas en Argentina desde diciembre de 2001 exigían una acción inmediata y decisiva, para restaurar el orden civil y detener la caída de la economía. Concluir que una profunda crisis económica no constituye un interés esencial de seguridad, sería minimizar el caos que la economía puede causar en las vidas de una población entera y en la capacidad de dirección del Gobierno. Cuando las*

<sup>95</sup>*El Paso Energy International Company vs. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/03/15, Decisión de Jurisdicción, del 27 de abril de 2006, párr. 82 (ver también párr. 85).

*bases económicas de un Estado se encuentran sitiadas, la severidad del problema puede compararse con la de una invasión militar”.*

A su vez, en el segundo de los casos citados, el tribunal también hizo lugar a la defensa de Argentina bajo el Artículo XI del tratado bilateral con Estados Unidos: *“A la luz del análisis que hemos llevado arriba, creemos que éste fue el caso. En términos generales, dentro de la situación económica y financiera de Argentina hacia fines de 2001, las Medidas en cuestión (el Corralito, el Corralón, la pesificación, la cesación de pagos y la subsecuente restructuración de aquellos instrumentos involucrados aquí) fueron inevitables o ineludibles, en parte indispensables y, en cualquier caso relevantes o decisivas en orden a reaccionar positivamente contra la crisis, prevenir el completo derrumbe del sistema financiero, la implosión de la economía y la creciente amenaza contra la fábrica de la sociedad argentina y, en forma general, para superar la crisis. A la vista del Tribunal, hubo indudablemente una “genuina relación de fines y medios””.*

Lamentablemente en los TBIs durante los comienzos de los años 90 no se incluyó esta cláusula en los tratados suscriptos, por ejemplo, con el Reino Unido, Francia y España, por ejemplo. Si bien es cierto es que en *CMS, Enron II* y *Sempra Camuzzi*<sup>96</sup> el tribunal descartó la aplicación de la cláusula de protección de los intereses esenciales de seguridad, su ausencia lisa y llana en los otros TBIs obligó a la República Argentina a invocar la defensa de necesidad bajo el derecho internacional consuetudinario que exige un mayor despliegue argumental y probatorio y que es esencialmente distinta.

Precisamente, el error de los tribunales arbitrales presididos por el profesor Orrego Vicuña, descansó en aceptar que la cláusula de intereses esenciales de seguridad se identificaba con la defensa de necesidad ya que la primera no era más que una simple convencionalización del derecho internacional consuetudinario encarnado por la segunda. Sobre este punto, el Comité de Anulación sostuvo severos reproches que podrían haber justificado la anulación del laudo. El Artículo XI es sustancialmente distinto del Artículo 25. El primero comprende medidas necesarias para la conservación del orden público o la protección de los intereses de seguridad esenciales de cada Parte, sin calificar dichas medidas. Por su parte, el segundo supedita el estado de necesidad al cumplimiento de cuatro condiciones. Este requiere, por ejemplo, que la acción tomada “no perjudique seriamente un interés esencial del Estado o Estado respecto de los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto”, requisito que es ajeno al Artículo XI. En otros términos, los requisitos contemplados

<sup>96</sup> Es cierto, sin embargo, que en *CMS, Enron II* y *Sempra Camuzzi* el tribunal estuvo inclinado a solicitar pruebas sobre si la República Argentina, al momento de la negociación del TBI con Estados Unidos, mantenía la interpretación sostenida en el arbitraje. Sobre este particular no pudieron obtenerse suficientes registros.

en el Artículo XI no son los mismos que aquéllos en conformidad con el derecho internacional consuetudinario codificado en el Artículo 25, tal como las Partes de hecho lo reconocieron durante la audiencia ante el Comité. En este punto, el tribunal incurrió en un manifiesto error de derecho.

Teniendo ambos textos una operación y contenidos diversos, el tribunal tuvo que tomar posición sobre su relación y decidir si ambos tenían aplicación en el presente caso. El tribunal no entró en ese análisis, asumiendo simplemente que el Artículo XI y el Artículo 25 tienen el mismo fundamento.

Al proceder de esa forma, el tribunal cometió otro error de derecho. Aunque es pertinente preguntarse si el estado de necesidad en el derecho internacional consuetudinario se refiere a la cuestión de la ilicitud o de la responsabilidad, en todo caso la excusa fundada en el derecho internacional consuetudinario sólo puede ser subsidiaria a la exclusión basada en el Artículo XI<sup>97</sup>.

Más adelante, el propio Comité consideró que los dos errores en los que incurrió el tribunal “podrían haber tenido impacto decisivo en la parte resolutive del Laudo” y que de ser una corte de apelación “tendría que revocar el laudo sobre esta base”. Sin embargo, consideró que como corte de anulación su jurisdicción estaba limitada y que no podía imponer su visión del derecho y de los hechos<sup>98</sup>. En este punto el propio Comité olvidó cuáles eran, en parte, las bases fundamentales de la jurisdicción de anulación que había expuesto al comienzo de la Decisión, distinguiendo la falta de aplicación del derecho del error en su aplicación. Mientras que el primer caso caía bajo la jurisdicción anulatoria de los Comités *ad hoc*, y comprende el error manifiesto, el segundo, no. Tal como sostuvo el Comité en *MTD vs. Chile (Anulación)*: “Un laudo no escapará a la nulidad si el tribunal, mientras pretenda aplicar el derecho relevante, realmente aplica otro derecho completamente diferente. Sin embargo, el error debe ser “manifiesto” e indiscutible; no es suficiente un malentendido (y menos aún un desacuerdo) respecto del contenido de una norma particular”<sup>99</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES

La experiencia argentina sirve para tener en cuenta algunas lecciones no por obvias menos importantes. La primera enseña que las innovaciones profundas de los sistemas legales deben ser ampliamente debatidas. La

<sup>97</sup> *CMS Gas Transmission Co. vs. República de Argentina* (Caso CIADI N° ARB/01/8), Decisión de Anulación, párr. 130-132.

<sup>98</sup> *CMS*, Decisión de Anulación, párr. 135-136.

<sup>99</sup> *CMS*, Decisión de Anulación, párr. 51 (resaltado agregado y cita omitida.) Lamentablemente, el Comité citó también la decisión del Comité *ad hoc* de *MINE vs. Guinea* (párr. 5.03 y 5.04) en la que había rechazado considerar como motivo de anulación el error manifiesto de derecho (párr. 50 de la Decisión).

incorporación de tratados bilaterales de inversión tiene un impacto extendido sobre el derecho interno<sup>100</sup>, las prácticas administrativas estatales de larga data y la internacionalización de los contratos<sup>101</sup>. Consiguientemente, su celebración debería ser más reflexiva y doctrinaria dado que el sistema del Convenio CIADI permite circunvalar los tribunales locales del Estado receptor, a veces, sin siquiera agotar la vía interna.

La segunda es que las discusiones y los intercambios que se tienen con el otro Estado parte deberían estar minuciosamente registradas. El caso de la cláusula de medidas no prohibidas (la cláusula de preservación del orden público y de los intereses esenciales de seguridad) demuestra que de haberlo hecho hubiera mejorado la posición de nuestro país en un buen número de arbitrajes.

Esto se facilitaría si, tercero, los países de la región adoptaran tratados modelos como han hecho los países exportadores de capital, uniformando su posición frente al resto de los Estados<sup>102</sup>.

La cuarta lección que, creemos, deja toda esta larga estela de decenas de procesos arbitrales, se refiere al contenido mismo de los tratados. Los estándares de responsabilidad internacional que contienen los instrumentos iniciales no constituyen un buen homenaje a las disciplinas legales y su vaguedad o textura abierta es tan amplia que se hace verdaderamente difícil establecer cuáles conductas están permitidas y cuáles prohibidas. Un estándar como el de expropiación debería claramente ser concebido como una regla de justicia distributiva, dejando un espacio razonable para la actuación del Estado receptor. Un estándar como el de trato justo y equitativo, en cambio, es una regla de justicia correctiva, cuya violación, por ejemplo, no debería acarrear las mismas consecuencias que apareja la violación de la anterior. La cláusula paraguas debería servir para proteger acuerdos de inversión específicos entre el inversor (no sus inversiones) y el Estado receptor.

<sup>100</sup> Por ejemplo, en materia de anoticiamiento y participación en el procedimiento administrativo, transparencia, decisión razonada y revisión judicial temporalmente apropiada. Cabe anhelar y guardar la esperanza en torno a estas cuestiones que los procedimientos administrativos y los de revisión judicial, más temprano que tarde, adopten formas más apropiadas a nuestros principios y sentimientos de justicia mejor establecidos.

<sup>101</sup> En este punto, las concesiones y las licencias deberían estar cuidadosamente redactadas. Si se trata de contratos relacionales, no deberían presentarse como contratos formales típicos y completos. Mucho menos, deberían incorporar formas jurídicas que establezcan variables macroeconómicas (aun cuando sean contratos de infraestructura; más bien, precisamente por ello).

<sup>102</sup> Sería importante que los distintos mercados o esquemas políticos que comienzan a desarrollarse en América Latina aumenten el diálogo entre sí y discutan eventuales estrategias comunes (por ejemplo, para la reforma de sistemas arbitrales o para la designación de árbitros).

Las inconsistencias del sistema CIADI deberían ser materia de más amplio debate en torno a la separación de la función arbitral (que es función de juzgar) de la función de abogar. Asimismo, para constituirlo en un ámbito de derecho administrativo global, en términos normativos y no solamente por su mero impacto fáctico sobre los sistemas de derecho público interno<sup>103</sup>, sería adecuado que cuente con un verdadero sistema de *judicial review* (lo cual incluye la apelación y no sólo los recursos de anulación<sup>104</sup>).

<sup>103</sup> Para una mayor aproximación a este tema, ver BARRAGUIRRE J. (h), “Los tratados bilaterales de inversión (TBIs) y el Convenio CIADI: ¿la evaporación del derecho administrativo doméstico?”, en *Res Pública Argentina*, N° 3, año 2007, pp. 107-121.

<sup>104</sup> En este sentido, parece bastante extraño tener que cumplir un laudo que un comité de anulación califica como manifiestamente erróneo.

**SECCIÓN**  
**DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

BLANCA

**XXI CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL**  
**“Dr. Enrique Ferrer Vieyra”**

*Sección de Derecho Internacional Privado*  
**JURISDICCIÓN, LEY APLICABLE Y COOPERACIÓN**  
**INTERNACIONAL EN MATERIA DE OBLIGACIONES**  
**ALIMENTARIAS**

*JURISDICTION, APPLICABLE LAW AND INTERNATIONAL COOPERATION*  
*ON ALIMENTARY CLAIMS*

*Relator: Juan José Cerdeira\**

**RESUMEN**

Naturaleza humanitaria del reclamo alimentario. Su importancia desde la perspectiva iusprivatista internacional. Relevancia de la cooperación internacional para el logro de los cometidos. Influencia del fenómeno de la globalización. Posición común en el contexto de integración del Mercosur y Estados Asociados. Análisis de las fuentes convencionales aplicables. Ventajas y Desventajas de cada una de ellas. Advertencia de la existencia de diferentes sistemas jurídicos involucrados como consecuencia de su origen en diferentes foros productores. Necesidad de interconexión entre ellos para aprovechamiento de su máximo potencial. El nuevo convenio sobre la materia en el marco de la Conferencia de la Haya. Conclusiones y perspectivas.

**PALABRAS CLAVES**

Obligaciones Alimentarias Internacionales. Cooperación y Asistencia.

\* Doctor en Derecho Internacional Privado. (Universidad Notarial Argentina). Profesor de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad de Flores. Director Nacional de Cooperación Internacional Jurídica y en Sistemas Judiciales del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación. Representante por la República Argentina en la Reunión de Ministros de Justicia del Mercosur. Disertante sobre temas de Derecho Internacional Privado e Integración en el país y en el extranjero. (juanjocer@hotmail.com).

**ABSTRACT**

Humanitarian character of the alimentary claim. Its importance from the scope of private international law. Relevance of international cooperation on the matter. Influence of globalization. Common position within the integration scope of the Mercosur Countries and its Associated States. Study of conventional conventions and rules. Advantages and Disadvantages through the analysis of each one. Existence of different juridical systems involved as a result of their origin in different production forum. Need of connection among them for its better use. The new Hague Convention on the matter. Conclusions and Perspective.

**KEY WORDS**

International Alimentary Claims. Cooperation and Assistance.

**SUMARIO**

1. Introducción al tema. 2. Fuentes aplicables. 3. Posición Común en el Mercosur. 4. Análisis de funcionamiento. 5. Interconexión de sistemas. 6. Conclusiones. 7. Reflexiones y Propuestas.

**1) INTRODUCCIÓN**

Importancia del tema desde la perspectiva regional como consecuencia de la globalización e internacionalización de las relaciones de familia.

El relato que se expone a continuación se enmarca en el desarrollo del tema central de la Sección de Derecho Internacional Privado de éste XXI Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (AADI).

A tal fin se tomó en consideración primero, con qué normativa se contaba en la materia; luego, la aplicación de dicha normativa a nuestra actual realidad desde una perspectiva nacional y por último, el grado de eficacia y efectividad de la misma para el logro de los objetivos perseguidos.

Inmediatamente creí entender que con independencia de la jurisdicción en donde se ventilaría el reclamo o del derecho que se aplicaría al cumplimiento de la pretensión, la problemática principal se centraría en dos focos: la necesidad de reforzar la cooperación internacional en la materia y en el respeto a la calidad de los derechos humanos del reclamo alimentario.

Es sobre estos dos ejes que se pretendió orientar el relato, que coincidió en muchos casos con las posiciones de las ponencias presentadas.

Para llegar a las conclusiones y recomendaciones que nos permitieran satisfacer estos puntos planteados y evaluar propuestas que surgieron de la escucha de los trabajos y ponencias presentados, se hará primero una revista a la normativa que hoy existe para enfrentar el tema, y luego se pensará en cómo aprovechar al máximo sus posibilidades e imaginar solu-

ciones novedosas para salvar las lagunas o deficiencias del o los sistemas comprendidos.

De ahí se comenzará con el trabajo iniciado hace ya más de cinco décadas cuando se elaboró una Convención de carácter universal como la de Nueva York sobre Obtención de Alimentos en el Extranjero.

Tres décadas más tarde, otro foro regional productor de normas, en este caso interamericano, como los el CIDIP/OEA, concluye un texto que pretende recoger las necesidades desde la perspectiva regional y avanzar en soluciones no contempladas en la otra convención de características universales. Así surge la CIDIP IV s/Obligaciones Alimentarias, que regula desde una perspectiva clásica del derecho internacional privado, la jurisdicción internacional, el derecho aplicable y la cooperación internacional, en lo que entiende un equilibrado tratamiento de esos aspectos.

Del análisis práctico y estadístico de ambos sistemas, cabe decir que la mayoría de las solicitudes sobre alimento que se tramita hoy en nuestro país se hace bajo estos dos, con notoria prevalencia de utilización de la de Nueva York. En este contexto y advirtiendo, no obstante, la posibilidad de superar algunas debilidades o actualizar los textos de acuerdo con las nuevas tendencias internacionales, es que en otro foro regional, el de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, se elaboró una nueva propuesta normativa sobre la materia.

Ante esta realidad normativa convencional, un foro de características subregionales -la Reunión de Ministros de Justicia del Mercosur y Estados Asociados-, abordó el análisis de la situación desde una perspectiva de realidad y práctica eficaz, con miras a evaluar la posibilidad de su adopción o modificación.

A la luz de la nueva Convención La Haya, se hizo necesario evaluar la importancia de avanzar en su implementación en función de las debilidades o falencias detectadas en los sistemas que las otras fuentes instituyeron.

Del análisis comparativo de todas ellas se detectó la necesidad de interconexión de sistemas que podría representar la adopción del nuevo texto de La Haya, analizada a la par de los otros textos o sistemas vigentes.

Por su parte, de la misma interconexión de sistemas se entendió que los desafíos que implicaba su consideración, debían ser enfocados desde la perspectiva normativa y la institucional.

Así planteado el tema y sus perspectivas de abordaje, con el aporte de las ponencias presentadas que coincidieron en muchos casos con las conclusiones y propuestas del autor y que en otros significaron un enriquecedor aditamento, se pasó a de redactar las recomendaciones de la sección.

## **2) FUENTES Y SISTEMATIZACIÓN**

En primer lugar se hará un breve resumen del panorama normativo vigente en la materia, desde la perspectiva argentina -tanto de fuente inter-

na como convencional- para pasar a considerar luego el grado de efectividad del sistema y las perspectivas que presenta la última legislación generada en torno al tema y probabilidades de mejoras por su intermedio. En ese panorama cabrá referirse a:

- La Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución en el extranjero de la Obligación de Prestar Alimentos.
- Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias. (CIDIP IV)
- Convenciones de La Haya (previas y la de 2007)
- La Convención sobre los Derechos del Niño.
- Otros convenios. (Bilaterales y regionales)
- Fuente interna.

### ***2.1. La Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución en el extranjero de la Obligación de Prestar Alimentos.***

Esta Convención fue aprobada en la Argentina por Ley 17.156 y nos vincula con 64 países del globo. Su Autoridad Central de aplicación por la República Argentina es el Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos -Dirección General de Asuntos Jurídicos<sup>1</sup>.

Esa Autoridad tiene la función de representación del demandante en el lugar del demandado, por poder de acuerdo con la legislación interna, por ejemplo a través de los consulados. Es de destacar que esta Autoridad Central que se encuentra sita en la Ciudad de Buenos Aires ha implementado una red de enlaces internos con los Ministerios de Justicia o de Gobierno provinciales. Dato no menor teniendo en cuenta el reclamo de muchos sectores en cuanto a las dificultades de comunicación que implica contactarse con las autoridades centrales sitas en las capitales, en muchos casos lejos de los lugares de donde procede el reclamo. La cuestión se potencia en una materia como la alimentaria en que se involucra el carácter humanitario del instituto. Otro aspecto a tener en cuenta sobre la aplicación en sí del articulado de la Convención es la tarea de asesoramiento, tramitación, control de gestión y seguimiento de las solicitudes. Cabe resaltar que ésta Convención privilegia la cooperación sobre la consideración del tema de la jurisdicción o del derecho aplicable.

Si bien el objeto de esta Convención es lo suficientemente amplio como para permitir que se pueda obtener el cobro de alimentos de un demandante en otra jurisdicción -facultando a la Autoridad a accionar, ejecutar cual-

<sup>1</sup> En la actualidad hay en trámite unas 400 solicitudes en el marco de esta Convención. La mayor cantidad de las solicitudes son hacia Chile en primer lugar, España en el segundo y luego el resto. Por su parte los pedidos recibidos vienen de Chile, España, México y Venezuela, siendo estos dos últimos parte también de la Interamericana en la materia.

quier decisión- *de la práctica surge que con Italia, Francia, España, Israel no aceptan el inicio de una demanda proveniente de la Argentina, sino solamente solicitudes de reconocimiento.* Por su parte la remisión de pruebas se hace vía rogatoria internacional utilizándose para ello los convenios bilaterales o multilaterales, vigentes entre los Estados involucrados en el reclamo.

Estadísticamente, el 60% de las consultas se resuelven por acuerdo extrajudicial, un 30% por inicio de demanda y un 10% no prospera. En lo que hace a las solicitudes de reconocimiento, prospera un 60% y no ocurre con un 40%.

Una de las dificultades detectadas en el funcionamiento de la Convención es el tema de la transferencia de fondos por parte del alimentante, en donde cuando no caros los gastos bancarios o postales, terminan transformando en nula la pretensión. Otra cuestión a tomar en consideración para buscar una respuesta, es el costo de traducciones, en casos de países de diferente lengua, situaciones ambas que tornan meramente declarativo el principio de la gratuidad que consagra esta como las otras fuentes que regulan la materia.

## **2.2. Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias (CIDIP IV).**

Esta Convención elaborada en Montevideo en 1989 fue aprobada por la Argentina por Ley N° 25.593 y su Autoridad Central de aplicación es el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto -Dirección General de Asuntos Jurídicos- y nos vincula con 13 países de la región.

Esta Convención sigue desde un análisis “iusprivatista” del instrumento la tradicional estructura de regular separadamente la competencia internacional, el derecho aplicable y finalmente la cooperación internacional en un plano de equilibrio técnico legislativo de su tratamiento. Dentro de las bondades que plantea la Convención está la de especificar el ámbito de aplicación personal de su alcance, otra es la de incorporar las definiciones de conceptos que puedan quedar ambiguos en cuanto a su comprensión y que tiene por fin apoyar al operador de la justicia en la aplicación de su regulación. Por otra parte, cuando se habla de este tipo de reclamos se excluye la necesidad de arraigo.

En otro orden de cosas, surgen también algunos inconvenientes en torno a su eficacia, uno de ellos es la no referencia a autoridades centrales coordinadoras, a la falta de especificación más detallada de la documentación a acompañar y las dificultades que giran en torno a la ya referida transferencia de fondos.

Sobre este último punto, hay que destacar que la Convención sienta sin embargo una norma que hace pensar más seriamente en la necesidad de encontrar variables para su implementación sobre todo porque pareciera dejar en el Estado compromiso de facilitarla (art. 20).

### **2.3. Convenciones de La Haya**

En el ámbito de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, el tema ya había tenido especial dedicación desde mucho tiempo atrás y en ese sentido se celebraron sendos convenios como el de La Haya de 1958 y el de 1973, que se ocupaban específicamente del tema<sup>2</sup>. No obstante, de los nuevos desafíos que la realidad impone al instituto y como resultado del sistema de seguimiento de convenios que viene implementando, la Conferencia ha proyectado, negociado y concluido un nuevo instrumento sobre la materia que pretende dar respuesta a muchos de los planteos que hoy se le cuestionan a los instrumentos en vigor.

En esa línea, en la Conferencia Diplomática de noviembre de 2007 se ha aprobado ese nuevo convenio, el “Convenio de La Haya sobre Obtención de Alimentos en el Extranjero”, que sin perjuicio de hacer en esta instancia un breve punteo de las novedades que incorpora, será luego analizado comparativamente con nuestra normativa vigente a fin de evaluar la conveniencia de adherir a ese instrumento.

Entre las novedades que presenta es que se trata principalmente de una convención donde prevalece la cooperación administrativa, relegando el tratamiento de la jurisdicción y el derecho aplicable; incorpora el uso de las nuevas tecnologías para las tramitaciones, pretende conciliar las diferentes culturas jurídicas involucradas y podría decirse que propone un derecho material uniforme en la materia con miras a un acceso efectivo a los alimentos mediante un monitoreo y seguimiento de las solicitudes a través de un fluido contacto entre las Autoridades Centrales. Asimismo incorpora formularios para simplificar los diligenciamientos con la idea de orientar a los operadores de la justicia y evitar la traducción. Establece plazos a las Autoridades Centrales, brinda asistencia para el establecimiento de la paternidad (en su amplio sentido, ya que incluye la realización de ADN dentro de la asistencia jurídica gratuita).

Incluye también definiciones, el ámbito material personal se extiende hasta 21 años la edad para la procedencia de los pedidos, y comprende los pedidos entre cónyuges e incorpora a otros sectores vulnerables, al igual que a las parejas de hecho, aspecto que significa un avance sobre la realidad del mundo jurídico actual.

Asimismo, garantiza el acceso irrestricto al beneficio de gratuidad, incluyendo a las pruebas genéticas.

No autoriza la revisión del fondo de la decisión extranjera en forma explícita y en concordancia con la Interamericana. Promueve la instrumentación de novedosos métodos para transferencia de fondos. Pretende llevar a operativo lo programático con acuerdos con bancos para la transferencia

<sup>2</sup> Convenio de La Haya sobre Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones relativas a Obligaciones Alimentarias de 1973 y Convenio de La Haya de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en materia de Obligaciones Alimenticias.

de fondos y habilita la posibilidad de proponer Acuerdos regionales en ese sentido. En materia de “autonomía de la voluntad” prevé la celebración de acuerdos “inter partes”, tornándolos equivalentes a una sentencia, dejando su reconocimiento a que lo sean en su país de origen.

#### **2.4. Otras fuentes. La Fuente interna.**

No puede dejar de mencionarse la existencia de normas relativas a las obligaciones alimentarias o la gratuidad de su trámite volcada en instrumentos bilaterales o regionales como los Acuerdos Mercosur sobre Beneficio de Litigar sin Gastos y Asistencia Gratuita entre los Estados Parte y las República de Bolivia y Chile, o en los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y 1940, que si bien no se refieren, estos últimos, específicamente a las obligaciones alimentarias, puede aplicarse por extensión la norma del art. 56, en lo que a jurisdicción se refiere.

Por otra parte y sin perjuicio de no abordar el tema estrictamente desde la perspectiva “iusprivatista”, no puede dejar de mencionarse la “Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, que en nuestro país tiene rango constitucional y que contempla especialmente la obligación en los artículos 3 y 27 de su texto.

Asimismo, nuestra normativa de fuente interna cuenta con normas específicas como la del artículo 162, 2º párrafo del Código Civil de la Nación, que reconoce el derecho y brinda la norma de conflicto aplicable al caso. Esa norma debe relacionarse con el art. 228, en materia de competencia y con el Código Procesal Civil de la Nación (art. 6º, inc.3). Del juego de ambos surge la intención de privilegiar al acreedor alimentario<sup>3</sup>.

En cuanto a la fuente de la obligación alimentaria podemos encontrarla el art. 49 de nuestro C.C. Con ello la ley al restablecer el derecho y la obligación alimentaria fundada en los vínculos de familia, no hace sino reconocer el deber moral de solidaridad entre parientes y cónyuges para convertirlos en una obligación de prestarse alimentos<sup>4</sup>. Asimismo, cabe resaltar la necesaria concordancia con el art. 517 de mismo Código Procesal. En materia de medidas urgentes -englobándolas en el 227 como actos del matrimonio- deberíamos combinarlo nuevamente con el 162.

### **3) PANORAMA Y POSICIÓN MERCOSUR**

Habiendo pasado revista al sistema normativo vigente en nuestro país en torno al instituto de las obligaciones alimentarias, surgen diferentes abordajes al tema según la perspectiva del sistema normativo tomado como

<sup>3</sup> BOGGIANO, Antonio. *Derecho Internacional Privado*. Lexis Nexis- Abeledo Perrot, 2004. Pág. 440.

<sup>4</sup> BOSSERT, Gustavo. *Régimen Jurídico de los Alimentos*. Editorial Astrea 2004. Págs. 2 y sgts.

marco. De todas formas, del somero análisis efectuado surgen deficiencias en cada uno de ellos, es en ese marco de la Conferencia de La Haya ya referido, que se propuso un nuevo proyecto de Convención destinado a dar respuestas a las cuestiones planteadas por la aplicación de la normativa hoy vigente entre los Estados.

Ante ese proyecto, en el ámbito que conforma el Mercosur y sus Estados Asociados, el tema había sido objeto de especial abordaje por la Reunión de Ministros de Justicia del bloque, que resulta ser una suerte de foro regional de producción de normativa de cooperación y asistencia jurídica entre los Estados de la región.

Como se refiriera anteriormente, el tema no había estado ausente en la elaboración de convenios de cooperación jurídica que venía elaborando convenios de cooperación y asistencia desde 1992. Así concluyó los Acuerdos de Beneficio de Litigar sin Gastos y Asistencia Jurídica Gratuita que reconocen en el art.7 que el beneficio de gratuidad otorgado al acreedor alimentario en alguno de ellos, sea reconocido en los otros.

Por otra parte, atento al cumplimiento del “Plan de Acción” aprobado por la Reunión de Ministros de Justicia, en junio de 2006, que establecía la interrelación con otros foros productores de normas, específicamente a la tarea de aproximación conjunta con la Conferencia de La Haya a temas de interés común, los Ministros incluyeron en el temario del 2º semestre de 2007 fijar una posición común en torno al proyecto de Convención de La Haya para trasladar la posición del bloque en la Conferencia Diplomática que se desarrolló en noviembre de 2007. A continuación se hará una breve reseña de los puntos acordados por los países de la región que dan un referente común de la forma en que dichos países de la región pretenden encarar el desafío que implica la necesidad de dar respuesta a un reclamo social que afecta a todos por igual. Muchas de esas posiciones comunes fueron defendidas en la Conferencia Diplomática y varias incorporadas al texto final.

**3.1.** Con relación al “*Ámbito personal*” se acordó proponer que la calidad de beneficiario, que la Convención adjudica al menor de 21 años, pueda ser extendida a quien, habiendo cumplido dicha edad, continúe siendo acreedor de conformidad con la ley aplicable a la solicitud de alimentos.

Asimismo, se confirmó la conveniencia de aceptar los reclamos de alimentos entre cónyuges y ex cónyuges combinados con los alimentos para los niños y de extender los derechos otorgados a los cónyuges y ex cónyuges, a las parejas de hecho. Finalmente se promovió incluir a las personas con discapacidad.

Se propuso agregar que “*las decisiones adoptadas en aplicación de la Convención no prejuzgan la existencia de relaciones de filiación y de familia entre acreedor y deudor de alimentos, pudiendo servir, no obstante, de elemento probatorio en cuanto sea pertinente*”, basado en el antecedente regional dispuesto por el art.5 de la Convención Interamericana de 1989 sobre Obligaciones Alimentarias.

**3.2.** Respecto al tema de la *“Asistencia Jurídica Gratuita”*, se concordó con la definición del texto de proyecto, agregando la mención expresa a los costos de las pruebas genéticas cuando éstas fueran necesarias, proponiendo que la redacción del párrafo quede como *“... Esto incluye asistencia como el asesoramiento jurídico, ayuda para presentar el caso ante una autoridad, la representación legal, la exención del costo de las pruebas genéticas cuando sean necesarias y de los gastos del procedimiento”*.

**3.3.** Se insistió en la necesidad de reafirmar la imposibilidad de habilitar *“revisiones sobre el fondo de las decisiones extranjeras”*. Se hizo presente que la revisión del fondo del asunto en instancias de reconocimientos de los fallos extranjeros, estaba expresamente prohibida por el propio art. 24 del Anteproyecto de Convenio, así como por el art. 13 de la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias de 1989 (CIDIP IV).

**3.4.** En materia de *“Transferencia de Fondos”* se estuvo de acuerdo con instrumentar mecanismos tendientes a facilitar la transferencia de fondos y reducir sus costos, considerando al respecto el Documento Preliminar N° 9/2004 de la Conferencia de la Haya y el art. 20 de la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias.

**3.5.** Al referirse a las funciones de las Autoridades Centrales, habilita a éstas a iniciar acciones tendientes a asegurar *“medidas provisionales”* en el Estado requerido.

**3.6.** Hay un tema especialmente delicado que mereció la especial atención de la Comisión Técnica que analizó el proyecto y fue el aspecto relativo a la *“autonomía de la voluntad”*. Sobre el particular se señaló la inconveniencia de incluir la autonomía de la voluntad en esta materia, a efectos de atribuir jurisdicción, dado que afectaría eventualmente el orden público internacional de algunos de los Estados de la región y como consecuencia, el reconocimiento de las sentencias dictadas en estos casos. No obstante, el precepto se incluyó con la posibilidad de hacer reserva al respecto.

**3.7.** Al referirse a la calidad de los instrumentos que se les adjudican fuerza ejecutable, y en virtud de las dudas que planteaban las expresiones volcadas en el artículo respectivo, se consideró conveniente, con la finalidad de decidir acerca de la fórmula propuesta, que los Estados que adjudican fuerza ejecutable a los instrumentos auténticos y acuerdos privados, expliciten las condiciones que deben reunir dichos instrumentos, a efectos de obtener tal carácter.

#### **4) ANÁLISIS DE LAS FUENTES APLICABLES. CARACTERÍSTICAS DE CADA UNA. INTERCONEXIÓN Y OPERATIVIDAD DE SISTEMAS. DIFICULTADES A RESOLVER**

Es ahora el momento de hacer un estudio y evaluación comparativa de los diferentes sistemas y fuentes hoy vigentes, a la luz de las propuestas que surgen del texto de la nueva Convención de La Haya.

La tendencia observada en el ámbito internacional se refiere a la intensificación de las relaciones entre personas oriundas de los más diversos ordenamientos jurídicos. Como manifestación de esa mejor interacción, un número creciente de demandas, supone el conflicto de leyes en el espacio en que se presentan los juicios domésticos. En ese camino, la Justicia enfrenta grandes desafíos, dentro de los cuales está la prestación jurisdiccional en materia de alimentos. Las dificultades comprenden desde actos relativamente simples como la citación y la intimación a las personas residentes en el exterior, pasando por la producción de pruebas, hasta o efectivo cumplimiento de las sentencias.

La situación toma contornos más preocupantes cuando se toma en consideración el hecho de que las pruebas pretendidas en las acciones de alimentos, tienen directa relación con la subsistencia. En otras palabras, salvo valores destinados al pago de los dispendios más elementales del individuo, necesarios para su propia sobrevivencia. De esa forma, considerando que los atrasos ocurridos en la prestación judicial en materia de alimentos pueden comprometer la sobrevivencia de los necesitados y que, muchas veces, ese retraso puede ser provocado por el hecho de que el avance del proceso en el ámbito nacional dependa de las diligencias que sean emprendidas en el exterior, la celebración de tratados bilaterales y /o multilaterales asume gran importancia.

Todo ello tiene en miras evitar la aplicación meramente mecánica de la normativa, tomando el respeto a los derechos humanos de norte para evitar el efecto negativo de la mera aplicación de la normativa, buscando una aplicación valorativa del derecho internacional privado con respeto de lo establecido en su letra, pero con respeto al ideal de los derechos fundamentales<sup>5</sup>.

Fue en el intento de superar algunas dificultades relativas a la prestación alimenticia que se celebró en 1956 la Convención de Nueva York sobre la Protección de Alimentos en el Extranjero. El objetivo del referido Tratado era superar los problemas humanitarios surgidos de situaciones de personas sin recursos que dependían, para su sustento, de otros en el extranjero y la superación de dificultades en la excusación de los acuerdos de prestación de alimentos y en cumplimiento de decisiones relativas al tema. La Convención de Nueva York fue aprobada y ratificada en la Argentina como ya se manifestara más arriba. Desde entonces, ese instrumento ha sido el principal convenio normativo internacional que versa sobre el tema con aplicación en el ordenamiento patrio.

Por su parte, en 1989 y en el ámbito de la IV Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado se elaboró una Convención en la materia

<sup>5</sup> KLOR, Adriana Dreyzin de. "Los Principales Desarrollos del Derecho Internacional Privado en el próximo Siglo en la Argentina". *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*. 2000, pág. 64.

con miras a dar soluciones a los planteos que se elevaban en la región sobre la materia y a dar soluciones de avanzada desde la perspectiva regional. Es así que esa Convención avanza sobre algunos temas que se consideraban pendientes en el marco de la Nueva York y da soluciones diferenciadas en otros aspectos, intentando interpretar un criterio regional.

Ocurre que las modificaciones ocurridas en el escenario internacional procederían luego como manifestación de nuevos desafíos al tema de las prestaciones de alimentos. Así, después de cinco décadas de aplicación de la Convención de Nueva York sobre Prestaciones de Alimentos en el Extranjero, se puede evaluar la posibilidad de adherir o incorporar un nuevo documento que se encuentre en condiciones de lidiar con esos nuevos desafíos. En ese sentido, la Conferencia de La Haya ha volcado progresivamente sus actividades en una Convención sobre cobranza de alimentos en el plano internacional que propone sustituir a la Convención de Nueva York, proporcionando reglas más abarcadoras y detalladas sobre la cooperación entre los países involucrados.

Teniendo como meta la de promover la protección de niños, niñas y adolescentes por medio de un proceso de cobro de pagos de pensiones alimenticias de forma rápida y poco costosa, la “Convención de La Haya sobre Cobro Internacional de Alimentos para niños y otros miembros de la familia”, se perfila como documento que pretende ser moderno y que se apoya principalmente en la cooperación jurídica internacional. Además, refuerza varias metodologías ya testeadas en otras Convenciones de La Haya, y da a las Autoridades Centrales un gran poder de coordinación del trabajo de la Convención. De esa forma, el nuevo convenio trae innovaciones con relación a la Convención de Nueva York, muchas de las cuales merecen un análisis muy cuidadoso.

#### **4.1. *Ámbito de Aplicación***

Una primera diferencia que se establece entre los instrumentos normativos vigentes es respecto del ámbito personal de aplicación. La Convención de Nueva York no llega a especificar cuáles son las personas que podrían ser beneficiarias de las pensiones alimenticias, determinando apenas que el objeto de la Convención es facilitar a una persona, designada como demandante, que se encuentra en el territorio de una de las Partes Contratantes, la obtención de alimentos a los cuales pretende tener derecho por parte de otra persona, designada como demandada, que se encuentra en jurisdicción de otra Parte Contratante. En ese sentido, la Interamericana sí lo especifica en una forma similar a la que lo hace la Convención de La Haya.

A su vez, la Convención de La Haya define su ámbito de aplicación, determinando en su artículo 2° que serán abarcadas por la Convención: a) las obligaciones de prestar alimentos de acuerdo con la relación de filiación, a favor de una persona menor de 21 años; b) el reconocimiento y ejecución de obligaciones emanadas de relaciones entre cónyuges y ex-

cónyuges, cuando sean acumulados con los pedidos para menores de 21 años y c) las obligaciones de prestar alimentos establecidas a partir de las relaciones entre cónyuges y ex cónyuges (esas no cubiertas por los capítulos II y III de la Convención).

Cabe observar que ese ámbito de aplicación puede ser extendido a las obligaciones de prestación de alimentos así como a otras relaciones, de acuerdo con los términos del art. 2.3. Otra innovación es la aplicación de la Convención a todo y cualquier niño, independientemente del estado conyugal de sus padres, lo que asegura tratamiento igualitario entre los hijos habidos dentro y fuera de la esfera matrimonial. Se trata del derecho garantizado en diversos ordenamientos jurídicos comparados.

El hecho de que ni la Convención de Nueva York, ni la Interamericana especifican exactamente cuáles son los obligados a la prestación de alimentos, su destino genera dudas en cuanto a la posibilidad de aplicarse las referidas Convenciones a los pedidos que tienen por base relaciones que no son de familia. Hay ordenamientos jurídicos, por ejemplo, que prevén que las obligaciones alimentarias pueden incluir las relaciones de parentesco, de matrimonio o de una unión estable, abarcando así un abanico más variado de relaciones y no sólo las relaciones de familia. Así una vez que la Convención de Nueva York y la Interamericana silencian al respecto, surgen dudas en cuanto a la aplicabilidad del referido Tratado en un caso concreto, cuando este comprometa, por ejemplo, las obligaciones de prestación alimentaria a ex-compañeros.

En ese sentido, la Convención de La Haya especifica las obligaciones protegidas por el Tratado y deja abierta la posibilidad de extenderse a otras obligaciones derivadas de otras relaciones. Cabe a cada Estado, en vista de su derecho interno, optar o no por esa extensión y determinar cuáles otras relaciones son reconocidas por el Estado Contratante. Se observa, como oportuno, que esa extensión de las obligaciones de alimentos genere compromisos apenas entre los Estados que reconocen las mismas obligaciones.

La aplicación de la Convención de La Haya, comparada con la de Nueva York, o la Interamericana, al ser más bien específica, evitaría dudas acerca de la aplicación de uno de los Tratados en ocasiones en que se tuviere como base el pedido de cooperación de una obligación alimentaria que no está basada en relación de familia.

#### **4.2. Designación de Autoridades Centrales**

La Convención de La Haya permite la designación de más de una autoridad central en los países que adopten la Federación como forma de Estado, que poseen más de un sistema jurídico y aquellos que poseen unidades territoriales autónomas (art.4°). Tal medida es interesante porque puede influenciar en Estados donde la cooperación internacional ocurre de forma descentralizada independientemente de la ratificación de la Convención. Ya hemos referido, al analizar preliminarmente la forma en que nuestro país ha organizado internamen-

te, la aplicación de la Convención de Nueva York, que ha distribuido o coordinado las funciones de la Autoridad Central conjuntamente con los Estados Provinciales. Este artículo de La Haya no hace otra cosa que consagrar una regla que en la práctica viene dando muy buenos resultados. Llama la atención la nula referencia de la Interamericana a las Autoridades Centrales y lo que se entiende su vital intervención en las referidas solicitudes.

Esa perspectiva adquiere una importancia considerable ya que la Convención de La Haya, podría aplicarse en algunos de esos países, como Canadá, China y Estados Unidos, que no son parte de las otras Convenciones, y que podrían tornarse miembros de la nueva Convención, lo que tendería a beneficiar a los países de América Latina en la prestación internacional de alimentos. La posibilidad de contar con éstos y otros países como Estados miembros, tal vez es una de las mayores innovaciones o ventajas del nuevo texto internacional.

También, cuando se refiere a la designación de las autoridades centrales y a sus funciones, la Convención de Nueva York determina apenas que cada Estado Parte debe establecer una Institución Intermediaria, a quien le cabría encaminar los pedidos de cooperación. Dentro de las funciones de esa Institución Intermediaria está la actuación, dentro de los límites conferidos por la demandante, en el sentido de satisfacer los pedidos formulados. Además, la Institución Intermediaria debe mantener a la Autoridad Requiriente informada de las diligencias emprendidas y del seguimiento de los procesos. Más allá de esas atribuciones, la Convención de Nueva York no llega a establecer con más detalles las actividades atribuidas a las Autoridades Centrales.

La Convención de La Haya, por su parte, en el capítulo II, dispone acerca de las formas de designación de la Autoridad Central y sus funciones. Diferentemente de lo que ocurre en la Convención de Nueva York, las funciones de la Autoridad Central son subdivididas en dos grupos, las obligaciones generales y las específicas. Dentro de las funciones generales, están: a) cooperar con las demás Autoridades Centrales y con las Autoridades competentes de sus respectivos Estados a fin de alcanzar los objetivos de la Convención; y b) buscar las soluciones que puedan surgir a partir de la aplicación de la Convención.

Más allá de las funciones generales, la Convención establece un rol de obligaciones que deberán ser cumplidas por las Autoridades Centrales, dentro de las cuales están, también, las medidas que puedan comprometer la actuación de los Juzgados nacionales. Esas definiciones en cuanto a las funciones de la Autoridad Central posibilitan que no surjan dudas sobre sus obligaciones en la prestación de la cooperación.

Asimismo, de la Convención de La Haya, se puede decir que las funciones específicas designadas para las Autoridades Centrales pueden ser ampliadas en relación con la Convención de Nueva York, lo que es fundamental para el éxito de la cooperación en la prestación de alimentos.

Las acciones específicas de las Autoridades Centrales designadas en el art. 6.2., facilitan el auxilio directo en la instrucción del pedido. Es primordial que las Autoridades Centrales tengan autonomía para facilitar la prestación del auxilio jurídico, ayuden a la localización del acreedor o del deudor, en la obtención de las informaciones pertinentes a la situación económica de las partes, incluyendo la localización de bienes, faciliten la ejecución continua de las decisiones en materia de alimentos y auxilien para establecer el parentesco cuando esto fuera necesario para asegurar los resultados de un pedido de alimentos pendientes, entre otros. Otra función, y tal vez la más importante, es la posibilidad de ejecutar medidas cautelares, a fin de asegurar el éxito de un pedido de alimentos de carácter urgente.

La falta de reglas de procedimiento, tanto en la Convención de Nueva York, como en la Interamericana, acerca del procedimiento a ser adoptado por las Autoridades Centrales contrasta con las especificidades procedimentales establecidas por la Convención de La Haya. Esa mayor atención dedicada por la Convención de La Haya, informa cómo debe ocurrir el proceso de cooperación, generando mayor previsibilidad entre los Estados Contratantes.

#### **4.3. Pedidos de modificación de decisiones**

A diferencia de lo que ocurre en la Convención de Nueva York, la Convención de La Haya, en su capítulo II, ejerce un rol ejemplificativo de los pedidos de auxilio posibles que podrían ser presentados por la Autoridad Central del Estado requirente. En lo que hace a la Interamericana sólo incluye tres supuestos. En una descripción más abarcativa, La Haya da como posibilidades:

- a) El reconocimiento o ejecución de una decisión;
- b) La ejecución de una decisión decretada o reconocida en el Estado Requerido;
- c) La obtención de una decisión en el Estado Requerido, cuando no existe una decisión previa, incluida la determinación de facilitación en caso de necesidad;
- d) La obtención de una decisión en el Estado Requerido, cuando el reconocimiento y la ejecución de una decisión no fueran posibles o hubieren sido denegadas por falta de base para el reconocimiento y ejecución conforme al art. 20 o por alguna de las causas expresadas en el art.22 b);
- e) La modificación de una decisión decretada por el Estado Requerido;
- f) La modificación de una decisión decretada en otro Estado que no es el Requerido.

Vale resaltar la posibilidad de que pueden ser presentados por el Estado Requirente pedidos de modificación de una decisión decretada en el Estado Requerido o modificación de una decisión decretada en otro Estado que no

sea el Requerido. Esas posibilidades no son contempladas en la Convención de Nueva York, que silencia el respeto de hipótesis de un acreedor o de un deudor a presentar esos pedidos de cooperación vía la Autoridad Central.

#### **4.4. Utilización de formularios y medidas de celeridad en el procedimiento**

Sobre los documentos que deberán instruir el pedido de cooperación, la Convención de Nueva York apenas determina que el pedido “deberá ser acompañado de todos los documentos pertinentes”, e indica que la solicitud deberá contener la identificación del acreedor y del deudor y una exposición de motivos que basen el pedido. Sin embargo, no se establece en la referida Convención el uso de formularios. En esa materia, la Interamericana hace un listado de documentación a presentar pero es la Convención de La Haya, la que innova y completa el tema de los documentos a acompañar, al determinar que la transmisión del pedido debe ser acompañada del formulario.

Más allá de la utilización de los formularios, la Convención de la Haya establece otras medidas a fin de tornar el trámite de los pedidos de cooperación más ágil. De ese modo, el referido Tratado establece plazos para la comunicación de las diligencias. En el plazo de seis semanas, contadas a partir de la fecha de recibido el pedido, la Autoridad Central requerida deberá acusar tal recibo e informar sobre las diligencias que serán adoptadas, así como sobre la persona responsable por responder las consultas relativas a la tramitación del pedido, utilizando para ello uno de los formularios anexos a la Convención. Esas medidas no son utilizadas por la Convención de Nueva York, la cual hace silencio al respecto y hace pensar que otro instrumento de cooperación puede complementar la laguna en el procedimiento de tramitación, provocando en muchos casos dificultades o colisiones de sistemas jurídicos involucrados.

Aunque no se refiera a la celeridad del procesamiento de los pedidos, la Convención de La Haya establece que las Autoridades Centrales utilizarán los medios de comunicación más ágiles y eficaces de que dispongan. Eso permite que los pedidos puedan ser tramitados por cualquier medio de comunicación utilizado por las Autoridades Centrales, posibilitando el envío más rápido del pedido. En contraste, ni la Convención de Nueva York, ni la Interamericana disponen sobre los medios de comunicación que serán utilizados. Dado el avance tecnológico alcanzado desde entonces, se puede decir que la Convención de La Haya, trae disposiciones referentes al tema, tornándose más adecuada a la actual realidad mundial, favoreciendo la celeridad procesal al hacer uso de la tecnología.

#### **4.5. Costos**

En relación con los costos, los tres instrumentos coinciden en que el trabajo desarrollado por las Autoridades Centrales, deberá ser gratuito con

relación a los demandantes y demandados. Mientras, que ni la Convención de Nueva York, ni la Interamericana especifican acerca de los pedidos que, para su cumplimiento, necesitan de asistencia jurídica en el Estado demandado, la Convención de La Haya traza reglas claras acerca del tratamiento que debe ser dado a los pedidos de cooperación que necesiten de asistencia jurídica gratuita, determinando las hipótesis en las cuales la gratuidad será garantizada y las hipótesis en que el Estado está facultado a realizar la cobranza de los valores gastados para el cumplimiento del pedido.

En el art.16, por ejemplo, la Convención de La Haya establece la posibilidad de hacer una declaración para que el Estado conceda asistencia jurídica gratuita mediante el análisis de las circunstancias económicas del alimentado. Lo que parecería a primera vista un punto negativo del texto, en el fondo representa una cláusula optativa que permite a una serie de Estados que no fueran parte de las otras Convenciones a figurar dentro de los signatarios de la Convención de La Haya. Aquí podrían estar China, Japón y Rusia seguramente. La posibilidad de tener a otros países como los referidos representa una perspectiva bastante positiva, ya que tiende a resolver centenares de pedidos de cooperación enviados y sin solución concreta hasta hoy.

#### **4.6. Medidas de Ejecución de los Pedidos**

En lo que se refiere a la forma de ejecución de los pedidos de cooperación, o sea, aquello que fuera solicitado por el Estado Requirente que será diligenciado por el Estado requerido, la Convención de La Haya presenta disposiciones bien detalladas.

Las tres convenciones determinan que la ejecución de los pedidos se dará conforme a la Ley del Estado Requerido. Sin embargo, sólo la de La Haya incluye una lista con algunas medidas de ejecución, las cuales los Estados signatarios están invitados a adoptar. Tales medidas pueden incluir: la retención del salario, el bloqueo de cuentas bancarias o de otras fuentes de recursos, devoluciones de prestaciones de seguro social, gravámenes o venta forzada de bienes, retención o devolución de impuestos, retención o embargo de pensiones o jubilaciones, información de los organismos de crédito, denegación o embargo de pensiones o jubilaciones; y la denegación, suspensión y/o retiro de ciertos permisos (licencia para conducir, por ejemplo).

#### **4.7. Disposiciones Finales**

El capítulo VIII la Convención de La Haya trae novedosas disposiciones generales sobre el cumplimiento de la propia Convención, las cuales abarcan, dentro de otros temas, cuestiones referentes a la confidencialidad, la protección de datos de carácter personal, la no divulgación de la información, la exención de la legalización, el pago de expensas, las exigencias lingüísticas, los costos de medios de traducción, la situación respecto a los sistemas jurídicos no unificados, la coordinación con las demás Conven-

ciones de La Haya en materia de obligaciones alimenticias, la coordinación con la Convención de Nueva York y con otros instrumentos normativos.

Se trata de medidas que ciertamente contribuyen para una mejor aplicación de la Convención y para la preservación de los derechos fundamentales de todas las Partes involucradas.

Se destacan las disposiciones relativas a los sistemas jurídicos no unificados (art.46 y 47). Se trata de más de una medida que tiende a permitir el ingreso de países muy importantes para la cooperación y que hoy no son signatarios de la Convención de Nueva York, por ejemplo, Canadá.

#### **4.8. Conclusiones**

De modo general, la Convención de La Haya, se apoya sobre una cooperación de características administrativas y utiliza disposiciones más detalladas acerca de la forma cómo deben ser formulados los pedidos de cooperación internacional en materia de alimentos y del modo cómo esas solicitudes deben ser cumplidas. Se presenta, ciertamente, como un instrumento normativo mejor habilitado para superar los desafíos que se presentaren. El establecimiento de reglas claras y más detalladas trae mayor previsibilidad, lo que a su vez, puede acarrear una mayor celeridad en el procesamiento de tales pedidos.

La eventual aprobación y ratificación de la Convención de La Haya podría resultar beneficiosa por tener carácter universal y ser capaz de alcanzar un mayor número de países signatarios. Como se dijera, países como los Estados Unidos de América y Japón, que participaron de las negociaciones y especialmente han sido los primeros que han demostrado gran interés en ratificar la Convención, ya tienen, inclusive, firmado el referido Tratado. La ratificación de más países con los que se tienen pedidos en trámite, otorga aún mayor importancia a la Convención por parte del cualquier Estado.

### **5) NECESIDAD DE INTERCONEXIÓN DE SISTEMAS**

Descriptos hasta ahora las características e importancia del instituto en consideración, enumeradas las fuentes aplicables desde la perspectiva de nuestro país, hecho un análisis somero y particular de cada una de ellas y analizadas comparativamente acerca de sus ventajas y beneficios prácticos con miras a la mayor eficacia, a la luz de la nueva Convención de La Haya sobre el tema, se torna necesario, a esta altura, adentrarnos en la tarea que es la que deberá enfrentar el operador de la justicia a la hora de considerar cuál convención resulta más conveniente para el logro del fin último perseguido cual es la satisfacción del pedido y el derecho humano saldado.

#### **5.1. Aspectos Generales**

Se partirá, entonces, con una consideración preliminar sobre la base de las características del sistema normativo aplicable, para analizar enseguida las dificultades que se enfrentan justamente por esas particularidades.

Por su parte y posteriormente, se brindarán algunas soluciones y propuestas que pretenden ser creativas e innovadoras, aprovechando al máximo los elementos de la cooperación y la coordinación necesarias.

### **5.2. *Entrada en vigencia***

La eventual entrada en vigencia de una nueva fuente, como la analizada, deberá seguir el procedimiento usual de acuerdo con su sistema de incorporación de normativa al derecho interno establecido en cada país, como cualquier convenio internacional, según prevé el articulado de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados y lo especificado en la cláusula respectiva de cada convenio.

Esto lleva a detectar un primer obstáculo para la pronta solución de algunas de las carencias planteadas, ya que las eventuales bondades del nuevo Convenio de La Haya analizado, pueden llegar a tardar un tiempo considerable hasta que se vinculen tantos países como hoy se encuentran vinculados por Nueva York o la Interamericana.

### **5.3. *Proliferación legislativa***

Acto seguido aparece lo que podemos llamar el segundo obstáculo y tiene que ver con la cantidad de fuentes vigentes, desde la perspectiva argentina, y corresponderá entonces hacer un diagnóstico de dificultades iniciales de acuerdo con las características que presenta el sistema a la fecha.

Cabe advertir, que en la región conviven, además de los tratados de cooperación referidos y según los países involucrados, otros convenios bilaterales y multilaterales sobre las mismas materias entre los mismos Estados. Por ejemplo: los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y de 1940 o el Código Bustamante u otros Convenios Bilaterales en la materia que pudieren existir entre las mismas Partes. Asimismo, fuera de las fuentes que se pueden llamar de cooperación “pura”, hay otras de derecho internacional de fuente interna. Como consecuencia, puede apreciarse, entonces, el engorroso panorama de dispersión y proliferación normativa sobre la materia.

Para más, existen las cláusulas que preservan la aplicación de tratados entre las mismas partes y en la misma materia, en tanto benefician la cooperación generales, con lo que termina de empeorarse el panorama al necesitar los operadores de la justicia, conocer y decidir, la fuente aplicable al tema a nivel regional. Es en esta instancia donde cobran más relevancia las cláusulas de ordenamiento de fuentes, como las que establecen Nueva York y la Interamericana respecto de las de La Haya anteriores y las cláusulas en el mismo sentido que incorpora la nueva Convención de La Haya, respecto de las dos anteriores del mismo foro y la relación con la de Nueva York.

### **5.4. *Cláusulas de Orden Público***

Otra cuestión que merece destacarse, es la de la denegatoria de la

asistencia, basada en ciertos preceptos contenidos en los diferentes convenios de cooperación por atentar contra el “orden público”. El resguardo que representan estos preceptos va en muchos casos en contra de las necesidades de la cooperación y beneficiarían en último caso a los renuentes pues tornan dificultosos ciertos resortes de la asistencia.

A estos principios -consideraciones de orden público- se les impone hoy como propuesta en esta materia en particular, el límite de la vulnerabilidad de los derechos humanos o fundamentales del individuo.

### **5.5. Características institucionales**

Ante la necesidad de encarar el desafío de relevar el grado de compatibilidad de los nuevos convenios con los otros ya existentes y fijar niveles de aplicación de la normativa, es que cobra fuerza la importancia de elaborar guías orientativas con prácticas ágiles y eficaces que faciliten la tarea de los operadores de la justicia.

A la fecha, la cooperación jurisdiccional en sí, está a cargo de los Jueces y Defensorías de cada país, a través de las respectivas Autoridades Centrales de transmisión -en la cabeza de los Ministerios de Justicia o de Relaciones Exteriores- según el caso.

Asimismo, ha habido también algún tipo de reuniones de coordinación y complementación a nivel regional en los Encuentros de Defensorías, que en su tarea tienen en miras fijar criterios comunes de trabajo en sus respectivas jurisdicciones nacionales.

### **5.6. Extensión Territorial**

Los países de la región suelen tener una gran extensión territorial y muchas veces los aplicadores de convenios están muy lejos de los centros de tramitación de los pedidos y de las autoridades centrales de aplicación de los convenios. Esto se traduce en la dificultad de conocer, en muchos casos, la totalidad de los convenios vigentes sobre una materia y las bondades de utilizar uno u otro instrumento. Ello también genera quejas por el retardo para el diligenciamiento de este tipo de reclamos, que requieren un accionar sin demoras, y finalmente origina reclamos de comunicación directa entre ellos -jueces y defensores-, especialmente en zonas de frontera, y para evitar la burocracia de las solicitudes a través de autoridades citas en las capitales. La tarea encarada en el Ministerio de Justicia argentino en lo que es la distribución de la tarea de autoridad intermedia a lo largo y ancho de su territorio, va en esa dirección.

### **5.7. Falta de medios**

En muchos casos la falta de recursos es un tema que dificulta la tramitación de los pedidos, por ejemplo, los costos de traducción o de transferencia de fondos pueden no sólo retrasar una solicitud sino tornarla to-

talmente ineficaz por la reducción de monto luego de restarle las comisiones bancarias de transferencia.

### **5.8. Falta de coordinación y control**

Los países como el nuestro se suelen caracterizar, muchas veces, por una gran dispersión de recursos logísticos, a lo que se suma una falta de coordinación entre las instituciones encargadas de intervenir en los pedidos. Así se hace imprescindible la colaboración entre ellas, principalmente entre instituciones municipales, nacionales y provinciales o estatales, por un lado y, jueces, defensores y operadores de la justicia, por el otro. Pero, a la vez, ambos grupos deben coordinarse entre sí, y aún más, con otras instituciones gubernamentales como: registros civiles o registros de datos, autoridades migratorias, etc.

## **6) CONCLUSIONES**

Hecho ese primer diagnóstico de dificultades en torno a las características corresponde ahora dar respuestas a dichas características en calidad de conclusiones y propuestas.

### **6.1. Introducción**

Como corolario del análisis de dificultades advertidas, se expondrán a continuación, las propuestas que se aportan para enfrentar los desafíos planteados, desde nuestra perspectiva nacional. Este desarrollo será efectuado tomando como referencia el “esquema final” de situación, que pretende mostrar las respuestas que se aportan para encarar las dificultades volcadas en el “esquema inicial”, anteriormente analizado.

Este diagrama parte de soluciones que abarcan tanto lo normativo como lo institucional y se propone evaluar su instrumentación para mejorar el diligenciamiento y ejecutividad de los pedidos relacionados con el cobro de las obligaciones alimentarias internacionales.

### **6.2. Propuestas en el ámbito normativo**

#### **6.2.1. Superposición normativa y Cláusulas en beneficio de la cooperación**

Para intentar resolver el tema de las diferentes fuentes vigentes en la materia y su eventual compatibilidad con la nueva Convención, se propone resaltar el avance que significa la inclusión de la cláusula por la que la entrada en vigencia del nuevo Convenio vaya derogando los anteriores que se ocupen del mismo tema<sup>6</sup>.

Por su parte, en lo que hace a los convenios de cooperación ya vigen-

<sup>6</sup> Ver Convención de La Haya (arts. 48 y 49).

tes, se impone realizar una tarea de sistematización de fuentes convencionales sobre la base de la efectividad probada en su aplicación.

Sin perjuicio de lo aportado por el nuevo Convenio de La Haya, se podría intensificar la facilitación de la cooperación procurando acordar un orden de prelación convenido entre los operadores del derecho. Para ese resultado se debería efectuar una amplia convocatoria abierta a la participación de jueces, defensores, consejos de magistratura, Ministerios de Justicia y Autoridades Centrales de aplicación de convenios, conjuntamente con la consulta a académicos y profesionales, quienes vuelquen sus inquietudes y consensúen guías de facilitación de la aplicación de convenios en la misma materia.

#### **6.2.2. Cláusulas de “orden público”**

Ante los escollos que se han detectado por la inclusión de cláusulas de salvaguarda del orden público en convenios de cooperación utilizables, se propone tomar en consideración los principios volcados en la Convención sobre los Derechos del Niño y recoger los postulados uniformes de salvaguarda, consagrando el respeto a los derechos fundamentales y humanos vigentes entre los Estados.

#### **6.2.3. Cooperación directa en zonas de frontera**

Algunos de los convenios celebrados ya prevén la cooperación entre jueces y defensores de zonas de frontera. Dicha comunicación puede entonces, extenderse en lo interno, a la colaboración a prestar entre otras autoridades o sectores para contribuir a la agilización y coordinación de los pedidos relacionados con la materia. En el mismo sentido, se hace necesario avanzar aún más en el reconocimiento mutuo de los medios de prueba en los diferentes países y ayudarlos con la más rápida comunicación que trae aparejada la incorporación de las nuevas tecnologías, por ejemplo utilizando la videoconferencia.

### **6.3. *Propuestas en el ámbito institucional***

Ante la falta de una interpretación unívoca de la normativa en la materia que haga un seguimiento de los pedidos y promueva un accionar conjunto entre los operadores, se hace necesaria la existencia de una Autoridad, que podrían ser las Centrales y que oficien de nexo entre las autoridades judiciales, la defensa, las autoridades administrativas y otras involucradas en el diligenciamiento de los pedidos y en el asesoramiento a los reclamantes.

Estas “Autoridades Centrales” coordinarían la tarea y colaborarían con los operadores jurídicos y otras instituciones involucradas, guiándolos en cuanto a las modalidades a instrumentar rogatorias y mecanismos para

lograr una más rápida aplicación de los convenios vigentes entre las partes involucradas. Asimismo, serían las encargadas de velar para garantizar la aplicación armónica de unas y otros en cada país. Esa tarea coordinadora debería conectar la actividad jurisdiccional con los responsables últimos del cumplimiento de la obligación y de responsabilizarlo hasta su efectiva remisión al reclamante.

Una de principales funciones que se propone promover también, es la de facilitar una estrecha colaboración entre las diferentes autoridades nacionales de cada Estado miembro y sus sistemas judiciales, con el fin de facilitar la ejecución de diligencias y medidas como, por ejemplo, la armonización de instrumentos utilizados para la tramitación de las solicitudes o rogatorias.

## **7) REFLEXIONES Y CONCLUSIONES**

**7.1.** Como reflexión final al relato efectuado, cabe concluir que, a la fecha, la mayor parte de la cooperación en materia alimentaria internacional se realiza en el marco de la Convención de Nueva York, la que adolece de algunas desventajas y vacíos o problemáticas sobre todo en lo que hace a la necesaria celeridad o previsiones en materias procedimentales que bastante tienen que ver con los años transcurridos desde la elaboración del instrumento en cuestión. No obstante, el acabado desenvolvimiento de la Autoridad Central y su organización a nivel interno han permitido superar muchas de las dificultades que se han planteado y privilegiar su eficacia por sobre la Interamericana de la que sólo se han dado 10 casos en diez años, mientras que la de Nueva York registra alrededor de 400 casos en trámite en este año.

**7.2.** La cuestión resultante será que devendrá necesario mantener operativas ambas por aquellos países que no son parte de una y lo son de la otra. Y lo mismo ocurriría con la Convención de La Haya, de entrar en vigencia con algunos de los países con los que hoy no conecta Nueva York y, que parecen interesados a hacerlo, según surge del análisis efectuado. Si esa fuera la situación cobrarían mayor relevancia los referidos artículos 48 y 49 de la nueva Convención de La Haya, ya que ordena la aplicación de textos en caso de colisión. Para los que no fueran Parte, de momento, de la de La Haya habría que pensar en alguna "Guía" o "Manual de Buenas Prácticas", que privilegie la aplicación de una u otra, sobre la base de la efectividad, si hubiera coincidencia de textos vigentes entre los países.

**7.3.** Otra cuestión a debatir respecto a la operatividad es el tema de la diversidad de Autoridades Centrales de aplicación y a la consiguiente complicación de interrelación de sistemas jurídicos. Como vimos, la de Nueva York tiene como Autoridad Central de Aplicación al Ministerio de Justicia, mientras que la Interamericana la tiene a la Cancillería. Esto genera en el reclamante de alimentos alguna desazón a la hora de saber dónde reclamar y cuáles son sus posibilidades. Con la aparición de la Convención de

La Haya el tema puede complicarse no sólo para el reclamante sino también para los operadores de la justicia que deberán saber cuál instrumento utilizar con miras a la mayor eficacia.

Es hora entonces de apuntar a la necesidad de difusión de los documentos entre operadores y, a su vez, en los canales de asesoramiento a los reclamantes en consultorios jurídicos o centros de divulgación. Nuevamente, la redacción de guías o canales de difusión y concientización a la par que seminarios y Jornadas en tal sentido tiende a ser lo más conveniente para su realización.

Sin perjuicio de ello, se impone una fluida comunicación y coordinación entre Autoridades Centrales, máxime si tenemos en cuenta que la diferenciación se ha descrito en el nivel horizontal de la República Argentina, pero que puede potenciarse en la relación con los pares de la cooperación que en los otros países puede estar en cabeza de otras instituciones estatales o privadas.

**7.4.** Merece en este momento ocuparse de los llamados “los Puntos de Contacto” informales de la cooperación que suelen ser aquellas personas o agentes que en cada institución del Sector Justicia se ocupan de la cooperación internacional, independientemente de si son Autoridad Central o no. Estamos hablando de puntos de contacto integrantes de alguna red de “poderes Judiciales” “Consejos de Magistratura”, Defensorías, Ministerios de Justicia, etc. Dichos agentes tiene justamente la función de orientar a operadores y consultantes sobre la forma de encarrilar las solicitudes y ante quién, manteniendo contacto fluido con sus pares de la institución a la que pertenecen en el otro país. Ejemplo acabado de ello, son los “Puntos de Contacto de la IberRED” y de la “Red de Asistencia en materia de familia de la REMJA-OEA.

**7.5.** Finalmente y para cerrar el relato, la utilización de las nuevas tecnologías para adelantar los pedidos (correo electrónicos, faxes, etc.) es una herramienta que va cobrando cada vez mayor fuerza y que agiliza los trámites, al igual que la posibilidad de utilización de la videoconferencia para audiencias o búsqueda de acuerdos en la materia. La nueva Convención de La Haya, como instrumento de última generación en la cooperación, recepta la utilización de esas nuevas tecnologías, y reafirma la necesidad de coordinación entre Autoridades, otorgándoles un mayor papel e interconexión, tanto para la tramitación, como para el seguimiento de los pedidos.

**7.6.** De todas formas, antes de concluir es necesario exhortar a los Estados, individualmente o en bloque, a celebrar los mentados acuerdos interinstitucionales con entidades bancarias, financieras o postales públicas o privadas para dar respuestas mediante acuerdos al tema de la gratuidad y exención de comisiones en las transferencias de dinero que conforman una cuota alimentaria. Recordemos, para terminar, que ese es un derecho humano reconocido en nuestra Constitución, en los Tratados que recepta y en los principios Universales reconocidos en ella.

BLANCA

**SECCIÓN**  
**DERECHO DE LA INTEGRACIÓN**

BLANCA

**XXI CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL**  
**“Dr. Enrique Ferrer Vieyra”**

*Sección de Derecho de la Integración*

**LA NORMATIVA SOBRE MEDIO AMBIENTE EN EL  
DERECHO DEL MERCOSUR Y SU APLICACIÓN  
EN LOS LAUDOS ARBITRALES**

*ENVIRONMENTAL LAW OF MERCOSUR.  
THE APPLICATION ON ARBITRAL AWARDS*

*Relatora: Adriana Dreyzin de Klor\**

**RESUMEN**

Entre los temas que deben regularse en un proceso de integración regional, el que se refiere a la problemática medioambiental, ocupa un espacio destacado. Esta afirmación encuentra respaldo a nivel mundial desde que se ha tomado conciencia que los daños que provocan conductas y acciones que no respetan las normas medioambientales se erigen como un obstáculo de gran envergadura para todo intento de desarrollo regional. MERCOSUR no se ha mostrado ajeno a esta realidad y si bien existen Protocolos y Decisiones que abordan la temática, éstas no siempre se compatibilizan con los laudos dictados conforme al sistema de solución de controversias previsto para elucidar las disputas que se plantean en el esquema subregional. En este trabajo intentamos responder acerca de la eficacia de

\* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Catedrática de Derecho Internacional Privado y de Derecho de la Integración, Universidad Nacional de Córdoba; miembro de la lista de árbitros del MERCOSUR. Consultora jurídica de MERCOSUR; UE y de ALADI/BID en temas de integración y comercio internacional. Directora de la Sección Derecho Comunitario de la Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal Culzoni, Argentina. E-mail: adreyzin@fibertel.com.ar

la legislación medioambiental tanto en orden a la aplicación que efectúan los árbitros del sistema como los jueces nacionales.

#### **PALABRAS CLAVE**

MERCOSUR - medio ambiente - laudos arbitrales

#### **ABSTRACT**

Among the topics to be regulated in a regional integration process, the one refers to environmental problems, occupies a prominent space. This statement is supported worldwide since it has become aware that the damage caused by the violation of principles and rules of the environmental area stands as a major obstacle for any attempt to regional development. MERCOSUR has not proven immune to this reality and while there are protocols and decisions that address the issue, they are not always applied by the arbitration awards made under the dispute resolution system of MERCOSUR. In this paper we refer to the effectiveness of environmental legislation in MERCOSUR, the interpretation and application made by arbitrators of the Mercosur dispute settlement system and by the national judges

#### **KEYWORDS**

MERCOSUR - environmental law - arbitration awards

#### **SUMARIO**

I. Breve introducción temática. II. La infraestructura orgánica medioambiental. III. La jurisprudencia del MERCOSUR. 1. Los laudos arbitrales: A. El derecho aplicable. B. El rol de los principios. C. Laudo VI. D. Laudo XI y Laudo I del TPR. 2. Las sentencias nacionales. A. Argentina. B. Brasil. C. Paraguay y Uruguay. IV. Confrontando los principios. V. Reflexiones y conclusiones.

*Solamente el jurista puro, que escribe tratados o explica lecciones, puede permitirse el lujo de tener opiniones rígidas sobre ciertas cuestiones de derecho y presentar batalla abierta a la jurisprudencia dominante cuando la considera equivocada.*

PIERO CALAMANDREI

*Elogio de los jueces*

#### **I. BREVE INTRODUCCIÓN TEMÁTICA**

No es novedoso señalar que la problemática medioambiental asume en la actualidad un rol significativo en las políticas legislativas nacionales e internacionales que merecen urgente tratamiento. Esta impronta se manifiesta tanto desde una visión preventiva como desde la necesidad de brin-

dar solución a las graves dificultades planteadas en este tema ante la falta de regulaciones o dado el incumplimiento de las normas existentes.

Tampoco es original señalar las causas que conducen a destacar la importancia de ese espacio, pues deviene de manera directa de la coyuntura por la que transitamos, caracterizada por los gravísimos problemas pergeñados en el planeta a raíz de la permanente degradación y depredación de los recursos naturales. Esta situación, vinculada a incomprensibles conductas fruto del desinterés y de la ignorancia de la sociedades en general, contribuye a que la comunidad en su conjunto se halle inserta en una instancia cuya proyección es imprevisible. Es cierto que permanentemente se difunden alertas; sin embargo, no obran de suficiente aliento como para tomar las medidas destinadas a palear esta pandemia.

Nos atrevemos a efectuar un planteo radical pues las naciones surgen o desaparecen conforme el tratamiento que brindan a su patrimonio de recursos naturales. La degradación del medio ambiente está íntimamente ligada a la suerte de los pueblos, así como a su éxito y a su decadencia.

Se entiende entonces, que se alcen las voces que procuran avanzar en la búsqueda de soluciones para revertir esta situación que sufre la tierra de tan extrema gravedad, al punto que las mínimas acciones pueden ser útiles y favorables para disminuir los males que se reproducen en progresión geométrica.

Va de suyo que como primera sugerencia, suele reiterarse desde organizaciones gubernamentales y no gubernamentales de carácter internacional, la necesidad de concienciar a los países frente a este emergente sintoma a fin de que asuman imperiosamente la defensa de los respectivos recursos naturales.

El abordaje de los tópicos relacionados con la responsabilidad por daño ambiental, trae de la mano el cuestionamiento sobre el principio de tutela jurídica<sup>1</sup> del medio ambiente que como hemos adelantado, ha dejado de consistir en una temática estrictamente nacional -de carácter interno- para pasar a ser objeto de un tratamiento globalizado. Este hecho implica un desarrollo a nivel regional y a nivel internacional, bajo una égida de protección transfronteriza pues de otro modo perdería sentido frente al constante tránsito de bienes, personas y servicios, que identifica la actual plataforma.

Tal circunstancia pergeña el nacimiento de un derecho ambiental internacional, que desde un criterio esencialmente práctico y realista debiera apuntalar los objetivos de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente (Estocolmo, 1972) que fueran reformulados con meridiana atención en la Declaración de Río de Janeiro (1992).

<sup>1</sup> Muy ilustrativo el tratamiento sobre el tema que efectúan PLAZA, C. / LOZANO, B.,: "SPAIN: The Europeanization of National Procedural Rules in the Field of Environmental Protection", en: *European Public Law*, Kluwer Law International, Austin/Boston/Chicago/New York/The Netherlands, 2009, pp. 319-331.

El MERCOSUR, consciente de esta abrumadora realidad, desde sus inicios tuvo la precaución/visión de instalar el tema en los documentos fundacionales<sup>2</sup> e incluirlo de forma reiterada en su agenda. Se creó un Subgrupo de Trabajo para ocuparse en forma específica de la materia y se organizó una burocracia estructural con aspiraciones de máxima.

El cúmulo de acciones desarrolladas así como la normativa creada por los expertos que integran el organigrama medioambiental mercosureño<sup>3</sup>, plantea dudas acerca de la suficiencia de lo actuado y la teoría diseñada para sustentar la legislación medioambiental en el bloque. Son los resultados obtenidos los que actúan de certeros indicadores sobre tal (in)eficacia.

El tema que nos ha sido asignado es particularmente interesante al generar a partir de su enunciado, estos y otros planteos que van más allá de una exposición sobre la normativa aprobada en el bloque y aplicada o no, por los árbitros que intervinieron en las causas existentes.

En consecuencia, si bien estas decisiones integran el trabajo, no es nuestra intención abordarlas de manera exhaustiva<sup>4</sup>. El plan de exposición que trazamos gira ciertamente, en torno a la normativa MERCOSUR sobre medio ambiente, a los laudos arbitrales que hacen al tema y a los pronunciamientos de los jueces nacionales que aplicaron derecho MERCOSUR medioambiental; empero, estos instrumentos, en tanto, permiten efectuar una confrontación entre la legislación y los resultados de su aplicación jurisdiccional.

En consecuencia, las formulaciones que aspiramos responder son las siguientes:

a) ¿podemos afirmar que la materia queda captada normativamente en orden a sus requerimientos y desenvolvimientos actuales?

<sup>2</sup> Así, puede leerse en el Preámbulo del Tratado de Asunción para la constitución del MERCOSUR, “[q]ue la ampliación de las actuales dimensiones de sus mercados nacionales a través de la integración constituye condición fundamental para acelerar sus procesos de desarrollo económico con justicia social”, continuando luego con la metodología prevista al efecto. Entre las pautas establecidas señala en el párr. 3º, que se procederá: “[m]ediante el más eficaz aprovechamiento de los recursos disponibles, la preservación del medio ambiente”, agregando al finalizar la enunciación: “[c]on base en los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio”.

<sup>3</sup> Nos hemos referido a estos decisorios en: DREYZIN DE KLOR, A. “MERCOSUR: Los laudos arbitrales: una visión prospectiva”, *Revista DeCITA*, Buenos Aires, Zavalia; 2003-1, pp.92-109; “Mercosur: comercio y desarrollo”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2006-1, 541-574.

<sup>4</sup> Los laudos arbitrales han recibido un interesante e ilustrativo tratamiento, desde diversas aristas y por juristas especializados en la temática, entre otros, SAVID BAS, L./PAGLIARI, A., y otros, *Jurisprudencia internacional comentada*, Córdoba, Lerner, 2004, pp. 353-416. PEROTTI, A., *Tribunal Permanente de Revisión y Estado de Derecho en el Mercosur*, Buenos Aires /Madrid/ KAS/Marcial Pons, 2008, p. 91 y ss., DRNAS DE CLEMENT, Z., “Un fallo postmoderno:(Laudo de 06/09/06)”, *Revista DeCITA* 7/8, Florianópolis/Buenos Aires, Fundación Boiteaux / Zavalia, 2007, pp. 517-537.

b) El acervo legal pergeñado ¿es eficaz para cubrir los aspectos esenciales que componen los contenidos de la materia?

Esta breve introducción (I) es punto de partida para situarnos en el marco en el cual se desarrolla el trabajo mercosureño en materia ambiental (II) y estar en condiciones de proseguir con su abordaje desde la jurisprudencia mercosureña (III) sea los laudos arbitrales -sistema de solución de conflictos propio del esquema- (1), atendiendo al derecho aplicable (A) así como a los principios (B), sea en pronunciamientos de los jueces nacionales de cada Estado Parte (2). Continuamos con un tema álgido cual es la confrontación entre la normativa y su aplicación judicial (IV). Transitadas estas escalas intentamos formular respuestas a nuestras preguntas iniciales a través de conclusiones que integramos con algunas reflexiones surgidas durante el estudio efectuado (V).

Entendemos que estos foros, dada su calidad de espacios académicos, son los idóneos para el debate a que da lugar un tema contradictorio como el que presentamos. La idea que nos orienta es no quedarnos en un diagnóstico de situación, sino avanzar en postulados que puedan encauzar líneas de acción útiles a la problemática objeto de tratamiento.

## II. LA INFRAESTRUCTURA ORGÁNICA MEDIOAMBIENTAL

Al establecerse la estructura del Grupo Mercado Común (GMC) se crean bajo su órbita Subgrupos de Trabajo (SGT) en áreas específicas<sup>5</sup>. Entre los temas que pugnan por un área propia, la cuestión medioambiental ejerce su impronta, creándose el SGT N° 6<sup>6</sup>. De esta suerte, se constituye el ámbito en el cual diseñar la política medioambiental mercosureña, orientada en buena medida por la “Declaración de Canela”<sup>7</sup> y la CNUMAD’92<sup>8</sup>. La fun-

<sup>5</sup> Así, en el TA, el Anexo V establece un listado de diez subgrupos que con el transcurso del tiempo va sufriendo modificaciones y en la actualidad, son quince los SGT que integran la estructura institucional del esquema. La actual constitución puede verse en: [http://www.mercosur.int/t\\_generic.jsp?contentid=492&version=1&channel=secretaria&seccion=2](http://www.mercosur.int/t_generic.jsp?contentid=492&version=1&channel=secretaria&seccion=2).

<sup>6</sup> En una primera etapa, conocida como “etapa de transición - que se extiende entre 1991 y 1994 - el tema medioambiental correspondió a la Comisión creada dentro de la órbita del SGT n° 7: Política Industrial y Tecnológica. La labor efectuada durante la vigencia de esta instancia dio por fruto tres realizaciones de importancia, a saber: una matriz comparativa de las legislaciones nacionales sobre la materia, un proyecto de asistencia técnica para medio ambiente, y una Recomendación para que el Comité de Cooperación Técnica (CCT) apruebe un Proyecto de Cooperación de Medio Ambiente.

<sup>7</sup> Signada en la ciudad que le da el nombre, por los presidentes del Cono Sur el 22/2/92. Esta Declaración es previa a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo.

<sup>8</sup> Nos referimos a la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Río de Janeiro, 1992.

ción del espacio generado, consiste en llevar a cabo las medidas necesarias para promover un desarrollo sustentable, mediante la formulación de estrategias que garanticen la protección e integridad ambiental, en un contexto regido por el libre comercio y la unión aduanera<sup>9</sup>.

El antecedente inmediato del Subgrupo N° 6, es la Reunión Especializada de Medio Ambiente (REMA)<sup>10</sup> que trabajó esencialmente en la armonización de las normas nacionales medioambientales de los Estados Parte (EP).

Es muy ilustrativo el tenor de la resolución que fija las pautas de negociación y funcionamiento a la vez que determina los plazos a cumplir y los objetivos que guiarán las acciones que atenderá este subgrupo. A través de una técnica consistente en catalogar los sectores vinculados con el área, refiere en cada caso, las mismas consignas, a saber: a) definición; b) justificación; c) medios necesarios para su ejecución y d) plazos para cumplir.

En tanto los sectores enunciados son: 1) restricciones no arancelarias; 2) competitividad; 3) normas internacionales – ISO 14000; 4) temas sectoriales; 5) proyecto de instrumento jurídico de medio ambiente en el MERCOSUR; 6) sistema de información ambiental y 7) sello verde del MERCOSUR.

En 2003 se crea la Reunión de Ministros de Medio Ambiente incrementando sensiblemente la estructura, señal que avala la relevancia asignada al tema en el proceso de integración regional.

Podríamos seguir contabilizando los órganos, grupos, y comités creados en función de las áreas temáticas que encuadran en los ámbitos enunciados conforme van surgiendo los requerimientos y en la medida que se elaboran, implementan, o pierden vigencia, dadas las particularidades de su cambiante organigrama<sup>11</sup>. Sin embargo, optar por ese camino, no agrega ni desagrega al tema. Habida cuenta que el breve recorrido por la estructura básica permite entrever el panorama orgánico general, continuamos con el desarrollo de la planificación a la que circunscribimos nuestro análisis.

<sup>9</sup> Se crea por Resolución N° 20/95, en tanto que las pautas a seguir por este SGT se establecen por la Resolución N° 38/95.

<sup>10</sup> Creada por el GMC por Resolución N° 22/92. Dos son, principalmente, las causas que la originan. Por una parte, la pluralidad de foros en que se trataba el tema medioambiental dentro de MERCOSUR, pretendiendo a través de esta disposición centralizar el tópico en un único ámbito y, desde otro costado, la importancia que se reconoce a la concertación de las políticas de los respectivos EP a la que debe abocarse la REMA.

<sup>11</sup> Sólo a título ilustrativo señalemos que las áreas temáticas que se consignan son: conservación y biodiversidad; política y legislación medioambiental; medio ambiente y salud. En tanto que entre los Grupos que dependen de la Reunión de Ministros se encuentran: Grupo *ad hoc* sobre calidad de aire; Grupo *ad hoc* sobre desertificación; Grupo *ad hoc* sobre gestión ambiental de residuos y responsabilidad *post* consumo; Grupo *ad hoc* sobre recursos hídricos.

### III. JURISPRUDENCIA DEL MERCOSUR

#### 1. Los laudos arbitrales

El medio ambiente y su protección, es un tema que -reparando en que ha estado presente en contada ocasión ante los tribunales arbitrales ad-hoc<sup>12</sup>- requiere de un alto grado de difusión, educación y aprendizaje en el espacio subregional. Motivó solamente dos decisiones, ante tribunales ad-hoc, una de manera lateral, y un pronunciamiento del Tribunal Permanente de Revisión (TPR)<sup>13</sup> consecuencia del recurso interpuesto a uno de los laudos enunciados.

<sup>12</sup> Incluimos los pronunciamientos dictados durante la vigencia del Protocolo de Brasilia sobre solución de controversias y las pronunciadas desde la entrada en vigor del Protocolo de Olivos. Acerca de estos sistemas ver: AA.VV., *Solução de controversias no Mercosul*, Brasília, Câmara dos Deputados, 2003; ACCIOLY, E., "O atual mecanismo de solução de controvérsias no MERCOSUL: o Protocolo de Olivos", en: *O Direito Internacional e o Direito Brasileiro. Homenagem a José Francisco Rezek*, Ijuí, Unijui, 2004, pp. 361-384; ALONSO GARCÍA, R., *Tratado de Libre Comercio, Mercosur e Unión Europea. Solución de controversias e interpretación uniforme*, Madrid, Ciencias Jurídicas, 1997; DREYZIN DE KLOR/PIMENTEL/KEGEL/BARRAL, *Solução de controversias OMC, Uniao Européia e Mercosul*, Brasil, KAS/IRI, 2004; DRNAS DE CLÉMENT, Z., "Arbitraje y procesos de integración económica regional: la experiencia en el MERCOSUR" en: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/arbitraje-y-procesos-de-integracion-economica>; MARTINEZ PUÑAL, A., *La solución de controversias en el Mercado Común del Sur: estudio de sus mecanismos*, Santiago de Compostela, Tórculo, 2000; OPERTTI BADÁN, D., "Solución de controversias en el MERCOSUR y la experiencia uruguaya", *Congreso sobre las Inversiones en el Atlántico Sur: Uruguay, puerta al MERCOSUR*, Instituto Suizo de Derecho Comparado, ALADI, 2007; PEROTTI, A., ob. cit.(NOTA 4); REY CARO, E., *El Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el MERCOSUR*, Córdoba Lerner, 2002; SALAS, G., "Responsabilidad internacional del MECOSUR", en: *Cuaderno de Derecho internacional*, 2008, pp. 133-161; URIONDO DE MARTINOLI, A., *Solución de controversias. Mercosur. Acuerdos: Bolivia-Chile. Comunidad Europea*, Córdoba, Advocatus, 1999.. También nos hemos pronunciado sobre el sistema en DREYZIN DE KLOR, A., "El Protocolo de Olivos", en: *Revista de Derecho Privado y Comunitario* N° ,2003-1; DREYZIN DE KLOR, A., "El Reglamento del Protocolo de Olivos. Algunas anotaciones", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, 2004-1, pp. 493-598.

<sup>13</sup> Laudo N° 1/2005. Laudo del Tribunal Permanente de Revisión Constituido para Entender en el Recurso de Revisión Presentado por la República Oriental del Uruguay contra el Laudo Arbitral del Tribunal Arbitral AD HOC de fecha 25 de Octubre de 2005 en la Controversia "Prohibición de Importación de Neumáticos Remoldeados Procedentes del Uruguay". Cabe consignar que nominados como laudos por el TPR figuran también, los pronunciamientos que abordan cuestiones aclaratorias o incidentales del Laudo 1/2005. Así: Laudo1/2006 que resuelve el "Recurso de Aclaratoria interpuesto por la República Argentina en relación al Laudo Arbitral dictado el 20 de Diciembre de 2005 en la Controversia "Prohibición de Importación de Neumáticos Remoldeados procedentes de Uruguay"; Laudo 1/ 2007 en que el TPR se constituye "para entender en la solicitud de pronunciamiento sobre exceso en la apli-

Suele generar alguna confusión el laudo XII relativo a los cortes de ruta que tuvieron lugar en Entre Ríos y la demanda planteada por Uruguay contra Argentina aduciendo que el conflicto envuelve un tema ambiental. No es así, su objeto está claramente definido y el caso discurre en la confrontación de dos cuestiones, a saber: el principio de libre circulación por una parte y los derechos de libre expresión del pensamiento y de reunión por la otra<sup>14</sup>.

En tanto que retomando el ámbito material de los laudos que concentran nuestra atención, como hemos expresado, parecieran reducirse a un tema, dado que ambos giran sobre igual eje: la importación de neumáticos remoldeados. Empero, las causas difieren en sus planteos y en realidad, en el laudo sexto sólo tangencialmente se aborda el asunto ambiental pues la faz medular está centrada en determinar la nomenclatura que debe asignarse a los neumáticos remoldeados a fin de ubicarlos o no, con la que se corresponde con los bienes usados. El laudo XI, y el primer laudo arbitral que resuelve por apelación, en cambio, tienen como objeto la problemática medioambiental que es nuclear en los pronunciamientos desde toda perspectiva.

Cabe advertir a través de estas referencias, que comparativamente con otras ramas jurídicas, el derecho ambiental todavía no ha sido prolífico como para producir una cantidad significativa de fallos que traten en forma clara y concreta algunos de sus aspectos esenciales, tales como el concepto de daño ambiental, la obligación de recomposición, la apreciación pecuniaria del daño ambiental, entre otros ítems necesarios para sentar criterios de rigor científico, de modo tal que permitan a la comunidad jurídica y de negocios prever cómo será la interpretación judicial de ciertas conductas y actuar en consecuencia<sup>15</sup>.

#### **A. El derecho aplicable**

Antes de introducirnos en los conflictos mencionados, recordemos que en función de lo dispuesto en el Protocolo de Brasilia y mantenido luego en

---

cación de medidas compensatorias - Controversia entre Uruguay y Argentina sobre "Prohibición de importación de neumáticos Remoldeados procedentes del Uruguay", y Laudo 1/2008: "Divergencia sobre el cumplimiento del Laudo N° 1/05, iniciado por la República Oriental del Uruguay (Art. 30 Protocolo de Olivos)".

<sup>14</sup> Laudo del Tribunal Arbitral "*Ad Hoc*" del MERCOSUR constituido para decidir la controversia entre la República Oriental del Uruguay y la República Argentina sobre "Omisión del Estado Argentino en adoptar medidas apropiadas para prevenir y/o hacer cesar los impedimentos a la libre circulación derivados de los cortes en territorio argentino de vías de acceso a los puentes internacionales Gral. San Martín y Gral. Artigas que unen la República Argentina con la República Oriental del Uruguay", Montevideo, 6/6/06.

<sup>15</sup> Así lo refiere MALM GREEN, G., "La determinación del daño ambiental", en *La Ley*, 5/4/2005, p. 8.

el Protocolo de Olivos (PO) las disputas se deciden con base en el Tratado de Asunción (TA), el Protocolo de Ouro Preto (POP), los Protocolos y acuerdos derivados, las Decisiones, Resoluciones y Directivas aprobadas por los órganos con facultades reconocidas y los principios y disposiciones de derecho internacional aplicables a la materia en conflicto. Asimismo, cuando el tribunal actúe en instancia directa y las partes así lo acuerden, podrá decidir la controversia *ex aequo et bono*.

### B. El rol de los principios

En las ocasiones en que los laudos fueron dictados por los tribunales ad hoc, tanto el derecho comunitario como los principios del derecho internacional sustentaron las decisiones, sumándose a los instrumentos jurídicos propios del MERCOSUR.

En el modelo europeo, los precedentes del Tribunal de Justicia de las comunidades Europeas (TJCE) revisten esencial carácter por el valor que se les reconoce a sus fallos. En el MERCOSUR, al adoptar un modelo de sistema jurisdiccional diferente, el rol de los precedentes difiere sustancialmente en cuanto al alcance que es dable atribuirles. Ello, sin perjuicio de observar que a partir del segundo decisorio, son citados los anteriores en cada pronunciamiento sobreviniente.

El hecho de acudir a los laudos precedentes no implica necesariamente, el respeto al criterio seguido. Tanto es así, que un conflicto cuyo ámbito material ha sido objeto de decisión, debe transitar nuevamente por los tribunales arbitrales que se conforman ad hoc para cada caso, frente al supuesto de plantearse nuevamente, entre partes distintas<sup>16</sup>.

Es altamente ilustrativo al efecto, lo actuado en el laudo IX porque se rescata meridianamente la intención del tribunal de revestir de autoridad a los laudos para preservar un aspecto esencial, cual es la interpretación uniforme del derecho del MERCOSUR<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> Con la salvedad de que las partes acuerden ir al TPR sin pasar primero por el TAHM, situación prevista en el PO:

<sup>17</sup> Controversia entre la República Argentina (Parte Reclamante) y la República Oriental del Uruguay (Parte Reclamada), sobre "Incompatibilidad del Régimen de Estímulo a la Industrialización de Lana otorgado por Uruguay establecido por la Ley 13.695/68 y Decretos complementarios con la Normativa MERCOSUR que regula la aplicación y utilización de incentivos en el comercio intrazona". Arbitros: Dr. Ricardo Alonso García (Presidente), Dr. Enrique C. Barreira y Dr. Eduardo Mezzera. Laudo: 4/4/2003. En el reglamento, el Tribunal incluyó una cláusula por la cual, teniendo en miras la importancia que reviste "la interpretación uniforme de las reglas comunes propias del sistema de integración", y atendiendo a que "la doctrina que emerge de los laudos de los tribunales arbitrales puede inspirar la actuación tanto de tribunales arbitrales posteriores como de instancias judiciales nacionales, a cuyos efectos los Estados Partes que no estén directamente

Esta relación respecto al valor del precedente es a los fines de esclarecer una de las ambigüedades del modelo jurisdiccional aun cuando no sea aplicable a este caso. Empero interesa remarcar la potencialidad de la circunstancia que se debe a las falencias del sistema de solución de controversias.

Acerca de las fuentes habilitadas a la hora de sentenciar, el TJCE en su afán de obtener una síntesis europea sobre la base de criterios metodológicos en la configuración de los principios generales de derecho comunitario, se vale también de todo tipo de vertientes internas, sea legislación nacional de los países miembros, doctrina o jurisprudencia; en el MERCOSUR no es posible efectuar una aseveración de igual tenor, pues los principios de los ordenamientos internos no son receptados - en líneas generales - por los laudos emitidos en el bloque.

Solemos afirmar que el modelo europeo es un parámetro fundamental aunque no pocas veces se señala que no pueden transpolarse los modelos. Esta premisa alcanza a la cuestión jurisdiccional en cuanto al acervo de principios y su permeabilidad. Ciertamente, no cabe copiar a rajatabla los axiomas sobre los cuales otros procesos se edifican<sup>18</sup>, aunque nada impide adoptar lo posible adaptando al supuesto razonable y criteriosamente. Una sencilla y superficial comparación entre UE y MERCOSUR permite advertir que cotejamos dos procesos que se generan por distintas causas, en circunstancias diferentes, bajo contextos e ideologías diversas, orientados por principios que difieren respecto a la calidad de cada organización y las rutas que las inspiran -aun cuando los objetivos coincidan en tanto ambos aspiran al bienestar de los pueblos a través de un desarrollo económico con justicia social-. Sin embargo, los contextos requieren de fases autónomas en función de las divergencias apuntadas.

### C. Laudo VI

El TAHM se pronunció por sexta vez desde el inicio del proceso, con motivo del reclamo efectuado por Uruguay, a raíz de una prohibición instaurada en Brasil que obstaculizó la exportación de neumáticos remoldados procedentes del país reclamante<sup>19</sup>.

---

involucrados en la contienda pueden tener interés en exponer sus puntos de vista”, procedió a invitar a las Partes a fin de que manifesten “su posición con relación a la posible intervención en el proceso, con los efectos establecidos en el citado precepto, de los otros EP del MERCOSUR terceros en la controversia. Aunque dicha posibilidad quedó excluida por la formulación expresa de oposición de los involucrados en el conflicto, no puede negarse el valor que asume la cláusula incorporada, como precedente de futuras actuaciones.

<sup>18</sup> Conf. VENTURA, D., *As assimetrias entre o Mercosul e a União Européia – Os desafios de uma associação inter-regional*, Brasil, Manole, 2003.

<sup>19</sup> Controversia sobre “Prohibición de Importación de Neumáticos Remoldados (Remolded) Procedentes de Uruguay”. República Oriental del Uruguay (Parte Reclamante) y República Federativa del Brasil (Parte Reclamada). Arbitros: Dr.

La sentencia, resulta entonces, del conflicto planteado entre Uruguay, -como parte reclamante- y Brasil- en calidad de reclamada- a partir de la disposición emanada de la Secretaria de Comercio Exterior (SECEX) conocida como "Portaria N° 8/00".

La medida restrictiva genera de inmediato una reacción del gobierno uruguayo, que inicia el procedimiento arbitral, conforme las directivas del Protocolo de Brasilia, hecho que da lugar al avocamiento del cuerpo colegiado el 17 de setiembre de 2001.

La posición del reclamante se basa en sostener que la prohibición impuesta por la legislación brasilera, al aludir de modo genérico a los neumáticos usados o remoldeados, extiende la restricción ya que hasta entonces, alcanzaba únicamente a los neumáticos usados<sup>20</sup>. La nueva regulación violenta el TA y su Anexo I<sup>21</sup>, así como la Decisión del CMC N° 22/00<sup>22</sup>.

Entre sus argumentos Uruguay destaca que la posibilidad de importar neumáticos remoldeados en el periodo comprendido entre una y otra Portaria surge de manera inequívoca de una Resolución aprobada por el Consejo Nacional del Medio Ambiente -CONAMA-<sup>23</sup> dictada con base en el proyecto sobre el régimen de control y destrucción o reciclaje de neumáticos inservibles, que da por supuesto el hecho de la importación de neumáticos reformados -recapados, recauchutados y remoldeados- clasificados como "recauchutados" por la NCM.

Por su parte, Brasil, en el rol de reclamado, estipula que al no haberse logrado la armonización de los regímenes de importación de bienes usados entre los EP pese a los esfuerzos realizados, deja las puertas abiertas a que éstos apliquen sus respectivas legislaciones nacionales sobre importación de bienes usados.

Para el TAHM la Portaria dictada por Brasil es incompatible con la normativa MERCOSUR y por lo tanto, el país debe adaptar su legislación interna de manera que permita la importación de neumáticos remoldeados originarios de los países involucrados. El gobierno de Brasil acata la decisión y dicta una norma por la que habilita la importación de esta clase de neumáticos.

#### **D. Laudo XI y Laudo I del TPR**

• El TAHM se constituye para solucionar la controversia entre la República Oriental del Uruguay y la República Argentina sobre la *"Prohibición*

---

Raúl Vinuesa (Presidente), Dra. Maristela Basso y Dr. Ronald Herbert, dictado el 9/01/02. BOM n° 20, 2002, Laudo 2/02, pp. 345 y ss.

<sup>20</sup> Conforme lo establecía la Portaria n° 8/91, de 13 de mayo de 1991.

<sup>21</sup> "Programa de Liberación Comercial".

<sup>22</sup> Decisión del CMC N° 22/00, sobre Acceso a Mercados, aprobada el 29/06/2000.

<sup>23</sup> Se trata de la Res. N° 258/99 de 26/8/99.

*de Importación de Neumáticos Remoldeados*”, de acuerdo con el PO. Las partes intentaron poner fin a sus diferencias, empero al no alcanzar una solución que conforme a ambas, se hizo necesario convocar el arbitraje.

El conflicto se genera a raíz de la aprobación por parte del país demandado, de una ley que puso freno al ingreso de neumáticos remoldeados<sup>24</sup>. La normativa aprobada halla fundamento en la protección medioambiental.

Para ambos países la cuestión se centra en un aspecto técnico que pone de relieve la problemática generada al importar neumáticos remoldeados -en aras de preservar la libre circulación de mercaderías en MERCOSUR- y el límite que surge frente a la necesidad de respetar el principio protectorio ambiental, contemplado en el Art. 50 del Tratado de Montevideo de 1980 (TM). Recuérdese que a través de esta norma se establecen excepciones a la libre circulación de bienes en los supuestos expresamente previstos en sus incisos<sup>25</sup>.

En consecuencia, el objeto de la controversia lo constituye la prohibición de importar mercaderías individualizadas y clasificadas en el Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías<sup>26</sup>.

Uruguay entiende que la ley en discusión establece una restricción arancelaria injustificada, a la vez que deja de lado la cuestión ambiental para enfatizar en el respeto al principio de previsibilidad comercial, haciendo hincapié en la certeza jurídica como factor ineludible del esquema subregional que requiere de confianza mutua.

Alega además, que los neumáticos recauchutados se utilizan en Argentina y en numerosos países desarrollados, motivo que permite negar el impacto sobre el medio ambiente en atención a que -de producirse un daño importante- no se emplearían libremente en territorio del estado demandado.

<sup>24</sup> Ley 25.626. Sancionada: 17/7/2002; promulgada: 8/8/2002; publicada: 9/8/2002.

<sup>25</sup> Establece la norma: “Ninguna disposición del presente Tratado será interpretada como impedimento para la adopción y cumplimiento de medidas destinadas a:

- a) protección de la moralidad pública;
- b) aplicación de leyes y reglamentos de seguridad;
- c) regulación de las importaciones o exportaciones de armas, municiones y otros materiales de guerra y, en circunstancias excepcionales, de todos los demás artículos militares;
- d) protección de la vida y salud de las personas, los animales y los vegetales;
- e) importación y exportación de oro y plata metálicos;
- f) protección del patrimonio nacional de valor artístico, histórico o arqueológico; y
- g) exportación, utilización y consumo de materiales nucleares, productos radiactivos o cualquier otro material utilizable en el desarrollo o aprovechamiento de la energía nuclear.

<sup>26</sup> Se trata del sistema elaborado bajo los auspicios del Consenso de Cooperación Aduanero firmado en Bruselas el 14/7/83, modificado por su Protocolo de Enmienda el 24/6/86 y sus notas explicativas que figuran en la NCM bajo NCM 4012.10.00 – neumáticos recauchutados y 4012.2000 neumáticos usados.

A los fines de respaldar sus argumentaciones, destinadas a apuntalar la violación a los artículos 1 y 5 del TA, su Anexo I, y las Decisiones 22/00<sup>27</sup> y 57/00<sup>28</sup> al inhibir sin justificación atendible la libre circulación de bienes, enuncia una serie de medidas administrativas y legislativas no sólo emanadas de la legislación del bloque, sino plasmadas en otros países desarrollados que admiten la utilización de este tipo de neumáticos.

En definitiva, estima que la ley aprobada es contraria a principios de derecho internacional y de derecho de la integración, relacionando en este punto la controversia con la resuelta en el laudo sexto, a la que considera análoga a la presente. Entiende asimismo, que es de aplicación al caso el principio y norma internacional de *estoppel*<sup>29</sup>.

En consecuencia, considera que al limitar el libre comercio, debe prohibirse su aplicación y solicita la derogación de dicha normativa por su incompatibilidad con la regulación jurídica del MERCOSUR. A su juicio Argentina debe abstenerse de adoptar en el futuro otras medidas con efectos restrictivos y/o discriminatorios semejantes.

<sup>27</sup> Relanzamiento del Mercosur - Acceso a Mercados.

<sup>28</sup> Acceso a Mercados.

<sup>29</sup> El *estoppel* ha dado lugar a opiniones muy divergentes en cuanto a su calidad y alcance, definiéndose incluso, por sus efectos. Así, se distinguen principalmente dos concepciones que responden a criterios analíticos y sistemáticos aplicados al estudio de sus presupuestos y de sus distintas funciones: una concepción amplia y otra estricta o restrictiva. En cuanto a la primera - *estoppel* interpretativo- basta el sólo hecho de constatar una conducta concluyente, clara e inequívoca que haya inducido a la otra parte a estimar como ciertas y verosímiles las consecuencias jurídicas que derivan de ella, para que pueda invocarse una situación de *estoppel*. Esta concepción mantiene el principio en el ámbito procesal operando en la prueba y la interpretación de la postura jurídica por el Estado que adoptó la conducta contradictoria asumida. Para la otra concepción -restrictiva- el *estoppel* obligatorio, "...impide que un Estado niegue la exactitud de un estado de cosas concreto o de un régimen particular resultado de la ordenación de intereses de un tercer Estado que, de buena fe, ha confiado legítimamente en la autenticidad del comportamiento claro e inequívoco del primer Estado, si como consecuencia de la negación de tal estado de cosas o régimen particular se causa un perjuicio o detrimento en los derechos, intereses o en las fundadas expectativas que tal situación ha generado en el tercer Estado implicado". Ver: F. JIMENEZ GARCÍA, F., *Los comportamientos recíprocos en derecho internacional. A propósito de la aquiescencia, el estoppel y la confianza mutua*, Madrid, Diles, 2002, p. 274 y ss. En el *estoppel* pueden distinguirse: a) un efecto probatorio -de la 'actitud primaria' de la parte *estopped*-; b) un efecto obstativo -en tanto impide la validez o efectividad de las alegaciones efectuadas en contra de los actos propios o declaraciones-; c) un efecto confirmativo -por el que se reconoce al menos inter partes, la validez de la 'actitud secundaria'. Así lo expresa E. PECOURT GARCIA, "El principio del '*estoppel*' en Derecho internacional público", *REDI*, 1962, pp. 97-139; Se ha entendido que subyace en este principio el adagio: "nemo potest venire contra factum proprium, allegans contraria non audiendus est..." Ver A. REMIRO BROTONS y otros, *Derecho Internacional*, Madrid, Ciencias Jurídicas/McGraw-Hill, 1997, p. 179.

Desde la otra vereda, el país demandado considera que la ley es compatible con las normas MERCOSUR y el libre comercio, pues se trata de proteger un interés no económico y superior: la salud humana, animal y vegetal. Es legítimo luego, valerse del derecho a utilizar una excepción consentida en todo esquema de integración, priorizando la aplicación de la norma específica del TM en concordancia con los principios que informan el derecho ambiental en las dimensiones nacional, internacional y regional. La ley ataca, en su convicción, respeta la proporcionalidad, no es discriminatoria, protege uno de los valores enunciados en el art. 50 TM, siendo esta la única alternativa y a la vez la menos restrictiva al comercio intrazonal.

Entre sus testimonios, incluye un relato sobre el proceso de aprobación de la ley cuestionada haciendo notar que en el debate parlamentario quedó claro que la medida estaba destinada a prevenir el ingreso de residuos disfrazados de mercadería con vida útil comprometida o agotada, con impactos ambientales actuales o latentes. Alude a la trascendencia del principio de prevención ambiental como inspirador de la nueva regulación jurídica, a la vez que prioriza la temática ambiental receptada en Mercosur en el Preámbulo del TA, en el Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del 22 de junio de 2001, en el Proyecto de Gestión Ambiental de Residuos y Responsabilidad Post Consumo, cuyo diseño se llevaba a cabo entonces en el CMC. Niega asimismo, que resulte aplicable al caso el principio de *estoppel*, intentando a lo largo de su defensa, refutar cada una de las argumentaciones presentadas por Uruguay.

El TAHM ponderó la aplicación de ambos principios planteándose la primacía de uno sobre el otro. Se cuestiona si la excepción presentada por Argentina reúne las condiciones jurídicas para prevalecer sobre el principio de libre comercio. Con tal propósito acude al TM, a la Decisión CMC N° 02/01 en el ámbito del Acuerdo Marco sobre el Medio Ambiente del MERCOSUR, a la Decisión CMC N° 22/00, y a otras normas que tratan la protección del medio ambiente en el esquema regional. El análisis efectuado conduce al tribunal a concluir rescatando la importancia de observar el objetivo del desarrollo económico sin dañar el medio ambiente. Al efecto manifiesta que: “[l]a cooperación regional debe desempeñar un papel fundamental en el desarrollo de la capacidad de cada país incluido en la región para administrar sus problemas ambientales. La cooperación y el apoyo recíproco entre políticas económicas y ambientales es esencial para el desarrollo seguro y sustentable de la región”.

Concluye el cuerpo jurisdiccional refiriéndose al principio de prevención y aduce que: “[c]onsiste en la autorización para la toma de medidas destinadas a evitar y prevenir riesgos potenciales”<sup>30</sup>. A su juicio, ambos neumáticos, nuevos o remoldeados, al final de su vida útil causan daño al medio ambiente.

<sup>30</sup> TAHM Laudo N° 11, Límites al Derecho de Integración, § 70.

Respecto a la pretensión de Uruguay de que se aplique el *estoppel*, El TAHM entendió que no están dadas las condiciones pues la caracterización del *estoppel* exige al menos tres elementos esenciales: (a) una situación creada por un Estado, entendida como conducta primaria; (b) una conducta seguida por otro Estado, entendida como conducta secundaria y (c) la imposibilidad por parte del Estado que adoptó la actitud primaria de comportarse o manifestarse en sentido contrario a ella. En tanto que en el caso, el Estado practicante de la conducta primaria tiene derecho a suspender la misma cuando nuevos factores, antes desconocidos, muestren la necesidad de alterar o paralizar la conducta original. Por tanto no lo considera aplicable pues hay involucrados principios más importantes (la protección del medio ambiente).

En respuesta a que Argentina tenga fábricas de neumáticos remoldeados, estima que es bueno para el país, porque disminuye su pasivo ambiental, pero la importación de esos neumáticos causa daño. Y expresa que los neumáticos remoldeados causan más daño al medio ambiente -reforzando su aseveración previa- porque no pueden ser nuevamente remoldeados. Por esta razón, su importación implica para el Estado importador la aceleración de su pasivo ambiental. Como es dable deducir, prioriza la defensa al medio ambiente, en tanto constituye una excepción al principio del libre comercio.

Sobre la base de las manifestaciones consignadas, para el TAHM, la ley argentina era compatible con lo dispuesto en el TA y su Anexo I, con las normas derivadas del mismo, así como con las disposiciones de Derecho Internacional aplicables a la materia.

El laudo XI dictado el 25 de octubre del 2005, tal como adelantamos, es apelado por Uruguay que interpone el correspondiente recurso ante el TPR.

El Alto Cuerpo comienza su desarrollo refiriéndose al alcance del recurso, a fin de cumplir con lo dispuesto en el PO<sup>31</sup>. A través de una técnica académica que justifica en el hecho de tratarse del primer laudo que emite, repasa los orígenes y evolución del recurso de casación que de alguna manera, asimila a la labor que le compete cumplir.

Seguidamente el TPR descarta los criterios desarrollados en primera instancia para sostener tanto los argumentos empleados por Uruguay (proporcionalidad, razonabilidad, previsibilidad comercial) como por Argentina (medidas destinadas a la protección del medio ambiente, que no incidan en el comercio y que sean proporcionales con el fin perseguido).

Para este tribunal, el cuerpo colegiado que intervino en esta etapa cometió un error jurídico al no detallar en el laudo los criterios de rigor que emplea el TPR, confundiendo los mismos con presupuestos habilitantes.

<sup>31</sup> Conforme señala el art. 17, 2 del PO, el recurso de revisión está limitado a cuestiones de derecho y a las interpretaciones jurídicas del TAHM.

A los efectos de sentar jurisprudencia, el TPR asume la necesidad de establecer discernimientos que cubran el vacío normativo, para lo cual deben observarse los siguientes pasos:

En primer lugar habrá de analizarse, en todos los casos, si se trata de una medida efectivamente restrictiva al libre comercio; en segundo término, si se concluye que positivamente corresponde verificar el carácter discriminatorio o no de ésta, distinguiendo al respecto entre la discriminación directa y la indirecta. Aun aceptando que sea una medida restrictiva discriminatoria directamente, el hecho de tal constatación no significa que sea inviable, sino que es menester avanzar un tercer escalón en el análisis. Habrá que examinar la justificación o no de la medida<sup>32</sup>. Sólo para el supuesto que ésta sea justificada, corresponde acceder al cuarto y último criterio de rigor que es el de la proporcionalidad, bajo la óptica de evaluar con un razonamiento restrictivo toda medida que obstaculiza el libre comercio.

No obstante haber descartado *ab initio* los argumentos empleados por ambas partes, entre los cuales el principio de la proporcionalidad no ocupa un lugar menor, el TPR se orienta -sin embargo- por este axioma. A partir del análisis de un caso resuelto por el TJCE, en que asume el fundamento alegado por el Abogado General que utiliza el principio como plataforma de razonamiento, concluye alertando sobre la vinculación entre los últimos dos criterios: la justificación y la proporcionalidad.

El principio de libre comercio entendido a la manera de rector del proceso aparece como el principal postulado a defender a lo largo del desarrollo del laudo dictado por este tribunal. La premisa es no considerarlo un tópico jurídico controvertido, y a partir de ese foco, no se detiene en su análisis.

Es importante insistir en que el tribunal niega la existencia de conflicto de principios, desconociendo entidad de tal al “principio protectorio ambiental” referido por el TAHM. A juicio de este alto cuerpo, no debe considerarse un principio sino que se trata de una excepción al principio de libre circulación.

Descarta asimismo, someter la cuestión en debate a normativa del derecho internacional, entendiendo que sólo resulta de aplicación la regulación jurídica mercosureña.

Este punto de partida es novedoso, más allá de compartirlo o no, pues hasta el dictado del decisorio, en ninguno de los laudos se dejó de lado la aplicación de principios del derecho internacional. Recordemos que su empleo está especialmente contemplado en el PO y su Reglamento, hecho que registra el TPR, empero lo soslaya en el caso, al estimar que sólo se debe echar mano de este recurso en forma subsidiaria.

<sup>32</sup> Laudo 1º, TPR, §16.

Los principios de derecho de la integración están en plena etapa de elaboración y desarrollo; ciertamente contamos con axiomas de derecho comunitario de otros procesos que los tribunales intervinientes en los conflictos han aplicado en prácticamente todos los laudos, aunque acudir a éstos es equivalente en Mercosur a la aplicación de principios del ordenamiento internacional o inclusive, de *soft law*. Da para meditar el hecho que los precedentes jurisdiccionales no se mencionen en el PO, a diferencia de los “principios del derecho internacional” y sin embargo, nadie discutiría su pertinencia.

Además, desde otra arista, el TPR acude al famoso *leading case* “Cassis de Dijon” que en la parte que interesa subrayar, estipula que los requisitos a ser considerados expresión general del principio de la proporcionalidad son: la necesidad, y los medios menos restrictivos posibles al comercio<sup>33</sup>.

En estos términos y por considerar que la medida -el dictado de la ley en discusión- no es proporcional frente al producto -neumático remoldado- al no ser tampoco proporcional ya que la ley no previene el daño, el TPR resuelve por mayoría que la ley aprobada por Argentina bajo el N° 25.626, es incompatible con el TA por lo que deberá derogarla en el término de ciento veinte días corridos.

## 2. Las sentencias nacionales

El relevamiento efectuado sobre la jurisprudencia interna de los EP, dio como resultado muy pocos casos en que los jueces nacionales se pronunciaron en el tema de nuestro interés y solamente en dos países hemos hallado precedentes. Un hecho a destacar es que en Brasil las sentencias reflejan una particular circunstancia; la única causal de pronunciamientos sobre la problemática medioambiental se debe a un tema: los neumáticos remoldeados.

### A. Argentina

La protección del medio ambiente, aparece en los siguientes procesos: “Busti”, el único que concretamente se refiere al tema; “Schroeder” vinculado a la libre circulación de mercancías, y “Asociación Civil Nuevo Ambiente”, que, dados los hechos, también puede calificarse como libre circulación de servicios.

• “Busti, Pedro y otros”. El juzgado Federal de Concepción del Uruguay (Provincia de Entre Ríos) se declaró competente para entender en la causa en la que resulta de aplicación el Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre Medio Ambiente del MERCOSUR<sup>34</sup>. Los hechos que dan lugar a

<sup>33</sup> Sobre el caso puede verse: EZQUERRA UBERO, J.J., *La jurisprudencia “Cassis-Keck” y la libre circulación de mercancías*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 99 y ss.

<sup>34</sup> Este Protocolo fue adoptado en la XI Reunión del SGT N° 6, celebrada en Asunción los días 16 y 17/03/99.

la denuncia penal efectuada por los actores devienen consecuencia de la autorización administrativa por la cual se accede a dos proyectos para la instalación de dos fábricas de pasta de celulosa (Ence y M'Boquipá). Estas empresas utilizarían en sus procesos los caudales acuáticos del río Uruguay, retornando a sus afluentes una vez finalizado el proceso de producción, bajo la forma de afluentes con carga tóxica<sup>35</sup>. El Juzgado resuelve disponer diversas medidas probatorias tendientes a dilucidar los aspectos técnicos vertidos en el proceso y dicta sentencia el 7/3/2006.

Los principales argumentos que invoca el tribunal se basan en los principios de prevención y precaución<sup>36</sup>. Como se adelantara, el magistrado dispone medidas probatorias tendientes a saber “cuál ha sido la conclusión a los proyectos en cuestión sobre la preservación de la biodiversidad y el manejo de los recursos naturales existentes en la región”<sup>37</sup>. El planteo efectuado en los términos del Protocolo sobre Medio Ambiente mencionado, conlleva la solicitud del dictamen sobre el modo en que se implementó la coordinación de las políticas ambientales para los proyectos en cuestión, con el objetivo de mantener vigente los principios de prevención y precaución.

En cuanto a estos principios que rigen en materia ambiental, afirmados a nivel internacional desde hace un tiempo considerable, -aunque aparecen emparentados- difieren sustancialmente. Destaca el tribunal que las diferencias se afincan en varios aspectos, tanto en la esencia y naturaleza de las obligaciones que emergen de cada uno, como en sus características. Es cierto que ambos se encuentran vinculados por motivos que conciernen a su construcción doctrinaria, empero tanto uno como el otro, reportan determinados comportamientos de los sujetos de Derecho Internacional -generalmente consistentes en exigencias de imposición de restricciones o limitaciones a sus propios actos o a las actividades de los particulares- siendo la sustancia de las conductas diferente en la aplicación de cada axioma<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> Informa en su requerimiento de instrucción, que son dos los proyectos que se encontrarían en etapa de ejecución; uno: el proyecto Celulosas M'Bopiquá, encabezado por la empresa Ence, y el otro es el proyecto Botnia S.A. y Botnia Fray Bentos S.A. encabezado por una empresa de origen finlandés.

<sup>36</sup> Un profundo análisis del principio de precaución puede verse en: DRNAS DE CLÉMENT, Z., *El principio de precaución ambiental. La práctica argentina*, Córdoba, Lerner, 2008.

<sup>37</sup> El magistrado cita a Zlata DRNAS DE CLÉMENT en diversos párrafos de la sentencia.

<sup>38</sup> A modo de síntesis expresa el magistrado: “[l]os principios exigibles a los sujetos de Derecho Internacional se pueden resumir de la siguiente forma: en cuanto al principio de prevención: 1) se debe adoptar la conformación de un aparato jurídico y material suficiente para asegurar, en circunstancias normales, que de las actividades desarrolladas en áreas bajo su jurisdicción no surjan daños a otros sujetos internacionales; 2) se debe emplear un uso diligente de ese aparato según la magnitud de los riesgos emergentes de las actividades; 3) se debe prohibir las actividades “ciertamente” riesgosas; 4) se debe exigir el uso de tecnologías “limpias”; 5) se deben crear sistemas que permitan a eventuales víctimas “condi-

• Los vecinos que habitan en la zona aledaña a un centro de disposición final de residuos sólidos urbanos iniciaron una acción de amparo ambiental contra la sociedad encargada de la gestión integral de dichos residuos, con el fin de que se ordene a la demandada cumplir con las siguientes acciones<sup>39</sup>: a) el cese de las tareas de ampliación de aquel centro y el cese en la disposición de residuos provenientes de otras localidades distantes; b) el cese en la disposición de residuos provenientes de otras localidades distantes a más de 20 km de la misma; c) la adopción de medidas de prevención y mitigación respecto de la potencial contaminación producida por el depósito existente de residuos en la planta, sin recaudos adecuados para tal fin; d) la incorporación de procedimientos de control relacionados con el ingreso de residuos no permitidos. Como medida cautelar solicita el cese de la ampliación de la planta existente, y el cese en la disposición ilegítima de los residuos domiciliarios en la planta de Ensenada, provenientes de distritos ajenos a La Plata, Berisso y Ensenada.

En primera instancia, el juez hizo lugar a la acción de amparo impetrada<sup>40</sup>. Apelada la sentencia, la Cámara, por mayoría, la confirmó, señalando al respecto las características del principio de precaución. Por mayoría, se rechaza el recurso de apelación interpuesto por la demandada, y se confirma la sentencia recurrida<sup>41</sup>.

El Derecho del MERCOSUR es invocado para apoyar los fundamentos esgrimidos en la sentencia al expresar que “con relación al agravio relativo a la inaplicabilidad de los principios mínimos protectivos de la legislación nacional, ha de expresarse que el recurrente hubo soslayado que en materia ambien-

---

ciones rápidas de reparación”; 6) se deben adoptar previsiones para que ciertas actividades riesgosas no alcancen efectos “transfronterizos”. Respecto al principio de precaución exigible, afirma: “1) se debe haber fijado políticas que determinen los niveles de riesgo admisible para las actividades desarrolladas o a desarrollar en áreas bajo su jurisdicción; 2) se debe justificar racionalmente las restricciones aplicadas en virtud del “principio de cautela”; 3) se debe “verificar periódicamente” si los medios elegidos (limitaciones a las actividades presuntamente riesgosas) son adecuados a la realización del objetivo pretendido (relación medio-fin); 4) se debe demostrar la objetividad de la restricción y su correspondencia con el interés general; 5) se debe dar evidencia de la compatibilidad de las medidas con el nivel de riesgo aceptado y con comportamientos en circunstancias similares, o bien, distintas pero equivalentes”.

<sup>39</sup> “Asociación Civil Nuevo Ambiente Centro Vecinal Punta Lara v. Coordinación Ecológica Área Metropolitana Sociedad del Estado S.A.” JA, 2007-I, p. 319.

<sup>40</sup> El magistrado de grado resolvió hacer lugar a la acción de amparo intentada, ordenando la clausura del módulo “d” del Centro de Disposición Final de Residuos Sólidos Urbanos, a partir del día 30/10/2006, y prohibió que se reciba cualquier tipo de residuos desde esa fecha. Asimismo, declaró la prohibición de ingreso de residuos generados en partidos, cuya ubicación supere la distancia prevista por el art. 4 del Decto. Ley 9111/1978.

<sup>41</sup> La sentencia corresponde a la Cámara Contencioso Administrativa de La Plata, 22/06/2006.

tal rige el denominado 'principio de congruencia', reglado por la Ley General del Ambiente 25675, extremo éste oportunamente consagrado, en el ámbito regional, en el art. 1 Tratado de Asunción del MERCOSUR. Allí se lo describe estableciendo la necesidad que la legislación provincial y municipal referida a la faz ambiental deberá ser adecuada a los principios y normas fijadas en la ley; y, de no ser así, ésta prevalecerá sobre toda otra norma que se le oponga".

Adviértase que el ordenamiento MERCOSUR es empleado como fundamento o fuente de apoyo y no como ordenamiento vinculante en el ámbito espacial de validez del conflicto.

• Ingreso al territorio nacional de residuos peligrosos -Prohibición constitucional- cláusula contractual que admite el ingreso transitorio. Juan Schroder inició una acción de amparo<sup>42</sup> con el objeto de que se declare la nulidad de la cláusula que preveía la posibilidad de ingreso de combustibles gastados de un reactor nuclear. El aparato tenía como destino Australia, donde sería instalado en el marco del convenio firmado entre el INVAP. S.E. ("Investigación Aplicada Sociedad del Estado") y el ANSTO ("Australian Nuclear Science & Technology Organization"). La cláusula contractual era considerada violatoria del art. 41 por el accionante quien solicita la adopción de medidas necesarias tendientes a impedir el ingreso al país de dichos residuos. El juez de grado rechazó el amparo lo que dio lugar a la interposición de un recurso de apelación por el fiscal federal, fundado en que este combustible debe ser considerado radiactivo y, por ende, incompatible su presencia -en el caso, eventual- en el territorio del país, con la prohibición constitucional<sup>43</sup>.

La Cámara Federal revocó la sentencia recurrida, hizo lugar a la acción de amparo y declaró que es inconstitucional la intención de la accionada de ingresar al territorio del país combustible quemado, de un reactor nuclear vendido a Australia, residuos y desechos radiactivos. Como fundamento, el cuerpo colegiado invoca el Tratado de Asunción fundacional del MERCOSUR (que en su Preámbulo impone la preservación del medio ambiente). Asimismo, dispuso oficiar, oportunamente, al Poder Ejecutivo para que adoptara las medidas pertinentes, que impidiesen el ingreso de los combustibles, a través de los órganos estatales que tienen bajo su custodia las fronteras de la República.

• En la República Argentina, una mujer por sí y en representación de su hijo menor, invocando el Acuerdo marco sobre Medio Ambiente del MERCOSUR, la Constitución Nacional, art. 14 bis y la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, arts. 11 y 36, presentó una acción de amparo contra la Municipalidad de Zárate y la Provincia de Buenos Aires<sup>44</sup>. En

<sup>42</sup> "Schroder, Juan v. INVAP. S.E. y otro", Cámara Federal de Bahía Blanca, Sala 2ª.

<sup>43</sup> Conf. art. 41 párr. final de la CN.

<sup>44</sup> "O., M. A. y otro c/Municipalidad de Zarate y otro. JCA de Zarate Campana, N° 1", 17.08.2005, publicado en JA, 2006-III, p 425.

dicha presentación, solicitó como medida cautelar que se traslade a todo su grupo familiar a una vivienda digna en razón de que habitaban en un predio contaminado. El Juez de Primera Instancia hizo lugar a la medida cautelar, ordenando al Estado Provincial que traslade a la familia a una vivienda que garantice condiciones adecuadas de habitabilidad. El tribunal concedió la medida cautelar expresando lo siguiente: “[d]eberá el Estado provincial, a través del Ministerio de Desarrollo Humano, trasladar en forma inmediata a todos los integrantes del grupo familiar a una vivienda que garantice condiciones adecuadas de habitabilidad, ello hasta que el lugar donde habitaran se encuentre en condiciones para su retorno o, en su defecto, se le proporcione, en virtud de las diferentes alternativas prestacionales con las que pudiere contar el organismo, una vivienda permanente para el grupo familiar. Como consecuencia de lo expuesto, se convoca a audiencia para que representantes de dicho organismo informen y coordinen con los actores la forma de implementación de la medida dispuesta, debiendo concurrir las partes. Se aclara que alguno de los representantes del Ministerio de Desarrollo Humano que concurren a la audiencia deberá tener incumbencia en la especialidad de trabajo social, asistencia social o afin».

### **B. Brasil**

En razón de lo dispuesto por el Laudo VI del TAHM, fueron varias las demandas presentadas ante la justicia brasileña; diría que todos los casos detectados ante jueces nacionales sobre aplicación de derecho MERCOSUR en materia medioambiental versan sobre la misma problemática. Así, los tribunales regionales de la 2ª y 4ª Región como el Tribunal Superior de Justicia de Río Grande do Sul, se pronunciaron sobre el particular.

Los conflictos surgen mayoritariamente<sup>45</sup>, a partir de la adecuación de la legislación nacional a lo dispuesto por la sentencia arbitral<sup>46</sup>.

Entre los procesos incoados traemos a colación los siguientes:

• El Cuarto Turno del Tribunal Regional Federal de Río Grande del Sur decide, en abril de 2001, que: “es legítima la restricción impuesta a la im-

<sup>45</sup> Antes del dictado de la Ordenanza N° 8/00 tiene lugar un caso, a saber: a) En sentencia dictada el 10 de febrero de 2000, ocho meses antes de la adopción de la Portaria SECEX No. 8/00, en los autos de mandato de seguridad interpuesto contra la Receita Federal por la retención de importación de neumáticos recauchutados, el Tribunal Regional Federal de Río Grande del Sur de Tercer Turno, recuerda, por ejemplo, que “La Portaria No 8/91 del DECEX prohíbe la importación de bienes de consumo usados, en cuyo concepto se encuadran los neumáticos utilizados en automóviles. La aplicación de una nueva capa de caucho en los neumáticos, con su consiguiente restauración, no autoriza el entendimiento de que haya habido cambio de la naturaleza del neumático de usado a nuevo. Se aplica a la especie el Parecer N° 19 de esta Corte”.

<sup>46</sup> Decreto 4.592/03.

portación de neumáticos recauchutados. La norma prohibitiva de importación de bienes de consumo usados, -prevista en el artículo 27 de la Portaria DECEX No 8/91 de 13/05/91- fue rectificada por la Resolución N° 23/CONAMA del 12/12/96, aun cuando subsiste la prohibición de importación de neumáticos usados, incluidos aquí los recauchutados”.

- Demanda interpuesta por la Unión Federal ante el Tribunal Federal Regional da 2ª Região (TRF-2ªR), (AgIn)<sup>47</sup>, solicitando que se suspenda la vigencia de la decisión pronunciada por la 28ª Vara Federal de Sección Judiciales de Río de Janeiro / RJ, que hace lugar a la nueva reglamentación y por tanto en una acción ordinaria (AC)<sup>48</sup>, tutela los intereses reclamados por la empresa importadora de neumáticos. La medida lleva a que IBAMA expida las licencias de importación necesarias para el ingreso de neumáticos usados. Para la Unión Federal esta decisión invade actos normativos emanados de DECEX y CONAMA por los que se aduce que los neumáticos provocan un daño irreparable tanto en materia ambiental como económica<sup>49</sup>.

- Otra caso ante el mismo tribunal es incoado por una empresa dedicada a remoldear neumáticos -Agravado de Instrumento (AgIn)<sup>50</sup>-, alegando que se deje sin efecto el recurso de amparo que dio lugar a decidir<sup>51</sup> que el Director del Departamento de Operaciones de Comercio Exterior (DECEX), debe expedir las licencias de importación sobre las cubiertas destinadas a ser remoldeadas solicitadas por la accionante. Conforme argumenta la empresa, la prohibición contenida en la Portaria DECEX N° 08/2000 es inconstitucional<sup>52</sup>. El bien usado se utiliza como materia prima y está destinado a una industria nacional de transformación dedicada a fabricar un nuevo producto de consumo. Se trata de una actividad que genera empleos, que se desarrolla con carácter comercial y da lugar a contribuciones tributarias.

- El Instituto Brasileño de Medio Ambiente y Recursos Naturales Renovables (IBAMA), solicitó una *Suspensão de Liminar y de Sentencia* contra la decisión del TRF de la 4ª Región que otorgó la autorización para importa-

<sup>47</sup> TRF-2ªR, 2ª turma, Agravo de Instrumento (AgIn) N° 111.929/RJ, processo N° 2003.02.01.003495-7, rel. Des. Fed. Paulo Espírito Santo, 10.12.2003 (DJU 19.01.04, pág. 121/135).

<sup>48</sup> 28ª Vara Federal do Rio de Janeiro, Ação Ordinária (AO) N° 2002.51.01.021336-9, juíza Flávia Caldas da Rocha Ferreira Ornellas, 29.10.2002.

<sup>49</sup> Según el relator del proceso -Tribunal, Des. Fed. Espírito Santo - la decisión del a quo merece una reforma. DECEX, no hizo uso de sus atribuciones, editó la Portaria n° 08/91, que determina en su artículo 27 que no se autorizará la importación de bienes de consumo usados. La mencionada ordenanza pretende evitar la importación de material perjudicial a la salud, que genere polución en el medio ambiente.

<sup>50</sup> TRF-2ªR, 1ª turma, Agravo de Instrumento (AgIn) N° 119.246/RJ, rel. Des. Fed. Carreira Alvim, 02.03.2004 (DJU 14.10.04, pág. 70/76).

<sup>51</sup> 17ª Vara Federal do Rio de Janeiro, Mandado de Segurança (MS), juíza Adriana Alves dos Santos Cruz (DOE 17.10.2003, pág. 110/114).

<sup>52</sup> CF, Art. 170, inc. IX.

ción de neumáticos pedida por una empresa importadora<sup>53</sup>. El IBAMA atacó la decisión basándose en la Resolución CONAMA N° 258/99<sup>54</sup>. Se trata de una disposición por la cual se reconoce a la importación de neumáticos usados y reformados como causal de un fuerte impacto negativo en el medio ambiente que además, provoca lesión a la salud pública. Ello no obstante, el Ministro relator del STJ consideró que el reciente decreto 4.492/03<sup>55</sup> permite la importación de neumáticos reformados originarios de los países del MERCOSUR, dando lugar este hecho a presumir la inexistencia de daño ambiental resultante de la importación de neumáticos usados. Concluye el STJ decidiendo que de darse curso al “*periculum in mora*” solicitado por el IBAMA sería la empresa importadora la que sufriría el daño irreparable aludido. Por los motivos expuestos, niega el pedido del IBAMA y falla en favor de los intereses de la empresa.

• Posteriormente, el STJ intervino en otro pedido de suspensión de seguridad solicitado por el IBAMA<sup>56</sup> contra la decisión de la instancia anterior, concediendo la autorización para importar las carcassas de neumáticos a una empresa fabricante de neumáticos remoldeados. De la misma manera que en el caso anterior, el STJ negó el pedido del IBAMA basándose aquí también en el decreto 4.492/03 que permite la importación de neumáticos usados entre los EP. En ese sentido el Relator afirmó que “[s]i la Unión permite la importación de neumáticos reformados de aquellos países (del MERCOSUR) sin ningún beneficio al medio ambiente nacional, menos razón asiste al requirente en el caso de autos, porque de acuerdo con lo probado, la empresa viene cumpliendo las contrapartidas en la destrucción de neumáticos inservibles, junto con el desarrollo de proyectos ligados a mejorar la calidad de vida de la población local, especialmente en lo vinculado con el medio ambiente”. Así es que, además de mantener la autorización a la empresa importadora, resolvió en idéntica forma que en el caso anteriormente relatado con respecto a la cuestión del “*periculum in mora*”.

• En otra cuestión en que el IBAMA cuestionó la autorización otorgada a otra empresa importadora de neumáticos, el presidente del STJ, Ministro Edson Vidigal<sup>57</sup>, volvió a utilizar el decreto 4.492/03. En este caso, el Minis-

<sup>53</sup> STJ, Suspensão de liminar e de sentença n° 11- PR (2004/0124976-5), 08.09.2004.

<sup>54</sup> La Resolución se refiere al destino que debe darse a los neumáticos usados.

<sup>55</sup> Decreto N° 4.592/03, 11.02.2003 (DOU 12.02.03 pág. 1), artículo 1° “El artículo 47-A del Decreto N° 3.179, de 21 de septiembre de 1999, pasa a regir con el agregado del siguiente párrafo, renumerándose el actual párrafo único como § 1°.

§ 2° Quedan exentas del pago de la multa a que se refiere este artículo las importaciones de neumáticos reformados clasificados en las NCM 4012.1100, 4012.1200, 4012.1300 y 4012.1900, procedentes de los Estados Partes del MERCOSUR, al amparo del Acuerdo de Complementación Económica N° 18’ ”.

<sup>56</sup> STJ, Suspensão de liminar de segurança n°.1.353-RJ (2004/00638767-0), 24.05.2004.

<sup>57</sup> STJ, AgRg na SLS 11/PR 2004/0124976-5, rel. Ministro Edson Vidigal, 25.10.2004 (DJ 06.12.2004).

tro estimó que “[t]al situación [la permisión para la importación de neumáticos remoldeados de países del MERCOSUR] constituye una paradoja teniendo en cuenta los argumentos de la autarquía existente, ya que las empresas con sede en otros países del MERCOSUR pueden importar neumáticos usados de terceros países para venderlos posteriormente, ya remoldeados al Brasil, sin ninguna garantía de cumplimiento con los dictámenes de la resolución CONAMA N° 258/99. Las empresas aquí localizadas, según el IBAMA, no lo pueden hacer, aunque le den un destino apropiado a las carcassas de neumáticos no útiles nacionales”<sup>58</sup>. Continuó señalando que se debe encontrar una solución para que la situación sea justa para todos y lo menos perjudicial al medio ambiente. Por ello, concluye que en este caso la solución menos injusta es permitir a la empresa la importación de carcassas de neumáticos, en razón de que la normativa MERCOSUR lo permite entre sus miembros.

• En otra oportunidad se pronuncia<sup>59</sup> el STJ negando el pedido del IBAMA. Funda la decisión en la falta de verificación de la lesión a la salud pública que el Instituto alegaba. En consecuencia, permitió la importación de neumáticos usados para la fabricación de neumáticos remoldeados. También, como en los otros casos, el STJ invirtió el “*periculum in mora*”, teniendo en cuenta la necesidad de importación de la empresa a los fines de su subsistencia y mantenimiento de los puestos de trabajo.

### C. Uruguay y Paraguay

En estos países no se han planteado conflictos ante los jueces nacionales, que se vinculen con la problemática del medio ambiente, o si los hubo, no hemos tenido acceso a esos procesos pese a una importante búsqueda efectuada tanto a nivel institucional como personal.

## IV. CONFRONTANDO LOS PRINCIPIOS

Los límites que encuentra el MERCOSUR en la realización de uno de sus principios rectores cual es la libre circulación de mercancías -que hace las veces de columna vertebral del esquema- deben ser analíticamente examinados en orden a su naturaleza y alcance.

¿Hasta qué punto razones medioambientales generadas por los efectos de la degradación tardía de neumáticos pueden ser causal suficiente para impedir la vigencia de un principio sustancial al proceso? Siendo éste el eje de la problemática, ¿se trata de priorizar principios? ¿la controversia está acotada al resultado de los estudios técnicos?

La articulación de la problemática medioambiental con los límites al comercio en MERCOSUR se enraiza en los principios de ¿comercio internacional? o ¿en medidas no arancelarias con efecto equivalente?

<sup>58</sup> Voto del relator, p. 6.

<sup>59</sup> AgRg na SLS 11/PR; 2004/0124976-5.

Los pronunciamientos arbitrales y las sentencias nacionales ¿confrontan argumentos que permiten al científico fundar criterios sólidos en uno y/u otro sentido? Una vez más, la contraposición de principios -según el TAHM- o un principio y una excepción a éste- conforme el TPR, genera en el estudioso un interrogante sobre la interpretación. En nuestra óptica, es a través de la axiología, que debe encausarse la exégesis, pues el empleo de esta técnica, lleva a crear un diálogo entre las fuentes jurídicas en aras de alcanzar la concepción de justicia.

De otro modo, y estando a la metodología de análisis llevada a cabo por cada tribunal y a la aplicación de principios desde el dial que se empleó en los casos bajo comentario, la decisión que se obtiene amenaza ser un sofisticado laberinto al punto de gestionar circunstancias que revelan profundas contradicciones a la manera de lo reflejado en la confrontación de los laudos arbitrales XI y I°.

Así, mientras el TAHM acude a los principios de derecho internacional y a axiomas específicos de Mercosur que autorizarían a relativizar las normas comerciales y económicas en nombre de un ambiente más sano para la región, el TPR funda su laudo en el sometimiento de la cuestión a cuatro criterios que considera revestidos de rigor científico, esenciales e imprescindibles de aplicar, para el dictado del laudo definitivo.

Es innegable que las decisiones que no condicen ni articulan la legislación con la aplicación de la misma desde una posición materialmente orientada al resultado, instalan una preocupación de honda repercusión en estados que no encontramos la forma de canalizar las aptitudes en desarrollo.

¿Cuál es la axiología que guía la ponderación de los principios que inspiran los decisorios? Partimos de una premisa, y no es otra que considerar que los principios generadores del derecho del comercio internacional son aplicables a las organizaciones internacionales multilaterales y regionales, cumpliendo un rol esencial; el derecho vigente en estas organizaciones es en los más de los casos, de reciente data. Esta circunstancia hace que existan lagunas y en consecuencia para cubrirlas no estamos en condiciones de considerar aisladamente los axiomas mercosureños.

Los preceptos se disciernen en un proceso dinámico que necesariamente impone proferir los axiomas que originan los esquemas y se originan a la vera de los mismos.

Una visión desde la metodología y técnica posmodernista<sup>60</sup> al análisis

<sup>60</sup> Al referirnos al postmodernismo, calificamos el período que transitamos basándonos en E. JAYME, quien escribió: “[e]l derecho es parte de la cultura general, tiene raíces profundas en la tradición, pero también sufre influencias por el desenvolvimiento de nuestra sociedad y de la comunidad internacional. De esa manera nuestro derecho actual es, en cierta medida, una producción de nuestra cultura contemporánea, es decir de la cultura post-moderna”. Ver: “Derecho

del conflicto, demanda pensarlo desde todas sus aristas, sus instrumentos, el derecho originario y derivado, los principios, las conductas económicas, la institucionalidad, la voluntad política e indudablemente con carácter esencial, desde la dinámica social. En este contorno engarza el papel que cumplen los órganos de la estructura, los que integran específicamente el grupo de especialistas en derecho ambiental y también, la actitud al contextualizar la controversia en el mecanismo vigente para la solución de conflictos.

Bajo este prisma, en el caso concreto, el antagonismo se produce entre un principio y una manifestación de política legislativa de vasto alcance, como es la libre circulación de mercaderías, que no puede ser jerarquizada sobre la protección ambiental.

## V. REFLEXIONES Y CONCLUSIONES

El Derecho Internacional del medioambiente es una rama jurídica de reciente data ya que surge como disciplina autónoma a fines de la década del sesenta<sup>61</sup>. El nacimiento de este derecho en el ámbito internacional responde a la importancia que advierte la comunidad internacional de salvaguardar el medio natural, como así también, de prevenir o reparar un daño producido por el deterioro progresivo de los elementos del entorno natural.

El escenario internacional muestra como telón de fondo, la necesidad de dotar al mundo de esquemas regionales en los cuales se desarrollan procesos de intercambio y de circulación de personas, mercancías y servicios. Estos fenómenos detectan como condición forzosa, contar con una legislación acorde a los tiempos y a las transformaciones que aceleradamente se producen en sus diversos ámbitos.

La regulación jurídica en materia de tráfico externo, refleja los caracteres que detentan estos procesos. Cada acervo legal responde a un modelo y a las etapas por las que atraviesa. Existen ciertos parámetros que debieran ser comunes a todos los esquemas, a saber: la flexibilidad y el pragmatismo, entendidos como bastiones esenciales en la construcción de la regulación jurídico internacional actual.

El proceso de integración regional que comienza a pergeñarse a mediados de la década del ochenta del siglo pasado, contempla desde sus inicios la temática ambiental y va desenvolviendo una política acorde a las iniciativas que tienen lugar a nivel internacional. A tal efecto crea una importan-

---

internacional privado y cultura posmoderna", en: *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito -PPGDir./UFRGS*, vol.I N° 1 Março 2003, pp.105-115.

<sup>61</sup> Así lo señala J. J. RUIZ haciéndose eco de la afirmación que efectuara el profesor Kiss. Para quien esta ciencia del derecho despegó "en los alrededores de 1968". Ver *Derecho internacional del medio ambiente*, Mc Graw Hill, Madrid, 1998, p. 3.

te estructura orgánica que en su haber registra la elaboración de un trascendente conjunto normativo entre cuyas disposiciones se destaca el Acuerdo sobre Medio Ambiente.

El Acuerdo vigente así como las normas concordantes y complementarias enunciadas a lo largo de este trabajo han sido sustento del laudo arbitral XI que tuvo como causa la protección ambiental y también de jurisprudencia dictada por los tribunales nacionales que entendieron su alcance, los principios orientadores de su letra, e interpretaron las cláusulas a sabiendas de la concepción posmoderna que prima en la exégesis actual, junto a un cabal conocimiento de qué es hoy “derecho ambiental internacional”, no acotando su contenido a una sola de sus aristas.

En orden a las controversias generadas en MERCOSUR, cabe enfatizar las diferencias que devienen entre el laudo VI por una parte y el laudo XI por otra, para no caer en la confusión de asimilar las causas. Aunque en algún lugar el sexto laudo puede ser traído a colación, no sienta un precedente *in totum* aplicable a los laudos que específicamente tuvieron como centro de análisis la problemática ambiental. Se trata de un antecedente valioso para esclarecer la cuestión relativa a la posición arancelaria que ocupa cada tipo de neumáticos, hecho que conlleva diferenciar entre el neumático usado y el remoldado; empero el problema en ese supuesto no se estudia en función de la filosofía que inspira la Portaria por la que se prohíbe el ingreso de neumáticos remoldeados a Brasil, aunque subyace de modo inequívoco.

Nos interesa particularmente elucidar el conflicto de intereses que deriva de las controversias planteadas en MERCOSUR pues si bien el laudo VI sólo de modo tangencial aborda el principio medioambiental, los fallos dictados en Brasil sobre el tema son todos referidos a la cuestión de neumáticos y en ellos hay contradicciones en torno a los desarrollos medioambientales.

Mientras el TAHM consideró que las normas brasileñas que restringen la importación de neumáticos remoldeados son contrarias al Tratado de Asunción, el Tribunal Federal de la 4ª Región, siguiendo una posición consolidada en la judicatura de Brasil, convalidó tal legislación.

A través de una interpretación axiológica se captan valores, principios, comercio internacional y protección ambiental, temas críticos comprendidos, por estar insertos en el derecho de la integración.

La responsabilidad internacional que se genera por los daños causados al medio ambiente, particularmente la responsabilidad por daños de contaminación, es un tema sumamente complejo que ha evolucionado paralelamente al desarrollo de los mecanismos de compensación, también implementados, en el marco de las relaciones entre los particulares, sean personas físicas o jurídicas.

Esta circunstancia condujo a que el problema del medio ambiente, que en una primera etapa fue coto del Derecho internacional público se haya extendido al Derecho internacional privado dada la relevancia que

reviste garantizar la indemnización de las víctimas. Ambas visiones integran la perspectiva regional pues el derecho de la integración capta bajo su órbita tanto una como otra materia, quedando también incluidas prácticamente todas las disciplinas jurídicas.

De esta suerte, no sorprende que las causas generadoras como los efectos que irradia problemática ambiental, convirtiendo al derecho del medio ambiente en una materia multidisciplinaria, eche mano de técnicas del Derecho internacional y de métodos propios del Derecho administrativo, penal, o fiscal.

El problema candente en MERCOSUR continúa siendo la carencia de un tribunal supranacional independiente. Que la interpretación y la aplicación de las normas vaya de la mano de una justicia justa, sólo es factible a través de una corte integrada por juristas especializados, conocedores del derecho de la integración, de vasta experiencia en las materias comprendidas.

La optimización de las decisiones mediante una exégesis que despliegue técnicas de carácter teleológico, axiológico, sistemático y empírico como propone la teoría posmoderna, contribuye a potenciar el alcance de las normas, a la vez que conspira contra la inercia del derecho teóricamente considerado. La perspectiva del derecho vivo, dinámico, se alcanza cuando éste pasa del libro a la tierra, a través de la interpretación de las normas materialmente orientadas. De otro modo, podemos tener el mejor ordenamiento jurídico regional, pero éste no evitará que reine el peor sistema ecológico asentado en acciones graves no sancionadas legítimamente.

**SECCIÓN  
RELACIONES INTERNACIONALES**

BLANCA

**XXI CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL**  
**“Dr. Enrique Ferrer Vieyra”**

*Sección de Relaciones Internacionales*

**LA CRISIS FINANCIERA INTERNACIONAL:  
¿HACIA UNA REFORMA O UNA TRANSFORMACIÓN DEL  
SISTEMA DE BRETTON WOODS  
O DEL SISTEMA POLÍTICO MUNDIAL?**

*THE INTERNATIONAL FINANCIAL CRISIS:  
¿TOWARDS A REFORM OR TRANSFORMATION OF  
BRETTON WOODS SYSTEM OR THE GLOBAL SYSTEM?*

*Relatora: María Cristina Montenegro\**

**RESUMEN**

En la búsqueda de salida a las dos crisis de 2008: financiera y de la guerra de Georgia, se observan dos fuerzas coexistentes: de transformación y de reformas.

La fuerza de transformación se sitúa en el nivel estructural del sistema internacional, en el tránsito de un orden unipolar a un orden multipolar por el surgimiento de potencias regionales. La fuerza de reforma corresponde al nivel de la arquitectura institucional internacional donde se verifica la necesidad de adecuación y mayor control de las instituciones financieras internacionales tal como se deriva de las Declaraciones de Pittsburg y Londres del G 20.

**PALABRAS CLAVES**

Crisis Financiera- guerra de Georgia- multipolar- transformación- reformas.

\* Magister en Relaciones Internacionales. Profesora e investigadora de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. UNC.

**ABSTRACT**

In the search for solution to the two crisis of 2008: financial and the war in Georgia. We see two forces coexist transformation and reform

The force transformation is at the structural level of the international system in transition from a unipolar order to a multipolar order by the emergence of regional powers. The force for reform lies at the level of international institutional architecture which verifies the need for adequacy and greater control of international financial institutions such as derived from the Statements of Pittsburgh and London G 20.

**KEY WORD**

Financial crises- war of Georgia- multipolar- transformation- reform

**INTRODUCCIÓN**

La preocupación por una reforma o transformación en las instituciones financieras internacionales resurge precisamente en el contexto de la mayor crisis financiera mundial, luego de casi 70 años. Aunque resulta necesario recordar que hubo otras crisis regionales o nacionales durante la década del 90 que deberían tener importancia en un análisis profundo de la actual situación.

*Cada cierto tiempo, desde finales de los años setenta del siglo pasado, se producen situaciones de crisis en los mercados financieros internacionales. El hecho de que la serie arranque en esa época no es casual si tenemos en cuenta que al principio de esa década se producen dos hechos importantes: por un lado, se abandona el régimen monetario y cambiario surgido de los acuerdos de Bretton Woods, y por otro, comienza un proceso liberalizador de los mercados financieros en general y de los tipos de interés en particular. Si a ello añadimos el gran incremento en los movimientos internacionales de capital, iniciado con el reciclaje de los petrodólares, tendremos el caldo de cultivo adecuado para que, recurrentemente, se desencadenen crisis en los mercados (Cedrón Cruz: 2008:3).*

No obstante, ante la necesidad de hacer un recorte de este fenómeno internacional que, por las características de la crisis generada en el mundo desarrollado y su afectación sobre todo el sistema, se impone a la hora de evaluar las respuestas que se están generando, por parte de los gobiernos y de las organizaciones internacionales, centraremos este relato en la crisis financiera internacional de 2008 y sus derivaciones posibles.

En agosto de 2007 se puso de manifiesto la crisis financiera internacional más importante que se tenga memoria desde 1929- 30. Esta crisis está vinculada a las graves dificultades generadas en el sector inmobiliario

norteamericano, en particular a las hipotecas de tipo *subprime* o “hipotecas basura”, préstamos de alto riesgo a personas que no disponían de recursos para afrontarlos. Lo que parecía un problema local pronto adquirió dimensiones globales cuando entraron en emergencia muchos bancos internacionales que habían hecho grandes inversiones en este sector.

En septiembre de 2008, el Lehman Brothers, cuarto banco de inversión de Estados Unidos, se declaró en bancarrota tras sufrir fuertes pérdidas en el sector hipotecario y no encontrar un comprador. En su efecto dominó, la economía europea sufrió el impacto de la crisis. En un informe de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) se advirtió sobre las consecuencias severas de la situación financiera internacional.

De esta manera, y tomando palabras de Eric Hobsbawm *ciertamente es la más grave crisis del capitalismo desde la década del 30. Recuerdo un titular hace unos pocos días, en el Financial Times, que decía: “El capitalismo en convulsión”... Hacía mucho que uno no leía ese titular en el FT* (news.bbc.co.uk).

En orden a lo anterior, el presente trabajo pretende analizar las causas y consecuencias inmediatas de la crisis financiera internacional sobre el sistema económico y político mundial a la luz de las propuestas de reformas de las instituciones financieras internacionales surgidas, fundamentalmente, de las reuniones de G20 en Washington (2008) y Londres (2009) y a las propuestas originadas en las Naciones Unidas.

## **1. El Problema**

### **1.1 Orígenes de la crisis**

Los años ochenta y noventa vivieron un proceso generalizado de desregulación y liberalización de los mercados financieros a escala internacional. En especial, las modificaciones realizadas en EE.UU., tanto desde una perspectiva legal como de los usos y prácticas, han tenido un papel determinante en la evolución de los mercados financieros en los últimos tiempos.

Por la Ley Glass-Steagall de 1933, se separó la banca comercial de la banca de inversión, prohibiendo a los bancos participar en los dos negocios simultáneamente, directamente o a través de filiales. Sin embargo, las empresas responden a cada norma mediante la innovación y la creación de nuevas prácticas y productos con el fin de sortear los obstáculos impuestos por la Ley Glass-Steagall.

Una profunda reforma al sistema bancario estadounidense fue producida por la Ley Gramm-Leach-Bliley, aprobada por el Congreso en 1999. Mediante esta Ley se permitió a la banca comercial y a la de inversión realizar actividades que antes les estaban prohibidas, por caso: ofrecer un amplio abanico de productos y servicios, por sí mismos o a través de filiales, sin apenas restricciones regulatorias (Kregel 2007, Cedrón Cruz: 2008).

*En este relajado contexto supervisor, las finanzas del sector inmobiliario se convirtieron en una actividad muy apalancada, altamente especulativa y por tanto, muy sujeta a los vaivenes de las expectativas de los mercados... Las decisiones de política económica se complementaron adecuadamente a los cambios legales. Tras el descalabro bursátil en 2001 de las empresas tecnológicas y los escándalos contables de otras, y con el fin de estimular los mercados, las autoridades norteamericanas relajaron la política monetaria hasta colocar los tipos de interés a corto plazo en el 1% en 2003, lo que alentó un boom crediticio en el sector inmobiliario, que compensó en parte las pérdidas bursátiles y permitió a los propietarios de viviendas renegociar a mayores plazos su hipoteca una y otra vez a medida que los precios de las viviendas se disparaban, para poder incrementar sus gastos corrientes.*

*Un gran número de préstamos e hipotecas son agrupados y paquetizados, mezclados los de mayor calidad con los de peor solvencia, para posteriormente trocear el conjunto y vender las porciones separadamente en forma de títulos. De forma que ahora el riesgo crediticio está mucho menos concentrado en los bancos; ha sido dispersado en un conjunto de intermediarios muy variado. Junto a esta diseminación del riesgo crediticio, los productos derivados permiten a los prestamistas cubrirse contra los impagos. El inversor final, guiado por las benevolentes calificaciones (investment grade) de las empresas de rating, poco o nada sabe de los activos originarios que respaldan las emisiones que confiadamente adquiere (Cedrón Cruz: 2008:8).*

Así, el enorme incremento en el precio de los activos inmobiliarios tenía un doble origen: a) las innovaciones financieras y b) los enormes flujos de capital que llegaban a EE.UU. Respecto de las hipotecas, las normas regulatorias permitieron a los bancos venderlas a intermediarios financieros que se agrupaban para comercializarlas como productos estructurados. El desarrollo del mercado secundario permitió el ingreso de prestamistas a los mercados de capitales, reduciendo los costos de transacción y distribuyendo el riesgo, lo que permitió el acceso de numerosas familias al mercado inmobiliario con muy baja calidad crediticia. Estas hipotecas denominadas subprime son aquellas que están por debajo de los niveles de garantía normalmente establecidos y aceptables (Bernanke: 2007, Steinberg: 2008).

*Pero en el verano de 2007 gran parte del castillo empezó a tambalearse con el deterioro en el funcionamiento de los mercados monetario y de crédito. El impacto de los impagos de las hipotecas como consecuencia del frenazo en la continua elevación del precio de las viviendas y del incremento de las cuotas por efecto de los tipos de interés, contaminó rápidamente a todo el sistema financiero (Cedrón Cruz: 2008:8).*

En síntesis, como sostiene SELA, una conjunción de tres factores parece provocar la crisis financiera del 2008:

1. **la disminución de las tasas de interés:** resulta de las medidas tomadas durante los años 2001 y 2003 con el objeto de combatir un entorno recesivo. Esto estimuló el otorgamiento de un gran número de hipotecas;

2. **una estructura de incentivos en las instituciones financieras especializadas:** por la cual **se** premiaba el otorgamiento de hipotecas de alto riesgo (subprime) y de hipotecas a tasa variable, en vez de premiar la solidez de la inversión; y

3. **la falta de regulación del mercado de derivados financieros:** que propició apalancamientos imprudentes, *aquellos de nosotros que dimos por sentado que el auto-interés de las instituciones de crédito era suficiente para proteger a sus accionistas estamos en estado de incredulidad* (Alan Greenspan: 2008).

A principios de septiembre, el gobierno de los EE.UU. decidió intervenir activamente para enfrentar las consecuencias de la crisis. Primero quiso evitar que la imprudencia de algunas instituciones financieras dañara todo el sistema. Luego, cuando se vaticinaban serios problemas de liquidez, se debió enfrentar la necesidad de auxiliar a la economía real.

Pero el efecto contagio no se hizo esperar y los distintos países se vieron comprometidos en una situación que devenía en global. Los gobiernos de los países del G7 instrumentaron medidas semejantes a las propuestas por Estados Unidos: Francia, los Países Bajos, Dinamarca, Austria, Alemania, Irlanda, Grecia, Islandia tomaron control de diversas instituciones financieras y ofrecieron paquetes de rescate. Pero, habiendo aminorado la crisis de liquidez era imperativo actuar sobre la economía real.

El 7 de octubre, la Reserva Federal de Estados Unidos creó un mecanismo de financiamiento para proteger el mercado de papel comercial que suma 1.75 billones de dólares y es fundamental para las operaciones día a día de las grandes empresas. La semana siguiente el gobierno del Reino Unido introdujo un mecanismo diferente al propuesto por el gobierno de Estados Unidos el cual le permitía recapitalizar a los bancos –además de proveerles liquidez– con el objeto de que pudieran reanudar el otorgamiento de préstamos y no se afectara demasiado la actividad económica. Días después, el gobierno de Estados Unidos anunció que utilizaría 250,000 millones de los 700,000 autorizados para recapitalizar los nueve bancos de mayor tamaño.

Esta crisis de origen hipotecario se convirtió pronto en una crisis financiera mundial, traspasó las fronteras de EE.UU y se propagó con fuerza a la Unión Europea, al resto de los países desarrollados y emergentes.

## **2. La búsqueda de soluciones**

### **2.1. Dos posiciones frente a la crisis:**

El Gobierno británico, en sintonía con la posición de la administración estadounidense, sostiene la necesidad de mantener la liberalización de los

mercados en tanto que los mercados financieros abiertos e innovativos son imperativos para el crecimiento económico.

Los europeos continentales, por su parte, propugnan una regulación y una supervisión internacional más estrictas sobre los mercados financieros. En este marco, en la Conferencia de París en enero de 2009, el presidente francés, Nicolás Sarkozy y la canciller alemana, Angela Merkel, hablaron de la necesidad de un *'nuevo capitalismo'*.

En cuanto a la participación de las Naciones Unidas en la solución del fenómeno, Merkel advirtió sobre la necesidad de la creación de un Consejo Económico de la ONU, en forma paralela al Consejo de Seguridad de la ONU. Este nuevo Consejo supervisaría las instituciones económicas internacionales como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional. Si bien es cierto que existe un ámbito pertinente en la Organización que debiera entender sobre el problema: El Consejo Económico y Social (ECOSOC), conformado por 54 miembros, con una representación regional diversificada, la canciller alemana no lo considera inviable. Pero, quienes no acuerdan con la idea de Merkel, temen que este nuevo Consejo Económico, al igual que el Consejo de Seguridad, termine en manos de un reducido grupo conformado por los países más desarrollados.

En las preparatorias para la Conferencia de Washington, una reunión informal de jefes de Estado y de Gobierno dio lugar a una declaración conjunta sobre las propuestas que serían presentadas ante el G-20. Allí, los representantes señalaron que la cumbre del 15 de noviembre debía ser el “acontecimiento fundador de la reforma del sistema financiero internacional”, para lo cual acordaron principios que defenderían de manera conjunta; entre ellos:

- “ninguna institución financiera, ningún segmento de mercado, ninguna jurisdicción debe escapar a una regulación proporcionada y apropiada o, al menos, a la vigilancia”; aunque “los medios para aplicar efectivamente este principio deberán ser establecidos por las autoridades nacionales y, en su caso, bajo la supervisión de las instituciones financieras internacionales”;
- “responsabilidad y transparencia” en el nuevo sistema financiero internacional; para lo cual “deberán revisarse los dispositivos que incitan a una asunción de riesgo excesiva, en particular las modalidades de titulización de los créditos y la definición de las políticas de retribución”;
- prevención de las crisis, para lo cual “deberá establecerse un sistema de alerta precoz para localizar con antelación el aumento de los riesgos o la formación de burbujas en la valorización de los distintos activos económicos”;
- un papel central para el Fondo Monetario Internacional (FMI) en la nueva arquitectura financiera, pero con una mejor articulación con el Foro de Estabilidad Financiera.

Sobre la base de estos principios, los líderes europeos propusieron, entre otras cosas, “someter las calificadoras de riesgo a un registro, a una

vigilancia y a normas de gobernanza” y establecer códigos de conducta “para evitar la asunción excesiva de riesgo en la industria financiera”.

Para tratar las graves consecuencias que generó la crisis financiera en los países, se convocó, en noviembre de 2008, a una conferencia internacional en Washington con el objeto de revisar las normas que rigen los mercados financieros internacionales en vista de los problemas surgidos por el proceso de globalización.

## 2.2. La Cumbre del G- 20 en Washington

Como resultado de la Cumbre de Washington, los líderes del G20, grupo que reúne a las 20 economías más grandes del mundo, manifestaron en la Declaración previa:

*Nos guiaremos por la convicción común que los principios del mercado, de las economías abiertas y los mercados financieros correctamente reglamentados, favorecen el dinamismo, la innovación y el espíritu de empresa que son indispensables para el crecimiento económico, el empleo y la reducción de la pobreza... Gracias a tales principios han salido de la pobreza millones de personas y han permitido una elevación importante del nivel de vida mundial (art.12).*

Se comprometieron, en el comunicado final, a reformar el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial (BM) para permitir una mayor participación de los países emergentes. De acuerdo con el texto, los líderes de las principales economías del planeta mostraron su determinación para trabajar juntos en el restablecimiento del crecimiento económico y propulsar la reforma del sistema financiero internacional. Se confirmaba, asimismo, una próxima reunión para de abril de 2009. Se estableció como fecha límite el 31 de marzo para el envío de propuestas de los países referidas a los mecanismos que permitieran fortalecer la regulación de los mercados y mejorar su transparencia.

Por otro lado, el documento deja constancia del acuerdo de los líderes del G-20 para adoptar medidas fiscales, dentro de un marco fiscal “sostenible”, en aquellos países donde fuera necesario. De este modo, entre los pasos a adoptar, se indicó la necesidad de una fuerte supervisión de las agencias de ‘rating’ y la mejora de la información financiera.

Concretamente, las medidas adoptadas en la Cumbre de Washington son:

- Adopción a escala nacional de medidas de estímulo fiscal para hacer frente a la recesión.
- Puesta en marcha de colegios supervisores para controlar a los bancos.
- El plan de acción deberá ponerse en marcha antes del 31 de marzo de 2009.
- El G- 20 se reunirá el 30 de abril de 2009 para verificar el cumplimiento.

- Los miembros del G-20 se comprometen a reformar las instituciones financieras internacionales: Fondo Monetario Internacional (FMI), Banco Mundial (BM) y el Foro de Estabilidad Financiera.
- Ningún mercado, producto ni actor financiero dejará de estar sometido a la regulación o a la supervisión.
- Se deberá evitar una regulación excesiva que pudiera poner en riesgo el crecimiento y restringir los flujos financieros.
- Rechazar el proteccionismo o cualquier nueva barrera que pudiere restringir el comercio y la inversión.
- Se solicita que antes de fin de 2008 se logre un principio de acuerdo sobre la ronda de liberalización comercial de Doha.

### **2.3. Participación de Naciones Unidas.**

El Presidente de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Manuel D'Escoto ha iniciado, también, un proceso de revisión del sistema financiero internacional. La Comisión de la ONU, presidida por el ex economista jefe del Banco Mundial Joseph Stiglitz, tiene cuatro grupos de trabajo: 1) sobre regulaciones, 2) asuntos multilaterales, 3) asuntos de macroeconomía, y b) reforma de la arquitectura global.

La Comisión se reunió a principios de enero de 2009 cuando emitió sus primeras recomendaciones. Se advirtieron sobre las deficiencias de las acciones tomadas hasta el momento por los países desarrollados y la necesidad de aprender lecciones de los países que han evitado la inestabilidad. Se planeó una segunda reunión a principios de marzo de 2009 en Ginebra.

La Comisión de la ONU habló de 'las grandes asimetrías de las políticas económicas globales' diciendo que 'era imperativo que se proveyeran fondos a los países en desarrollo para permitirles adoptar políticas para: estimular sus economías, proveer protección social y asegurar un flujo de liquidez para sus compañías.' La Comisión exigió puntualmente que se 'proveyera ese dinero sin las condicionalidades normales, especialmente aquellas que obligan a estos países a perseguir políticas pro cíclicas, o a adoptar el tipo de políticas monetarias y regulatorias que contribuyeron a la crisis actual'.

### **2.4. Cumbre del G-20 en Londres**

El 2 de abril de 2009 se llevó a cabo la Cumbre de Londres del G- 20. Existía un consenso respecto de que una crisis global exigía una solución global. Los líderes de las principales economías mundiales, partiendo de la base de la Cumbre de Washington de 2008, emitieron una Declaración con el Plan Global para la Recuperación y la Reforma.

*Nos enfrentamos al mayor reto para la economía mundial de la era contemporánea; una crisis que se ha agravado desde que*

*nos reunimos la última vez, que afecta a la vida de las mujeres, hombres y niños de todos los países y todos los países deben aunar esfuerzos para resolverla. **Una crisis global exige una solución global (punto 2).***

*Partimos de la creencia de que la prosperidad es indivisible; de que el crecimiento, para que sea constante, tiene que ser compartido; y de que nuestro plan global para la recuperación debe centrarse en las necesidades y los puestos de trabajo de las familias que trabajan con ahínco, no sólo en los países desarrollados, sino también en los mercados incipientes y en los países más pobres del mundo; y debe reflejar los intereses no sólo de la población actual, sino también de las generaciones futuras. Creemos que el único cimiento sólido para una globalización sostenible y una prosperidad creciente para todos es una economía mundial abierta basada en los principios de mercado, en una regulación eficaz y en instituciones globales fuertes **(punto 3).***

En el punto 4 de la Declaración se explicitan las medidas tendientes a restablecer la confianza y a evitar nuevas crisis::

- restablecer la confianza, el crecimiento y el empleo;
- reparar el sistema financiero para restaurar el crédito;
- reforzar la regulación financiera para reconstruir la confianza;
- financiar y reformar nuestras instituciones financieras internacionales para superar esta crisis y evitar crisis futuras;
- fomentar el comercio y la inversión globales y rechazar el proteccionismo para apuntalar la prosperidad;
- y construir una recuperación inclusiva, ecológica y sostenible.

*Los acuerdos que hemos alcanzado hoy constituyen un programa adicional de 1,1 billones de dólares de apoyo para restaurar el crédito, el crecimiento y el empleo en la economía mundial. Las medidas son las siguientes: triplicar los recursos a disposición del FMI hasta los 750.000 millones de dólares; apoyar una nueva partida de Derechos Especiales de Giro (DEG) de 250.000 millones de dólares y al menos 100.000 millones de dólares en préstamos adicionales por parte de los bancos multilaterales de desarrollo (BMD); garantizar 250.000 millones de dólares de apoyo para la financiación del comercio; y utilizar los recursos adicionales de las ventas de oro acordadas por el FMI para la financiación concesional de los países más pobres. Junto con las medidas que hemos tomado cada uno en el plano nacional, esto constituye un plan global para la recuperación a una escala sin precedentes **(punto 5).***

El resto del Documento enuncia medidas tendientes a restaurar el crecimiento y el empleo a partir de una ampliación fiscal concertada para

reactivar el crecimiento: la reducción de los tipos de interés bancario a fin de mantener políticas de expansión, promover acciones necesarias para restablecer el flujo de créditos a través del sistema financiero y reparar el sector financiero.

*El mes pasado, el FMI calculó que se reanudaría el crecimiento mundial en términos reales y superaría el 2% para finales de 2010. Confiamos en que las acciones que hemos acordado hoy y nuestro compromiso inquebrantable de cooperar para restablecer el crecimiento y el empleo, al tiempo que preservamos la sostenibilidad fiscal a largo plazo, acelerará la vuelta a un crecimiento positivo. Hoy nos comprometemos a llevar a cabo cualquier acción que sea necesaria para asegurar este resultado e instamos al FMI a evaluar periódicamente las acciones emprendidas y las acciones globales necesarias (punto 12).*

Respecto del fortalecimiento de la supervisión y la regulación financieras, la Declaración señala que:

*Los grandes fallos en el sector financiero y en la regulación y la supervisión financieras fueron causas fundamentales de la crisis. La confianza no se recuperará hasta que no reconstruyamos la confianza en nuestro sistema financiero. Tomaremos medidas para crear un marco supervisor y regulador más fuerte y globalmente más coherente para el futuro sector financiero, que apoye un crecimiento mundial sostenible y cubra las necesidades de empresas y ciudadanos (punto 13).*

Para fortalecer el sistema financiero se acordó una serie de objetivos:

- Establecer un nuevo Consejo de Estabilidad Financiera (FSB) con mayores competencias, como sucesor del Foro de Estabilidad Financiera (FSF), que incluya todos los países del G-20, los miembros del FSF, España, y la Comisión Europea;
- Que el FSB deberá colaborar con el FMI para advertir de antemano los riesgos macroeconómicos y financieros y sobre las medidas necesarias para superarlos;
- Remodelar nuestros sistemas reguladores de modo que nuestras autoridades puedan detectar y tomar en cuenta los riesgos;
- Ampliar la regulación y la vigilancia a todas las instituciones, los instrumentos y los mercados financieros sistémicamente importantes. Esto incluirá, por primera vez, a fondos de alto riesgo (hedge funds) sistémicamente importantes;
- Respaldar y aplicar los nuevos y estrictos principios del FSF sobre remuneración y compensación y apoyar los planes de compensación sostenibles y la responsabilidad social corporativa de todas las empresas.
- Tomar medidas, una vez asegurada la recuperación, para mejorar la calidad, la cantidad y la coherencia internacional del capital en el sistema

bancario. En el futuro, la regulación debe impedir un endeudamiento excesivo y exigir la acumulación de reservas de recursos en momentos de prosperidad;

- Tomar medidas contra las jurisdicciones no cooperativas, incluidos los paraísos fiscales. Estamos dispuestos a desplegar sanciones para proteger nuestras finanzas públicas y nuestros sistemas financieros. La era del secreto bancario se ha acabado. Señalamos que la OCDE ha publicado hoy una lista de países evaluados por el Foro Mundial de acuerdo con la norma internacional para el intercambio de información fiscal;

- Solicitar a los encargados de establecer las normas contables que colaboren urgentemente con supervisores y reguladores para mejorar los criterios de valoración y provisión, y alcanzar un conjunto de normas contables mundiales de alta calidad;

- Ampliar la supervisión y el registro regulador a las Agencias de Calificación de Crédito para garantizar que cumplen el código internacional de buenas prácticas, en especial para impedir conflictos de interés inaceptables.

Para el fortalecimiento de las instituciones financieras mundiales se propone la reforma de las instituciones financieras internacionales adecuándolas a los desafíos de la globalización a partir de un consenso global sobre los valores esenciales y principios que fomentarán una actividad económica sostenible.

El convencimiento de que el crecimiento del comercio internacional ha sostenido una mayor prosperidad durante medio siglo llevó a los miembros del G- 20 a insistir en la necesidad de evitar el proteccionismo y promover el comercio y la inversión internacionales. En razón de lo expuesto se asumió el compromiso de:

- Abstenerse de levantar nuevas barreras a la inversión o al comercio de bienes y servicios, de imponer nuevas restricciones, o de aplicar medidas incoherentes de la Organización Mundial de Comercio (OMC) para estimular las exportaciones.

- Minimizar cualquier impacto negativo proveniente de la políticas domésticas respecto del comercio y la inversión evitando el proteccionismo financiero, especialmente medidas que limiten el movimiento de capitales.

Acerca de las reformas del sector financiero se acordaron reformas a los siguientes sectores:

**a) Junta de Estabilidad Financiera:** el Foro de Estabilidad Financiera debe ampliarse, dando un amplio mandato para promover la estabilidad financiera y restablecer una mayor base institucional y una mayor calidad de la Junta de estabilidad Financiera (FSB).

**b) La cooperación internacional:** establecer el resto de colegios de supervisión de importantes empresas transfronterizas, antes de junio de 2009, sobre la base de los 28 ya existentes. Implementar de inmediato los principios de la FSF transfronterizas de gestión de crisis, que las autoridades de cada una de las principales instituciones financieras internacionales

les deben garantizar. Dar apoyo continuado al FMI, FSB, BM y al Comité de Basilea para desarrollar un ámbito internacional para las transacciones bancarias.

**c) La regulación prudencial:** acuerdo para reforzar los marcos internacionales para la regulación prudencial: hasta que se garantice la recuperación de la norma internacional para el nivel mínimo de capital. Una vez que la recuperación esté asegurada, las normas prudenciales de regulación deberán ser fortalecidas. El FSB, el Comité de Basilea, y CGFS, con un plazo a finales de 2009, deben aplicar las recomendaciones para mitigar la pro cíclicidad, incluyendo un requisito para que los bancos constituyan topes de recursos en los buenos tiempos para ser utilizados en situaciones de deterioro

**d) El ámbito de la regulación:** se acordó que todas las instituciones financieras sistémicamente importantes, los mercados, e instrumentos deben estar sujetos a un grado adecuado de regulación y supervisión.

**c) Paraísos fiscales y jurisdicciones no cooperativas:** se acordó hacer un llamamiento a los países a adoptar la norma internacional para el intercambio de información aprobado por el G20 en 2004 y que se refleja en el Modelo de Convenio Fiscal de la ONU.

**d) Las normas de contabilidad:** acordado que las normas contables deben mejorar las normas para la valoración de instrumentos financieros sobre la base de su liquidez y los horizontes de explotación de los inversores.

### **3. El estado de situación**

#### **3.1. Más allá de las respuestas técnicas**

La crisis financiera global y el nuevo y más complicado panorama en el desarrollo de las finanzas globales requieren de una cooperación multilateral fuerte y eficaz para superar las vulnerabilidades que, ante la globalización, plantean las instituciones surgidas en Bretton Woods. La crisis de 2008 ha desnudado la incapacidad de las instituciones para enfrentarlas porque el FMI y el BM están enfrascados en una estructura anticuada de gobierno y no se han constituido en verdaderos foros de cooperación multilateral. El desafío respecto a qué hacer con dichas instituciones parte de seleccionar las políticas y estrategias de reforma según las siguientes opciones:

1. Centrada en las reformas “modestas”, simples retoques para superar la crisis.
2. Seguir adelante con los debates, fuera de las instituciones, en el marco del G- 8 y el G- 20
3. Convocar a una nueva Conferencia de Bretton Woods con el objeto de involucrar a los países en un efectivo proceso multilateral.

La opción 3 requeriría de la cooperación multilateral para redefinir el diseño de instituciones y establecer sus funciones. Por ahora, lo que surge

de las Conferencias de Washington y de Londres, tiende más a puntos muy específicos de la reforma que serán tratados, con mayor profundidad, en la reunión de Ministros de Finanzas a finales del año 2009.

De todas maneras, como sostiene la CEPAL, si bien los países del G-20 acordaron un conjunto de principios para transformar los mercados financieros, la reforma del sistema regulatorio mundial deberá esperar un tiempo hasta que se hayan aprendido las lecciones de la crisis y evaluar las posibilidades realmente efectivas de una regulación de tipo transnacional. Aún no se ve claro cuál será la arquitectura financiera internacional a futuro más adecuada, si, tal como parece, el G-20 podría reemplazar al G-8 como “comité directivo” de la economía mundial.

*Cabe preguntarse si la actual crisis financiera internacional es un accidente ocurrido en un sistema financiero global básicamente bien diseñado o representa una ruptura fundamental y estructural con el sistema actual, que exige un nuevo orden financiero internacional (CEPAL:2009:6).*

Por otro lado, toda reformulación de las instituciones financieras está relacionada con un sistema político internacional. Toda crisis internacional ha demostrado las dificultades para construir liderazgos políticos eficaces pero, ante el pánico financiero y económico, no son suficiente las salidas meramente técnicas: se requiere de liderazgo político compartido. En un mundo económicamente multipolar sólo puede gestionarse la crisis con mecanismos multilaterales, lo está demostrando el involucramiento de los G-20 en la búsqueda de una solución a la crisis. Por otra parte, las consecuencias de la crisis son asimétricas y se pone de manifiesto la participación de representantes de economías emergentes cuyo protagonismo trasciende lo específicamente financiero y da cuenta de una acelerada reconfiguración del equilibrio de poder mundial.

La reconfiguración, que lógicamente debiera darse a través de un liderazgo compartido basado en la cooperación internacional (Steinberg: 2008), pareciera seguir un rumbo menos promisorio. La respuesta a la crisis, como fuera dicho con anterioridad, tenía dividida la posición de los líderes: a) la posición de Estados Unidos, proponía un gran estímulo fiscal y rechazaba la idea de crear una entidad súper reguladora y b) la de la Unión Europea que hacía hincapié exclusivamente en una mayor regulación y supervisión bancaria tanto interna como internacional. A esto se agregaron otros debates, uno de los más importantes fue el papel de China en la mesa de las decisiones. El gobernador del Banco de China, propuso la creación de una nueva súper moneda de reserva, que podría ser el derecho especial de giro (DEG) del FMI. De inmediato la propuesta fue apoyada por Rusia, que ya había hecho un pedido similar, considerada legítima por el FMI, e impulsada rápidamente por Stiglitz, quien desde la Comisión en Naciones Unidas adelantó que podría estar en curso en apenas 12 meses.

El presidente estadounidense reconoció en Londres que las medidas que proponían eran son costosas y que los contribuyentes reclamaban certeza sobre el destino de ese dinero dado que temían que los gobiernos siguieran poniendo dinero para rescatar la banca, a la que consideraban responsable de esa catástrofe, sin consecuencias para la solución de sus problemas concretos. Sostuvo, asimismo, que Estados Unidos no podía solo, que no estaba allí buscando culpables sino soluciones, y que la gente esperaba una muestra firme de esfuerzos concertados. Finalmente, Obama sostuvo que confiaba en llegar a una postura común. En las discusiones fue apoyado por la parte británica frente al eje Alemania-Francia en la discusión entre estímulo fiscal o mayor regulación. Otros países, como los del BRIC (Brasil, Rusia, India y China), compartieron su postura de impulsar la demanda y el consumo para reactivar el comercio y la economía en general.

Por ahora, lo que parece percibirse con cierta claridad es que, en medio de las conversaciones de los líderes, existe disputa por espacios de poder y que de ella emergerá una nueva estructura de poder a nivel mundial. Luego de la segunda guerra mundial, guerra fría mediante, la característica del sistema mundial fue el orden bipolar; en la etapa de la post guerra fría, caída del Muro mediante, existió una multipolaridad económica y una unipolaridad militar en el marco de la hegemonía estadounidense. A pesar de la corriente de pensamiento, que insistía en una derivación hacia instituciones supranacionales en una suerte de gobierno mundial, lo que parece, tras la crisis de 2008, es una arquitectura de tipo multipolar liderada por tres grandes bloques: a) el anglosajón de EE.UU. y Gran Bretaña; b) el de Alemania, Francia y Rusia, y c) el de China y sus vecinos asiáticos.

#### 4. CONCLUSIONES E INTERROGANTES

Aunque desde tiempo atrás se venía anticipando el final de la burbuja financiera internacional, la crisis inmobiliaria en EE.UU de 2007 puso de relieve la mayor crisis financiera global de más de medio siglo. Los problemas ligados a las hipotecas *subprime* y su impacto en la economía real conmovieron a todos los países y movilizaron a sus líderes para encontrar una salida. La necesidad de reformular las instituciones originadas en Bretton Woods ocupó lugar en la agenda de las organizaciones internacionales. Fundamentalmente, el G-20 es la caja de resonancia de las urgencias en plena crisis en la que se mancomunan voces para las propuestas de reformas dando cuenta de:

- Que la presente coyuntura podría proporcionar la primera oportunidad para hacer revisar el sistema de Bretton Woods fue establecido en 1944.
- Que en la era de la globalización, sólo la supervisión y cooperación financiera internacional pueden ayudar a establecer un nuevo y efectivo sistema financiero global.

- Que es necesario una participación ampliada de países para definir la nueva institucionalidad multilateral que establezca nuevas normas e instituciones para las finanzas globales.
- Que las recientes reformas encaminadas a flexibilizar los instrumentos de préstamo para las economías sólidas afectadas por la turbulencia, junto con los planes propuestos en la cumbre del G-20 para incrementar los recursos a disposición del FMI, parecen mejorar la capacidad de la comunidad financiera internacional para abordar los riesgos relacionados con las frenadas bruscas de los flujos de capital privado.
- Que aún queda mucho por hacer. El alcance y profundidad de las reformas dependerá de las opciones que los líderes vean como más prudente para renovar la arquitectura financiera internacional, por lo tanto hay un final abierto y proclive al debate respecto de si, en realidad, hablabamos de reformas del sistema financiero internacional o, en su defecto, de una verdadera transformación del sistema surgido en Bretton Woods de cara a un nuevo decenio del siglo XXI.
- Que la crisis profunda del sistema financiero impacta en la configuración del sistema político internacional. Queda en evidencia que en las discusiones entre los líderes aparecen pugnas por porciones de poder que auguran el advenimiento de múltiples centros de poder internacional.

#### **BIBLIOGRAFÍA**

- ALMUNIA, J.: European Commissioner for Economic and Monetary Policy Beyond the Crisis: a Changing Economic Landscape Brussels Economic Forum Brussels, 14 May 2009.
- BBC MUNDO: La crisis económica mundial y sus consecuencias de largo plazo, según E. Hobsbawm [http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/business/newsid\\_7680000/7680432.stm](http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/business/newsid_7680000/7680432.stm)
- BERNANKE, B.: *The subprime mortgage market*, conferencia pronunciada en la 43rd Annual Conference on Bank Structure and Competition, del Banco de la Reserva Federal de Chicago en otoño de 2007. Chicago, Illinois, EE.UU.
- CEPAL: *La actual crisis financiera internacional y sus efectos en América Latina y el Caribe*, en. Informe, enero 2009.
- CERÓN CRUZ, J.A.: *Crisis financieras internacionales, teorías explicativas y propuestas de reforma del Sistema Monetario: el caso de las subprime..* X Reunión de Economía Mundial Barcelona, mayo 2008.
- EURACTIV: *EU divided over financial, economic challenges*, 05/11/2008
- F.M.I. World Economic Outlook. Varias ediciones 2007- 2008- 2009. Washington.
- F.M.I. Communiqué of the International Monetary and Financial Committee of the Board of Governors of the International Monetary Fund. Washington, D.C. on April 25, 2009,

- G- 20: Declaración sobre Fortalecimiento del Sistema Financiero. Londres, 2 de abril de 2009- G- 20 [www.g20.org/G20](http://www.g20.org/G20)
- G- 20: Declaration Summit on Financial Markets and World Economy. Washington November 15, 2008. - G- 20 [www.g20.org/G20](http://www.g20.org/G20)
- G- 20: The Global Plan for Recovery and Reform. London on 2 April 2009. - G- 20 [www.g20.org/G20](http://www.g20.org/G20)
- G. 20 *Restoring lending: a framework for financial repair and recovery* Communiqué Meeting of Finance Ministers and Central Bank Governors, United Kingdom, 14 March 2009 <http://www.obreal.unibo.it/VirtualLibrary.aspx?IdVirtual=351>.
- LAFFAYE, S.: La crisis financiera: origen y perspectivas. Revista del CEI Número 13 - Diciembre de 2008.
- MACKINNON, R. y PILL, H.: *Credible liberalization and international capital flows: the overborrowing syndrome*. En *Financial Deregulation and Integration in East Asia*, T. Ito y A. Krueger (eds),. Chicago: University of Chicago Press.1996.
- OBREAL/EULARO: *Reacciones frente a la crisis financiera internacional*. Newsletter, N° 78, 16/10/2008.
- OCAMPO, J.A.: *Una propuesta de reforma financiera internacional en Economía Exterior* N°48 - Primavera 2009 <http://www.politicaexterior.com/2009/06/una-propuesta-de-reforma-financiera-internacional-2/>
- SCHMIDT-HEBBEL, K. *Crisis Financiera: ¿Por qué, cuánto y hasta cuándo? Una Mirada Global* Congreso FIAP – ASOFONDOS Cartagena de Indias, 23-24 abril 2009.
- SELA: *La Crisis Financiera del 2008: Análisis y propuestas del SELA* Reunión Regional sobre los desafíos del adverso entorno económico internacional para América Latina y el Caribe. Caracas, Venezuela 30 de octubre de 2008.
- STEINBERG, F.: *La crisis financiera mundial: causas y respuesta política*. Real Instituto Elcano. Área: Economía y Comercio Internacional - ARI N° 126/2008 Fecha: 16/10/2008.
- U.E. BARROSO, J. M.: *the gravity of the financial crisis is clear to all*. Ante el Parlamento Europeo. 8 de octubre de 2008. [www.europea.eu/rapid/pressReleasesAction.doc](http://www.europea.eu/rapid/pressReleasesAction.doc)
- U.E. *De la crisis financiera a la recuperación* Comunicación de la Comisión, 29 de octubre de 2008 [www.europea.eu/rapid/pressReleasesAction.doc](http://www.europea.eu/rapid/pressReleasesAction.doc)
- U.E. Discours de M. Barroso, Président de la Commission: L'Europe doit rester au centre du jeu. 18 de noviembre de 2008 [www.europea.eu/rapid/pressReleasesAction.doc](http://www.europea.eu/rapid/pressReleasesAction.doc)
- U.E. La Comisión: plan de acción global para una respuesta coordinada a la crisis económica 26 de noviembre de 2008 [www.europea.eu/rapid/pressReleasesAction.doc](http://www.europea.eu/rapid/pressReleasesAction.doc)

- U.E.: Conclusiones del Consejo de la UE sobre la situación económica y financiera, 16 de octubre de 2008 [www.europea.eu/rapid/pressReleasesAction.doc](http://www.europea.eu/rapid/pressReleasesAction.doc)
- WALKER M.: *Alemania, una de las mayores víctimas de la crisis global*, en diario *La Nación*, 14/11/2008.

El informe pretende ser un disparador de una serie de interrogantes que podrían conformar algunas propuestas a tratar en la Sección:

- 1) ¿La crisis de 2008 puso de manifiesto las verdaderas falencias del Sistema Financiero Internacional en la era global?
- 2) ¿Qué incidencia pudieron haber tenido otros actores en la construcción de la burbuja financiera internacional?
- 3) ¿Cómo influye la crisis en la política mundial toda vez que las propuestas, en su mayoría, siguen una sintonía con la multilateralidad? ¿Esa multilateralidad tiene consenso por parte de los actores más importantes del sistema? ¿Se podría hablar de una multilateralidad selectiva?
- 4) ¿Cuál es el papel del Estado nacional en el manejo de crisis y cómo ese papel influirá en la reconfiguración del sistema internacional?
- 5) ¿Es posible que las posiciones en torno a la salida de la crisis: a) inyección de fondos a los bancos o b) inyección de fondos a la producción con una más firme regulación de los bancos, influirán en la nueva arquitectura del sistema financiero?
- 6) ¿Qué elementos o factores permiten augurar una reforma o una transformación del sistema financiero mundial, a la luz de los debates actuales entre los líderes del G- 8, G- 20, ONU?
- 7) ¿Qué otros actores están involucrados en los debates sobre la nueva arquitectura del sistema internacional y cómo influirán sobre el proceso?

BLANCA

**SECCIÓN  
DERECHOS HUMANOS**

BLANCA

**XXI CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL**  
**“Dr. Enrique Ferrer Vieyra”**

*Sección de Derechos Humanos*  
**LAS REPARACIONES EN EL DERECHO INTERNACIONAL  
DE LOS DERECHOS HUMANOS, CON PARTICULAR RE-  
FERENCIA AL SISTEMA INTERAMERICANO**

*REPARATIONS IN INTERNATIONAL LAW OF HUMAN RIGHTS, WITH  
PARTICULAR REFERENCE TO THE INTER-AMERICAN SYSTEM*

*Relator: Víctor Bazán\**

**RESUMEN**

En el presente trabajo el autor afronta los avances, las dudas y los desafíos que resultan del examen de la praxis y la eventual prospectiva de la tarea de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones, tema conflictivo y polifacético que surge como un derivado o consecuencia de la responsabilidad internacional.

**ABSTRACT**

*In this paper the author addresses the advances, doubts and challenges resulting from the review of the practice and the possible prospects of the work of the Inter-American Court of Human Rights regarding reparations,*

<sup>(\*)</sup> Director de la Sección Derechos Humanos de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y, en tal condición, integrante del Consejo Directivo de dicha Asociación. Profesor Titular de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Cuyo, San Juan. Cofundador del actual Instituto de Derecho Internacional y de la Integración en la misma Universidad. Correo electrónico: vicba2002ar@yahoo.com.ar

*conflicted and multifaceted issue that arises as a derivative or the result of international responsibility.*

#### **PALABRAS CLAVE**

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Jurisprudencia. Sistema de reparaciones. Responsabilidad internacional.

#### **KEY-WORDS**

*Inter-American Court of Human Rights. Jurisprudence. Reparations' System. International responsibility.*

### **I. INTRODUCCIÓN**

Presentada la cuestión de modo extremadamente simplificado, uno de los objetivos de la intervención de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) a través de sus sentencias en casos contenciosos, consiste en rehabilitar el derecho, la libertad o la garantía conculcados<sup>1</sup>; pero si dicho restablecimiento deviene impracticable o si además de tal restauración convergen otras implicancias materiales o inmateriales en el asunto bajo examen, el Tribunal debe establecer la *reparación* pertinente.

En tal línea de análisis, el Tribunal Interamericano tiene establecido que las reparaciones consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas; añadiendo que su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial y que aquéllas no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores<sup>2</sup>, sino que deben guardar relación con las violaciones que se declaren en cada caso en el que entienda.

<sup>1</sup> Persigue también, *inter alia* y paralelamente a remediar la vulneración individual acusada, resolver los desfases o inconvenientes estructurales o sistemáticos que viabilizaron las violaciones denunciadas e impidieron la protección cabal y tempestiva de los derechos en sede interna. En tal sentido, se ha precisado que: "El Sistema Interamericano pretende remediar la situación de las víctimas de un caso particular, así como ser una herramienta de utilidad para resolver los problemas estructurales o sistemáticos que permitieron las violaciones denunciadas e impidieron la tutela oportuna de los derechos. Por esta razón, las medidas de reparación, en el ámbito interamericano, comprenden tanto aquellas que buscan garantizar que los hechos no se repitan (*garantías de no repetición*) como aquellas que buscan indemnizar económicamente los daños materiales y morales (*medidas de compensación*)" (cfr. Editorial: "Las reparaciones en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos", *CEJIL - Gaceta, Publicación del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional*, 2004, N° 22, p. 1).

<sup>2</sup> Cfr. "Caso de los 19 Comerciantes vs. Colombia", Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y Costas, 5 de julio de 2004, Serie C, N° 109, párr. 223; "Caso Cantos vs. Argentina", Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y Costas, 28 de noviembre de 2002, Serie C, N° 97, párr. 68; y "Caso del Caracazo vs. Venezuela", Sentencia sobre Reparaciones, 29 de agosto de 2002, Serie C, N° 95, párr. 78.

Sin duda, la problemática de las reparaciones en el derecho internacional de los derechos humanos es una cuestión controvertida y multifacética.

Aunque sobreabundante, para contextualizar este relato debe recordarse que la obligación de reparar es un derivado o consecuencia de la responsabilidad internacional. En otras palabras, precisamente la existencia de responsabilidad internacional del sujeto internacional en cuestión es presupuesto de la reparación consecuente.

Es que un principio inveterado del derecho internacional determina que la violación de un compromiso supone la obligación de repararlo adecuadamente. Así lo precisaba ya el Tribunal Permanente de Justicia Internacional en “*Factory at Chorzów* (Alemania vs. Polonia)”<sup>3</sup>, fallado en 1927.

De la misma manera lo ha entendido SHELTON, para quien, la obligación del Estado de reparar las infracciones a obligaciones internacionales en que incurra, es un principio de derecho internacional público<sup>4</sup>.

Extrapolando tales consideraciones al sistema interamericano, la Corte IDH ha señalado reiteradamente que forma parte de su jurisprudencia constante la circunstancia de que constituye un principio de derecho internacional *que toda violación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente*<sup>5</sup>.

Aunque ya en el “Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras”<sup>6</sup> (reparaciones), la Corte IDH había puesto de manifiesto que “*es un principio de Derecho internacional, que la jurisprudencia ha considerado «incluso una concepción general de derecho»*”, que toda violación a una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente. La indemnización, por su parte, constituye la forma más usual de hacerlo –énfasis agregado– (*Factory at Chorzów*, Jurisdiction, Judgment N° 8, 1927, P.C.I.J., Series A, N° 9, pág. 21 y *Factory at Chorzów*, Merits, Judgment N° 13, 1928, P.C.I.J., Series A, N° 17, pág. 29; *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1949, pág. 184”).

<sup>3</sup> C.P.J.I., Serie A, N° 9, 26 de julio de 1927, p. 21.

<sup>4</sup> SHELTON, Dinah, “The ILC’s State Responsibility Articles: Righting wrongs: reparations in the articles of State responsibility”, *ASIL* 933, octubre de 2002, pp. 835 y ss. Sobre el tema en general, ver de la misma autora, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005.

<sup>5</sup> Ver, por ejemplo, “Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú”, Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y Costas, 8 de julio de 2004, Serie C, N° 110, párr. 187; “Caso de los 19 Comerciantes vs. Colombia”, cit., párr. 219; “Caso Molina Theissen vs. Guatemala”, Sentencia sobre Reparaciones y Costas, 3 de julio de 2004, Serie C, N° 108, párr. 39; “Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay”, Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 2 de septiembre de 2004, Serie C, N° 112, párr. 257.

<sup>6</sup> “Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, Sentencia de Reparaciones y Costas, 21 de julio de 1989, Serie C, N° 7, párr. 25.

Partiendo de tales bases conceptuales, el presente relato se centrará exclusivamente en el sistema interamericano, para lo cual se describirán someramente sus perfiles salientes, para luego enfocar la trayectoria que en materia de reparaciones ha seguido la Corte IDH, sus avances y retrocesos, y las incógnitas y desafíos que al respecto se ciernen sobre el Tribunal en una materia de alta sensibilidad jurídica, axiológica, política, cultural e institucional, pues –como se sabe– las reparaciones no quedan encapsuladas únicamente en el establecimiento de una determinada suma de dinero a modo de compensación pecuniaria, sino que involucra un sinnúmero de aspectos más de indudable importancia en el marco de la protección integral del ser humano.

Es que, como *mutatis mutandi* se ha precisado, planteado el *carácter integral de los derechos*, corresponde afrontar igualmente el *carácter integral de su protección*<sup>7</sup>.

## II. EL SISTEMA INTERAMERICANO Y ALGUNAS LÍNEAS DESCRIPTIVAS BÁSICAS DEL MODELO DE REPARACIONES QUE INSTAURA

En tren de comparación con otros sistemas, el esquema interamericano recepta una amplitud considerablemente mayor en punto a su radio de acción y a la gama de posibilidades de articulación de soluciones a su alcance en materia de reparaciones.

Es que, como veremos, a la Corte IDH se le acuerda *un rol principal o primario y no subsidiario* en tal campo.

La plataforma normativa básica de habilitación con que cuenta dicho Tribunal para determinar las reparaciones, fundamentalmente está dado por el art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en lo sucesivo, CADH) y el art. 32 del Reglamento de aquel órgano jurisdiccional<sup>8</sup>.

El citado precepto de la CADH, dispone: “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Cuestiones constitucionales*, N° 9, julio-diciembre de 2003, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., p. 131.

<sup>8</sup> Cfr. el texto aprobado por la Corte en su XLIX Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 25 de noviembre de 2000 y reformado parcialmente en el LXXXII Período Ordinario de Sesiones del Tribunal, celebrado del 19 al 31 de enero de 2009.

<sup>9</sup> En relación con ello, aunque específicamente en lo tocante a compensación económica, el art. 68.2 de la CADH establece: “La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado”.

García Ramírez<sup>10</sup> ha precisado que la lectura de tal inc. del art. 63 de la CADH ha llevado a establecer una doble perspectiva en la operación de sus normas. La primera parte (“Cuando ... conculcados.”) miraría hacia el futuro y garantizaría, en ese plano del tiempo, protección de la libertad o el derecho, es decir, se trataría de una disposición con objeto y efectos, al mismo tiempo, “preventivos” y “resarcitorios”. La segunda parte (“Dispondrá ... lesionada.”) miraría hacia el pasado, donde se consumó formal y materialmente la violación y se actualizó una obligación reparadora y un derecho correspondiente; en tal caso la disposición tendría objeto y efectos “resarcitorios”.

Ya en el mencionado “Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, refiriéndose a la norma en comentario, el Tribunal precisó que “ninguna parte de este artículo hace mención ni condiciona las disposiciones de la Corte a la eficacia de los instrumentos de reparación existentes en el derecho interno del Estado Parte responsable de la infracción, de manera que aquella no se establece en función de los defectos, imperfecciones o insuficiencias del derecho nacional, sino con independencia del mismo”<sup>11</sup>; lo que implica que la Corte, “para fijar la indemnización correspondiente, debe fundarse en la Convención Americana y en los principios de Derecho internacional aplicables a la materia”<sup>12</sup>.

Como en posición jurisprudencial constante lo ha determinado la Corte IDH, el art. 63.1 de la CADH “acoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados. Al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge la responsabilidad internacional de éste, con el consecuente deber de reparar y hacer cesar las consecuencias de la violación”<sup>13</sup>. La obligación de reparar se regula por el Derecho

<sup>10</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Las reparaciones en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del Siglo XXI*, Memoria del Seminario realizado los días 23 y 24 de noviembre de 1999, Tº I, 2ª ed., Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2003, pp. 130/131.

<sup>11</sup> “Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, Sentencia de Reparaciones y Costas, cit., párr. 30.

<sup>12</sup> *Ibid.*, párr. 31.

<sup>13</sup> “Caso Suárez Rosero vs. Ecuador”, Sentencia sobre Reparaciones y Costas, 20 de enero de 1999, Serie C, N° 44, párr. 40; “Caso Goiburú y otros vs. Paraguay”, Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y Costas, 22 de septiembre de 2006, Serie C, N° 153, párr. 141; “Caso Ximenes Lopes vs. Brasil”, Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y Costas, 4 de julio de 2006, Serie C, N° 149, párr. 209; “Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia”, Sentencia sobre Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 1 de julio de 2006, Serie C, N° 148, párr. 346; “Caso del Penal Castro Castro vs. Perú”, Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y Costas, 25 de noviembre de 2006, Serie C, N° 160, párr. 414; “Caso La Cantuta vs. Perú”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 29 de noviembre de 2006, Serie C, N° 162, párr. 200.

Internacional, y no puede ser modificada o incumplida por el Estado invocando para ello disposiciones de su derecho interno”<sup>14</sup>; punto este último sobre el que volveremos.

En función de lo que adelantábamos en torno a la mayor amplitud del rol acordado por la CADH a la Corte IDH en este campo, *vis-à-vis* otros sistemas protectorios, basta con repasar el art. 41 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950, que –bajo el epígrafe de “Arreglo equitativo”– establece: “Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa” –cursivas añadidas–.

Se aprecia claramente la existencia de reglas más restrictivas en el particular que ajustan la labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Tangencialmente, permítasenos señalar que el borrador inicial del art. 63.1 de la CADH en materia de reparaciones seguía el molde textual del ex art. 50, hoy art. 41, de la Convención Europea sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, aunque en respuesta al borrador, Guatemala presentó una nueva propuesta más amplia que finalmente fue adoptada.

De regreso de la digresión histórica, y como con claridad ha sostenido Cançado Trindade, debe tenerse en cuenta que la reparación no pone fin a lo ocurrido, pues el mal ya se cometió; pero mediante ella se evita que se agraven sus consecuencias por la indiferencia del medio social, por la impunidad, por el olvido. Bajo este prisma, la reparación se reviste de un doble significado: provee satisfacción a las víctimas, o sus familiares, cuyos derechos han sido violados, y restablece el orden jurídico quebrantado por dichas violaciones. El orden jurídico, así restablecido, requiere la garantía de la no repetición de los hechos lesivos<sup>15</sup>.

Vale computar que con anterioridad a la modificación del Reglamento de la Corte operada 2001, la *praxis* del Tribunal mostraba el dictado de sentencias específicamente de fondo y sentencias de reparaciones; pero desde la entrada en vigencia de tal innovación reglamentaria la tendencia es de aglutinar ambas cuestiones (fondo y reparaciones) en una única sentencia.

<sup>14</sup> Cfr., entre muchos otros, “Caso Goiburú y otros vs. Paraguay”, cit. nota anterior, ídem; “Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela”, Sentencia sobre Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 5 de julio de 2006, Serie C, N° 150, párr. 117; “Caso Ximenes Lopes vs. Brasil”, ídem nota anterior y “Caso La Cantuta vs. Perú”, ídem nota anterior.

<sup>15</sup> Cfr. voto razonado del ex juez de la Corte IDH, Antônio A. Cançado Trindade en el “Caso Bulacio vs. Argentina”, Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y Costas, 18 de septiembre de 2003, Serie C, N° 100, párr. 37.

Por su parte, es menester tener en cuenta que la Corte IDH ha sostenido reiteradamente –así en “Caso Loayza Tamayo vs. Perú” por enunciar un supuesto en tal sentido–, que “la reparación es el término genérico que comprende las diferentes formas cómo un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido (*restitutio in integrum*, indemnización, satisfacción, garantías de no repetición, entre otras)”<sup>16</sup>.

En dirección convergente, en el “Caso Garrido y Baigorria” ha advertido que “los modos específicos de reparar varían según la lesión producida: podrá consistir en la *restitutio in integrum* de los derechos afectados, en un tratamiento médico para recuperar la salud física de la persona lesionada, en la obligación del Estado de anular ciertas medidas administrativas, en la devolución de la honra o la dignidad que fueron ilegítimamente quitadas, en el pago de una indemnización, etc.”.

En un compendio genérico de la cuestión, siguiendo a FAÚNDEZ LEDESMA, las reparaciones incluyen los siguientes elementos<sup>17</sup>:

- a) De ser posible, la restitución de la situación jurídica infringida, garantizando a la persona afectada el goce de sus derechos o libertades conculcadas;
- b) la indemnización pecuniaria que sea procedente;
- c) las medidas reparadoras de carácter no pecuniario;
- d) la investigación de los hechos y la correspondiente sanción de los responsables;
- e) las garantías de no repetición de los hechos que dieron origen a la demanda; y
- f) la adecuación de la normativa interna del Estado a lo dispuesto por la CADH.

A modo de dato colateral, pero de importancia en aras de poner en evidencia el protagonismo de la víctima en el proceso contencioso, no es un dato menor que en el “Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, la Corte IDH mudara su jurisprudencia y decidiera que el *reembolso de los gastos debe pagarse directamente a la víctima y no a sus representantes legales*. En ese sentido, dispuso que “el Estado debe pagar al señor Mauricio Herrera Ulloa, por concepto de gastos para solventar su defensa legal ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la cantidad de US\$ ...”<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> “Caso Loayza Tamayo vs. Perú”, Sentencia sobre Reparaciones y Costas, 27 de noviembre de 1998, Serie C, N° 42, párr. 85.

<sup>17</sup> FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, 3ª ed. revis. y puesta al día, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2004, p. 811.

<sup>18</sup> “Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 2 de julio de 2004, Serie C, N° 107, párr. 202.

Por lo demás, es fundamental el involucramiento cabal de la Corte en la supervisión del cumplimiento de sus sentencias. Y, como se ha resuelto, ello opera aunque el Estado y los representantes de la víctima y sus familiares presenten un acuerdo relativo a las modalidades y plazos de cumplimiento de las reparaciones, pues “corresponde a la Corte evaluar si dicho acuerdo es compatible con las disposiciones pertinentes de la Convención Americana, así como verificar si se garantiza el pago de una justa indemnización a los familiares de la víctima y se reparan las diversas consecuencias de las violaciones de los derechos humanos cometidas...”<sup>19</sup>.

Es que, como García Ramírez ha puesto de manifiesto, el principio *pro homine*, que gobierna la interpretación de las normas sobre derechos humanos y conduce las decisiones de la jurisdicción, gravita también en las reparaciones y en los correspondientes acuerdos entre las partes<sup>20</sup>. En tal sentido, la Corte IDH ha considerado esta materia con una fórmula que entraña esa gravitación y fija el criterio aplicable al asunto<sup>21</sup>, tomando en cuenta “la disposición del Gobierno y los *intereses superiores de las víctimas*”<sup>22</sup> –remarcado agregado–.

### III. DE CIERTOS ASPECTOS PARTICULARES, AVANCES, DUDAS Y DESAFÍOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE REPARACIONES

#### 1. *Indemnización compensatoria*

Como la propia Corte ha reconocido, la importancia de la indemnización compensatoria en el régimen de reparaciones desarrollado por el Tribunal es innegable<sup>23</sup>.

En esa línea, por ejemplo, en el “Caso Ivcher Bronstein vs. Perú”, sostuvo que “la reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior, y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo, así como el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados”<sup>24</sup>.

<sup>19</sup> “Caso Huilca Tecse vs. Perú”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 3 de marzo de 2005, Serie C, N° 21, párr. 90; en similar sentido, “Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 11 de mayo de 2007, Serie C, N° 163, párr. 227.

<sup>20</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *op. cit.* (“Las reparaciones en el sistema...”), p. 135.

<sup>21</sup> Ídem.

<sup>22</sup> Cfr. “Caso El Amparo vs. Venezuela”, Sentencia sobre Fondo, 18 de enero de 1995, Serie C, N° 19, párr. 21.

<sup>23</sup> Ver el Informe “La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Las reparaciones pecuniarias y su estado de cumplimiento”, versión preliminar editada no publicada, Secretaría de la Corte, San José de Costa Rica, marzo de 2008, p. 10.

<sup>24</sup> “Caso Ivcher Bronstein vs. Perú”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 6 de febrero de 2001, Serie C, N° 74, párr. 178. En igual sentido, por ejemplo,

Tal medida compensatoria constituye la más frecuente de las reparaciones de la Corte IDH, la cual presenta, a su vez, los más altos índices de pronto cumplimiento<sup>25</sup>. La Corte ha señalado que su práctica en la materia no es diferente de la del derecho interno o del régimen de reparaciones del derecho internacional general, en los que la reparación del daño en términos económicos constituye ciertamente una medida de reparación usual, que, en el caso del derecho internacional de los derechos humanos, encuentra fundamento en diversos instrumentos internacionales de carácter universal y regional<sup>26</sup>.

Algunos elementos que pueden haber favorecido el incremento del cumplimiento de las obligaciones pecuniarias a partir de 2003, en la percepción del Tribunal, están relacionados con los cambios de circunstancias políticas en los Estados de la región, así como con el fortalecimiento y la ampliación del rol de los órganos del sistema interamericano en el continente<sup>27</sup>.

Entre otras circunstancias que han propiciado ese mejoramiento de la tendencia de cumplimiento de las reparaciones pecuniarias –siempre desde la óptica del Tribunal– pueden mencionarse: a) Mayor conciencia sobre el sistema interamericano, caracterizada por el diálogo jurisprudencial iniciado entre la Corte y los tribunales internos en varios países, en especial aquellos de más alta jerarquía; y b) el fortalecimiento de la acción jurisdiccional de la Corte, lo que se vincula con: i) el establecimiento de nuevas prácticas para dar un mayor y más efectivo seguimiento de sus sentencias, entre las que destacan la emisión regular de resoluciones y, más recientemente, la celebración de audiencias privadas de supervisión del cumplimiento; y ii) el desarrollo de actividades dirigidas a ampliar la divulgación del trabajo de la Corte y a favorecer una mayor comprensión de su rol, como la celebración de sesiones extraordinarias en países de la región, entre otros<sup>28</sup>.

Por lo demás, y tal como tiene reiteradamente resuelto el Tribunal, las reparaciones no buscan ni el enriquecimiento ni el empobrecimiento de las víctimas o de sus herederos<sup>29</sup>, reiterando que la reparación se enfoca en hacer desaparecer los efectos de las violaciones, no en la imposición de penas.

En otras palabras, tal modalidad reparatoria es *compensatoria y no punitiva*.

---

“Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú”, Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de enero de 2001, Serie C, N° 71, párr. 119; “Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 2 de febrero de 2001, Serie C, N° 72, párr. 202.

<sup>25</sup> De acuerdo con el Informe cit. en nota 23, p. 10.

<sup>26</sup> Ídem.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 43.

<sup>28</sup> *Ibid.*, pp. 43/44.

<sup>29</sup> “Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina”, Sentencia sobre Reparaciones y Costas, 27 de agosto de 1998, Serie C, N° 39, párr. 43.

Así, ya en el “Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras” (sentencia de fondo), decidió que el Estado estaba obligado a pagar una *justa indemnización compensatoria a los familiares de la víctima*<sup>30</sup>. Y en línea con ello, en la sentencia de reparaciones (que se desencadenó ante la falta de acuerdo entre la Comisión Interamericana y el Estado respecto de la forma y la cuantía de dicha indemnización), consideró que la *justa indemnización*, que la sentencia sobre el fondo de 29 de julio de 1988 calificó como “compensatoria”, *comprende la reparación a los familiares de la víctima de los daños y perjuicios materiales y morales que sufrieron con motivo de la desaparición forzada de Manfredo Velásquez*<sup>31</sup>.

Sin embargo, por razones de precisión terminológica, es útil la aclaración que formula García Ramírez<sup>32</sup> cuando señala que si bien en un primer momento (“Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras”<sup>33</sup> y “Caso Godínez Cruz vs. Honduras”<sup>34</sup>) identificó sus sentencias sobre resarcimiento con el título de “*Indemnización compensatoria*”, posteriormente optó por referirse a “*Reparaciones*” y sostener que la reparación es un “término genérico que comprende la diferentes formas cómo un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido” (“Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina”<sup>35</sup>).

La Corte IDH ha explicitado que la indemnización por daño material comprende, entre otros rubros, cuando procede, el *daño al patrimonio familiar*<sup>36</sup>, que consiste en el perjuicio o trastorno económico ocasionado al grupo familiar como consecuencia de lo sucedido a la víctima y por motivos imputables al Estado<sup>37</sup>; advirtiendo que la indemnización por tal ítem ha sido fijada equitativamente<sup>38</sup>.

## **2. Daño inmaterial. En torno a la indeterminación del alcance de la “equidad”**

a) Es interesante resaltar que, desde el “Caso Cantoral Benavides”, la Corte ha sustituido la expresión “daño moral” por la más amplia de “daño inmaterial”.

<sup>30</sup> “Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, Sentencia de Fondo, 29 de julio de 1988, Serie C, N° 4, pto. resolutive 5.

<sup>31</sup> “Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, Sentencia de Reparaciones y Costas, cit., párr. 39.

<sup>32</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *op. cit.* (“Las reparaciones en el sistema ...”), p. 131.

<sup>33</sup> “Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, Sentencia de Reparaciones y Costas, cit., por ejemplo, párrs. 24, 38, 39.

<sup>34</sup> “Caso Godínez Cruz vs. Honduras”, Sentencia de Reparaciones y Costas, 21 de julio de 1989, Serie C, N° 8, por ejemplo, párrs. 20, 36, 37.

<sup>35</sup> “Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina”, cit., párr. 41.

<sup>36</sup> Ver Informe cit. en nota 23, p. 14.

<sup>37</sup> “Caso de la «Panel Blanca» (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala”, Sentencia sobre Reparaciones y Costas, 25 de mayo de 2001, Serie C, N° 76, párr. 119.

<sup>38</sup> “Caso Castillo Páez vs. Perú”, Sentencia sobre Reparaciones y Costas, 27 de noviembre de 1998, Serie C, N° 43, párr. 76.

Tal modificación, como advierte Faúndez Ledesma no es sólo semántica, sino que tiene un carácter eminentemente cualitativo y apunta a abandonar una noción propia del derecho civil para sustituirla por otra que refleje de modo más apropiado el carácter de las reparaciones en el derecho de los derechos humanos, “tomando al individuo como un todo, y apreciando el impacto que han tenido sobre éste las violaciones de sus derechos humanos”<sup>39</sup>.

En este sentido, y como la Corte sostuviera por ejemplo en el “Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia”<sup>40</sup>, el “Caso del Caracazo vs. Venezuela”<sup>41</sup>, el “Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras”<sup>42</sup> y el “Caso Bulacio vs. Argentina”<sup>43</sup>, “el daño inmaterial puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, *así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia*”<sup>44</sup> –cursiva del original–.

Por lo demás, si bien una forma adecuada y frecuente de reparar esta tipología de daños es la compensación pecuniaria, como anticipábamos, existen diversas formas de repararlo distintas de ella.

Así, con diferentes fórmulas léxicas aunque con un sesgo común, en algunos supuestos la Corte ha considerado que la sentencia *per se* constituye una reparación suficiente del daño<sup>45</sup> o que la obtención de una sentencia por parte de las víctimas, como culminación de un proceso que ampare sus pretensiones, es por sí misma una forma de satisfacción<sup>46</sup>.

En tal línea, en el “Caso Tribunal Constitucional vs. Perú”, valoró que las víctimas fueron restituidas en sus funciones por el propio órgano que

<sup>39</sup> FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *op. cit.*, pp. 834/835.

<sup>40</sup> “Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia”, Sentencia sobre Reparaciones y Costas, 27 de febrero de 2002, párr. 77.

<sup>41</sup> “Caso del Caracazo vs. Venezuela”, *cit.*, párr. 94.

<sup>42</sup> “Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras”, Sentencia sobre Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 7 de junio de 2003, Serie C, N° 99, párr. 168.

<sup>43</sup> “Caso Bulacio vs. Argentina”, *cit.*, párr. 90.

<sup>44</sup> FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *op. cit.*, p. 835.

<sup>45</sup> Por ejemplo, por citar los más recientes, “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, N° 154, párr. 161; y “Caso Boyce y otros vs. Barbados”, Sentencia sobre Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 20 de noviembre de 2007, Serie C, N° 169, párr. 126.

<sup>46</sup> “Caso Blake vs. Guatemala”, Sentencia sobre Reparaciones y Costas, 22 de enero de 1999, Serie C, N° 48, párr. 55; “Caso Suárez Rosero”, *cit.*, párr. 72; “Caso Castillo Páez vs. Perú”, *cit.*, párr. 84; “Caso Neira Alegria y Otros”, Sentencia sobre Reparaciones, 19 de septiembre de 1996, Serie C, N° 29, párr. 56; y “Caso El Amparo vs. Venezuela”, Sentencia sobre Reparaciones y Costas, 14 de septiembre de 1996, Serie C, N° 28, párr. 62.

las había removido de sus cargos y que la resolución mediante la cual se les restituyó fue publicada en el Diario Oficial “El Peruano”, hechos que la Corte IDH entendió constituían *per se* una reparación moral y que igual reparación moral entrañaba su sentencia<sup>47</sup>.

Asimismo, en el “Caso La Última Tentación de Cristo vs. Chile”, en vez de una indemnización, se fijaron –a los fines de la reparación del daño inmaterial– medidas de satisfacción y garantías de no repetición que no tienen alcance pecuniario sino una repercusión pública. Decidió, en esa sintonía, que el Estado debía modificar su ordenamiento jurídico con el fin de suprimir la censura previa, para permitir la exhibición cinematográfica y la publicidad de la película “La Última Tentación de Cristo”, ya que estaba obligado a respetar el derecho a la libertad de expresión y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción<sup>48</sup>.

En la misma dirección, en los casos en que concluyó que había mediado violación del art. 4 de la CADH por la aplicación de la pena de muerte, entendió que “las medidas adecuadas para reparar las violaciones declaradas deben ser aquellas medidas que proporcionen una satisfacción a la parte lesionada y que garanticen que no se repetirán dichas violaciones<sup>49</sup>”.

Según explica el Tribunal en el Informe citado en la nota 23 de pie de página del presente relato<sup>50</sup>, “al respecto, la Corte ha estimado que existen otros actos u obras de alcance o repercusión públicos, tales como la adecuación de la legislación interna a la Convención Americana, la revocación de la sentencia a pena de muerte, la adecuación de las condiciones carcelarias a los estándares internacionales y la propia difusión de la sentencia, que «significan una debida reparación en los términos del artículo 63.1 de la Convención»<sup>51</sup>, por lo que no se ha ordenado una indemnización en favor de las víctimas”.

b) Un brevísimo apartado, creemos, merecen dos recientes casos contra Venezuela. Nos referimos a “Perozo y otros”<sup>52</sup> y “Ríos y otros”<sup>53</sup>, ambos de 28 de enero de 2009. En ellos, sin dar fundamento suficiente, directamente decidió no aplicar reparación pecuniaria concreta por el daño inma-

<sup>47</sup> “Caso Tribunal Constitucional vs. Perú”, cit., párr. 122.

<sup>48</sup> “Caso La Última Tentación de Cristo vs. Chile (Olmedo Bustos y otros)”, Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y Costas, 5 de febrero de 2001, Serie C, N° 73, párr. 97.

<sup>49</sup> “Caso Boyce y otros vs. Barbados”, cit., párr. 125.

<sup>50</sup> P. 14.

<sup>51</sup> “Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala”, Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y Costas, 15 de septiembre de 2005, Serie C, N° 133, párr. 131.

<sup>52</sup> “Caso Perozo y otros vs. Venezuela”, Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 28 de enero de 2009, Serie C, N° 195.

<sup>53</sup> “Caso Ríos y otros vs. Venezuela”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 28 de enero de 2009, Serie C, N° 194.

terial, mientras que sí determinó tal modalidad reparatoria en un caso posterior contra dicho Estado: “Reverón Trujillo”<sup>54</sup>.

En algunos círculos académicos y de litigantes ante el sistema interamericano aquella falta de argumentación justificatoria de la no aplicación de medidas de reparación pecuniaria ha provocado algunas críticas.

c) Para finalizar este subapartado, vale recordar que la Corte ha manifestado que, al no ser posible asignar al daño inmaterial un preciso equivalente monetario, es necesario determinar una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, como reparación por daño inmaterial en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de *equidad*<sup>55</sup>.

Con todo, y en tren de plantear dudas o incógnitas en torno a la praxis de la Corte, pareciera que ésta debería afinar su criterio en punto al contenido y el alcance de la *equidad*, a los fines de la seguridad jurídica, para salvar cierta indeterminación argumental al respecto y en pro del cumplimiento del desiderátum de una reparación efectiva y de una debida fundamentación de sus pronunciamientos.

### 3. Reparaciones no pecuniarias

De la observación de la jurisprudencia de la Corte IDH en la materia, puede sintéticamente afirmarse que, fundamentalmente hasta 2007, la misma ha sido dinámica y multifacética, por ejemplo, a través de las siguientes medidas satisfactivas que generan (o al menos buscan) impacto social y repercusión pública en el Estado condenado:

- *las que ordenan modificaciones en el derecho interno, v.gr.*, en el citado “Caso La Última Tentación de Cristo vs. Chile”<sup>56</sup> y en el “Caso Palamara Iribarne vs. Chile”<sup>57</sup>;

<sup>54</sup> “Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela”, Sentencia sobre Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 30 de junio de 2009, Serie C, N° 197.

<sup>55</sup> “Caso del Caracazo vs. Venezuela”, cit., párr. 94; “Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala”, Sentencia sobre Reparaciones y Costas, 22 de febrero de 2002, Serie C, N° 91, párr. 56; “Caso de los «Niños de la Calle» (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala”, Sentencia sobre Reparaciones y Costas, 26 de mayo de 2001, Serie C, N° 77, párr. 84.

<sup>56</sup> “Caso La Última Tentación de Cristo vs. Chile (Olmedo Bustos y otros)”, cit. Decidió aquí que el Estado debía modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo” (pto. resolutive 4).

<sup>57</sup> “Caso Palamara Iribarne vs. Chile”, Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y Costas, 22 de noviembre de 2005, Serie C, N° 135. Determinó que el Estado debía adoptar todas las medidas necesarias para derogar y modificar, dentro de un plazo razonable, cualesquiera normas internas que sean incompatibles con los estándares internacionales en materia de libertad de pensamiento y de expresión (pto. resolutive 13).

• *las que prescriben la adopción de medidas de derecho interno*, por ejemplo, en el “Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala”<sup>58</sup>, donde dispuso que Guatemala debía implementar en su derecho interno, de acuerdo con el art. 2 de la CADH, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias con el objeto de adecuar la normativa guatemalteca al art. 19, *ibid.*, para prevenir que se den en el futuro hechos como los examinados; o en el “Caso Kimel vs. Argentina”, al decidir que el Estado debe adecuar en un plazo razonable su derecho interno a la CADH, de tal forma que las imprecisiones reconocidas por aquél (que asumió la falta de precisiones suficientes en el marco de la normativa penal que sanciona las calumnias y las injurias que impidan que se afecte la libertad de expresión, lo que importa el incumplimiento de la obligación de adoptar medidas contempladas en el art. 2 de la CADH) se corrijan para satisfacer los requerimientos de seguridad jurídica y, consecuentemente, no afecten el ejercicio del derecho a la libertad de expresión<sup>59</sup>.

• *las que disponen disculpas públicas*, pese a alguna reticencia inicial, por ejemplo, en el “Caso Suárez Rosero”<sup>60</sup>; luego ha sido permeable a tal modalidad reparatoria en varios supuestos, de los que ejemplificativamente pueden citarse: el “Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana”<sup>61</sup>, donde la considera además como medida de satisfacción y garantía de no repetición; o el “Caso Goiburú vs. Paraguay”<sup>62</sup>;

<sup>58</sup> “Caso de los «Niños de la Calle» (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala”, cit., párr. 98.

<sup>59</sup> “Caso Kimel vs. Argentina”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 2 de mayo de 2008, Serie C, N° 177, párrs. 18, 127 y 128.

<sup>60</sup> “Caso Suárez Rosero vs. Ecuador”, cit., párr. 72. Al respecto, la Corte dijo: “Con respecto a la solicitud de que el Estado presente una disculpa, la Corte considera que *la sentencia sobre el fondo del presente caso constituye, en sí misma, una forma de reparación y satisfacción moral de significación e importancia para el señor Suárez Rosero y sus familiares*” –remarcado agregado–.

<sup>61</sup> “Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana”, Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 8 de septiembre de 2005, Serie C, N° 130, párr. 235. Allí precisó: “En lo que se refiere al acto de disculpas públicas solicitado por los representantes de las víctimas y la Comisión, y como consecuencia de las violaciones establecidas en esta Sentencia, la Corte considera que *el Estado debe hacer un acto público de reconocimiento de su responsabilidad internacional por los hechos a que se refiere el presente fallo y de petición de disculpas a las niñas Dilia Yean y Violeta Bosico, y a las señoras Leonidas Oliven Yean, Tiramen Bosico Cofi y Teresa Tucent Mena, en el plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, con la participación de las autoridades, las víctimas y sus familiares, así como los representantes, y con difusión en los medios de comunicación (radio, prensa y televisión). El referido acto tendrá efectos de satisfacción y servirá como garantía de no repetición*” –resaltado añadido–.

<sup>62</sup> “Caso Goiburú y otros vs. Paraguay”, cit., párr. 173. En la ocasión, dijo: “Para que el allanamiento efectuado por el Paraguay y lo establecido por este Tribunal rindan plenos efectos de reparación a la preservación de la memoria de los señores Agustín Goiburú Giménez, Carlos José Mancuello Bareiro y Rodolfo y Benja-

• *las que determinan la publicación de sus decisiones*, sin perjuicio de alguna negativa anterior al “Caso Cantoral Benavides vs. Perú”<sup>63</sup>, con posterioridad a éste el Tribunal ha empleado tal temperamento reiteradamente como medida de satisfacción, *v.gr.* en el “Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras”<sup>64</sup>, el “Caso Las Palmeras vs. Colombia”<sup>65</sup>, el “Caso del Caracazo vs. Venezuela”<sup>66</sup>, el “Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia”<sup>67</sup> y el “Caso Vargas Areco vs. Paraguay”<sup>68</sup>;

mín Ramírez Villalba y en desagravio de sus familiares, así como para que sirvan de garantía de no repetición, la Corte estima que *el Estado debe realizar un acto público de reconocimiento de su responsabilidad por la desaparición forzada de los señores Agustín Goiburú Giménez, Carlos José Mancuello Bareiro, y Rodolfo y Benjamín Ramírez Villalba y pedir una disculpa pública a sus familiares. Este acto deberá realizarse en presencia de los familiares de las mencionadas personas y también deberán participar altas autoridades del Estado...* –énfasis agregado–.

<sup>63</sup> “Caso Cantoral Benavides vs. Perú”, Sentencia sobre Reparaciones y Costas, 3 de diciembre de 2001, Serie C, N° 88, párr. 79. El criterio aperturista del Tribunal se manifiesta de la siguiente manera: “En cuanto a las medidas de satisfacción y no repetición solicitadas por los representantes de la víctima y la Comisión, la Corte estima que la sentencia *per se* constituye una forma de reparación. Sin perjuicio de esto, la Corte considera, como medida de satisfacción, que el Estado peruano debe publicar en el Diario Oficial y en otro diario de circulación nacional, por una única vez, la parte resolutive de la sentencia sobre el fondo dictada el 18 de agosto de 2000” –remarcado añadido–.

<sup>64</sup> “Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras”, cit., párr. 188. Aquí, decretó que, “como medida de satisfacción, el Estado debe publicar en el Diario Oficial y en otro diario de circulación nacional, por una sola vez, la parte resolutive de esta Sentencia y el capítulo relativo a los hechos probados de la misma sin las notas al pie correspondientes” –subrayado agregado–.

<sup>65</sup> “Caso Las Palmeras vs. Colombia”, Sentencia sobre Reparaciones, 26 de noviembre de 2002, Serie C, N° 96, párr. 75. Dispuso que, como medida de satisfacción, “el Estado debe publicar en el Diario Oficial y en un boletín de prensa de la Policía Nacional y de las Fuerzas Armadas de Colombia, por una sola vez, la sentencia de fondo dictada por la Corte el 6 de diciembre de 2001 y de la presente sentencia el capítulo VI denominado Hechos y los puntos resolutivos 1 a 4” –remarcado agregado–.

<sup>66</sup> “Caso del Caracazo vs. Venezuela”, cit., párr. 128. Expuso que, si bien el reconocimiento de responsabilidad efectuado por el Estado constituía un aporte positivo al desarrollo del proceso y a la vigencia de los principios que inspiran la CADH, “para que dicho reconocimiento rinda plenos efectos de reparación a las víctimas y sirva de garantía de no repetición de hechos como los que constituyen la materia de este caso, el Estado debe publicar dentro de un plazo razonable, en el Diario Oficial y en un diario de amplia circulación nacional, al menos por una vez, el capítulo I denominado Introducción de la Causa, párrafo 1 literales a), b), c), d), e), f) y (a) y los puntos resolutivos contenidos en el capítulo VII de la sentencia de fondo; y los párrafos 66 a 66.16 de la presente Sentencia” –énfasis propio–.

<sup>67</sup> “Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia”, cit., párr. 119. La Corte estableció, “como medida de satisfacción, que el Estado de Bolivia deberá publicar en el Diario Oficial la sentencia sobre el fondo dictada el 26 de enero de 2000” –cursiva añadida–.

<sup>68</sup> “Caso Vargas Areco vs. Paraguay”, Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, N° 155, párr. 162. Señaló allí que, como

• *las que imponen programas de formación en derechos humanos*, por ejemplo en el citado “Caso Vargas Areco vs. Paraguay”, dispuso que el Estado debía “diseñar e implementar programas de formación y cursos regulares sobre derechos humanos para todos los miembros de las Fuerzas Armadas paraguayas”<sup>69</sup>;

• *las que establecen programas de capacitación*, v.gr., en el “Caso Ximenes Lopes vs. Brasil”, donde al quedar probado que al momento de los hechos no existía una adecuada atención para el tratamiento e internación de personas con discapacidad mental, como en el supuesto de la Casa de Reposo Guararapes, institución que brindaba ese servicio dentro del Sistema Único de Salud, y más allá de que el Estado adoptara diversas medidas destinadas a mejorar esa atención, la Corte consideró que el Estado debía continuar desarrollando un programa de formación y capacitación para el personal médico, psiquiátrico, psicológico, de enfermería, auxiliares de enfermería y para todas aquellas personas vinculadas con la atención de Salud Mental, en particular, sobre los principios que deben regir el trato a ser ofrecido a las personas que padecen de discapacidad mental, conforme a los estándares internacionales en la materia y los establecidos en la sentencia<sup>70</sup>;

• *la que ordenó traducir la CADH al idioma maya achí*. Nos referimos a la sentencia de fondo dictada por la Corte el 29 de abril de 2004, y la sentencia de reparaciones y costas en el “Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala”, ordenando al Estado que disponga de los recursos necesarios para facilitar la divulgación de dichos textos en el Municipio de Rabinal y hacer entrega de los mismos a las víctimas del caso<sup>71</sup>; y

• *otras medidas*, tales como: *imponer con el nombre de la víctima a una beca y a una calle o plaza* (“Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala”<sup>72</sup>), como garantías de no repetición de los hechos y como parte del reconocimiento público de la víctima; *construir un monumento en memoria de las víctimas* (“Caso de los 19 Comerciantes vs. Colombia”<sup>73</sup>), colocando una placa con los nombres de los 19 comerciantes y la mención expresa de que su existencia obedece al cumplimiento de la reparación ordenada por la Corte

---

medida de satisfacción, el Estado debía “publicar, una vez, en el Diario Oficial y en otro diario de circulación nacional, la Sección de esta Sentencia denominada Hechos Probados, sin las notas al pie de página correspondientes” –el énfasis no es del original–.

<sup>69</sup> *Ibid.*, nota anterior, párr. 161.

<sup>70</sup> “Caso Ximenes Lopes vs. Brasil”, cit., párr. 250.

<sup>71</sup> “Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala”, Sentencia sobre Reparaciones y Costas, 19 de noviembre 2004, Serie C, N° 116, párrs. 102 y 117.

<sup>72</sup> “Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala”, Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y Costas, 25 de noviembre de 2003, Serie C, N° 101, párrs. 285 y 286.

<sup>73</sup> “Caso de los 19 Comerciantes vs. Colombia”, cit., párr. 273.

IDH<sup>74</sup>; o sin perjuicio de que un monumento (denominado el ‘Ojo que Lloró’) ya se había erigido (a instancias de la sociedad civil y con la colaboración de autoridades estatales) en un lugar público de Lima, en favor de todas las víctimas del conflicto, la Corte –sin dejar de valorar que ello constituye un importante reconocimiento público a las víctimas de la violencia en el Perú–, consideró que, dentro del plazo de un año desde la sentencia, el Estado debía asegurarse que *todas las personas declaradas como víctimas fallecidas se encontrasen representadas en dicho monumento*, para lo cual debería coordinar con los familiares de las víctimas fallecidas la realización de un acto, en el que pudiesen incorporar una inscripción con el nombre de la víctima según la forma que corresponda de acuerdo con las características del monumento (“Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú”<sup>75</sup>).

Luego de la reseña precedente, que exhibe el activismo creativo del Tribunal abriendo un interesante catálogo de opciones reparatorias no pecuniarias aunque de importante impacto social y repercusión pública, pareciera que desde 2007 –con su nueva composición– el Tribunal se ha tornado un poco más cauteloso en la materia e imbuido de una percepción más restrictiva.

Es probable que para modelar dicho temperamento más *conservador* en la materia, si se nos permite el término, haya coadyuvado la adversa reacción que provocó en el pueblo peruano la medida reparatoria ordenada en el “Caso del Penal Miguel Castro Castro”, pues como se ha dicho, “desde la perspectiva de los críticos, la medida señalada por la Corte Interamericana resultaría en la inscripción del nombre de los victimarios junto al nombre de las víctimas del terrorismo, situación considerada inadmisibles por la mayor parte de la sociedad”<sup>76</sup>, además de que no faltaron comentarios que corroboraban la decisión política del gobierno peruano de denunciar la CADH por lo que consideraba una medida intolerable.

Lo cierto es que desde aquella fecha (2007), *self-restraint* mediante y fundamentalmente en materia de reparaciones no pecuniarias acordadas como garantías de no repetición o medidas satisfactivas a favor de las víctimas o sus familiares, se patentiza una retracción de aquéllas, por ejemplo, al hilo del argumento consistente en afirmar que tales medidas en los

<sup>74</sup> Entendió la Corte que tal medida también contribuiría a despertar la conciencia para evitar la repetición de hechos lesivos como los ocurridos en el caso y conservar viva la memoria de las víctimas. Análogamente se había pronunciado en el “Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala”, cit., párr. 286; el “Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia”, cit., párr. 122; y el “Caso de los «Niños de la Calle» (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala”, cit., párr. 103.

<sup>75</sup> “Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú”, cit., párrs. 453 y 454.

<sup>76</sup> Cfr. LÓPEZ ZAMORA, Luis A., “Algunas reflexiones en torno a la reparación por satisfacción ante violaciones de normas de protección de derechos humanos y su relación con la teoría general de la responsabilidad internacional del Estado”, *American University, International Law Review*, N° 23, 2007-2008, p. 170.

casos en que se presentaron no guardaban relación de conexidad con los hechos bajo análisis en ellos<sup>77</sup>.

La invocación del Tribunal, que parece moldear un estándar más exigente en el tema, no deja de ser difusa y demasiado genérica, lo que pone en un cono de sombras el margen de viabilidad que a semejantes medidas acordará en prospectiva.

#### **4. Incógnita sobre el alcance y la utilidad actuales del concepto de “proyecto de vida”**

Como es de sobra conocido, en la sentencia sobre reparaciones recaída en el “Caso Loayza Tamayo vs. Perú”<sup>78</sup>, y ante la petición de la víctima en punto a que se pronunciase sobre la indemnización que pudiera corresponderle bajo el concepto de daños al “proyecto de vida”, el Tribunal incorporó tal expresión aunque la ha usado con distinto alcance semántico y jurídico.

En el caso relatado, describió inicialmente algunas de sus características, manifestando que:

- se trata de una noción distinta del “daño emergente” y el “lucro cesante”, que atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas<sup>79</sup>;
- se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone; opciones que, en rigor, son la expresión y garantía de la libertad y que poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de la Corte<sup>80</sup>;
- es razonable afirmar que los hechos violatorios de derechos impiden u obstruyen seriamente la obtención del resultado previsto y esperado, y por ende alteran en forma sustancial el desarrollo del individuo. En otros términos, el “daño al proyecto de vida”, entendido como una expectativa razonable y accesible en el caso concreto, implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, en forma irreparable o muy difícilmente reparable<sup>81</sup>; y

<sup>77</sup> Por ejemplo en el “Caso Escué Zapata vs. Colombia”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 4 de julio de 2007, Serie C, N° 165, párr. 185.

<sup>78</sup> “Caso Loayza Tamayo vs. Perú”, cit., párrs. 144/154.

<sup>79</sup> *Ibid.*, párr. 147.

<sup>80</sup> *Ibid.*, párr. 148.

<sup>81</sup> *Ibid.*, párr. 150.

• es perfectamente admisible la pretensión de que se repare, en la medida posible y con los medios adecuados para ello, la pérdida de opciones por parte de la víctima, causada por el hecho ilícito. De esta manera la reparación se acerca más aún a la situación deseable, que satisface las exigencias de la justicia: plena atención a los perjuicios causados ilícitamente, o bien, puesto en otros términos, se aproxima al ideal de la *restitutio in integrum*<sup>82</sup>.

Aunque posteriormente, en el “Caso Tibi vs. Ecuador”, la Corte indicó: “Es razonable considerar que las violaciones cometidas en contra del señor Daniel Tibi alteraron de forma manifiesta su proyecto de vida. *Las expectativas de desarrollo personal, profesional y familiar, posibles en condiciones normales, fueron interrumpidas de manera abrupta*”<sup>83</sup> –remarcado agregado–. Acertadamente, de ello extrae Nash Rojas que “parece que el proyecto de vida es considerado como un elemento a tener presente al momento de evaluar el monto de la indemnización por daño moral”<sup>84</sup>.

Ya en un fallo ulterior, “Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia”<sup>85</sup>, aunque decidió no cuantificar el “proyecto de vida”<sup>86</sup>, se refirió a éste relacionándolo con “la realización de sus expectativas de desarrollo personal y vocacional, factibles en condiciones normales”<sup>87</sup> y lo conectó con medidas de reparación inmaterial, tales como tratamiento médico y psicológico<sup>88</sup>, como ya lo había efectuado en otros casos<sup>89</sup>.

Esta secuencia jurisprudencial meramente referencial sirve para ilustrar la pregunta que se formula Nash Rojas en punto a cuál es la utilidad de la figura, respondiéndose que “si no tiene una distinta a la que otorga el daño inmaterial y las medidas para enfrentarlo, no se aprecia el aporte de esta figura, sino a la hora de cuantificar el daño moral, en particular si éste está restringido al dolor y sufrimiento. La última tendencia planteada por la Corte nos parece que *puede ser un avance en el sentido de servir como*

<sup>82</sup> *Ibid.*, párr. 151.

<sup>83</sup> “Caso Tibi vs. Ecuador”, Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 7 de septiembre de 2004, Serie C, N° 114, párr. 245.

<sup>84</sup> NASH ROJAS, Claudio, *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)*, 2ª ed. correg. y actualiz., Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, Santiago, 2009, p. 58.

<sup>85</sup> “Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 12 de septiembre de 2005, Serie C, N° 132.

<sup>86</sup> Como ya lo había hecho en el “Caso Cantoral Benavides vs. Perú”, cit., párr. 80, y el “Caso Loayza Tamayo vs. Perú”, cit., párr. 153.

<sup>87</sup> “Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia”, cit., párr. 88.

<sup>88</sup> *Ibid.*, párr. 103.

<sup>89</sup> Cfr. “Caso Huilca Tecse”, cit., párr. 117; “Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 1 de marzo de 2005, Serie C, N° 120, párrs. 197 y 198; y “Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 25 de noviembre de 2004, Serie C, N° 119, párr. 238.

*base para disponer medidas de satisfacción, en el entendido de que siempre será provechoso para la legitimidad de las medidas de reparación que éstas tengan un vínculo con la violación*"<sup>90</sup> –remarcado agregado–.

### **5. Imposibilidad de alegar razones de derecho interno que impidan la investigación de los hechos que generaron las violaciones**

Es jurisprudencia constante del Tribunal que está vedado al Estado *ampararse en razones de derecho interno para justificar el impedimento de investigación de los hechos que generaron las violaciones y la sanción de los responsables de ellas*.

Así, sólo por citar algún ejemplo, en el "Caso 19 Comerciantes vs. Colombia" dijo: "... Colombia debe investigar efectivamente los hechos del presente caso, con el fin de identificar, juzgar y sancionar a todos los autores materiales e intelectuales de las violaciones cometidas en perjuicio de los 19 comerciantes, para los efectos penales y cualesquiera otros que pudieran resultar de la investigación de los hechos. Es preciso que tribunales penales ordinarios competentes investiguen y sancionen a los miembros de la fuerza pública que participaron en los hechos. Además, *el Estado deberá abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía, la prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad, así como medidas que pretendan impedir la persecución penal o suprimir los efectos de la sentencia condenatoria*. El proceso deberá versar sobre los hechos y sus implicaciones jurídicas. Asimismo, *los familiares de las víctimas deberán tener pleno acceso y capacidad de actuar, en todas las etapas e instancias de dichas investigaciones, de acuerdo con la ley interna y las normas de la Convención Americana. Finalmente, la Corte dispone que el resultado de este proceso deberá ser públicamente divulgado, para que la sociedad colombiana conozca la verdad de lo ocurrido*" –énfasis añadido–<sup>91</sup>.

Naturalmente, ello es reflejo del principio general contenido en el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (de 23 de mayo de 1969, que entrara en vigor el 27 de enero de 1980), en cuanto a la improcedencia de alegar disposiciones o insuficiencias de su derecho interno para justificar válidamente el incumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas.

No puede soslayarse que, como verifica CARRILLO SALCEDO, la buena fe –uno de los principios fundamentales de todo sistema jurídico– procura corregir el inevitable subjetivismo de los Estados soberanos en la aplicación de las normas jurídicas internacionales, es decir, que se configura como límite al ejercicio de competencias discrecionales de aquéllos<sup>92</sup>. Y tal principio no

<sup>90</sup> NASH ROJAS, Claudio, *idem*.

<sup>91</sup> "Caso 19 Comerciantes vs. Colombia", cit., párr. 263.

<sup>92</sup> CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Curso de Derecho Internacional Público. Introducción a su estructura, dinámica y funciones*, 2ª reimpr., Tecnos, Madrid, 1994, pp. 142/3.

viene sólo impuesto por la mencionada Convención de Viena (arts. 26 y 31, inc. 1°), sino también, v.gr., por las Cartas de la Organización de Naciones Unidas (art. 2, inc. 2°) y de la Organización de Estados Americanos (art. 3, inc. 'c').

### **6. Reparaciones y cláusula federal**

Natural desprendimiento de la temática abordada en el subap. anterior, el asunto que anuncia el epígrafe también exige algún esclarecimiento.

Ello, aun cuando el art. 28 de la CADH haya sido calificado por prestigiosa doctrina como un “anacronismo”<sup>93</sup>, desde que no se enrola en la línea descripta por los tratados internacionales que no incorporan tal cláusula federal, ya que –por caso– la misma no consta en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>94</sup> ni en la Convención Europea sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

Buergethal recuerda que la nombrada premisa se remonta a la era de la Sociedad de las Naciones y que fue incluida en la CADH por insistencia de EE.UU., cuya delegación propuso tal artículo para garantizar que no se considere a un Estado Federal como asumiendo obligaciones internacionales para impedir violaciones a la Convención con respecto a derechos o actos de la jurisdicción de una entidad gubernamental que no sea el gobierno federal; además de que, al limitar las obligaciones internacionales del Estado Federal a materias sobre las cuales *ejerce* su jurisdicción, EE.UU. quería indicar que tal Estado no tiene, según la Convención, ninguna obligación en aquellas situaciones en las cuales el gobierno federal, aun cuando tenga jurisdicción, no la haya ejercido anteriormente<sup>95</sup> –cursiva del original–.

Fuera de algunos ingredientes históricos y políticos que figuran en el ADN de dicha pauta normativa, no está de más reiterar que, al interpretar-la –estando contenida como se dijo en un *tratado internacional*– deben tenerse en consideración los principios generales del derecho internacional y la jurisprudencia y la práctica internacionales en este campo. Ello, para afianzar la efectividad de los instrumentos de derechos humanos en el plano del derecho interno estatal, efectividad que resulta de la propia naturaleza jurídica de aquéllos, a lo que se debe agregar el imperativo ético y la necesidad de que los Estados compatibilicen su normativa y sentencias a las decisiones de los tribunales internacionales<sup>96</sup>.

<sup>93</sup> BUERGENTHAL, Thomas, “La cláusula federal de la Convención Americana”, en BUERGENTHAL, Thomas, NORRIS, Robert E. y SHELTON, Dinah, *La protección de los derechos humanos en las Américas*, 1ª ed., reimpres., Instituto Interamericano de Derechos Humanos - Civitas, Madrid, 1994, p. 85.

<sup>94</sup> Que en su art. 50 justamente entroniza el principio opuesto a la cláusula federal.

<sup>95</sup> BUERGENTHAL, Thomas, *op. cit.*, pp. 85/86.

<sup>96</sup> Ver para ampliar, CANÇADO TRINDADE, Antônio A., *El derecho internacional de los derechos humanos en el Siglo XXI*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, pp. 380 y ss.

Aunque parezca una cuestión absolutamente superada o sólo de interés especulativo o académico, lo que parece obvio no es siempre y en todos los lugares, tan obvio. Si no, basta con repasar los párrafos de la sentencia de reparaciones y costas dictada por la Corte IDH en el “Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina”, que pasamos a transcribir<sup>97</sup>:

“La Comisión solicitó a la Corte que se pronuncie acerca de la cláusula federal (artículo 28 de la Convención Americana) y del alcance de las obligaciones del Estado argentino en la etapa de reparaciones, en relación con dicha cláusula (*supra* 33). La Argentina invocó la cláusula federal o hizo referencia a la estructura federal del Estado en tres momentos de esta controversia. En primer lugar, cuando se discutía el fondo del asunto, el Estado sostuvo que la responsabilidad del caso no recaía sobre él, sino en la provincia de Mendoza, en virtud de la cláusula federal. La Argentina desistió luego de este planteamiento y reconoció expresamente su responsabilidad internacional en la audiencia de 1 de febrero de 1996 (*supra* 16). El Estado pretendió por segunda vez hacer valer la cláusula federal al concertarse el convenio sobre reparaciones de 31 de mayo de 1996. En esa oportunidad, apareció como parte en el convenio la provincia de Mendoza y no la República Argentina, pese a que esta última ya había reconocido su responsabilidad internacional. La Corte decidió entonces que dicho convenio no era un acuerdo entre partes por no haber sido suscrito por la República Argentina, que es la parte en esta controversia (*supra* 18 y 24). Por último, en la audiencia de 20 de enero de 1998 la Argentina alegó haber tenido dificultades para adoptar ciertas medidas debido a la estructura federal del Estado (*supra* 34)”.

“El artículo 28 de la Convención prevé la hipótesis de que un Estado federal, en el cual la competencia en materia de derechos humanos corresponde a los Estados miembros, quiera ser parte en ella. Al respecto, dado que desde el momento de la aprobación y de la ratificación de la Convención la Argentina se comportó como si dicha competencia en materia de derechos humanos correspondiera al Estado federal, no puede ahora alegar lo contrario pues ello implicaría violar la regla del *estoppel*. En cuanto a las «dificultades» invocadas por el Estado en la audiencia de 20 de enero de 1998, *la Corte estima conveniente recordar que, según una jurisprudencia centenaria y que no ha variado hasta ahora, un Estado no puede alegar su estructura federal para dejar de cumplir una obligación internacional* (Cfr.: sentencia arbitral de 26.VII.1875 en el caso del Montijo, La Pradelle-Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, Paris, 1954, t. III, p. 675; decisión de la Comisión de reclamaciones franco-mexicana del 7.VI.1929 en el caso de la sucesión de Hyacinthe Pellat, U.N., *Reports of International Arbitral Awards*, vol. V, p. 536)” –cursiva añadida–.

Si bien huelgan mayores comentarios en torno a la inviabilidad estatal

<sup>97</sup> “Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina”, cit., párrs. 45 y 46.

de alegar normativa, insuficiencias o inconvenientes de su derecho interno para incumplir las reparaciones impuestas por la Corte IDH, sólo recordaremos para concluir, la necesidad de leer conjuntamente los arts. 1.1, 2 y 28 de la CADH para dar cumplimiento a aquellas directivas jurisdiccionales, pues –como afirma Dulitzky– tal art. 28 “tiene por objeto clarificar, precisar y hacer más determinante, inmediata y directa la exigencia del cumplimiento de la obligación de respetar y garantizar los derechos y libertades en el marco de los Estados federales”, añadiendo que dicha norma “no altera o disminuye el alcance de los arts. 1 y 2 de la Convención sino que los complementa. Una interpretación distinta, carecería de sentido al privar de efecto útil a la Convención en las unidades componentes de los Estados federales”<sup>98</sup>.

### **7. Reparaciones y derechos económicos, sociales y culturales**

Una faceta interesante de la temática de las reparaciones se conecta con los derechos económicos, sociales y culturales<sup>99</sup>, pues la Corte IDH ha construido “progresivamente” una interpretación fecunda a partir del escueto art. 63.1 de la CADH, plasmando la “reconducción social del derecho individual a obtener determinadas reparaciones de orden patrimonial, cuya fuente se halla en derechos materiales o inmateriales. Se trata, en otros términos, de la proyección o transición de un derecho individual a la reparación, que se transforma en un derecho de alcance social volcado sobre servicios comunitarios precisamente en el sector sobre el que se despliegan los derechos económicos, sociales y culturales”<sup>100</sup>.

Lo expuesto puede verificarse, por ejemplo, en las sentencias sobre reparaciones recaídas en:

- El “Caso Aloeboetoe y otros vs. Suriname”, donde ordenó al Estado *reabrir la escuela sita en Gujaba y dotarla de personal docente y administrativo para que funcione permanentemente a partir de 1994 y poner en opera-*

<sup>98</sup> DULITZKY, Ariel E., “La Convención Americana sobre Derechos Humanos y los Estados Federales: algunas reflexiones”, en BAZÁN, VÍCTOR (coordinador), *Defensa de la Constitución. Garantismo y controles. Libro en reconocimiento al Doctor Germán J. Bidart Campos*, Ediar, Buenos Aires, 2003, p. 172.

<sup>99</sup> Sobre la problemática de los derechos económicos, sociales y culturales en general, ver BAZÁN, Víctor, por ejemplo, en: “La judicialización de los derechos económicos, sociales y culturales”, en BAZÁN, Víctor (director), *La judicialización de los derechos humanos*, Asociación Argentina de Derecho Internacional (Sección Derechos Humanos) - Ediciones Legales, Lima, 2009, pp. 257/300; “Los derechos económicos, sociales y culturales en acción: sus perspectivas protectorias en los ámbitos interno e interamericano”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2005*, T° II, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2005, pp. 547/583; y “Vías de maximización protectoria de los derechos económicos, sociales y culturales”, *La Ley*, T° 2007-D, Buenos Aires, pp. 1135/1149.

<sup>100</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *op. cit.* (“Protección jurisdiccional internacional ...”), p. 155.

*ción en el curso de ese año el dispensario existente en ese lugar*<sup>101</sup> –remarcado añadido–;

- el “Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua”, en el que, debido a la situación en la cual se encontraban los miembros de la Comunidad Awas Tingni por falta de delimitación, demarcación y titulación de su propiedad comunal, el daño inmaterial ocasionado debía además ser reparado, por vía sustitutiva, mediante una indemnización pecuniaria. Añadió que en las circunstancias del caso era preciso recurrir a esta clase de indemnización fijándola conforme a la equidad y basándose en una apreciación prudente del daño inmaterial, el cual no es susceptible de una tasación precisa. Por ello, y tomando en cuenta las circunstancias del caso y lo decidido en otros similares, estimó que *el Estado debía invertir, por concepto de reparación del daño inmaterial, en el plazo de 12 meses, la suma total de US\$ 50.000 (cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América) en obras o servicios de interés colectivo en beneficio de la Comunidad Awas Tingni*, de común acuerdo con ésta y bajo la supervisión de la Comisión Interamericana<sup>102</sup> –énfasis agregado–;

- el “Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, en el cual, la Corte determinó que *el Estado debía crear un programa y un fondo de desarrollo comunitario que serían implementados en las tierras que se entreguen a los miembros de la Comunidad. Tal programa comunitario consistiría en el suministro de agua potable e infraestructura sanitaria. Además de él, el Estado debería destinar la cantidad de US\$ 950.000,00 (novecientos cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América), para un fondo de desarrollo comunitario, el cual consistiría en la implementación de proyectos educacionales, habitacionales, agrícolas y de salud en beneficio de los miembros de la Comunidad*<sup>103</sup> –cursiva agregada–; y

- el “Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay”, de modo similar al asunto anteriormente relatado, *ordenó al Estado la creación de un fondo de desarrollo comunitario en las tierras que se entreguen a los miembros de la Comunidad, debiendo destinar la cantidad de US\$ 1.000.000,00 (un millón de dólares de los Estados Unidos de América), para tal fondo, el cual consistirá en la implementación de proyectos educacionales, habitacionales, agrícolas y de salud, así como de suministro de agua potable y la construcción de infraestructura sanitaria, en beneficio de los miembros de la Comunidad*<sup>104</sup> –cursiva agregada–.

<sup>101</sup> “Caso Aloeboetoe y otros vs. Suriname”, Sentencia sobre Reparaciones y Costas, 10 de septiembre de 1993, Serie C, N° 15, párr. 96.

<sup>102</sup> “Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua”, Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de agosto de 2001, Serie C, N° 79, párr. 167.

<sup>103</sup> “Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y Costas, 17 de junio de 2005, Serie C, N° 125, párr. 205.

<sup>104</sup> “Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay”, Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y Costas, 29 de marzo de 2006, Serie C, N° 146, párr. 224.

**8. Algunos criterios normativos que parecen aflorar de la praxis de la Corte IDH: la persona como ser integral y la vinculación entre la víctima, la violación de derechos humanos padecida y la reparación**

Nash Rojas ha destacado que la reparación no se puede agotar en lo económico, sino que debe ser *integral*, debiendo la integralidad ser entendida como una respuesta amplia y comprensiva dentro de un proceso global de reparaciones (procesos penales, reformas institucionales, etc.)<sup>105</sup>.

En otras palabras, las medidas de reparación deben tener lógica y coherencia para los involucrados pero también deben ser percibidas por la sociedad<sup>106</sup>.

*Mutatis mutandi*, de Greiff ha precisado que los programas de reparación deben poseer lo que llama *integridad o coherencia*, la que puede ser analizada en dos dimensiones: interna y externa<sup>107</sup>.

Señala que la *coherencia interna* se refiere a la relación entre los diferentes tipos de beneficios adjudicados por un programa de reparación, pues la mayoría de estos programas otorgan más de un tipo de beneficio y pueden incluir tanto reparación simbólica como material, mientras que cada una de estas categorías puede, a su vez, incluir diferentes medidas y distribuirse individual o colectivamente. Señala como evidente que, para lograr los fines propuestos, es esencial que los beneficios se apoyen unos a otros internamente<sup>108</sup>.

Al referirse a la *coherencia externa* precisa que ella expresa la exigencia de que los esfuerzos de reparación se diseñen de tal manera que presenten una relación estrecha con otros mecanismos transicionales, por lo menos con la justicia penal, la narración de la verdad y la reforma institucional, requisito que cataloga como pragmático y conceptual. Señala que la relación aumenta la probabilidad de que cada uno de estos mecanismos sea percibido como exitoso y, lo que es más importante, que los esfuerzos transicionales en su conjunto satisfagan las expectativas de los ciudadanos<sup>109</sup>.

En la jurisprudencia de la Corte IDH, siguiendo a Nash Rojas, existe un avance por ejemplo en cuanto a la materia de reparaciones respecto de indígenas<sup>110</sup> y adolescentes, donde ha existido una labor de interpretación

<sup>105</sup> NASH ROJAS, Claudio, *op. cit.*, p. 86.

<sup>106</sup> *Ídem*.

<sup>107</sup> DE GREIFF, Pablo, "Los esfuerzos de reparación en una perspectiva internacional: el aporte de la compensación al logro de la justicia imperfecta", *Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 7 (Número especial), agosto de 2005, Universidad del Rosario, Bogotá, p. 187.

<sup>108</sup> *Ídem*.

<sup>109</sup> *Ídem*.

<sup>110</sup> En torno a la cuestión indígena, ver BAZÁN, Víctor, por ejemplo en: "Los derechos de los pueblos indígenas en Argentina: Diversos aspectos de la problemática."

en función de las particularidades de las víctimas para perfilar el contenido y el alcance de los derechos, y al momento de determinar reparación ha tenido en consideración la especialidad necesaria para reparar adecuadamente a estos titulares<sup>111</sup>.

El autor citado en último término concluye afirmando que “si la Corte pretende tomar en serio la situación personal y colectiva de las víctimas y prepararla en forma integral deberá profundizar este proceso de subjetivización de la interpretación, única forma de mirar a los titulares de derechos como sujetos íntegros y especiales, con características que los diferencian de un modelo único de titular de derechos como ha sido la tendencia hermenéutica en el sistema de derechos humanos durante mucho tiempo”<sup>112</sup>.

Por su parte, puntualiza que las reparaciones de violaciones de derechos humanos deben partir de la siguiente premisa: ellas se traducen en “todos aquellos beneficios que se les puede dar directamente a las víctimas de violaciones de derechos humanos para resarcir las violaciones que padecieron”, *con lo cual el programa de reparaciones deberá articular criterios que no pierdan de vista este nexo directo entre las víctimas y las medidas a ser adoptadas*<sup>113</sup>.

Para cerrar este subapartado, y enlazar con alguna apreciación vertida al abrirlo, cabe tener presente que la propia Corte IDH ha sostenido que el régimen de reparaciones que adopta se caracteriza por su *perspectiva integral* y no sólo patrimonial; en ese sentido, la incorporación de reparaciones de carácter positivo y no pecuniario que buscan asegurar, entre otros, la rehabilitación y satisfacción de la víctima, así como la no repetición de los hechos lesivos, así lo confirma<sup>114</sup>.

### 9. Un difícil desafío: reparaciones y casos colectivos

No es ésta la ocasión para ingresar en extenso a tan sensible proble-

---

Sus proyecciones en los ámbitos interno e internacional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, Año XXXVI, N° 108, septiembre/diciembre 2003, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., pp. 759/838; y “De ‘indios’ a ‘pueblos indígenas’; de la ‘asimilación’ al ‘pluralismo cultural’”, AA.VV., *Constitución de la Nación argentina. Con motivo del sesquicentenario de su sanción*, T° I, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Santa Fe, 2003, pp. 171/210.

<sup>111</sup> NASH ROJAS, Claudio, *op. cit.*, p. 86. Aunque reconoce que “en el caso de las mujeres el proceso ha sido más complejo. A la Corte se le ha hecho difícil el solo hecho de interpretar los casos a la luz de la titular de derechos «mujeres» (sólo se logra esto en el «Caso Penal de Castro Castro», pero en lo que ha tenido serias dificultades ha sido en traducir esto en medidas de reparación que atiendan efectivamente a la situación de la víctima titular de derechos y su contexto” (ídem).

<sup>112</sup> *Ibíd.*, p. 87.

<sup>113</sup> Ídem.

<sup>114</sup> *Vid.* Informe cit. en nota 23, p. 10.

mática, por lo que sólo efectuaremos alguna aproximación, que seguramente generará más dudas que certezas.

La cuestión tiene múltiples y complicadas aristas que la Corte IDH debe afrontar, pese a que Shelton ha considerado que tal Tribunal ha desarrollado lo que se considera el más coherente y sólido enfoque en materia de reparaciones por violaciones graves, extendidas y sistemáticas de derechos humanos en el derecho internacional de nuestros días<sup>115</sup>.

Sea como fuera, el esquema de reparaciones colectivas no puede ser estandarizado o estereotipado ni seguir *pura y duramente* el molde de las reparaciones individuales, sino darse en función de los ingredientes sociales, políticos, jurídicos, culturales e institucionales del marco donde debe operar.

Naturalmente, sin olvidar la víctima directa, el campo de las violaciones masivas genera una trama compleja de afectados que deben ser tenidos en cuenta al momento de establecer las medidas reparatorias, entre otras propósitos, como garantía de no repetición.

Precisamente, en un interesante trabajo se ha postulado la importancia de los términos "*victim*" (víctima) e "*injured party*" (parte lesionada) usados por la Corte IDH bajo el art. 63.1 de la CADH, conceptos jurídicos que constituyen filtros que pueden permitir a una persona reclamar y recibir reparaciones por parte del Tribunal. En la perspectiva de la autora del ensayo que comentamos, comprender ambos conceptos es, por tanto, de máxima importancia para aquellos que sufrieron las consecuencias de violaciones graves y masivas de derechos humanos<sup>116</sup>.

Añade que la práctica de la Corte contiene elementos importantes que deberían ser cuidadosamente estudiados por otros tribunales internacionales e internos y otros órganos que deben afrontar situaciones semejantes. Al menos, los tribunales regionales de derechos humanos y órganos nacionales a cargo de la implementación de programas de reparación estatales deberían ampliar el concepto de "*victim*" y usar el de "*injured party*" como diferente de aquél pero relacionado a él. Por cierto, es claro que cuando ocurren graves violaciones de derechos humanos un universo de personas experimentan sufrimientos y otros tipos de daños. El derecho internacional ha respondido de uno u otro modo a los sufrimientos y daños padecidos por víctimas directas y parientes más próximos, así como por personas heridas o víctimas indirectas. Consecuentemente, otros, como hermanos, miembros de la comunidad o testigos presenciales que han sufrido

<sup>115</sup> SHELTON, Dinah, *op. cit.* (*Remedies in...*), p. 299.

<sup>116</sup> SANDOVAL-VILLALBA, Clara, "The Concepts of «Injured Party» and «Victim» of Gross Human Rights Violations in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights: A Commentary on their Implications for Reparations", versión escrita de su trabajo, sin identificación de lugar de publicación, p. 42. En todos los casos, la traducción me corresponde.

(aunque en menor grado) como resultado de violaciones graves de derechos humanos, no reciben reparación. El concepto de “*injured party*” abre una nueva oportunidad reparatoria para todas estas personas, opción que surge del art. 63.1 de la CADH que se refiere a “*injured party*” (parte lesionada) y no a “*victim*” (víctima)<sup>117</sup>.

De cualquier modo, debe reconocerse que aunque la Corte IDH ha usado ambos términos en su jurisprudencia, el de “*injured party*” en la actualidad ha sido empleado sólo excepcionalmente, de modo principal para conceder reparaciones a los parientes próximos de la víctima directa. Un uso más creativo del concepto puede ayudar a compensar el sufrimiento de personas, distintas de las víctimas y de sus parientes próximos, lo que constituye un desafío que la Corte deberá afrontar en el futuro<sup>118</sup>.

Cabe recordar que la Corte IDH usa el concepto de “potencialmente identificable” o “víctimas desconocidas” para referirse a aquellas personas (víctimas directas o indirectas) cuya identidad no ha sido establecida ante el Tribunal a causa de circunstancias que escapaban de su control. Por ejemplo, el desplazamiento forzado resultante de una masacre. Casos como “Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala”<sup>119</sup>, “Comunidad Moiwana vs. Suriname”<sup>120</sup> y

<sup>117</sup> Ídem.

<sup>118</sup> *Ibid.*, p. 43.

<sup>119</sup> “Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala”, cit., párr. 62. En éste puntualizó: “Es preciso recordar que cuando se está en presencia de un caso contencioso ante la Corte es preciso que la parte interesada comunique quién o quiénes son los beneficiarios. Al respecto, en el párrafo 48 de la Sentencia dictada el 29 de abril de 2004, esta Corte consideró como víctimas a las personas señaladas en el párrafo 42.48 de la citada Sentencia, e indicó que también podrían serlo aquellas que fueran identificadas con posterioridad. Si bien los representantes y la Comisión señalaron que han tenido dificultades para identificar a las víctimas, y el Estado indicó la necesidad de identificarlas conforme al derecho interno, sin que ofreciera otros elementos de prueba para tal fin, esta Corte, siguiendo el criterio establecido en otra ocasión, considera que no está en condiciones de fijar indemnización alguna respecto de víctimas que no hayan sido individualizadas a la fecha. Sin perjuicio de lo anterior, esta Corte se reserva la posibilidad de determinar, en el apartado correspondiente, otras formas de reparación a favor de todos los miembros de las comunidades afectadas por los hechos del caso” –remarcado agregado–.

<sup>120</sup> “Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname”, Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 15 de junio de 2005, Serie C, N° 124, párr. 178. En tal párrafo, la Corte precisó: “De conformidad con su jurisprudencia, este Tribunal considera como adecuadamente identificadas aquellas víctimas a quienes se hace referencia en un documento expedido por autoridad competente, como lo es un certificado de nacimiento o «libro de familia», presentado ante el Tribunal. En relación con las demás víctimas individualizadas en la demanda que no han sido adecuadamente identificadas mediante documentación oficial, la Corte dispone que la compensación que corresponda a cada una deberá ser otorgada de la misma manera que se prevé con respecto a quienes están debidamente identificados mediante documentos públicos – en la inteligencia de que

“Masacre de Mapiripán vs. Colombia”<sup>121</sup> ilustran sobre el camino que la Corte ha seguido para refinar su enfoque de la cuestión. En el último caso mencionado, el Tribunal admitió que tales potenciales víctimas existen y además les reconoció daños morales<sup>122</sup>.

*deberán comparecer ante las autoridades competentes del Estado dentro de los 24 meses siguientes a la notificación de la presente Sentencia y presentar un medio suficiente de identificación.* Son medios adecuados de identificación: a) un documento oficial que certifique la identidad de la persona; o b) una declaración rendida ante la autoridad pertinente por un líder reconocido por los miembros de la comunidad que residían en Moiwana, unida a la declaración de dos personas adicionales, que den fe, claramente, de la identidad de la persona. Esta amplitud de criterio con respecto a la identificación obedece a las afirmaciones de la Comisión y de los representantes en el sentido de que muchos «Maroons» no poseen documentos de identidad formales y nunca fueron inscritos en el registro nacional” –cursiva agregada–.

<sup>121</sup> “Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia”, Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y Costas, 15 de septiembre de 2005, Serie C Nº 134, párrs. 247 y 257.

En el párr. 247, el Tribunal manifestó: “A la luz de los criterios anteriores, y de dichas circunstancias del presente caso, la Corte procederá a analizar las pretensiones presentadas por la Comisión y por los representantes respecto de las reparaciones, con el objeto de disponer las medidas tendientes a reparar los daños en el presente caso. *La Corte deja constancia de su profunda preocupación por la situación de las víctimas no identificadas, por cuya muerte el Estado también reconoció su responsabilidad, así como de los familiares de aquéllas. Si bien las aproximadamente 49 víctimas reconocidas por el Estado, así como los familiares de éstas, hayan sido o no identificados o individualizados, serán beneficiarios de otras formas de reparación y/o de las indemnizaciones que se fijen por daños inmateriales, por falta de información la Corte se abstiene de ordenar indemnizaciones por concepto de daño material a favor de las víctimas y los familiares no individualizados o identificados en este proceso. Sin embargo, el Tribunal aclara que la determinación de las reparaciones en esta instancia internacional no obstaculiza ni precluye la posibilidad de esos familiares de víctimas no individualizados o identificados de plantear los reclamos pertinentes ante las autoridades nacionales, a medida que vayan siendo identificados, incluso a través de los medios que se fijan en esta Sentencia (infra párrs. 308 y 257.b)*” –énfasis añadido–. Por su parte, en el párr. 257, expresó: “Los familiares de las víctimas serán acreedores de las reparaciones que el Tribunal fije en su propio carácter de víctimas de las violaciones a la Convención declaradas, así como de aquellas que fije la Corte en su carácter de lesionados como consecuencia de las violaciones cometidas en perjuicio de las aproximadamente 49 víctimas reconocidas por el Estado. Al respecto: (...) b) *en relación con los demás familiares que no han sido adecuadamente identificados o al menos individualizados en este proceso, la Corte dispone que la compensación que corresponda a cada uno deberá ser otorgada de la misma manera que se prevé respecto de quienes están debidamente identificados, en la inteligencia de que deberán comparecer ante el mecanismo oficial que se establezca para esos efectos, de conformidad con la presente Sentencia (infra párr. 311), dentro de los 24 meses siguientes a la notificación de ésta, y demostrar su relación o parentesco con la víctima, a través de un medio suficiente de identificación o mediante dos testigos fehacientes, según sea el caso*” –remarcado agregado–.

<sup>122</sup> SANDOVAL-VILLALBA, Clara, *op. cit.*, p. 46.

En cuanto al espíritu del desafío que se cierne sobre la praxis del Tribunal en torno a la potencial víctima o a la parte lesionada en términos de resultar beneficiarias de reparaciones en violaciones graves y/o masivas de derechos humanos, cuestión cuya sensibilidad merece una interpretación no formalista, evolutiva y dinámica; vale transcribir algunos pasajes del voto razonado que emitiera el doctor Antônio A. Cançado Trindade en el “Caso La Cantuta vs. Perú”, Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas<sup>123</sup>.

El hoy ex juez de la Corte formula algunas consideraciones de *lege ferenda* sobre la *centralidad y la ampliación de la noción de víctima* bajo la CADH, respecto de lo cual advierte que no sería exageración alguna ponderar que dicha noción en evolución constituye una categoría jurídica *en abierto*, la cual ha respondido a las recurrentes violaciones graves de derechos humanos, sometidas al conocimiento de la Corte en los últimos años. En este sentido, frente a los casos de masacres que había conocido recientemente al caso en cuestión, la Corte optó algunas veces por dejar abierta la lista de víctimas (para adiciones subsiguientes, en razón de las complejidades factuales de los casos en cuestión), en lugar de “cerrar” la lista a la luz de una categorización estática y dogmática de la condición de víctima<sup>124</sup>.

Aclara más adelante que la Corte ha actuado así correctamente, “y siempre y cuando el apareamiento eventual de víctimas adicionales guarde naturalmente una vinculación directa con los hechos constantes y descritos en las peticiones originalmente sometidas al conocimiento de la Corte. Esto ha proporcionado un equilibrio entre las preocupaciones concomitantes en asegurar la seguridad jurídica en la búsqueda de la realización de la justicia en las circunstancias complejas de este tipo de casos, de masacres o violaciones graves, afectando un círculo mayor de personas. Éste ha sido un desarrollo alentador, el cual, a mi juicio, ha atendido a las necesidades de protección bajo la Convención Americana, en circunstancias jamás previstas por los redactores de esta última”<sup>125</sup>.

Añade a continuación que “al fin y al cabo, la maldad humana no tiene límites, y la reacción del Derecho debe hacerse sentir prontamente, tomando en cuenta la gravedad de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana. Así como la noción de *víctima directa* encuéntrase, a mi modo de ver, en constante evolución y ampliación (cf. *supra*), lo mismo pasa con el concepto de *parte lesionada* bajo la Convención Americana, particularmente teniendo presente el *deber de reparación*. El concepto de «parte lesionada» (artículo 63.1 de la Convención Americana), aunque *prima facie* más amplio, corresponde, al fin y al cabo, a mi modo de ver, al

<sup>123</sup> “Caso La Cantuta vs. Perú”, Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 30 de noviembre de 2007, Serie C, N° 173.

<sup>124</sup> Voto razonado del juez Antônio A. Cançado Trindade, párr. 59.

<sup>125</sup> *Ibid.*, párr. 60.

propio concepto de *víctima lato sensu* (abarcando las víctimas directas, indirectas y potenciales), ...”<sup>126</sup> –énfasis del original–.

Concluye afirmando que “la parte lesionada corresponde a la noción ampliada de víctima, según la construcción jurisprudencial de la Corte Interamericana, bajo la Convención Americana. Es por esto que no puedo aceptar retrocesos en dicha construcción jurisprudencial, como lo ocurrido en el presente caso *La Cantuta* (cf. *supra*), en cuanto a la determinación del daño inmaterial. La centralidad de las víctimas no se refiere tan sólo a las víctimas directas, sino también a sus familiares como *parte lesionada*. La centralidad de las víctimas no se limita a las determinaciones de la Corte en cuanto al fondo de los casos por ella resueltos, sino también a sus decisiones en cuanto a las reparaciones”<sup>127</sup>.

Precisamente, Cançado Trindade dirige parte de sus críticas a la mayoría del Tribunal que había votado la citada sentencia de fondo y reparaciones del “Caso La Cantuta vs. Perú” (29 de noviembre de 2006), dando la espalda a lo que el citado juez entendía como *jurisprudence constante* del Tribunal en cuanto a la ampliación de la noción de víctima<sup>128</sup>. Señala que en tal sentencia la Corte observó que “tanto la Comisión Interamericana como las representantes [de las víctimas] señalaron a diversos hermanos y hermanas de las personas ejecutadas o desaparecidas como presuntas víctimas de la violación del artículo 5 de la Convención. Sin embargo, en varios de esos casos no fue aportada prueba suficiente que permita al Tribunal establecer un perjuicio cierto respecto de dichos familiares. Por ende, la Corte considera como víctimas a los hermanos y hermanas respecto de quienes se cuente con prueba suficiente al respecto” (párr. 128) –énfasis añadido–<sup>129</sup>.

Para finalizar, y dar paso a las observaciones de cierre de este relato, no está de más exponer que Cançado Trindade completa su razonamiento crítico al respecto explicando que la Corte introdujo así un nuevo criterio, más restrictivo para las víctimas, que constituye un desvío lamentable de su anterior *jurisprudence constante*, además de un retroceso insostenible<sup>130</sup>; señalando más adelante que “en casos de masacres, o de violaciones graves, como el presente caso de *La Cantuta*, no cabe exigir pruebas adicionales, de daño inmaterial a los familiares de las víctimas, sino más bien aplicar *presunciones* en favor de ellos. Para mí, cabe aquí una presunción (por lo menos *juris tantum*, si no, en circunstancias más graves, *juris et de jure*), en beneficio de los familiares de las víctimas”<sup>131</sup>.

<sup>126</sup> *Ibid.*, párr. 61.

<sup>127</sup> *Ibid.*, párr. 62.

<sup>128</sup> *Ibid.*, párr. 40.

<sup>129</sup> *Ídem*.

<sup>130</sup> *Ídem*.

<sup>131</sup> *Ibid.*, párr. 45.

#### IV. OBSERVACIONES FINALES

1. La problemática de las reparaciones en el derecho internacional de los derechos humanos es compleja y presenta varias aristas conflictivas.

La obligación de reparar es un derivado o consecuencia de la responsabilidad internacional. En otros términos, la existencia de responsabilidad internacional del sujeto internacional en cuestión es presupuesto de la reparación consecuente.

Ello en función de un principio secular del derecho internacional que determina que la violación de un compromiso supone la obligación de repararlo adecuadamente, estando vedado al Estado ampararse en razones de derecho interno para justificar el impedimento de investigación de los hechos que generaron las violaciones y la sanción de los responsables de ellas, lo que involucra –en aquellos países de estructura compleja– apoyarse para justificar sus pretericiones en la cláusula federal, que prestigiosa doctrina ha llegado a catalogar de “anacrónica”.

2. Si se compara el modelo interamericano con otros sistemas tuitivos de derechos humanos, como por ejemplo el europeo, se comprueba que aquél recepta una amplitud considerablemente mayor en punto a la gama de posibilidades de articulación de soluciones a su alcance en materia de reparaciones, ámbito en el que a la Corte IDH se adjudica un rol principal o primario y no subsidiario, en cuyo despliegue debe fundarse en la CADH y en los principios de derecho internacional aplicables a la materia.

3. El art. 63.1 de la CADH, plataforma normativa del esquema reparatorio interamericano, ofrece un doble punto de mira. La primera parte del inciso enfoca hacia el futuro y procura garantizar la protección de la libertad o el derecho, esto es, tiene objeto y efectos “preventivos” y “resarcitorios”; mientras que el segundo segmento del inciso mira hacia el pasado, al haberse producido la violación del derecho o de la libertad en cuestión, y opera con objeto y efectos “resarcitorios”<sup>132</sup>.

4. Las reparaciones no ponen fin a lo ocurrido, pues el mal ya se cometió; pero mediante ellas se evita que se agraven sus consecuencias por la indiferencia del medio social, por la impunidad, o por el olvido; por lo tanto, las reparaciones revisten un doble significado: a) proveer satisfacción a las víctimas, o a sus familiares, cuyos derechos han sido violados, y b) restablecer el orden jurídico quebrantado por dichas violaciones<sup>133</sup>.

5. Sin ánimo de taxatividad, las reparaciones incluyen los siguientes elementos: a) De ser posible, la *restitutio in integrum*; b) la indemnización pecuniaria que sea procedente; c) las medidas reparadoras de carácter no

<sup>132</sup> Cftar. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *op. cit.* (“Las reparaciones en el sistema...”), pp. 130/131.

<sup>133</sup> Ver voto razonado de Antônio A. Cançado Trindade en el “Caso Bulacio vs. Argentina”, Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y Costas, cit., párr. 37.

pecuniario; d) la investigación de los hechos y la correspondiente sanción de los responsables; e) las garantías de no repetición de los hechos que dieron origen a la demanda; y f) la adecuación de la normativa interna del Estado a lo dispuesto por la CADH<sup>134</sup>.

**6.** La trascendencia de la reparación pecuniaria en la praxis de la Corte IDH es inocultable y constituye la modalidad más frecuente empleada por el Tribunal, la que a su vez presenta los más elevados porcentuales de pronto cumplimiento.

Las reparaciones no persiguen el enriquecimiento ni el empobrecimiento de las víctimas o de sus herederos, sino que se enfocan en hacer desaparecer los efectos de las violaciones, no en la imposición de penas, con lo cual tienen una naturaleza compensatoria y no punitiva.

Desde la perspectiva de la Corte IDH, ciertos factores que pueden haber favorecido el aumento del cumplimiento de las obligaciones pecuniarias a partir de 2003 están asociados a los cambios de circunstancias políticas en los Estados de la región, como asimismo al fortalecimiento y la ampliación del papel de los órganos del sistema interamericano en el continente<sup>135</sup>.

Entre otras circunstancias que han propiciado ese mejoramiento de la línea de cumplimiento de las reparaciones pecuniarias –siempre desde la visión del Tribunal– pueden mencionarse: a) Mayor conciencia sobre el sistema interamericano, caracterizada por el diálogo jurisprudencial iniciado entre la Corte y los tribunales internos en varios países, en especial aquellos de más alta jerarquía; y b) el fortalecimiento de la acción jurisdiccional de la Corte, lo que se vincula con: *i*) el establecimiento de nuevas prácticas para dar un mayor y más efectivo seguimiento de sus sentencias, entre las que destacan la emisión regular de resoluciones y, más recientemente, la celebración de audiencias privadas de supervisión del cumplimiento; y *ii*) el desarrollo de actividades dirigidas a ampliar la divulgación del trabajo de la Corte y a favorecer una mayor comprensión de su rol, como la celebración de sesiones extraordinarias en países de la región, entre otros<sup>136</sup>.

**7.** Hasta donde alcanza nuestra información, desde el “Caso Cantoral Benavides”, la Corte ha reemplazado la expresión “daño moral” por la más amplia de “daño inmaterial”; modificación que no es sólo semántica, sino que tiene un carácter eminentemente cualitativo y apunta a abandonar una noción propia del derecho civil para sustituirla por otra que refleje de modo más apropiado el carácter de las reparaciones en el derecho de los derechos humanos<sup>137</sup>, en una suerte de visión holística del ser humano y del *desiderátum* de su protección.

<sup>134</sup> Ampliar por FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *op. cit.*, p. 811.

<sup>135</sup> Informe cit. en nota 23, p. 43.

<sup>136</sup> *Ibid.*, pp. 43/44.

<sup>137</sup> Cfr. FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *op. cit.*, pp. 834/835.

No cabe duda que una modalidad adecuada de repararlo es la pecuniaria, aunque existen otras alternativas igualmente (o a veces más) apropiadas para hacerlo: la sentencia condenatoria considerada *per se* una reparación suficiente del daño o en sí misma una forma de satisfacción; medidas pensadas como garantías de no repetición; actos u obras de alcance o repercusión públicos; *inter alia*.

**8.** A modo de *avances* en la *praxis* de la Corte IDH pueden contabilizarse ejemplificativamente: la visualización de la persona como ser integral (y el ideal del carácter también integral de su reparación); la existencia de nuevos desarrollos conceptuales como el de daño moral primero y luego el de daño inmaterial, y el de daño al patrimonio familiar; un importante y creativo activismo –fundamentalmente hasta 2007– en el diseño de medidas satisfactivas que generan (o al menos buscan) impacto social y repercusión pública en el Estado condenado; un perfil valioso de las reparaciones asociado a los derechos económicos, sociales y culturales, pues la Corte IDH ha construido “progresivamente” una fértil interpretación a partir del art. 63.1 de la CADH, generando la proyección o transición de un derecho individual a la reparación, hacia un derecho de corte social volcado sobre servicios comunitarios precisamente en un ámbito en el que se movilizan los derechos económicos, sociales y culturales<sup>138</sup>.

**9.** En un *cono de dudas* quedan por ejemplo: la aconsejable definición del contenido y el alcance de la *equidad*, a los fines de la seguridad jurídica, para salvar cierta indeterminación al respecto y en pro del cumplimiento del ideal de una reparación efectiva; un debate profundo sobre la utilidad del concepto *proyecto de vida*, ya que –como se ha advertido– “si no tiene una distinta a la que otorga el daño inmaterial y las medidas para enfrentarlo, no se aprecia el aporte de esta figura, sino a la hora de cuantificar el daño moral, en particular si está restringido al dolor y sufrimiento”<sup>139</sup>; y la retracción que de modo más notorio a partir de 2007 exhibe el Tribunal, principalmente en materia de reparaciones no pecuniarias concedidas como garantías de no repetición o medidas satisfactivas a favor de las víctimas o sus familiares, con el argumento –no suficientemente desarrollado ni explicitado– referido a que tales medidas en los casos en que se presentaron no guardaban relación de conexidad con los hechos bajo análisis en ellos, situación que coloca en un plano de penumbra al margen de viabilidad que a semejantes medidas se acordará en prospectiva.

**10.** Entre numerosos *desafíos* que se ciernen sobre el Tribunal en la sensible materia de reparaciones pueden computarse, *inter alia*: consolidar una política de reparaciones que tenga lógica y coherencia para las víctimas, pero también un impacto en la sociedad; modular estándares que en-

<sup>138</sup> Ver GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *op. cit.* (“Protección jurisdiccional internacional ...”), p. 155.

<sup>139</sup> NASH ROJAS, Claudio, *op. cit.*, p. 58.

foquen y preserven la conexión directa entre las víctimas, la violación de derechos humanos padecida y las medidas de reparación que se dispondrán; buscar alternativas para elevar el nivel estatal de cumplimiento de las medidas reparatorias no pecuniarias; un reto singular, con diversas aristas conflictivas, radica en la sensible materia de reparaciones por violaciones graves, extendidas y sistemáticas de derechos humanos y en los casos colectivos, ámbito en el que –entre diversas connotaciones– un empleo más creativo del concepto de “*injured party*” (parte lesionada) puede coadyuvar a compensar el sufrimiento de otras personas concernidas y perjudicadas por aquellas, además de las víctimas y de sus parientes próximos. En cualquier caso, de lo que se trata es de visualizar desde un prisma evolutivo y dinámico el derecho y la legitimación de las personas afectadas por violaciones graves y masivas de derechos humanos que les permita convertirse en beneficiarias de reparaciones si jurídicamente fuera pertinente.

11. Para cerrar este relato, que en modo alguno pretende mostrar ideas acabadas ni verdades inconcusas, sino solamente presentar algunas cuestiones para incitar al debate, debe reiterarse que el soporte legitimante de las medidas de reparación radica en que éstas se encuentren realmente vinculadas a la violación que procuran remediar.

Aunque naturalmente, para las víctimas y sus familias ninguna compensación será suficiente.

Por último, no es sobreabundante subrayar que ser parte de la CADH genera para los Estados tanto un deber de *respeto* por los derechos humanos como un deber de *garantía* de éstos.

Y ello queda inmerso en un escenario axiológico particular descripto claramente por la Corte IDH, que ha enfatizado que los tratados modernos sobre derechos humanos tienen un carácter especial, cuyos objeto y fin confluyen en un punto común: *la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos*, con independencia de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado cuanto a los restantes Estados contratantes. Es decir, *no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes*; por el contrario, cuando los Estados aprueban un tratado sobre derechos humanos quedan sometidos a un ordenamiento legal dentro del cual asumen diversas obligaciones en relación con los individuos bajo su jurisdicción y no frente a otros Estados<sup>140</sup>.

<sup>140</sup> Cfr. Corte IDH, OC-2/82, “El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)”, 24 de septiembre de 1982, Serie A, N° 2, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, párr. 29, p. 44.

Un análisis de tal opinión consultiva puede verse en BAZÁN, Víctor, “La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el efecto de las reservas respecto de su entrada en vigencia: a propósito de la OC-2/82 de la Corte Interamericana de

Para captar la importancia del problema y la perentoriedad de que los Estados asuman cabalmente la obligación de cumplir las reparaciones impuestas por la Corte IDH<sup>141</sup>, conviene recurrir a las gráficas palabras de GARCÍA RAMÍREZ, quien afirma: “... si las resoluciones no se cumplen, todo el sistema tutelar internacional entra en crisis. El desprestigio le aguarda: un desprestigio que pudiera contaminar, en cascada, los sistemas nacionales y mellar la cultura de los derechos humanos, penosamente construida. De ahí que, en este punto, más que en otro cualquiera, se manifieste con evidencia la verdadera convicción de los Estados –es decir, de los gobernantes– y su proyecto político”<sup>142</sup> –remarcado añadido–.

Siendo así, el no pocas veces contingente voluntarismo político de los Estados para graduar según sus conveniencias y avatares del momento el nivel de permeabilidad hacia las decisiones de la Corte IDH, no es precisamente la solución ideal que exigen el necesario respeto por la dignidad de la persona, valor básico que los fundamenta, y la obligatoriedad de honrar los compromisos asumidos internacionalmente en tan sensible terreno, que están recorridos transversalmente por el principio fundamental de la *buen fe*.

---

Derechos Humanos”, en BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *et al.* (coordinadores), *Derechos humanos. Corte Interamericana*, Ediciones Jurídicas Cuyo, T° I, Mendoza, 2000, pp. 91/165.

<sup>141</sup> Sobre algunas aristas del tema, ver BAZÁN, VÍCTOR, “Protección transnacional de los derechos humanos. El sistema interamericano y algunas cuestiones procedimentales novedosas y conflictivas ante la Comisión y la Corte Interamericanas”, en MASCIOTRA, Mario (director), *Derecho Procesal Constitucional, Ad-Hoc*, Buenos Aires, 2006, pp. 43/120.

<sup>142</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 2002, p. 156.

**XXI CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL**  
**“Dr. Enrique Ferrer Vieyra”**

***Sección de Derechos Humanos***  
**SOBRE LA REPARACIONES**  
**EN EL DERECHO INTERNACIONAL**

*ON REPARATIONS IN INTERNATIONAL LAW*

*Relator: Andrés Rossetti\**

**RESUMEN**

En este artículo el autor presenta una visión de algunos de los principales puntos vinculados con el cada vez más novedoso tema de los distintos tipos de reparaciones en el campo del derecho internacional y regional de los derechos humanos. El trabajo se propone, fundamentalmente, reflexionar sobre las razones del crecimiento, como así también sobre las ventajas y riesgos que esto comporta.

**PALABRAS CLAVES**

Derechos humanos – Derecho internacional y regional – Reparaciones.

\* Abogado (UNC). Diplomado en Derechos Humanos en el Instituto Europeo Universitario (Florenia, Italia 1999), Magister en Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Universidad de Lund, Suecia (2000) y Doctor en Derechos Humanos en la Universidad de Palermo, Italia (2007). Actualmente es Profesor Adjunto por concurso en las materias Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional en la Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la UNC, dicta diferentes materias en cursos de post-gradó en esta y otras universidades y es Investigador del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la UNC. Correo electrónico: andresarg@hotmail.com

**ABSTRACT**

This article exposes the main features of the increasingly novel issue of the various kinds of reparations in international and regional human rights law. The work explores chiefly the reasons for the increase in reparations, and also the advantages and disadvantages that this development implies.

**KEY WORDS**

Human rights – International and regional law – Reparations.

**I. INTRODUCCIÓN.**

Para comenzar el tema de las reparaciones en el derecho internacional y regional de los derechos humanos, me parece relevante resaltar algo conocido y evidente, cual es la situación de violación de derechos humanos en los que se encuentra la mayor cantidad de seres humanos que habitan el planeta<sup>1</sup>.

En efecto, si bien la protección de los derechos humanos es un objetivo que todos parecen aceptar, la realidad muestra un contraste fuerte entre ella y los (presuntos) “deseos”.

Entiendo por derechos humanos aquellos derechos que están expresamente reconocidos en las normas universales y regionales de derechos humanos<sup>2</sup> que la gran mayoría de los Estados del planeta han ratificado.

<sup>1</sup> Sin pretender llenar este artículo de números, baste decir que si todos los habitantes de la tierra fuésemos tan sólo 100, en vez de los más de 7.000.000.000 (7 mil millones) que somos, tendríamos un panorama más o menos similar a este con respecto a algunos aspectos:

*43 personas no tienen sanidad básica.*

*18 viven sin una fuente de agua potable*

*6 personas poseen el 59 por ciento de las riquezas de la comunidad*

*13 están hambrientos o desnutridos*

*14 no saben leer y sólo 7 tienen una educación de nivel secundario*

*18 luchan para sobrevivir con un dólar por día ..... o menos*

*53 luchan para sobrevivir con dos dólares por día o menos*

*Una tercera parte de la población no tendría acceso al agua potable, y de los 67 adultos de la villa, la mitad (la mitad!!) sería analfabeta.*

Estos alarmantes datos, y varios más, se obtienen del sitio web: [www.miniature-earth.com/me\\_spanish.htm](http://www.miniature-earth.com/me_spanish.htm) y se encuentran actualizados a comienzos de este siglo. Para visualizar estadísticas completas, pueden verse los distintos informes sobre desarrollo humano elaborados por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). El sitio web donde se pueden encontrar es: <http://www.undp.org/spanish/>

<sup>2</sup> Por cierto, se trata de una estipulación basada en diversas razones. La fundamental, es que la discusión se presenta en un encuentro de derecho internacional y es la posición mayoritaria sostenida doctrinaria y jurisprudencialmente por esta rama del derecho. Por tanto, no se consideran los derechos humanos como derechos morales, derechos naturales, etc. Sobre esta elección, ver CARRÍO, 1990, 23.

En dichas normas se encuentra reconocida la obligación de respetar los derechos humanos y, frente a su violación, la de reparar tal situación.

La idea de “reparación” presupone, sin embargo, la violación de dichos derechos. La reparación opera *ex-post*, es decir cuando la violación ya se ha visto realizada de alguna manera<sup>3</sup>. Es claro y deseable, en cambio, que los derechos humanos deben ser protegidos, principalmente, *ex-ante*, es decir se deben articular todos los medios posibles para que las violaciones no se produzcan, para prevenirlas. En este sentido, hablar de reparación no deja, por tanto, de mostrar un cierto “fracaso” en relación con la causa y la defensa de los derechos humanos<sup>4</sup>, fracaso avalado, lamentablemente, por una realidad que supera las palabras, las normas, las utopías y que muestra que ella, tanto a nivel universal, regional o en los estados naciones, es fuertemente violatoria de los derechos humanos: basta ver las noticias en los informativos de la televisión, leer los diarios o simplemente caminar por las ciudades en que vivimos. Además, con ello apenas vemos lo que podría llamarse “la punta del iceberg”. Esta realidad, que contrasta con el inmenso avance en la protección normativa de los derechos humanos y la aparición de órganos encargados de protegerlos y hacerlos cumplir, quizás, explica y justifica la fuerte evolución -en algunos aspectos sólo formal- que ha tenido, en los últimos tiempos, el tema de las reparaciones en relación con las diferentes y muy variadas formas de violación de los derechos.

Antes de comenzar el análisis de la problemática vinculada con las reparaciones en el derecho internacional de los derechos humanos, conviene diferenciar los ámbitos en que se enfocará la cuestión de otros similares, ya que puede confundirse la problemática si no se aclara debidamente la diferencia. En efecto, existe una fuerte doctrina y jurisprudencia dentro del derecho internacional que se podría calificar como “puro” en el que se ha trabajado<sup>5</sup> y trabaja en la conceptualización y determinación del campo de

<sup>3</sup> Pueden pensarse formas de reparación vinculadas con situaciones donde la violación del derecho no llegó necesariamente a concretarse (al menos en algún sentido), pero es claro, a su vez, que incluso en estos casos -en alguna forma- ya existe un menoscabo al derecho -la amenaza, por ejemplo- que comporta, en si misma, una violación de un derecho y por tanto la reparación sigue operando *ex-post*.

<sup>4</sup> Esto no significa en absoluto, por cierto, una crítica a las reparaciones ya que ellas tienen una importante función porque evitan, compensan o “palian”, en principio, sufrimientos ocasionados por violación de derechos humanos que sin ellas serían aún mayores para las víctimas.

<sup>5</sup> La tesis clásica del Derecho Internacional en relación con la responsabilidad (que deriva en los diferentes tipos de reparaciones) puede verse reflejada por la Corte Internacional de Justicia en el Caso *Fabrika Chorow* (sentencia del 27 de Julio de 1927) en la que sostuvo “*es un principio del derecho internacional (léase una concepción general del derecho) que toda violación de un compromiso internacional implica la obligación de reparar de una forma adecuada*”. Se está pensando en la responsabilidad del Estado, quien responde por un “acto ilícito” (con independencia de la voluntad del Estado y sus agentes) y en tal sentido debe reparar, pero es una relación de Estado a Estado.

las “reparaciones” que, si bien tocan en forma *directa* o *indirecta* el ámbito del derecho internacional (y regional) de los derechos humanos, pertenecen a una categoría de análisis diferenciable y sobre la cual no me concentraré en este escrito<sup>6</sup>. Es decir, no trabajaré la cuestión de las reparaciones en el derecho internacional a secas, sino exclusivamente en relación con el derecho internacional de los derechos humanos.

Además, y ya en un campo más concentrado cabe distinguir entre el *derecho internacional de los derechos humanos* “*propriadamente dicho*”, del *derecho humanitario* y del *derecho penal internacional* que, si bien se vinculan y relacionan en forma estrecha, comportan ámbitos jurídicos diferenciados y que hoy bien pueden separarse. Me concentraré, exclusivamente, en el primero de los citados, el derecho internacional (y regional) de los derechos humanos<sup>7</sup>.

En el punto siguiente analizo, en forma breve, muchos de los principales problemas relacionados con las reparaciones en el derecho universal y regional de los derechos humanos, para en el punto III formular algunas conclusiones personales y plantear algunas dudas sobre este tema de tanta actualidad e interés.

---

Afirma NASH (2004, 11) sobre la diferenciación entre las esferas de análisis, lo siguiente: “*Conforme esta apreciación del profesor Virally, que compartimos plenamente, podemos comprender la naturaleza diversa de la responsabilidad por violaciones a los derechos humanos en el campo internacional, donde los elementos básicos de la responsabilidad cambian; sus sujetos y el objeto final de ésta y, en especial, su fundamento.*

*En efecto, la relación de la responsabilidad ya no se encuentra más definitiva por una relación entre Estados, sino que los sujetos son el Estado, con la obligación de respetar dichos derechos y libertades fundamentales y los individuos, con la posibilidad de exigir su cumplimiento ya no como una mera concesión del Estado, sino como una obligación de éste. Incluso, podemos afirmar que existe una relación triangular, donde se relacionan el Estado obligado, los súbditos y todos los demás Estados como garantes del respeto a los derechos humanos.*

*Asimismo, podemos observar que el objeto de protección cambia, ya no simples obligaciones entre los Estados, sino que el objeto de protección son las personas, por lo que la responsabilidad del Estado es absoluta a su respecto y no puede verse disminuida ni agotada por la mera voluntad de uno de los sujetos de la obligación”* (nota de pie omitida).

<sup>6</sup> Para una visión de la cuestión de las reparaciones desde la óptica del derecho internacional, todos los tratados y manuales de derecho internacional lo trabajan. Ver, por ejemplo, CONFORTI (1997, 386 y sgtes.), MALANCZUK (1997, 269/70) o SHEARER (1994, 275 y sgtes.).

<sup>7</sup> Para una detallada distinción entre estos tres campos, en relación con la obligación de reparar, con las víctimas y las modalidades de reparación en cada una de las tres esferas mencionadas, remito a lo dicho en el prolijo artículo de PEREZ-LEON ACEVEDO (2007).

## II. ALGUNOS ASPECTOS PROBLEMÁTICOS

Las cuestiones a tratar sobre las reparaciones en el campo del derecho universal y regional de los derechos humanos son variadas y complejas, a más de comprender algunos puntos conflictivos. Presentaré solamente aquellos que considero que me han parecido mas relevantes.

### a) La “conceptualización” de reparación

Se parte de la idea basada en el sentir “popular” y en el derecho privado de la mayoría de los ordenamientos que entiende que “*quien ocasiona un daño debe resarcirlo o repararlo*”<sup>8</sup>. Sin embargo, en el campo del derecho internacional de los derechos humanos se presentan algunas particularidades que conviene señalar. En primer lugar, cabe manifestar que el término “reparaciones” (*reparations*, en inglés) se asemeja al de “remedios” (*remedies*, siempre en inglés), los que cuesta diferenciar.

En efecto, con la palabra “*remedies*” se pueden entender dos conceptos disintos: 1) el *procedimental*, con el que se entienden los diferentes *procesos* en virtud de los cuales es posible reclamar frente a violaciones de derechos humanos y decidir al respecto tanto mediante tribunales como por otros organismo públicos u otros órganos y 2) el *sustancial*, que se refiere al *resultado de los procedimientos*, es decir al efectivo reconocimiento de la compensación para los reclamantes que han visto violados sus derechos humanos (Shelton, 2005, 7). La misma “dualidad” vale en relación con el término “*reparations*” (reparaciones) en tanto se entiende que pueden significar tanto el acto o proceso de proveer un remedio o bien el remedio en sí mismo<sup>9</sup>.

Con independencia de lo dicho, el uso de este término (reparación) se afianza igualmente en el campo del derecho internacional de los derechos humanos y en forma más notable en el ámbito regional americano. Se entiende, entonces, con el mismo *los diferentes métodos y formas mediante las cuales los Estados* -y sólo los Estados en razón de lo dispuesto por el

<sup>8</sup> Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dice expresamente “*Es un principio de Derecho Internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente*” (Pto. 98 de la Sentencia del Caso Kimmel c. Argentina (2 de Mayo de 2008). Esta afirmación se viene formulando desde los comienzos de la jurisprudencia de la Corte (v. Caso Velazquez Rodriguez c. Honduras del 21 de Julio de 1989, párrafo 25 y se repite en muchos casos. Ver, por ejemplo, ya más reciente, el Caso Albán Cornejo y otros c. Ecuador del 22 de Noviembre de 2007, párrafo 138 o el Caso del Pueblo Saramaka, del 28 de Noviembre del 2007, párrafo 131.

<sup>9</sup> “..... *reparations can mean either the act or process of providing a remedy or the remedy itself. There is a tendency to use ‘reparations’ as the generic term for the ‘various methods available to a State for discharging or releasing itself’ from international responsibility*”, J. DE ARECHAGA “*International Responsibility*” citado en SHELTON (2005, 7).

derecho internacional- *reparan o compensan el incumplimiento de las normas del derecho internacional* (posición del derecho internacional<sup>10</sup>), pero también puede incluir *todos los actos que sirven para compensar el daño producido a individuos por violación de derechos humanos, como la restitución, la compensación, la satisfacción o las garantías de no repetición* (posición genérica del derecho internacional de los derechos humanos). Algunos usan el término para referirse, exclusivamente, a la *compensación pecuniaria frente a la violación de derechos humanos* (posición restricta del derecho internacional de los derechos humanos).

También se distingue entre dos *contextos* diferentes en relación con el uso del término “reparaciones” (De Greiff, 2006a, 452). Uno de ellos es:

**1)** el *jurídico* en general y el del derecho internacional en particular, en el que el término es usado en un *sentido amplio* para referirse a todas las diferentes medidas que pueden ser empleadas para compensar los distintos tipos de daños que las víctimas pueden haber sufrido como consecuencia de ciertos actos ilícitos. En relación con esta posición, se presentan las distintas formas de reparación ya citadas, que se concentran principalmente en:

1. La *restitución*, que tiende a intentar reestablecer la situación en que se encontraba la víctima antes de la violación de su derecho.

2. La *compensación*, que son las diferentes medidas que persiguen reparar, mediante una forma de “cuantificación” del daño sufrido que no solamente se concentra en las eventuales pérdidas económicas que pueden haberse presentado, sino que también se analizan los daños síquicos y mentales como así también el “daño moral<sup>11</sup>” (o daño inmaterial) derivante.

3. La *rehabilitación*, que son aquellas medidas que proveen asistencia social, médica, sanitaria y psicológica, como así también legal a la/s víctima/s.

4. Por último, se encuentran las *garantías de no recurrencia y de re-*

<sup>10</sup> La Corte Internacional de Justicia tiene dicho los siguiente “*El principio general que está implícito en el concepto de acto ilícito (...) es que en la medida de los posible, la reparación debe anular todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que probablemente hubiera existido de no haberse cometido dicho acto. Restitución en especie o, si ello no es posible, pago de una suma equivalente al valor que tendría la restitución en especie, otorgamiento de ser necesario, de una indemnización por los daños sufridos que no hayan sido reparados por la restitución en especie o por el pago en efectivo: tales son los principios que deben servir para determinar el monto de una indemnización por un acto contrario al derecho internacional*” en el Caso *Fábrica Chorzow*. Serie A. N° 17, párrafo 47 (1928).

<sup>11</sup> Según su vieja y tradicional forma de presentarse, aun cuando ahora se empieza a hablar de “daño inmaterial” u otros términos que se refieren a este concepto surgido inicialmente en el derecho privado. En el ámbito del sistema interamericano, la Corte habría cambiado la terminología en el caso “Cantoral Benavides” del año 2001 (v. BAZÁN, 2009, 11).

*paración simbólica* que son muy amplias, por ejemplo medidas que comportan la cesación de los actos de violación, la verificación de los hechos, pedidos oficiales de disculpas y perdón, la búsqueda de la verdad de los hechos para reestablecer la reputación y dignidad de las víctimas como así también la aplicación de sanciones judiciales o administrativas a quienes perpetraron las violaciones y también modificaciones legales o institucionales.

El otro contexto, más restringido, al que suele referirse con el término “reparaciones” (De Greiff, 2006a, 453) se vincula con:

**2) el diseño o establecimiento de programas** que establecen medidas generales de reparación con cobertura precisamente general, en particular frente a violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos. Los casos de programas, con independencia del juicio u opinión sobre ellos que se tenga al respecto, en Alemania o en Argentina frente al nazismo o al terrorismo de estado, respectivamente, serían unos de los tantos ejemplos disponibles. Es decir, “reparaciones” se refiere al intento de proveer beneficios directamente a las víctimas de ciertos tipos de crímenes<sup>12</sup>.

En este escrito me concentro, fundamentalmente, en relación con el primer contexto del término “reparaciones”, que se vincula más estrechamente con los diferentes mecanismos de monitoreo existentes en el campo de los derechos humanos, aun cuando, por cierto, precisamente estos han tenido, en muchos casos, una fuerte influencia en la determinación del segundo contexto y viceversa<sup>13</sup>.

#### **b) Aspectos normativos.**

El tema de las reparaciones tiene reconocimiento normativo en el derecho universal y regional. En efecto, existen normas positivas que regulan, en forma directa o indirecta, las reparaciones en el derecho universal y regional de los derechos humanos. Presento algunas de las principales normas que tratan la cuestión:

*La Declaración Universal de Derechos Humanos*<sup>14</sup> en su Artículo 8 dice: “*Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley*”.

<sup>12</sup> El caso argentino está detalladamente trabajado en NINO (1997), que incluye, además, un primer capítulo con un análisis general de la cuestión.

<sup>13</sup> Para una visión completa de los diferentes mecanismos de protección de los derechos humanos ver VILLÁN DURÁN (2002) o STEINER-ALSTON-GOODMAN (2007, Capítulos 8 a 11).

<sup>14</sup> Aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de Diciembre de 1948. Desde 1994 tiene “jerarquía constitucional” en Argentina (Artículo 75 inciso 22 CN).

El *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*<sup>15</sup> en su artículo 2.3 señala “...Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquier otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial; c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”. El artículo 9.5 dice “.....Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación” que se vincula también con lo dicho en el artículo 14.

La *Convención Internacional sobre la Eliminación de las Formas de Discriminación Racial*<sup>16</sup> en su artículo 6 señala: “Los Estados Partes asegurarán a todas las personas que se hallen bajo su jurisdicción, protección y recursos efectivos, ante los tribunales nacionales competentes y otras instituciones del Estado, contra todo acto de discriminación racial que, contraviendo la presente Convención, viole sus derechos humanos y libertades fundamentales, así como el derecho a pedir a esos tribunales satisfacción o reparación justa y adecuada por todo daño de que puedan ser víctimas como consecuencia de tal discriminación”.

La *Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*<sup>17</sup> establece en su artículo 14: “1. Todo Estado Parte velará por que su legislación garantice a la víctima de un acto de tortura la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible. En caso de muerte de la víctima como resultado de un acto de tortura, las personas a su cargo tendrán derecho a indemnización. 2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a cualquier derecho de la víctima o de otra persona a indemnización que pueda existir con arreglo a las leyes nacionales”.

Estas son tan sólo algunas de las normas expresas del sistema universal, pero existen muchas otras que tocan directa o indirectamente la problemática<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de Diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de Marzo de 1976 y Argentina lo ratificó el 18 de Agosto de 1986. Desde 1994 tiene “jerarquía constitucional” en Argentina (Artículo 75 inciso 22 CN).

<sup>16</sup> Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 21 de Diciembre de 1965. Entró en vigor el 4 de Enero de 1969. Argentina la ratificó en el año 1968 y le otorgó “jerarquía constitucional” en 1994 (Artículo 75 inciso 22 CN).

<sup>17</sup> Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de Diciembre de 1984. Argentina la ratificó en 1986 y desde el año 1994 tiene “jerarquía constitucional” (Artículo 75 inciso 22 CN).

<sup>18</sup> Naciones Unidas realizó una serie de estudios e informes sobre el tema, entre los

En el ámbito del derecho regional de los derechos humanos encontramos también distintas normas que tratan la cuestión.

En relación exclusivamente con el sistema americano de derechos humanos se encuentra:

La Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>19</sup> que en su Artículo 10 establece: “*Derecho a la indemnización. Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial*”. En el artículo más referido al tema, el 63.1, dice “*Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada*”<sup>20</sup>.

Hay otras normas que también tratan la cuestión, como la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura<sup>21</sup> que en su artículo 9 dice: “*Los Estados Parte se comprometen a incorporar en sus legislaciones normas que garanticen una compensación adecuada para las víctimas del delito de tortura. Nada de lo dispuesto en este artículo afectará el derecho que puedan tener la víctima u otras personas de recibir compensación en virtud de legislación nacional existente*”.

Simplemente para completar el panorama regional, cabe manifestar que en el sistema europeo, que tiene un desarrollo menos “amplio” en este aspecto que su similar americano, existe igualmente la exigencia de una

---

que se destacan especialmente los de Theo VAN BOVEN y de Cherif BASSIOUNI. La Asamblea General, en el año 2005, aprobó (Resolución 60/147) los “*Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y a obtener reparaciones*”.

<sup>19</sup> Suscripta en la ciudad de San José, Costa Rica el día 22 de Noviembre de 1969. Argentina la ratificó en el año 1984 y desde 1994 tiene “jerarquía constitucional” (Artículo 75 inciso 22 CN).

<sup>20</sup> Sobre este artículo de la Convención y sus perspectivas, ha dicho, y comparto, García Ramírez (1999, 330) lo siguiente: “*Si hubiese que redactar una nueva convención americana, probablemente la norma correspondiente a reparaciones recibiría una formulación distinta de la que tiene, y acaso se distribuiría en más de un precepto. Habría que deslindar las medidas para evitar la violación de un derecho (medidas provisionales) de las consecuencias de la violación cometida (reparaciones), así como incorporar entre estas últimas las garantías en el goce –y ejercicio– de los derechos y libertades conculcados, y abarcar con fórmula muy amplia las diversas proyecciones de la reparación*”.

<sup>21</sup> Adoptada por la Asamblea General de la OEA en Cartagena de Indias, Colombia el 9 de diciembre de 1985. Entró en vigor en 1987. Argentina la ratificó el 31 de marzo de 1989.

*satisfacción equitativa* frente a la violación de derechos humanos<sup>22</sup>. A su vez se ha dictado la *Convención Europea sobre Indemnización de Víctimas de Crímenes Violentos* que establece la obligación de reparar cuando las normas aplicables hayan sido incorporadas en el derecho interno.

El sistema africano tiene también, en el artículo 27.1 de la Carta Africana una norma que regula, en forma genérica el tema<sup>23</sup>.

Con independencia de lo señalado en las normas *positivas* presentadas, cabe manifestar que la “*jurisprudencia*”<sup>24</sup> como así también una serie de otros documentos emanados de distintos órganos que controlan el cumplimiento de los derechos humanos, ha ampliado y reforzado el contenido de las normas señaladas<sup>25</sup>.

Además, en la actualidad puede decirse que los errores judiciales y la obligación de proveer recompensa por ello ya tienen categoría de “costumbre internacional” (*customary law*) y el campo de las reparaciones, desde allí, comienza a tomar cada vez más impulso<sup>26</sup>. Otros documentos (opiniones consultivas, observaciones generales, observaciones conclusivas, etc.) también consagran el derecho a un recurso efectivo, del que se hace derivar la obligación de reparar.

<sup>22</sup> En efecto, la *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* (adoptada por el Consejo de Europa el 4 de Noviembre de 1950 en Roma y que entró en vigor el 3 de septiembre de 1953) establece en su artículo 41 lo siguiente: “*Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Cotratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa*”. La jurisprudencia europea, al comienzo, prácticamente vinculó este artículo con indemnizaciones, pero a partir del año 1995 ha comenzado, gradualmente, a ser más receptiva en relación con formas de reparación no monetarias (SHELTON, 2005, 280-285).

<sup>23</sup> La *African Charter of Human and People's Rights* fue adoptada por la Organización de África Unida el 27 de Junio de 1981 en Nairobi, Kenya, y entró en vigor el 21 de Octubre de 1986.

<sup>24</sup> Entendida ella como el conjunto de decisiones que toman los órganos que monitorean el cumplimiento de los derechos humanos en relación tanto con esfera universal y regional y que se realiza en variadas formas.

<sup>25</sup> Por ejemplo, en el ámbito universal y en relación con lo que la doctrina da en llamar “*soft-law*”, encontramos muchas declaraciones, resoluciones y otros documentos que no se encuentran directamente en los tratados pero que incluso derivan de ellos que se refieren puntualmente al tema. Por ejemplo, en su Observación General N° 31 el Comité de Derechos Humanos entiende que, dentro de las obligaciones previstas por el artículo 2 del pacto se encuentra la de proveer una compensación por las violaciones realizadas tanto por los particulares como por los agentes estatales. Lo mismo han manifestado otros órganos de monitoreo como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (3ª Observación General) y otros.

Es importante señalar, por último, que la gran mayoría de las normas que regulan el tema de las compensaciones en el ámbito regional y universal de derechos humanos sitúan la misma en el ámbito de los sistemas legales nacionales.

### **c) Tipos de reparaciones**

Los diferentes sistemas de protección de los derechos humanos tienen sus modalidades reparatorias las que, en general, siguen las pautas dadas por el derecho internacional. Sin embargo, existen particularidades en cada uno de los sistemas que los caracterizan.

En el derecho internacional de los derechos humanos se han pensado muy diferentes formas de compensación o reparación frente a su violación. En efecto, los tipos son muy variados y comprenden categorías distintas. Ellas son, siguiendo el esquema de Shelton (2005, 255 y sgtes.<sup>27</sup>):

I. *Declaración de condena*, que es la forma más común de establecer la responsabilidad del Estado frente a una violación a los derechos humanos. La misma es decidida por alguno de los diferentes órganos que monitorean el cumplimiento de los mismos.

#### **II. Reparaciones no monetarias:**

a) Restitución y rehabilitación. La restitución, se sostiene, es el principio guía en relación con las reparaciones, ya que busca volver a la situación original antes de la violación. Obviamente no siempre se puede y, por cierto, no comporta excluir las otras formas de reparación como la indemnización. La rehabilitación es, en cierto sentido, una forma de restitución, ya que busca evitar el deterioro en la situación de las víctimas y otorgarles apoyo síquico y físico para que puedan volver a insertarse en su familia, comunidad y sociedad.

b) Satisfacción: es la necesidad que sienten las víctimas de conocer la verdad de los hechos que se vinculan con la violación y, además, que exis-

<sup>26</sup> Por ejemplo, afirma NASH (2004, 21) “A juicio de la Corte Interamericana, el artículo 63.1 de la convención ‘constituye una norma consuetudinaria que es, además, uno de los principios fundamentales del actual derecho de gentes tal como lo ha reconocido esta Corte (...) y la jurisprudencia de otros tribunales’ (...). En un fallo reciente, aplicando este criterio señala ‘Tal como ha indicado la Corte, el artículo 63.1 de la Convención Americana refleja una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del derecho internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados. De esta manera, al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado surge, de inmediato la responsabilidad internacional, con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias de la violación’. El caso citado es *Trujillo Oroza vs. Bolivia. Reparaciones*, párrafo 60 (2002), pero también esta posición se encuentra afirmada en muchos otros casos.

<sup>27</sup> Presento tan solo su esquema. En la obra citada hay una enorme cantidad de jurisprudencia y explicaciones sobre cada uno de los puntos analizados, a la que remito.

tan formas de “compensación” en relación con los perpetradores de los mismos.

c) Garantías de no repetición: se relacionan con el punto anterior y, en muchos casos, suponen la idea de juicio y eventual castigo a los violadores de los derechos humanos, a más de otras medidas.

La determinación de estas formas de reparación no monetarias es sumamente complicada y, en muchos casos requiere de un conjunto de medidas importantes y complejas, sobre lo que vuelvo más adelante.

### III. *Compensación.*

#### a) Daños pecuniarios.

1) Pérdida de vida y daños corporales.

2) Privación de libertad.

3) Pérdida o daño a la propiedad.

#### b) Daños no pecuniarios.

1) Empeoramiento de la vida y lesiones personales.

2) Violaciones procedimentales.

#### c) Proyecto de vida.

### IV. *Causalidad y presunto daño*<sup>28</sup>.

### V. *Puniciones o daños ejemplares.*

#### a) Responsabilidad empresarial.

#### b) Premios o castigos.

### VI. *Forzamiento a la realización de juicios.*

### VII. *Otros* (las violaciones sistemáticas y masivas y las reparaciones por injusticias históricas).

En lo que se refiere al *sistema interamericano*, tal como ya se señaló, el mismo se ha mostrado -en lo últimos años, aunque con un cierto freno desde el 2007 (Rey, 2009)- sumamente activo y creativo, en razón de un buen número de decisiones de sus órganos, en particular de la Corte, en la determinación de las formas de reparación frente a casos en los que han sido violados los derechos humanos protegidos regionalmente. Vemos el siguiente “muestuario” de reparaciones en relación con su jurisprudencia<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> Todo esto se vincula con el difícil problema de la valuación y el cálculo del daño que no he podido tratar aún. También con la medida del lucro cesante y el cálculo de los daños no pecuniarios y con la inflación, los intereses y los impuestos en relación con los daños.

<sup>29</sup> Ver LOIANNI (2007). Allí se presenta, para cada uno de los puntos analizados, la amplia jurisprudencia que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha ido gestando -en particular en los últimos años- sobre este tema aunque tan sólo llega hasta el año 2007. La actividad de la Corte sigue en pleno auge, y la cantidad de nuevas decisiones es notable. Puede consultarse el sitio web de la Corte:

I. Reparaciones “*stricto sensu*”, es decir las que persiguen la plena *restitución* del derecho que consiste en el reestablecimiento de la situación anterior a la violación. Esta sólo puede realizarse de no haberse producido la aniquilación del derecho o su completa desnaturalización.

II. Reparaciones *sustitutivas*, que comprenden las siguientes alternativas y que se relacionan, generalmente, con formas de indemnización que cubren tanto el daño material como el moral, cubriendo por tanto:

- a) indemnización a la víctima,
- b) indemnización a los parientes legítimos, en especial frente a la desaparición forzada de personas o bien la muerte de la víctima,
- c) indemnización a los parientes de hecho o que no tienen vínculos “hereditarios”, por ejemplo las uniones de hecho pero también a varias mujeres aceptando la poligamia<sup>30</sup>. Estas tres categorías se relacionan con el daño material, que supone compensar la pérdida o el detrimento de los ingresos, los gastos efectuados con motivo de los hechos y la consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con las violaciones.

III. Reparaciones *sustitutivas del daño material y moral (o inmaterial)*. Este tipo de reparaciones se encuentra con el difícil problema de la determinación precisa del daño, tanto el material pero incluso mucho más problemático, el “moral” (o “inmaterial”), vinculado con aspectos “extrapatrimoniales”. No existen, por tanto, criterios claros y definidos de cuantificación de este tipo de daño y por tanto la casuística, tal como suele suceder también en los ordenamientos nacionales, es variada y cambiante. En algunos casos, de todos modos, se ha usado la cuantificación del daño con fines “ejemplificadores”.

IV. Reparaciones *atípicas*. Estas pueden:

- a) exigir modificaciones en el derecho interno (por ejemplo, eliminación de normas contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos) o
- b) implementación de medidas legislativas o de otro carácter en el ordenamiento interno, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención o bien
- c) profundizar las investigaciones, identificación y sanción de los responsables, o
- d) la realización de un nuevo juicio,

---

www.corteidh.or.cr . Una recopilación temática completa puede verse en Nash (2004), obra que ha sido actualizada en el año 2009 en una segunda edición. Ver también BAZÁN (2008).

<sup>30</sup> Este se dio en un caso particularmente novedoso, y citado, que es el de la Corte Interamericana *Aloeabete y otros c. Surinam, Reparaciones* del 10 de septiembre de 1993.

- e) una disculpa pública (por parte del Estado) que tiene por fin la admisión de su responsabilidad -en el grado que fuere- en los hechos, pero también una fuerte compensación simbólica dirigida a las víctimas y a la comunidad toda,
- f) la publicación de la sentencia o
- g) la realización de cursos de educación en derechos humanos (por ejemplo, para las fuerzas de seguridad, que en muchos casos en Latinoamérica desconocen los principios básicos en materia de derechos humanos),
- h) la construcción de monumentos, que pueden ser conmemorativos de alguna tragedia, o bien adaptar uno ya existente pero relacionarlo con las víctimas. También imponer el nombre de una víctima a una plaza o una calle,
- i) la realización de otras construcciones (por ejemplo un dispensario o bien un centro educativo),
- j) la realización de un tratamiento médico psicofísico a las víctimas, en forma completamente gratuita y como complemento de las reparaciones de tipo patrimonial o
- k) la delimitación de tierras, vivienda o programas habitacionales, vinculado fundamentalmente con las comunidades aborígenes. También se ordena:
- l) el mejoramiento en las condiciones de detención ya que, como es sabido, los establecimientos carcelarios suelen presentar en el continente americano condiciones completamente inaceptables para los detenidos o
- m) la eliminación de registros de antecedentes penales, o
- n) la entrega de información o, incluso,
- o) el reingreso al trabajo si ello fuera posible (sin perjuicio de las indemnizaciones que correspondieren). También se puede, por último:
- p) considerar a la misma sentencia como una reparación en sí misma.

Sobre la importancia de las reparaciones de tipo no material (simbólicas y demás) vale transcribir las palabras de Antonio Cancado Trindade en su voto razonado en el caso “Niños de la Calle (Villagran Morales). Reparaciones”, Sentencia del 26 de Mayo de 2001, Serie C, N° 77, en su párrafo 37 donde dice:

*“El día en que la labor de determinar las reparaciones debidas a las víctimas de violaciones de derechos humanos fundamentales se redujese exclusivamente a una simple fijación de compensaciones en la forma de indemnizaciones, ya no se necesitaría del conocimiento pacientemente adquirido, asimilado y sedimentado a lo largo de años de lecturas, estudios y reflexión: para eso bastaría una máquina calculadora. El día en que esto*

*ocurriese, - que espero nunca llegue, - la propia labor de un tribunal internacional de derechos humanos estaría irremediablemente desprovista de todo sentido. El artículo 63(1) de la Convención Americana, por el contrario, posibilita, y requiere, que se amplíen, y no se reduzcan, las reparaciones, en su multiplicidad de formas. La fijación de las reparaciones debe basarse en la consideración de la víctima como ser humano integral, y no en la perspectiva degradada del homo oeconomicus de nuestros días”.*

Coincido con esta frase y creo que, efectivamente, el concepto de reparación integral presupone formas muy variadas de remedios, y muchos de ellos bien diferentes a la común reparación económica.

En definitiva, los sistemas parece que empiezan a pregonar cada vez con más fuerza y convicción la idea de reconocer una mayor “integralidad”, es decir una “reparación integral” que cubra y abarque la totalidad de los daños inflingidos y no solamente aspectos materiales o pecuniarios.

De lo expuesto en este punto, cabe comentar uno de los aspectos más problemáticos relacionados con el cumplimiento de las sentencias (o resoluciones) que buscan la “reparación integral” y que por tanto no se quedan, exclusivamente con la orden de entregar sumas de dinero para compensar el daño sufrido por la violación de los derechos humanos.

Al respecto, siguiendo la experiencia del sistema interamericano de derechos humanos, vemos que cuando se ordenan indemnizaciones, los Estados tienden a cumplir bastante rápidamente con la decisión (fundamentalmente de la Corte Interamericana), mientras que cuando se ordenan, en cambio, las llamadas también “medidas de satisfacción”, determinadas en relación con la especial relevancia del caso y la gravedad de los hechos, el comportamiento de los Estados es mucho más remiso y, además, se presentan dificultades que podrían calificarse de “objetivas” en relación con el cumplimiento de la sentencia. En efecto, cuando la Corte ordena este tipo de medidas -que no comportan obligaciones de *dar* (como las indemnizaciones) sino obligaciones de *hacer*, se pueden generar inconvenientes si la sentencia o resolución no es suficientemente clara (aunque debe tenerse presente que a veces no pueden serlo). Por ello, debe tenerse presente lo siguiente:

a) La resolución de ejecución tendría que afirmar con precisión cuál es la entidad que esté en mora de cumplir la sentencia.

b) Algunas obligaciones de hacer, si bien son exigibles, no pueden ser ejecutadas de inmediato, como por ejemplo la obligación de investigar, juzgar y sancionar o la de identificar a otras presuntas víctimas. Por tanto, se debe pensar en un “plazo razonable” al momento de establecer estas reparaciones.

c) Las directivas deben ser claras, expresas y exigibles, pero hay algunas órdenes que dejan un margen de interpretación y concertación del Estado con los representantes de las víctimas y que por tanto no puede ser

ordenadas con tanta claridad, como por ejemplo la construcción de monumentos o la elaboración de placas conmemorativas, etc.

d) Hay problemas relacionados con quién (o quiénes) se encuentra legitimado para exigir el cumplimiento. Un ejemplo: ¿Son sólo los familiares de las víctimas reconocidas o también los familiares de quienes aún se está en búsqueda de sus restos mortales?

e) Hay sentencias que disponen obligaciones de hacer no determinadas (al menos en todos sus aspectos) como por ejemplo la construcción de monumentos, elaboración de placas, la realización de un acto de reconocimiento de responsabilidad sobre las que un juez no puede dar una orden porque también depende de la opinión de las víctimas o sus familiares y la decisión del Estado.

Por tanto, sólo en pocas ocasiones se puede dar cumplimiento a este tipo de sentencias en los plazos establecidos. Ello se debe, también, a más de las razones presentadas, a la existencia de otros problemas prácticos, tales como por ejemplo:

1) Dificultades frente a la realización de un acto público de reconocimiento de responsabilidad presidido por “altas autoridades” estatales: ¿Cuáles son estas autoridades? Puede sostenerse que sólo el Presidente o también puede ser el Vicepresidente, los ministros u otros funcionarios.

2) Frente a la construcción de monumentos: si se consulta con los familiares, lo que parece razonable, esto genera un “retardo injustificado” a más de que no es fácil lograr un consenso entre ellos y posteriormente el acuerdo con el Estado.

3) Cuando se ordenan planes de vivienda aparecen dificultades jurídicas y prácticas en su implementación, debido a la variedad de alternativas posibles para ello.

4) Frente a tratamientos médicos y psicológicos “especializados”, ellos, en ciertas circunstancias -por su misma naturaleza- no puede iniciarse “de inmediato”.

En conclusión, todavía deben perfeccionarse las decisiones en materia de reparaciones no pecuniarias y aun cuando ello suceda, muchas no van a poder ser ejecutadas de inmediato por su misma naturaleza<sup>31</sup>.

#### **d) Los “sujetos” de las reparaciones**

Aquí cabe visualizar quiénes son los sujetos titulares “activos” o beneficiarios de las reparaciones y su contracara los sujetos titulares “pasivos” u obligados en relación con ellas.

<sup>31</sup> Ver ACOSTA LOPEZ y BRAVO RUBIO (2008), a quienes he seguido en esta parte.

Es importante reflejar, anticipadamente, que la idea de “reparación” surge, se basa y tiene (o debe tener) un carácter *compensatorio* para la o las víctimas de una violación de derechos humanos pero no, en cambio, un carácter “necesariamente” *punitivo* en relación con el victimario o quien produjo el daño o hecho ilícito.

La cuestión punitiva, de todos modos, puede suceder –y de hecho sucede ya que está prevista en casi todos los ordenamientos– en particular como efecto, precisamente, compensatorio para las víctimas.

En lo que se refiere a los sujetos activos aquí cabe distinguir dos aspectos. Uno en referencia con quién puede efectuar el reclamo o pedido de reparación y otro es el de quién puede ser reparado. Generalmente puede haber coincidencia, pero no necesariamente.

La “víctima” es, siempre que aún se encuentre en vida, la beneficiaria de la reparación. Ella es la persona que, individual o colectivamente, sufre un daño. Pero también pueden ser consideradas víctimas, y por tanto beneficiarios de la reparación, los miembros de la familia<sup>32</sup>, sus sucesores o incluso otras personas que hayan sufrido por el daño, como pueden ser los dependientes o bien toda una comunidad (piénsese en el caso de las comunidades indígenas).

Con respecto a quién puede reclamar la reparación, a más de los beneficiarios hay que visualizar cada sistema de protección. El sistema universal, como el europeo, es más rígido en relación con las personas que pueden denunciar y reclamar de lo que es el sistema interamericano de protección de los derechos humanos (esto con respecto a la posibilidad de denunciar ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>33</sup>).

Otra cuestión es la que se vincula con *quienes son los responsables de las violaciones de los derechos humanos*. Las reparaciones apuntan a proteger y compensar principalmente a la víctima y se despreocupan, a veces, del violador del derecho humano. Por tanto, si bien debe tenerse presente que en materia de derechos humanos, y en particular en lo que se refiere a las reparaciones, es clave considerar el tema desde la óptica de la víctima y no desde la del sujeto que realiza el daño, tal como sucede, en cambio, en relación con el derecho privado y con el mismo derecho internacional “general”, esto no es para nada “pacífico” y puede problematizarse ya que dentro de la misma idea de compensación o reparación a la víctima se encuentra, claramente plasmado (e incluso aceptado) el hecho que para que dicha reparación pueda verse cumplida o satisfecha, la víctima necesita o exige una sanción, castigo o pena para el violador. Esto, entonces, lleva a la pro-

<sup>32</sup> Por ejemplo, así lo ha considerado el Comité de Derechos Humanos, Caso 186/87, *Cowan vs. Tesor Public* (1989)

<sup>33</sup> En efecto, puede hacerlo cualquier persona, grupo de personas u organización no gubernamental (art. 44 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Para llegar a la Corte, el acceso es más complicado y pasa por la Comisión.

blemática y fuerte discusión de quién es el responsable (material) de la violación de los derechos humanos y cuál es el margen de “libertad” que tienen las personas para realizar sus conductas junto con las razones que los llevan a actuar de una forma u otra. La respuesta “ortodoxa” sobre la responsabilidad por la violación de los derechos humanos desde el derecho internacional sigue siendo, aun cuando empiezan cada vez más a ampliarse los sujetos -en particular por el derecho penal internacional y otros cambios que florecen en el derecho en los tiempos actuales- sólo los Estados. Es claro, sin embargo, que esta posición formal debe repensarse en varios sentidos.

El principal, para hacer responsables de las obligaciones a sujetos distintos que hoy se encuentran fácilmente excluidos y que son quienes definen, en muchos casos, las políticas y acciones que generan fuertes vulneraciones en el campo de los derechos humanos. Baste pensar en la situación de hambre, pobreza e indigencia generada por políticas públicas, económicas y demás, que no permiten hacer responsables a quienes las idean, planifican y ejecutan. Además, desde el punto de vista “ético” (y la ética está indisolublemente unida con los derechos humanos), es una afrenta, una violación abierta a esa visión, el hecho que no haya responsables concretos -salvo las entelequias estatales- frente al hambre mientras al lado existe opulencia. Creo que esto se asemeja a la problemática de la esclavitud, que nadie veía como escandalosa, y hoy sí y está claramente prohibida, con independencia de sus formas modernas, que pueden hasta ser peores realmente pero no formalmente. Esto sucederá, o debería suceder, con el hambre y otras violaciones abiertas a los derechos humanos que no tienen “responsables” jurídicos concretos. Esto se solucionaría con una evolución ética que fomente también la aparición de “deberes humanos” que hoy se encuentran poco desarrollados.

El otro sentido al que me refería es el que plantea que deben verse las *reales* causas que generan las conductas de cada uno de los seres humanos. Esto plantea la pregunta en relación con las razones que nos llevan a actuar y su vínculo con la “responsabilidad”, para cuestionarnos si nuestras conductas responden a nuestro real (o formal) “libre albedrío” (libre elección) o bien, en cambio, en el otro extremo del planteo, los seres humanos ya nos encontramos determinados desde el momento mismo del nacimiento y el contexto social, económico, cultural ya condiciona -y sigue condicionando- una serie de actos que nos vuelven, prácticamente, irresponsables. Obviamente, el derecho en general y el de los derechos humanos en particular se mueve, casi exclusivamente, sobre la base de concepciones cercanas a la idea de “libre albedrío” y, como consecuencia de ello, con la idea de que todos los seres humanos son, en principio, responsables de sus actos. Creo que en las realidades que vivimos, con fuerte incumplimiento de los derechos humanos, con falta de igualdad real de oportunidades, con la pobreza y la indigencia extrema que abunda en nuestras sociedades, esta visión debe empezar, en alguna forma, a replantearse, y con ello se pueden “justificar” incluso la exención de penas o castigos a los directos responsa-

bles de algunas violaciones, pero no a los Estados ni tampoco las compensaciones. Este, de todos modos, no parece el lugar adecuado para profundizar tan compleja cuestión, aunque considero interesante dejarla soslayada.

En cuanto a los sujetos pasivos, en el sentido de quién es el responsable directo de la reparación, en la óptica del derecho internacional y regional de los derechos humanos sigue siendo, hoy, el Estado. Esto no quiere decir, por cierto, que sea éste el que realiza la conducta, pero en él recae la responsabilidad de hacer cumplir, respetar, promover y garantizar los derechos humanos e intervenir cuando ello no sucede.

#### e) Temas varios

Los aspectos que quedan por analizar son muchos. Me concentraré en algunos pocos que considero más relevantes en forma muy breve. Ellos son:

I. *Los tipos de obligaciones de los Estados en relación con la exigencia de reparación.* Si se concluye que el Estado es el responsable de la reparación, en forma directa o indirecta, cabe cuestionarse cuándo opera esa responsabilidad y, también, sobre la base de qué criterios se formaliza. Sabemos que los Estados tienen distintos tipos de obligaciones, conforme a la normativa del derecho internacional y regional de los derechos humanos. Seguramente ellas son tanto *previas* (de protección y prevención) como *posteriores* a la violación, como así también que existe tanto la responsabilidad *directa* (cuando quienes violan los derechos son los mismos agentes estatales) como *indirecta* (quienes violan son privados) pero el Estado debe o bien prevenir o actuar, frente a *toda* violación, en consecuencia con lo dispuesto en las normas tuitivas de los derechos humanos. El Estado tiene, a más de una obligación de respeto y una obligación de garantía, otra serie de obligaciones que le generan obligación de reparar.

II. *La autonomía de la voluntad, la mediación o arbitraje y las transacciones en relación con las reparaciones.* Sabemos que en el derecho internacional y también en los diferentes mecanismos de monitoreo de los derechos humanos suelen alentarse las formas de mediación<sup>34</sup> o bien de soluciones

<sup>34</sup> Por ejemplo, en la Opinión Consultiva Número 17 sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dice lo siguiente, en su punto 135: "*Justicia alternativa: Las normas internacionales procuran excluir o reducir la "judicialización" de los problemas sociales que afectan a los niños, que pueden y deben ser resueltos, en muchos casos, con medidas de diverso carácter, al amparo del artículo 19 de la Convención Americana, pero sin alterar o disminuir los derechos de las personas. En este sentido, son plenamente admisibles los medios alternativos de solución de las controversias, que permitan la adopción de decisiones equitativas, siempre sin menoscabo de los derechos de las personas. Por ello, es preciso que se regule con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos en los casos en que se hallan en juego los intereses de los menores de edad*" [nota omitida].

amistosas cuando existen controversias entre las partes. Mi cuestionamiento aquí es si este tipo de mecanismos (mediación, arbitraje, transacciones o soluciones amistosas) no puede lesionar, en algunos casos, la idea no digo de reparación -ya que se supone que la víctima, que es la directamente interesada está consintiendo, presumiblemente en condiciones aptas para ello- sino la idea y la concepción de los derechos humanos mismos que deben tener, en principio, un carácter general y de tendencia universal. Es decir, me cuestiono si todos estos mecanismos en ciertas circunstancias no pueden ser incompatibles con los principios de los derechos humanos y sus señaladas como características salientes (universalidad, inalienabilidad, etc.). Al respecto pienso en que no siempre debe prevalecer la voluntad de las partes<sup>35</sup> ya que, al menos en algunos casos, los derechos humanos, sus normas y sus principios deben estar, como regla, por encima de la voluntad de las partes. Me permito citar, sobre un aspecto diferente pero que guarda similitud con lo planteado, a Grosman (2008, 150) que, tomando la cuestión de un trabajo de dos autores norteamericanos, Simon y Babel, sobre los litigios estructurales, dice lo siguiente: *“Los mediadores no son como los padres o los amigos, pero tampoco son como los jueces. Para los mediadores, lo que importa es qué prefiere cada parte y cómo se pueden amoldar esas preferencias de forma tal que se arribe a una solución mutuamente satisfactoria. La función de mediador no es hacer efectivos los derechos, sino ayudar a las partes a llegar a un acuerdo. Los derechos, en este contexto, son meras restricciones de fondo: los contornos del campo de batalla donde las preferencias se trenzan”*. Por ello, no creo que la idea de reparación, en tanto originada en lo dispuesto en los derechos humanos reconocidos por las normas internacionales y regionales, pueda quedar siempre a la mera determinación de las partes. Esto, con independencia de la activa participación que ellas pueden -y deben- tener para buscar una solución a la controversia de que se trate. Es decir, es razonable estimular y fomentar la libre voluntad y los acuerdos por distintas razones, pero sin embargo existen límites a ellos que están dados por el marco que fijan los derechos humanos. Esto también porque si bien la reparación tiene como fin fundamentalmente a las víctimas, ella tiene, a su vez, un efecto ejemplificador y de cumplimiento del derecho que supera -en algunos casos- la persona de las víctimas e involucra a toda la sociedad. Por cierto, debe verse caso por caso para determinar cuándo pueden acordarse algunos aspectos y cuándo no<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> *“No prevalece la voluntad de las partes, que corresponde a una decisión privada, sino la voluntad tutelar de los derechos humanos”* (GARCÍA RAMÍREZ, 1999, 333)

<sup>36</sup> Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, parece tomar una posición distinta, ya que en el Caso *de la Masacre de la Rochela c. Colombia* del 11 de Mayo de 2007 aceptó un “acuerdo parcial” entre los representantes de las víctimas y el Estado y por tanto no aceptó y dispuso medidas que tendían y buscaban el desagravio a la memoria de las víctimas y evitar la repetición de los hechos (ver párrafo 283).

III. *Otros*: Quedan varios aspectos interesantes por tocar. Por ejemplo, las diferencias en relación con que las reparaciones “domésticas” suelen perseguir el interés del individuo, el derecho internacional menos y la diferencia entre el trato en el campo internacional (o regional) con el interno, como así también entre las reparaciones individuales con las reparaciones masivas. Otro aspecto se vincula con el importante rol del Estado y con las particularidades de las reparaciones de acuerdo a las diferentes realidades estaduales, culturales, económicas, contextuales, etc. frente a la “universalidad” de las eventuales decisiones de los organismos internacionales o regionales. Esto también lleva a la cuestión de la determinación de qué son los derechos humanos y sus “niveles” de cumplimiento y respeto: mínimo o proporcional, la razonabilidad y sus criterios, universal o particular, por citar algunos puntos que serían interesantes para profundizar.

### III. CONCLUSIONES Y CUESTIONES ABIERTAS

Después de esta rápida descripción sobre muchos de los aspectos vinculados con las reparaciones en el derecho internacional de los derechos humanos quedan algunas certezas pero quizás muchos más interrogantes, lo cual creo positivo en vez de negativo ya que muestra que se trata de un tema complejo aún en desarrollo y abierto.

Un primer interrogante puede ser, precisamente el siguiente: ¿cuáles son las *causas del crecimiento* del tema en materia de reparaciones?<sup>37</sup> ¿Se debe a que hay más violaciones a los derechos humanos? Creo que el contenido de la pregunta puede ser, aunque suene paradójico, una respuesta aceptable. ¿O es porque hay más reclamos y los mismos son ahora acogidos? Esto también es razonable de pensar ¿O, razonando desde otra perspectiva, es que hay nuevos intereses económicos vinculados con la cuestión y los organismos que resuelven las reparaciones actúan en consecuencia? Creo que esta es una pregunta que, por lo visto hasta ahora, no permite una respuesta favorable. Sin embargo no tengo respuestas concluyentes sobre estos y los interrogantes que siguen<sup>38</sup>:

¿Cambia la idea de reparación frente a las “violaciones masivas y sistemáticas”? ¿Por qué?

¿Como juega lo individual y lo social en relación con la determinación de las reparaciones y el cumplimiento de los derechos humanos?

¿Quién o quiénes son los que merecen la reparación que establecen las normas de los derechos humanos? ¿Puede sostenerse que ellos se encuentran bien delimitados por los actuales estándares?

<sup>37</sup> Dice SHELTON (2005, 1) “*For all its revolutionary advances, however, human rights law only recently began to develop a coherent theory and still lacks a consistent practice of remedies for victims of human rights violations*”.

<sup>38</sup> Algunas de las preguntas formuladas se inspiran en SHELTON (2005, en especial en 3).

¿Qué distinciones pueden -o deben- hacerse en relación con las reparaciones entre el análisis de casos individuales de violación de derechos humanos y casos en los que ha habido una violación masiva y sistemática?

¿Siempre debe existir una compensación económica o pueden pensarse -excluyendo la económica- otros tipos de compensaciones más importantes que incluso la sustituyan?

¿Quién decide la reparación? ¿Pueden intervenir las víctimas y/o sus derecho-habientes en relación con la determinación de la reparación? ¿Qué ventajas y qué riesgos se corren con ello?

¿Hay criterios uniformes para determinar el monto y los mecanismos de pago de la reparación? ¿Sería deseable que los hubiese? ¿Por qué?

¿En qué casos la reparación debe involucrar el juzgamiento y castigo de los directos responsables de la violación? ¿Qué rol pueden jugar y juegan las víctimas en relación con este tema?

Si bien, tímidamente, se están empezando a reconocer reparaciones en el campo de los derechos sociales, la pregunta es: ¿Por qué la jurisprudencia (y la doctrina) hasta ahora ha reconocido, casi exclusivamente, el derecho a la reparación fundamentalmente tan sólo en relación con los derechos civiles y políticos? ¿Se debe sólo a una cuestión de regulación normativa o bien a factores ideológicos? ¿Es deseable que esto se revierta? ¿Por qué? ¿Hay diferencias “estructurales” y “sustanciales” entre los derechos civiles y políticos en relación con los derechos económicos, sociales y culturales?

Mi última impresión se relaciona con el comienzo al referirme a la situación actual del mundo y a las violaciones masivas, constantes y permanentes de los derechos humanos. Creo que el hecho que el tema de las reparaciones comporte un “boom” en este momento admite ser visto, como suele suceder, con el planteo sobre si el vaso con agua hasta la mitad está “medio lleno o medio vacío”. Es decir, cabe celebrar, sin dudas, el hecho que ahora se esté cada vez más avanzando (al menos así parece, más allá de algunos retrocesos) en materia de protección tanto normativa como jurisprudencial de los derechos humanos en general y de la cuestión de las reparaciones frente a su incumplimiento en particular. Esto influye, en cierta forma, para “frenar”, se supone, nuevas y futuras violaciones.

Pero, por otra parte, las reparaciones, como ya se dijo (y esto ocupa una buena parte de ver el vaso “medio vacío”) no sólo operan *ex-post*, es decir frente las violaciones, sino que -en el campo jurídico pero incluso en su acepción más general- también puede decirse que apuntan a remediar violaciones/injusticias de carácter principalmente *individual* (incluso cuando se resuelven casos de violaciones masivas siguen siendo una suma de casos individuales). El mayor “vacío” del vaso, justamente, se concentra en esto: la idea de los derechos humanos apunta (o debiera apuntar, y para mí esto es claro) no sólo a una protección *ex-ante*, sino también, y fundamen-

talmente, no a remediar violaciones o injusticias sino, en cambio, a apuntar a generar una *justicia general y estructural* que elimine, al máximo, las posibilidades de violaciones. No vamos en este sentido y en este camino en materia de derechos humanos, lamentablemente, ya que las diferencias, las desigualdades, las injusticias no sólo no decrecen sino que en algunos casos aumentan.

Por tanto, de ser así, puede decirse que hay “menos derechos humanos para todos” (más allá de las nuevas normas, los nuevos órganos, los muchos informes, las infinitas resoluciones y sentencias) y, el tema del “boom” de las reparaciones -muy bienvenido por diversas razones, como ya se dijo- puede funcionar, justamente, como un *distractor*, como una cortina de humo, como algo que sirve para tratar de tapar la evidencia: que cada vez hay más (o muchos) derechos humanos violados y por reparar (por ejemplo, personas con hambre, sin agua potable, sin vivienda, con grados altísimos de analfabetismo, tal como se mostró con los números iniciales de este escrito en la nota 2) y que -quizás- si bien cada vez se repara más (se dictan decisiones de reparaciones) al mismo tiempo los derechos humanos se cumplen menos. La ilusión de todos quienes estamos en el tema de derechos humanos es otra y se relaciona justamente con no tener que hablar de reparaciones, simplemente porque la violación no se produjo, pero esto es utópico e irrealizable, más allá de que puedan pensarse distintas formas de acercamiento.

Termino, entonces, con la seguridad de haber tocado muchos temas en un muy breve espacio que no me ha permitido, a su vez, detenerme en muchos de los aspectos tratados, y con la certeza, también, de que después de analizarlos me quedan aún más preguntas que respuestas, mucha mayor necesidad de discusión que antes, y advierto la necesidad de tratar este tema -clave- para poder encontrar un mundo con menos injusticia, con menos desigualdad, en definitiva con más derechos humanos para todos. Las reparaciones, dentro del campo de los derechos humanos, juegan seguramente un rol decisivo en la definición y determinación de cómo evolucionará el mundo y su derecho. Esperemos que sea para bien, y con cada vez más derechos humanos para todos los seres humanos.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA LOPEZ, Juana Inés y BRAVO RUBIO, Diana: *El cumplimiento de los fines de reparación integral de las medidas ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: énfasis en la experiencia colombiana* en Revista Colombiana de Derecho Internacional, N° 13 (Noviembre 2008), pp. 323-362.
- AGUIAR, Asdrúbal: *Derechos humanos y responsabilidad internacional del Estado* (Monte Avila Editores Latinoamérica, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 1997).

- BAZÁN, Víctor: *Las reparaciones en el derecho internacional de los derechos humanos, con particular referencia al sistema interamericano* Relato en la Sección de Derechos Humanos del XXI Congreso Argentino de Derecho Internacional "Dr. Enrique Ferrer Vieyra", Córdoba 1 a 3 de Octubre de 2009 de la Asociación Argentina de Derecho Internacional: <http://www.aadi.org.ar/actividades/Bazan.doc>
- CARRIÓ, Genaro R.: *Los derechos humanos y su protección. Distintos tipos de problemas* (Abeledo-Perrot, Bs. As. 1990).
- CONFORTI, Benedetto: *Diritto internazionale* (Ed. Scientifica, Napoles 1997, 5ª Edición).
- DE GREIFF, Pablo: *The handbook of reparations* (OUP, Oxford 2006).
- DE GREIFF, Pablo: *Justice and reparations* en De Greiff, Pablo (2006), Capítulo 12, pp. 451-477).
- FALK, Richard: *Reparations, international law, and global justice: a new frontier* en De Greiff, Pablo: Capítulo 13, pp. 478-503.
- GALDÁMEZ ZELADA, Liliana: *Protección de la víctima, cuatro criterios de la Corte Interamericana de derechos humanos: interpretación evolutiva, ampliación del concepto de víctima, daño al proyecto de vida y reparaciones* en Revista Chilena de Derecho, Vol. 34 N° 3, pp. 439-455.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio: *Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte InterAmericana de Derechos Humanos* en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, N° 3, Enero-Diciembre 1999, pp. 329-347.
- GELLI, María Angélica: *Las reparaciones simbólicas por la violación estatal de los derechos humanos* en Suplemento de Derecho Constitucional 2007 (febrero), pág. 67 y sgtes., La Ley.
- GROSMAN, Lucas S.: *Escasez e igualdad. Los derechos sociales en la Constitución* (Librería, Bs. As. 2008).
- LOIANNO, Adelina: *Evolución de la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones* en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Año 2007, N° 8, pp. 389-413.
- LÓPEZ ZAMORA, Luis A.: *Algunas reflexiones entorno a la reparación por satisfacción ante violaciones de normas de protección de derechos humanos y su relación con la teoría de la responsabilidad internacional del Estado* en American International Law Review, Vol. 23, N° 1, 2007, pp. 165-194.
- MALANCZUK, Peter: *Akehurst's Modern Introduction to International Law* (Routledge, Londres 1997, 7ª Edición).
- NASH Rojas, Claudio: *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Universidad de Chile/Centro de Derechos Humanos, Santiago 2004).
- NINO, Carlos S.: *Juicio al mal absoluto. Los fundamentos y la historia del juicio a las juntas del Proceso* (Emecé, Bs. As. 1997, traducción del in-

- glés de su original *Radical evil on trial*, Yale University 1996, de Martín F. Böhmer).
- PEREZ-LEÓN ACEVEDO, Juan Pablo: *Las reparaciones en el derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional* en *American International Law Review*, Vol. 23, N° 1, 2007, pp. 7-49.
  - REY, Sebastián Alejandro: *¿Retroceso en materia de reparaciones no pecuniarias? A propósito de las últimas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Ponencia presentada en la Sección de Derechos Humanos del XXI Congreso Argentino de Derecho Internacional “Dr. Enrique Ferrer Viera”, Córdoba 1 a 3 de Octubre de 2009 de la Asociación Argentina de Derecho Internacional.
  - RODRIGUEZ RESCIA, Victor M.: *Las reparaciones en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos* en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH)*, Vol. 23, Año 1996, pp. 129-150.
  - SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las reparaciones ordenadas y el acatamiento de los Estados* en *Los instrumentos de protección regional e internacional de los derechos humanos*, Memorias del Seminario, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos (México, Comisión Europea, Secretaría de Relaciones Internacionales, pp. 185-220).
  - SHEARER, I. A.: *Starke's international law* (Butterworths, Londres 1994, 11ª Edición).
  - SHELTON, Dinah: *Remedies in international human rights law* (OUP, Oxford 2005).
  - VILLÁN DURÁN, Carlos: *Curso de derecho internacional de los derechos humanos* (Trotta, Madrid 2002, Reimpresión 2006).
  - STEINER, Henry J., ALSTON, Philip y GOODMAN, Ryan: *International Human Rights in Context. Law, Politics, Morals* (OUP, Oxford 2007, 3ª Edición).

BLANCA

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

BLANCA

**XXI CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL  
“Dr. Enrique Ferrer Vieyra”**

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

**EVALUACIÓN DEL APRENDIZAJE:  
SISTEMA DE RESPUESTAS MÚLTIPLES  
Experiencia en la Facultad de Derecho de la Universidad de  
Buenos Aires. Asignatura Derecho Internacional Privado**

*LEARNING ASSESSMENT: MULTIPLE CHOICE SYSTEM.  
Experience in the School of Law of the Universidad of Buenos Aires.  
Subject on Private International Law*

*Relatora: Graciela Chalita\**

**RESUMEN**

La autora expone las dificultades de la implementación del método de respuestas múltiples como sistema de evaluación del aprendizaje, orientado a desarrollar facultades de observación, análisis, síntesis y abordaje de situaciones problemáticas. El método comporta una etapa de trabajo complejo del equipo docente, a fin de elaborar las consignas que permitan alcanzar los objetivos de la evaluación y otra etapa de explicación al alumno, destinada a vencer la resistencia al cambio. El resultado se evalúa como positivo en relación con el logro de objetivos específicos y permite una corrección rápida y exacta.

\* Profesora Adjunta Regular de la materia Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires y ex Profesora Titular de la materia Derecho Internacional Privado de la Universidad Nacional de la Patagonia.

**PALABRAS CLAVES**

Sistema de evaluación - Análisis - Método de respuestas múltiples.

**ABSTRACT**

The author explains the difficulties of implementing the method of multiple choice answers as a learning assessment system, oriented to develop the skills of observation, analysis, synthesis and approach of problematic situations. The method encompasses a stage of complex work by the teaching team in order to elaborate the instructions that lead to reach the assessment objectives, and another stage of explanation to the student, aimed at defeating the resistance to change. The result is assessed as positive in relation to the achievement of specific objectives and it allows a fast and accurate correction.

**KEY WORDS**

Learning assessment system - Analysis - Method of multiple choice answers.

La experiencia que he de analizar se ha desarrollado en cursos cuatrimestrales de la asignatura Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, ubicada entre el 3° y 4° año aproximadamente de la carrera de abogacía.

En esta oportunidad se circunscribe este relato a la experiencia realizada en el aula durante los últimos cuatro cuatrimestres en los que nuestro equipo de trabajo ha utilizado como sistema de evaluación la prueba de selección múltiple, más conocida para nosotros como prueba de *"multiple choice"*.

**Evaluación anterior**

El sistema de evaluación consistía hasta esa fecha en tres parciales individuales, dos de ellos escritos, a lo largo de la cursada. Las consignas siempre fueron numerosas (nunca menos de siete a diez preguntas por alumno) porque la finalidad docente, desde hace años, fue obtener del alumno respuestas concretas y no permitir el excesivo desarrollo de las mismas. Debemos aclarar este objetivo: nuestra tarea docente siempre está orientada a obtener en los alumnos el desarrollo de la facultad de análisis, síntesis y hasta opinión crítica. Nuestra máxima siempre fue, y así era transmitido al alumno: pensar mucho y escribir poco.

**Motivación inicial**

Derivado de un cambio de plan de estudio en nuestra Facultad de Derecho de la UBA (la materia que durante más de diez años tenía carácter

de optativa pasó a tener carácter obligatoria para todos los alumnos), el número de alumnos en cada curso cuatrimestral aumentó en forma hartamente considerable.

El aumento en la cantidad de inscriptos en el curso ha sido la motivación inicial que nos condujo a iniciarnos en la utilización del método *Multiple Choice*. Esto es, la excesiva cantidad de alumnos nos obligó a pensar un sistema que nos permitiera respetar el objetivo y simplificar el sistema de corrección. Así arribamos a la utilización del *multiple choice* y a medida que lo fuimos utilizando hemos descubierto que el método nos permite lograr el objetivo siempre perseguido en nuestras evaluaciones.

Hoy intentamos transmitir esta experiencia no demasiado habitual en nuestra Facultad de Derecho aunque muy utilizada en otras áreas científicas.

### **¿Cuál fue nuestra mayor dificultad?**

El minucioso trabajo de elaborar el instrumento fue desarrollado por el equipo integrado por los docentes María Victoria Di Pierro, Martín Paiva y Andrés Muras.

Cada consigna exige una clara y precisa redacción, un planteo del encabezado en forma concreta y varias (en algunos casos 6 o 7) respuestas posibles. La mayor dificultad radica sin dudas en la redacción de las respuestas posibles con la característica primordial de presentar un alto grado de similitud, de lo contrario no se obtiene el objetivo principal del sistema que, reiteramos, desarrolla la capacidad de análisis y observación de los alumnos.

Todas las opciones fueron sometidas a la opinión de todos los integrantes del equipo para evitar errores de redacción o planteos tales que las convirtieran en respuestas por demás sencillas que no cumplieran con el objetivo de la evaluación. Este sistema de evaluación exige además, para evitar una suerte de azar en las respuestas de los alumnos, que los mismos temas sean abordados en más de una pregunta.

La complejidad de la elaboración de la consigna (planteo y respuestas posibles) y la mayor cantidad de preguntas que conforman un parcial con sistema de respuestas múltiples originó, como ya dijera, una mayor dificultad y mayor trabajo para el equipo docente. Cada parcial contó con 20 preguntas, a sabiendas que el sistema exige aún mayor cantidad.

Siempre afirmamos que el proceso de enseñanza-aprendizaje es beneficioso tanto para los alumnos como para el plantel docente y volvimos a comprobarlo durante las reuniones de elaboración de estas consignas. Cada unidad temática nos exigió el mayor nivel de análisis y la mayor exactitud para lograr el objetivo de un instrumento que cumpliera con los objetivos propuestos.

A su vez, así como al implementar el método de casos siempre utilizamos el sistema de cotejar y controlar la redacción de los mismos con otros

docentes integrantes de la cátedra, también lo hicimos con el sistema de respuestas múltiples.

### **¿Cuál fue la reacción mayoritaria de los alumnos?**

En principio, como sucede en cada ocasión que se les muestra un enfoque distinto al cual están acostumbrados, la reacción mayoritaria fue muy crítica. Esta postura fue la segunda gran dificultad a la cual nos enfrentamos.

Al concluir el primer parcial, que tuvo resultado mayoritariamente negativo, los alumnos manifestaron su crítica. De todos modos, fue llamativo que la opinión también mayoritaria consistía en creer que “no servían para el sistema de *multiple choice*”.

En nuestra opinión quizás resulta cierto que no estén suficientemente preparados como para desarrollar las habilidades que exige este sistema de evaluación. Al menos en la Facultad de Derecho de la UBA, los alumnos llegan con capacidad de memorizar y repetir los conceptos vertidos en los libros, habilidad necesaria que todo estudiante debe desarrollar, pero en nada preparados para abordar situaciones problemáticas y diagnosticarlas o para leer una consigna con la capacidad de analizar todos sus elementos. La cantidad de respuestas posibles y la similitud de las mismas les causa confusión.

A lo largo del curso, los alumnos se enfrentaron a tres parciales escritos, individuales y con el sistema de elección de respuestas múltiples, con sus respectivos parciales recuperatorios. La mejora en el resultado fue evidente.

Desde el primer día de clase los alumnos, reciben nuestra fundamentación del sistema de enseñanza-aprendizaje y por sobre todo cuáles son nuestros objetivos a evaluar. Sin embargo, el alumno no abandona por completo su idea de necesitar repetir todo lo aprendido (memorizado) de los textos para creer que el profesor puede evaluarlo de mejor manera.

Después de ese primer parcial consideramos importante escuchar a los alumnos. El equipo docente mantuvo una reunión con un grupo que representó un 30% aproximadamente del total del curso. La finalidad era escuchar las críticas y modificar los errores de redacción advertidos por los estudiantes.

Como resultado de esa conversación, las consignas no necesitaron ser modificadas sino que pudo aclararse que la crítica había tenido su origen en la resistencia al cambio o el temor a lo desconocido.

Sin embargo, así como lo demostraron las notas obtenidas en los restantes parciales, las encuestas finales que cada alumno ha presentado al equipo docente nos confirmaron que el objetivo se había cumplido.

Los alumnos destacaron que el sistema de respuestas múltiples los ayudó a pensar la consigna con mucha atención y a ver y reconocer todos

los “detalles” de la consigna, ya que cada uno de ellos podía provocar el cambio del resultado. Hasta pudieron comparar que ante la evaluación que les exige el desarrollo de un tema, no se ven obligados a prestar demasiada atención a la consigna.

Textualmente dijeron: “lo único que diría es que los parciales tienen poco margen de error”; “Con respecto a los parciales escritos, es muy difícil hallarte con ellos, pero en mi experiencia propia, a través de los exámenes aprendí mucho más. Yo creo que es porque uno presta más atención a cada punto del escrito, siendo totalmente diferente si te piden que desarrollés el problema de las calificaciones, por ejemplo” y “Con respecto a los *multiple choice* al principio hubiera preferido que el método de evaluación, fuera más parecido al que usábamos en clase, pero finalmente creo que nos hizo prestar atención a las consignas”.

### **¿Cómo se calificaron las respuestas?**

Los parciales a los que hacemos referencia contenían 20 preguntas de respuestas múltiples. El modo de corrección de las mismas, desde ya explicado a los alumnos con anterioridad, consistió en la aprobación del 60% del parcial. Significa entonces que para obtener por ejemplo la nota cuatro (4) debían ser respondidas en forma correcta doce preguntas, mientras que la nota seis (6), necesaria para la promoción en la Facultad de Derecho de la UBA, era necesario responder en forma correcta quince preguntas.

### **¿Cuál fue el resultado de las evaluaciones?**

Las preguntas fueron redactadas con diferentes objetivos y para juzgar diferentes capacidades del alumno. Se trataba de verificar la habilidad para analizar normas, aplicar una teoría, memorizar conceptos teóricos, relacionar, dilucidar o deducir conceptos que los textos pueden no desarrollar en forma expresa.

Sin lugar a dudas la mayor dificultad radicó en aquellas preguntas que perseguían este último objetivo.

Por ejemplo, la pregunta fue redactada de la siguiente manera: El Orden Público internacional actúa como límite a:

- a) la autonomía de la voluntad
- b) la aplicación de un derecho extranjero indicado por las normas de conflicto de DIPr.
- c) todas las anteriores son correctas
- d) ninguna de las anteriores son correctas.

En forma mayoritaria, los alumnos indicaron como correcta la respuesta b), sin advertir que en ejercicio de su capacidad de relacionar conceptos debían indicar como correcta la c).

A su vez, este tipo de consignas no significa dejar de lado el control del conocimiento de posturas doctrinarias divergentes. Por el contrario, si el alumno se ve obligado a utilizar determinada teoría para responder la pregunta, porque así lo exige la consigna, debe demostrar conocimiento de la misma y a su vez la capacidad para diferenciarla de otra.

El sistema de respuestas múltiples ha permitido la corrección rápida y exacta de los contenidos, que los alumnos utilicen un instrumento que les permite muy poco o casi ningún margen de error, esto es, la respuesta es una sola y única, por lo tanto, el alumno debe demostrar conocimiento concreto y completo del tema. La respuesta exacta no permite las expresiones ambiguas y tiene un altísimo nivel de exigencia.

### **CONCLUSIONES**

Como resultado de la utilización del, para nosotros novedoso, sistema de evaluación, entendemos que los estudiantes requieren una explicación lo más detallada posible del sistema y por sobre todo, del sistema de corrección de las preguntas, a fin de evitar que el temor al cambio y el desconocimiento del sistema produzcan resultados no deseados.

Hemos decidido implementar su utilización en evaluaciones muy cortas y preparatorias del primer parcial con la finalidad de aprovechar al máximo las virtudes del método y evitar un dispendio de energía o críticas basadas únicamente en el desconocimiento.

El método, sin lugar a dudas, nos ha resultado productivo y ha colaborado para la obtención de nuestros objetivos docentes.

**XXI CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL**  
**“Dr. Enrique Ferrer Vieyra”**

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

**EVALUACIÓN: EL USO DE LAS PRUEBAS  
DE SELECCIÓN MÚLTIPLE**

*EVALUATION: THE USE OF MULTIPLE CHOICE TESTS*

*Relatora: Anahí Mastache\**

**RESUMEN**

En este texto hago especial hincapié en el uso de las pruebas de selección de respuestas como uno de los instrumentos factibles de ser utilizados en la evaluación en las materias que componen el área de Derecho Internacional en las distintas Facultades.

En la primera sección se aclara el concepto de evaluación y se presentan algunas cuestiones a tener en cuenta a la hora de evaluar. En la segunda parte se mencionan brevemente los distintos instrumentos de evaluación. La tercera parte se centra en las pruebas de selección de respuestas.

**PALABRAS CLAVES**

Derecho internacional - Evaluación - Tests de respuesta múltiple

**ABSTRACT**

In this text, I make special emphasis in the use of multiple choice tests

\*Doctora de la Universidad de Buenos Aires, área Educación. Profesora e investigadora de la Facultad de Filosofía y Letras (UBA). Ex Asesora Pedagógica de la Facultad de Derecho, UBA (1994-2002). anahivm@otmail.com

like one of the possible instruments to being used in evaluation in matters of International Law in different Schools of Law.

In the first section, I clarify the concept of evaluation and I propose some questions that we must consider at the time of the evaluation. In the second part I mention briefly different instruments of evaluation. In the third part I emphasize in the multiple choice tests.

#### **KEY-WORDS**

International Law – Evaluation – Multiple Choice tests

#### **INTRODUCCIÓN**

En este texto me propongo hacer especial hincapié en el uso de las pruebas de selección de respuestas como uno de los instrumentos factibles de ser utilizados en la evaluación en las materias que componen el área de Derecho Internacional en las distintas Facultades.

La idea de abordar esta temática para su presentación en un Taller en el Encuentro Nacional que se realizará en Córdoba los días 1 al 3 de octubre me la hizo llegar la Dra. Graciela Chalita, Profesora de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Buenos Aires y Directora de la Sección Documentación, Metodología y Enseñanza del Derecho Internacional de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Agradezco a la Dra. Chalita no sólo su gentil invitación sino también su cuidadosa lectura de este texto.

La justificación que me presentara la Dra. Chalita al proponerme este tema gira alrededor del poco uso de estos instrumentos por desconocimiento de sus posibilidades y limitaciones, pese a que resultan -a su juicio- sumamente útiles para evaluar algunos de los contenidos propuestos en los Programas de las asignaturas de Derecho Internacional. Ciertamente, coincido con sus apreciaciones sobre la utilidad de estas modalidades de evaluación para ser utilizadas en múltiples circunstancias, de manera independiente o en articulación con otras (combinando, por ejemplo, preguntas abiertas y de selección de respuestas).

Las pruebas que exigen de los estudiantes elegir una respuesta entre un conjunto de respuestas posibles podrían ser empleadas con provecho para evaluar:

- Informaciones: conocimiento de Leyes, Tratados, Convenios, Convenciones.
- Discriminación de conceptos dentro de un campo semántico dado.
- Relaciones entre conceptos, entre causas y consecuencias, o, en general, entre cualquier grupo de pares de cuestiones asociadas (tratados -países que lo firmaron; convenios- cuestiones que abarca; tipo de delito-modo de encararlo; organizaciones internacionales-propósitos).
- Comprensión de textos, casos o situaciones: a partir de responder correctamente los ítems que refieran al mismo, puede constatarse si el es-

tudiante comprende el encuadre jurídico de una situación dada, las acciones posibles que podrían encarar los distintos actores, las distintas leyes nacionales e internacionales involucradas, etcétera.

Este trabajo constituye un material de apoyo y anticipación de la actividad de octubre. El mismo trata de dar respuesta a un conjunto de preocupaciones e inquietudes vinculadas a un grupo particular de asignaturas del campo del Derecho. No obstante -y aun cuando la mayor parte de los ejemplos correspondan a contenidos propios de estas asignaturas- esperamos que esta presentación pueda ser también de utilidad para los docentes de Derecho de otras materias.

El texto se compone básicamente de tres partes. Una primera sección más general, destinada a aclarar el concepto de evaluación y a presentar algunas cuestiones que consideramos importantes para tener en cuenta a la hora de evaluar -cualquiera sea el tipo de prueba elegida-. En la segunda parte se presentan brevemente los distintos instrumentos de evaluación existentes y los criterios para su selección, y se consideran distintas maneras de analizar los resultados y de calificar a los estudiantes. La tercera parte se centra en las pruebas de selección de respuestas, haciendo especial referencia a los aspectos que permiten evaluar y a sus limitaciones, así como a las cuestiones que deben tenerse en cuenta en su construcción y aplicación.

## PRIMERA PARTE: LA EVALUACIÓN

### ¿Qué evaluar?

*“La evaluación no es ni puede ser un apéndice de la enseñanza ni del aprendizaje; es parte de la enseñanza y del aprendizaje. En la medida en que un sujeto aprende, simultáneamente evalúa, discrimina, valora, critica, opina, razona, fundamenta, decide, enjuicia, opta... entre lo que considera que tiene un valor en sí y aquello que carece de él. Esta actitud evaluadora, que se aprende, es parte del proceso educativo que, como tal, es continuamente formativo.” (Álvarez Méndez, 1996).*

En el ámbito educativo, cuando se habla de “evaluación” lo más habitual es pensar que el “objeto” evaluado son los aprendizajes de los estudiantes. No obstante, y aun cuando en este texto nos centraremos en este aspecto, es importante recalcar que los aprendizajes de los alumnos no son lo único que puede y debe ser evaluado. Muchas otras cuestiones son evaluadas en distintos momentos y con distintos fines. Algunas de las más habituales son:

- la institución educativa, a veces asociada con la evaluación de la calidad educativa de la institución, por ejemplo en los Programas de Autoevaluación Institucional, vinculados o no a las exigencias de la acreditación tal como plantea la CONEAU.

- proyectos específicos: un Programa de Formación y Desarrollo Docente, un Proyecto de Apoyo Académico para los estudiantes, etc.
- la organización de las cátedras: por ejemplo, al analizar su composición para decidir un llamado a concurso, o al evaluar los requerimientos de formación de sus integrantes.
- el desempeño docente, como cuando un Profesor debe decidir la continuidad de un docente interino
- el currículo, tal como sucede cuando se decide efectuar un cambio del plan de estudios
- el desarrollo de la clase, hecho habitual en muchos docentes que analizan lo sucedido en una clase (o en un conjunto de clases) para tomar decisiones sobre las clases futuras, sobre el tipo de estrategias docentes más adecuadas al grupo de estudiantes (por su número, conocimientos previos, grado de lectura, etc.), al tiempo disponible, a los contenidos que deben desarrollarse, etc. De este modo, un profesor puede decidir no trabajar con un determinado caso porque presenta un grado de dificultad demasiado alto (o demasiado bajo) para sus estudiantes.

Al centrarnos en la evaluación de uno de los aspectos –en este caso, el aprendizaje de los estudiantes– es necesario no olvidar que una buena evaluación de cualquier cuestión debe tener en cuenta su contexto. En consecuencia, al momento de evaluar el aprendizaje de los estudiantes es necesario considerar el desarrollo de las clases, la lógica institucional y la situación global en que acontece ese aprendizaje. Así, por ejemplo, el diseño de la evaluación podrá variar según la cantidad de clases que hayan podido dictarse, el grado de profundidad en que fue posible desarrollar los contenidos, etc.

### **Evaluar, calificar y acreditar: tres conceptos vinculados**

**Evaluar** significa “valuar, fijar valor a una cosa”. Cuando nos referimos a la evaluación de los aprendizajes de los estudiantes, estamos aludiendo al establecimiento de un juicio de valor sobre las conductas o respuestas que los alumnos han dado y que consideramos como “indicador” de lo aprendido. De este modo, podemos decir que el estudiante A ha aprendido determinado concepto jurídico (extradición, conciliación, mar territorial) porque ha sido capaz de enumerar sus principales características y/o de discriminarlo de conceptos ubicados en el mismo campo semántico; o que el alumno B ha aprendido la legislación que rige el espacio aéreo internacional, la nacionalidad de las personas o el asilo político porque recurrió a la norma adecuada en la resolución de un caso dado.

Antes de continuar conviene diferenciar el concepto de evaluación de los de calificación y acreditación, con los cuales suele confundirse.

**Calificar** es ubicar en una escala, establecer una medición con relación a algún parámetro. Habitualmente, calificamos al poner una nota dentro de una determinada escala (normalmente de 0 a 10).

**Acreditar** supone certificar que los estudiantes cuentan con los conocimientos exigidos por un determinado curso. Acreditar es, pues, promocionar, promover, aprobar. La acreditación puede ser el resultado de un acto único (propio de los exámenes libres) o consecuencia de un conjunto de evaluaciones y calificaciones (como en el sistema de promoción a partir de un determinado promedio en los exámenes parciales).

En el sistema educativo formal, la acreditación constituye una exigencia institucional. En la Universidad, la acreditación de cada materia se vincula con la certificación profesional, en tanto la aprobación del conjunto de Cursos establecidos en el Plan de Estudios conlleva el otorgamiento de un título que habilita para el ejercicio profesional.

En consecuencia, es posible evaluar sin calificar ni acreditar; por ejemplo, cuando se corrige un borrador de un trabajo, o cuando se señalan errores en la resolución de un caso en un trabajo grupal en el aula. Se evalúa toda vez que el profesor efectúa un señalamiento sobre el desempeño o el trabajo de un estudiante, aun cuando ello no se traduzca en una calificación o nota. La evaluación puede estar asociada a la calificación (como en los parciales) o a la acreditación (claramente, en los finales), pero puede darse independientemente de ambas con el solo propósito de facilitar un aprendizaje o mejorar un desempeño.

También suele vincularse la evaluación con el control, aun cuando el “control” no supone necesariamente un aspecto valorativo. No obstante, es indudable que el “poder de evaluar” otorga al docente una asimetría y un control sobre los estudiantes y su situación académica.

### **Dos modos básicos de pensar la evaluación**

La asociación habitual entre evaluación y calificación es propia del pensamiento didáctico tradicional basado en un paradigma cuantitativo. En este caso, evaluar se define como “medir” y se basa en algunos supuestos: que las respuestas del estudiante constituyen un indicador válido de su conocimiento o aprendizaje; que estas respuestas son hechos accesibles al evaluador, quien puede separar claramente los hechos de las valoraciones acerca de los mismos y, en consecuencia, puede ser imparcial.

Desde otras perspectivas más cualitativas se cuestionan los supuestos previamente mencionados, lo cual lleva a re-definir la evaluación y a estar “advertidos” de sus dificultades y riesgos.

Por un lado, el aprendizaje de los estudiantes no constituye un “hecho” al cual el docente pueda acceder directamente, sino que lo hace a través de su desempeño en una situación pautada (un trabajo práctico, un parcial, etc.); y estas respuestas no son un indicador incuestionable de su conocimiento, sino que las mismas se encuentran influidas por la situación (desde el estado de ánimo hasta las características físicas del ambiente). Es decir que la calificación de un desempeño dado puede distar de los

conocimientos que efectivamente posee el estudiante. Esta afirmación constituye una “verdad” conocida por todos los docentes, quienes pueden reconocer que un alumno no rindió todo lo que podía porque se puso nervioso o que otro tuvo un desempeño superior a sus aprendizajes porque la “suerte” hizo que en el muestreo que supone todo examen le “tocaran” preguntas sólo de los temas que sabía.

Por otro lado, es imposible ser un evaluador absolutamente imparcial. Esta constatación exige, como contraparte, una mayor especificación de los criterios de corrección (volveremos sobre esta idea más adelante).

### **Evaluación de procesos y de productos**

La evaluación del aprendizaje puede realizarse con dos grandes propósitos: el proceso de aprendizaje y el producto de ese proceso.

La **evaluación del proceso** se propone analizar una situación para tomar decisiones que contribuyan a su mejora y, por consiguiente, constituye una instancia dentro de los procesos de enseñanza y de aprendizaje. Esta evaluación tiene principalmente en cuenta los procesos de construcción del conocimiento más que sus resultados y, habitualmente, no conlleva una nota, sino que da lugar a una retroalimentación al estudiante sobre sus logros y dificultades con el propósito de que encare las acciones necesarias para mejorar su desempeño. Casos típicos de evaluación del proceso son la corrección del borrador de un trabajo, la puesta en común de la resolución de un caso, las preguntas intercaladas en una exposición con el propósito de chequear la comprensión de lo explicado, etc.

La **evaluación de los productos** del aprendizaje constituye, en cambio, una instancia final del proceso de aprendizaje que se propone controlar o verificar los resultados logrados por el estudiante. Normalmente, la evaluación de los productos del aprendizaje asume la forma de un examen y es calificada; incluso, muchas veces, incide en la acreditación.

### **Tipos de evaluaciones**

En la bibliografía especializada suelen reconocerse cuatro tipos de evaluaciones que cumplen propósitos diferentes: diagnóstica, formativa, sumativa y diferida o de seguimiento.

**Evaluación diagnóstica:** suele administrarse al comienzo de un curso o de un tema con el propósito de precisar el nivel de conocimiento o el grado de desarrollo en que se encuentra un alumno o un curso antes del abordaje de un aprendizaje dado. La información que provee se utiliza para planificar las actividades de enseñanza y aprendizaje o para conformar grupos según su nivel. Puede también usarse como motivadora para los estudiantes, al proveerles información sobre sus limitaciones y posibilidades. Por ejemplo, antes de desarrollar las fuentes del Derecho Internacional, es posible evaluar qué saben los estudiantes al respecto.

**Evaluación formativa:** se usa con el propósito de ayudar al crecimiento intelectual, afectivo, moral o social de un sujeto o grupo. Constituye un análisis de la producción o resultado y también del proceso seguido para llegar al mismo. En consecuencia, ofrece información útil tanto para que el estudiante encare las acciones necesarias para lograr los aprendizajes buscados como para que el docente pueda planificar actividades que faciliten dichos aprendizajes. En la práctica, se traduce en una actividad interactiva que aporta al estudiante informaciones pertinentes sobre su necesidad de corregir, profundizar, revisar o aclarar determinado concepto o tema. Toda evaluación realizada durante el proceso de aprendizaje que se utilice para decidir acciones futuras constituye una evaluación formativa. La misma puede o no ir acompañada de una nota o calificación.

**Evaluación sumativa, de resultados o de productos:** permite conocer los resultados logrados y el nivel de logro. Se utiliza normalmente hacia el final de un proceso de aprendizaje con el propósito de calificar y/o acreditar. En general, los exámenes parciales y finales que se administran en la Universidad se ubican en esta categoría, en tanto buscan evaluar los conocimientos obtenidos con vistas a establecer una calificación. No obstante ello, los parciales pueden ser utilizados también como una instancia de aprendizaje para los estudiantes y adquirir, así, rasgos propios de la evaluación formativa.

**Evaluación diferida o de seguimiento:** se usa tiempo después de finalizada la situación de enseñanza y aprendizaje con el propósito de evaluar el grado en que lo aprendido se mantiene en el tiempo. Su uso no es habitual en nuestro sistema educativo.

### En síntesis

A modo de síntesis, transcribimos la conceptualización de evaluación que propone Gimeno Sacristán.

*“Evaluar hace referencia a cualquier proceso por medio del cual alguna o varias características de un alumno, de un grupo de estudiantes, de un ambiente educativo, de objetivos educativos, de materiales, profesores, programas, etc., reciben la atención del que evalúa, se analizan y se valoran sus características y condiciones en función de unos criterios o puntos de referencia para emitir un juicio que sea relevante para la educación.”*

En este sentido, la evaluación debe ser pensada como un proceso sistemático, continuo y planificado que acompaña a los procesos de enseñanza y aprendizaje para aportar información relevante que permita mejorar tanto los procesos de aprendizaje de los estudiantes, como la selección de contenidos o estrategias didácticas, con el propósito de contribuir al mejoramiento del rendimiento de los alumnos. De esta manera, la evaluación aporta información relevante para la calificación y la acreditación, aun cuando no se limite a ellas.

Por otra parte, la evaluación tiene siempre una finalidad, no es un fin en sí misma, sino un medio para obtener información para la toma de decisiones; sea decisiones sobre la calificación o acreditación de los estudiantes, sea decisiones sobre las estrategias o metodologías de enseñanza.

La modalidad que adopte la evaluación, así como los instrumentos que se utilicen (a libro abierto, de respuesta estructurada, de selección múltiple), el tiempo disponible, las normas que rigen el proceso de evaluación y de corrección, deben ser anticipados a los estudiantes. Este acuerdo en el cual se explicitan las normas que regulan la evaluación se conoce como "*contrato de evaluación*" y forma parte del "*contrato didáctico*". El contrato didáctico alude a los acuerdos sobre el encuadre general de trabajo: horarios, espacios, tipos de trabajos a realizar, derechos y obligaciones de profesores y estudiantes, etc. Ello supone que al comenzar el Curso, el docente haga saber al estudiante las distintas "normas" que regirán el cursado de la asignatura y su evaluación y calificación.

La explicitación de estas reglas contribuye a dar razonabilidad y significatividad a la evaluación.

## **SEGUNDA PARTE: LOS INSTRUMENTOS DE EVALUACIÓN Y SU USO**

No existen instrumentos de evaluación "ideales". Ninguno es mejor que otros de manera absoluta. Cada instrumento de evaluación resulta más o menos pertinente en relación con las cuestiones a evaluar, los sujetos a ser evaluados y la situación en que se produce la evaluación.

### **Selección de instrumentos de evaluación**

Dado que los aprendizajes no pueden ser evaluados directamente, es necesario recurrir a instrumentos que permitan obtener información pertinente sobre el objeto evaluado.

Los instrumentos de evaluación deben seleccionarse una vez que se ha definido qué se desea evaluar. Así, por ejemplo, se requieren diferentes instrumentos para evaluar el desempeño del estudiante en la atención de un cliente en la instancia de Práctica, la capacidad para encuadrar jurídicamente un caso presentado por escrito, el conocimiento de ciertas normas y leyes, etc.

Cada uno de los instrumentos de evaluación es apropiado para evaluar determinados objetivos y resultados de aprendizaje e inapropiado para otros. Por consiguiente, al elegir un instrumento de evaluación, cabe preguntarse por su pertinencia.

En otras palabras, la selección del instrumento de evaluación se realiza en un segundo momento, tras haber definido qué se quiere evaluar y con qué propósito. Analicemos brevemente este proceso.

Para poner en claro lo que se desea evaluar puede utilizarse una Tabla

de especificaciones. La misma permite explicitar los contenidos que se espera que los estudiantes hayan aprendido y el nivel al cual se espera que lleguen. Además, como no todo lo que se incluye en las especificaciones tiene el mismo valor, suele establecerse en las celdas el peso relativo que tendrá cada aspecto, lo cual puede ponerse en porcentajes o asignando valor en una escala (por ejemplo: 1: muy importante, 2: medianamente importante, 3: poco importante).

Nivel <sup>1</sup> Contenido	Conocer	Comprender	Aplicar	Analizar	Sintetizar	Evaluar
Fuentes del Derecho Internacional	X (1)					
Personalidad Internac. del Estado		X (2)				
Espacios regulados por el DI				X (3)		
Organizaciones Internacionales						X (2)
Las personas físicas y jurídicas en el DI			X (3)			

Otra manera de especificar lo que se desea evaluar es a partir de la definición de los propósitos generales del curso. Esta modalidad es más genérica que la anterior, en tanto no apunta a un desagregado de contenidos y sus niveles de logro deseados, sino a cuestiones más complejas y abarcativas. Por ejemplo, podríamos decir que para aprobar Derecho Internacional Privado los estudiantes deben ser capaces de encuadrar apropiadamente y plantear alternativas de solución para problemas vinculados con: cuestiones de familia, asuntos comerciales, etcétera.

En cualquier caso, como no es posible ni deseable evaluarlo todo, es indispensable seleccionar cuáles son las cuestiones centrales que es importante evaluar y qué puede omitirse por su menor importancia: qué casilleros de la tabla de especificaciones se incluirán en la prueba, o qué tipo de casos se presentarán y con qué consignas de trabajo.

Una vez establecido lo que se quiere evaluar, se elige el tipo de situación que permita dar cuenta de estos aprendizajes de los estudiantes. Por ejemplo, para evaluar el conocimiento de leyes, tratados y convenciones, lo más adecuado es algún tipo de prueba escrita (u oral, si se dispone de tiempo suficiente); en cambio, para evaluar la capacidad de reconocer cues-

<sup>1</sup> En el ejemplo, utilizamos los niveles de objetivos propuestos por Bloom.

tiones legales no resueltas en determinado campo del Derecho Internacional y elaborar alternativas de acción, puede ser más adecuado proponer un trabajo con características de ensayo para ser realizado en un tiempo más prolongado y con posibilidad de consultar documentación.

La elección del instrumento adecuado es central para que las evaluaciones tengan validez, es decir para que evalúen aquello que se quiere evaluar y no otra cosa. Así, por ejemplo, si se establece que los alumnos deben ser capaces de resolver casos, lo más aconsejable es evaluar presentando un caso para ser resuelto, en lugar de una prueba con preguntas que sólo permitan juzgar el conocimiento de la legislación internacional (en tanto este conocimiento es un elemento necesario pero no suficiente para resolver un caso cualquiera). Y, según se pretenda que el estudiante pueda hacerlo con mayor o menor grado de ayuda, la prueba deberá incluir (o no) preguntas que orienten la resolución, o que exijan reflexionar sobre el caso presentado.

#### **Instrumentos de evaluación: sus partes**

Todo instrumento de evaluación consta de dos partes: la consigna y la clave de corrección.

La **consigna de trabajo** está conformada por el conjunto de informaciones que se le proveen al estudiante sobre la tarea que debe realizar en la situación de evaluación. Las consignas deben ser claras, estar correctamente redactadas usando el vocabulario técnico pertinente (en tanto el mismo haya sido previamente presentado al estudiante) y ser suficientemente completas y precisas como para que cualquier persona que cuente con la información necesaria pueda dar la respuesta esperada.

Un error frecuente en los exámenes universitarios consiste en limitarse a señalar el tema sin especificar qué se espera que el alumno responda. Por ejemplo, si la consigna dice "Tratados Internacionales", ello puede significar varias cosas: que se los mencione, que se los describa señalando sus principales características, que se analicen sus efectos en distintos países, que se los evalúe críticamente de acuerdo con las cuestiones que resuelve y las que deja sin resolver, por citar sólo algunas opciones. En estos casos, los estudiantes responden "adivinando" lo que el profesor espera de acuerdo con lo que se expuso en las clases o con lo que leyó en los textos recomendados, sin tener certeza de que su respuesta corresponda con la esperada.

La **clave o grilla de corrección** refiere a los parámetros que se considerarán al analizar el material producido por el estudiante. La clave de corrección requiere construir con anterioridad los elementos que se espera que aparezcan en la respuesta de los alumnos y adjudicarle a cada uno un puntaje determinado. Al momento de la corrección, se compara la respuesta de cada estudiante con la grilla elaborada y así se asignan los puntajes correspondientes a cada pregunta.

En las pruebas de base estructurada o de elección de una respuesta, la misma se limita a señalar la respuesta correcta. En cambio, en las pruebas de base no-estructurada es necesario especificar previamente qué elementos debe contener la respuesta. Veamos un ejemplo.

Se presenta un caso en el cual una mujer argentina (con domicilio en Oberá, Misiones) disputa la tenencia de los hijos menores a su ex esposo actualmente residente en Turquía de donde es oriundo. Se solicita a los estudiantes que establezcan los fundamentos jurídicos a los cuales recurrieron los abogados de ambas partes y las posibles acciones posteriores que podría encarar la abogada de la mujer. La clave de corrección de esta consigna debe especificar: las leyes, tratados y convenciones que se espera que los estudiantes mencionen, los conceptos jurídicos involucrados y que deben ser utilizados en la fundamentación, las alternativas de acción posibles en esa situación y sus fundamentos jurídicos; y a cada uno de estos elementos se les otorga un puntaje. De este modo, al corregir la evaluación se constata cuáles conceptos y normativas involucradas fueron incluidos por los estudiantes en sus respuestas.

Cuando se solicitan respuestas abiertas que permiten que el alumno recurra a distintos conceptos o leyes, más allá de tener previstas las distintas alternativas de respuestas válidas, puede establecerse una grilla que dé cuenta de los aspectos que se considerarán en la evaluación de las respuestas, tales como: claridad de la presentación del encuadre jurídico, pertinencia de las normas a las que se recurre, uso adecuado y preciso de los conceptos jurídicos, validez de las alternativas de solución propuestas, calidad de la fundamentación conceptual, completitud de la respuesta. Y a cada uno de estos aspectos se le otorga un puntaje.

### **Tipos de instrumentos de evaluación**

En líneas generales, los instrumentos de evaluación pueden clasificarse en: escritos, orales y de observación.

Los **instrumentos orales** son habituales en la Universidad y suelen utilizarse para evaluaciones individuales o grupales. Pueden solicitarse respuestas de distinto grado de elaboración (desde respuestas únicas como el número de una Ley o el nombre de un Tratado o Convención, hasta una propuesta de resolución de una situación problemática) y ofrecer distintos tiempos para ello: desde la exigencia de la respuesta casi inmediata en la situación cara a cara hasta la posibilidad de preparar un tema con anterioridad (de libre elección o asignado por el profesor) o en la situación misma del examen.

Los exámenes orales son útiles para profundizar en los conocimientos del estudiante, y en sus posibilidades para organizar y presentar un campo de conocimiento y a la vez organizar el discurso. Al mismo tiempo otorgan la seguridad de que la respuesta es una producción legítima del estudian-

te. Además, permiten ofrecer una retroalimentación inmediata al alumno sobre su desempeño.

Sus principales desventajas son el tiempo que insumen y las emociones que se ponen en juego: ansiedades en el estudiante, posibles prejuicios en los docentes, incidencia de la relación docente-alumno en las posibles respuestas, etc.

Los **instrumentos de observación** permiten evaluar desempeños, lo cual es particularmente útil en las instancias de práctica. Permiten, por ejemplo, evaluar el modo en que un estudiante trata a un cliente, cómo indaga en el problema legal que lo llevó a la consulta, qué respuestas le ofrece, etc. En los cursos que se dictan en la Facultad (es decir, los que no se desarrollan en situación real de desempeño profesional como los Consultorios Jurídicos Gratuitos) pueden usarse para evaluar desempeños en situaciones simuladas, tales como *role-playing* de entrevistas.

Los **instrumentos escritos** se clasifican en dos grandes grupos:

- Los que exigen la producción por parte del estudiante de algún tipo de respuesta, la cual puede ser:
  - de base no estructurada: es decir, que se propone un tema que los estudiantes deben desarrollar con o sin el apoyo de materiales de consulta, como en los ensayos, resoluciones de caso o comentarios de texto
  - de base semi-estructurada: como las pruebas en las cuales se propone una guía de preguntas o cuestiones que promueven cierto tipo de organización de la respuesta
  - de base estructurada: cuando la consigna exige respuestas unívocas y breves que no dejan lugar para la interpretación personal del estudiante, como al solicitar nombres o fechas.
- Los de selección de algún tipo de respuesta entre un conjunto de opciones que se ofrecen en la evaluación y entre las cuales el estudiante tiene que reconocer y marcar la que corresponda. Estos instrumentos serán desarrollados in extenso en el siguiente apartado.

### **El análisis de los resultados y la calificación (o acreditación)**

#### ***Análisis de los resultados en contexto***

Los resultados de aprendizaje o rendimiento están en estrecha relación con los antecedentes y el proceso mismo de enseñanza y aprendizaje, por lo cual su análisis debe tenerlos en cuenta. Ello explica que distintos Cursos presenten evaluaciones con sesgos claramente distintos dados por un mayor o menor desarrollo de determinado tema o aspecto, por una mayor o menor referencia a determinada bibliografía, etc., de acuerdo con la importancia que la misma tuvo en las clases por efecto de circunstancias diversas: la pregunta de un estudiante que llevó a la profesora a poner énfasis en determinado aspecto que normalmente queda en un segundo

plano; un debate generado a partir de la respuesta a una pregunta de la guía; etc.

### ***Rendimiento suficiente o satisfactorio***

En general, el rendimiento se valora en relación con los objetivos previamente establecidos, es decir, en relación con un “nivel” requerido considerado indispensable para la aprobación de la asignatura. La evaluación positiva o negativa será el resultado de la comparación del rendimiento obtenido por cada estudiante en relación con el nivel pre-establecido de desempeño o conocimiento esperado.

Otra manera de evaluar el rendimiento de un estudiante es por comparación consigo mismo, teniendo en cuenta los progresos que ha podido realizar en el tiempo.

Se habla de ***rendimiento suficiente o insuficiente*** al que se determina en función del logro de un nivel preestablecido, y de ***rendimiento satisfactorio o insatisfactorio*** al que se establece en función de las capacidades y progresos de cada estudiante.

En el nivel universitario, dada la responsabilidad social que tiene la formación de un profesional, se utiliza en general la evaluación del rendimiento suficiente, en especial en las instancias que involucran la acreditación del Curso. No sería aceptable que alguien aprobara y acreditara sólo por haber efectuado progresos en relación con su rendimiento inicial si no ha alcanzado el nivel mínimo requerido por un profesional novel en el área que corresponde a la asignatura en cuestión.

### ***Evaluación referida a normas o a criterios***

Cuando el resultado de la evaluación busca establecer la posición relativa de cada estudiante en relación con los demás se utiliza la “***medición referida a la norma***”. Por el contrario, cuando se busca conocer el nivel al que ha llegado cada estudiante, independientemente de su mejor o peor desempeño en relación con otros, se recurre a una “***medición referida a criterios***”.

En el ámbito universitario, existen docentes que recurren a ambas modalidades de evaluación.

Los que evalúan ***con relación a la norma***, suelen partir del supuesto de que, como resultado de toda evaluación, se obtiene una curva “normal”; esto es, que la mayor proporción de estudiantes obtiene un puntaje intermedio, mientras un grupo más reducido alcanza puntuaciones sobresalientes y otro pequeño número calificaciones inferiores. En consecuencia, algunos profesores suelen establecer las notas de los exámenes de manera de obtener una curva normal, para lo cual distribuyen las calificaciones en función de los resultados obtenidos por el mejor y el peor examen.

Esta modalidad de corrección, bastante habitual en una época en los colegios y universidades estadounidenses, constituye un medio adecuado

para identificar a los mejores y a los peores estudiantes en una situación evaluativa dada. No obstante, ello no permite dar cuenta del rendimiento del estudiante en relación con los objetivos educativos o con el rendimiento mínimo esperado. Para ello es necesario calificar de acuerdo con “criterios” independientes. Además, se corre el riesgo de distorsión en función de los rasgos del grupo de estudiantes (particularmente bueno o con formación insuficiente), especialmente cuando el número de alumnos que conforman el grupo es pequeño. Aun cuando no recurran a esta modalidad de calificación, muchos profesores reconocen que han ido ajustando la asignación de notas a lo largo del tiempo en función de las características de los estudiantes.

La ***evaluación según criterios*** permite establecer el nivel alcanzado por cada estudiante en relación con un conjunto de aprendizajes dados con independencia de los resultados obtenidos por los demás. Cuando se trata de evaluar para acreditar una asignatura que contribuye a la habilitación profesional de los estudiantes, pareciera que la evaluación según criterios fuera la más adecuada. Porque en estas situaciones no importa tanto qué tan bueno o malo sea el estudiante en comparación con sus pares, sino qué tan bien o no ha logrado alcanzar los conocimientos y habilidades requeridos para el ejercicio profesional.

#### ***Uso de los resultados obtenidos***

Del análisis de los resultados es posible obtener información sobre la calidad del instrumento usado, sobre el rendimiento de los estudiantes (en términos individuales y grupales) y sobre las necesidades de la enseñanza.

La retroalimentación de los resultados obtenida de la evaluación es central para el aprendizaje. Cuanto más detallada y específica sea la información ofrecida al estudiante sobre sus respuestas y cuanto más rápido se le presente, tanto más contribuirá a facilitar los aprendizajes de los aspectos no suficientemente logrados.

Después de haber tomado la evaluación, trabajar con el grupo de estudiantes para elaborar la tabla de resultados puede ser una manera altamente significativa de aprendizaje. También puede solicitarse que analicen sus respuestas (o la de algún compañero) teniendo en cuenta la tabla de resultados e, incluso, que se pongan una calificación. Ello no invalida la calificación puesta por el docente.

### **TERCERA PARTE: PRUEBAS DE SELECCIÓN DE RESPUESTAS**

En este apartado nos detendremos en el desarrollo de los instrumentos de evaluación que ofrecen al estudiante un conjunto de opciones de entre las cuales deben seleccionar la respuesta correcta. Las cuestiones genéricas desarrolladas previamente son también válidas para estos casos, por lo cual nos limitaremos en esta sección a dar cuenta de las especificidades que presentan estas pruebas, sea en su construcción, en su uso o en el análisis de los resultados.

Las pruebas de selección de respuestas pueden ser: de alternativas constantes, de opción múltiple o de asociación de pares. Incluimos también aquí las pruebas de multi-ítem de base común que, aun cuando la bibliografía especializada las considera un tipo diferente de instrumento, presentan rasgos que la asemejan a las pruebas de selección de respuestas. A continuación dedicaremos un apartado a cada una de ellas.

### **Pruebas de alternativas constantes**

#### ***Características***

Se denominan así a aquellas pruebas que ofrecen una proposición que los alumnos deben evaluar recurriendo a dos opciones: verdadero o falso, siempre o nunca, causa o efecto, hecho u opinión, etcétera.

Aun cuando muchos autores las ubican como un tipo diferente de prueba (dentro de las de selección de respuestas), presentan un tratamiento similar las pruebas de tres opciones: verdadero-falso-dudoso, siempre-a-veces-nunca.

Estas pruebas son particularmente adecuadas para evaluar el conocimiento de información y, en algunos casos, pueden permitir evaluar también la comprensión de la misma. Para evaluar comprensión, se ofrece cierta información (textos, mapas, cuadros) y, a continuación, se presentan proposiciones acerca de esa información y se le pide al estudiante que indique si son verdaderas o falsas, si corresponden a una causa o a un efecto, etc.

En estas pruebas puede solicitarse a los estudiantes que justifiquen todas o algunas de sus respuestas (por ejemplo, que justifiquen sólo las verdaderas -justificación más difícil que las de las falsas-) o que reescriban las proposiciones falsas o incorrectas. De este modo, no sólo se disminuye la probabilidad de que la elección se realice por azar, sino que además se hace posible evaluar el grado de comprensión de conceptos, hechos o procedimientos.

Para limitar la tentación de responder al azar, también puede recurrirse -al momento de la calificación- a valorar tanto las respuestas correctas como las incorrectas; al restar puntos por las respuestas incorrectas se limita la tentación a marcar cualquier opción.

#### ***Algunos recaudos en su construcción***

Cuando se construyen pruebas de alternativas constantes, es necesario tener previamente en claro los aspectos centrales que se quieren evaluar y su importancia relativa, la cual debe quedar reflejada en la cantidad de ítems para cada uno. Ello también contribuye a reducir las posibilidades de respuestas correctas por efecto del azar.

Cuando se solicita indicar si las proposiciones son verdaderas o falsas, es conveniente que el 60% sean enunciados falsos, de manera de mejorar

la discriminación entre los estudiantes de alto y bajo rendimiento, ya que los estudiantes con menos conocimientos tienden a aceptar más que a cuestionar.

En cuanto a las proposiciones, es importante que las mismas:

- Sean categóricas
- Cuenten con la suficiente información para evitar interpretaciones diversas.
  - No presenten dudas en su enunciado a un “experto”.
  - No sean extensas ni complejas ni posean “trampas”.
  - No sean de respuesta obvia, ya que no se trata de evaluar el sentido común sino aprendizajes específicos en el marco de una asignatura.
  - No sean triviales, incluyendo sólo aspectos secundarios de los contenidos a evaluar ante la dificultad de encontrar proposiciones absolutamente verdaderas o falsas.
  - No se limiten a exigir la memorización de datos (a menos que esto sea lo único que se desee evaluar).
  - Utilicen un lenguaje que sea conocido por el estudiante y a la vez tenga en cuenta la especificidad del lenguaje disciplinar.

### **Pruebas de opción múltiple**

#### ***Características***

Estas pruebas consisten en una serie de ítems para cada uno de los cuales se ofrecen varias opciones de solución, de las cuales sólo una es correcta. Los ítems pueden ser preguntas, enunciados incompletos, esquemas o dibujos, etc. Por su parte, las opciones pueden ser palabras, frases, símbolos, números, etc.

Habitualmente, la consigna solicita señalar la opción correcta; no obstante, es posible solicitar la más adecuada o aceptable o, incluso, abrir la posibilidad a más de una respuesta correcta.

Estas pruebas son particularmente adecuadas para evaluar el conocimiento de datos, la comprensión de conceptos, las relaciones entre hechos (causa-efecto, antecedente-consecuente), la evaluación de situaciones del tipo “¿qué pasaría si...?”.

#### ***Algunos recaudos en su construcción***

La construcción de estas pruebas suele ser dificultosa y requerir bastante tiempo. No obstante, este tiempo se compensa por la facilidad de la corrección, lo cual es especialmente pertinente cuando se tienen cursos numerosos.

El primer paso es seleccionar los contenidos que se adaptan para ser evaluados de esta manera. Cuantos más ítems se incluyan, más fiable y

válida será la evaluación. Normalmente pueden incluirse hasta 40 preguntas para ser respondidas en una hora. El número de preguntas para cada parte del temario debe ser proporcional a la importancia que se le asigne. En tanto a cada ítem se le debe otorgar el mismo valor, los temas representados por mayor número de preguntas tendrán más peso en la calificación de la prueba. Evitar los ítems concatenados; cada ítem debe ser independiente de los demás y no debe ofrecer información que contribuya a responder otro ítem.

La calidad de un ítem de selección múltiple depende tanto de la claridad y complejidad del cuerpo del ítem (o base) como de la homogeneidad de las opciones que se ofrecen como posibles respuestas.

Los ítems que constituyen **la base** deben ser formulados de manera afirmativa, incluyendo sólo lo necesario para que se comprenda el sentido y sea posible elegir la opción correcta. El cuerpo del ítem debe llevar a pensar en una respuesta posible a todo aquel que tenga la información necesaria sin necesidad de ver las opciones.

El número de **distractores** (o respuestas incorrectas) puede ser variable, aunque es recomendable que no sean menos de tres (para reducir la probabilidad de respuestas correctas por azar). Todos los distractores deben tener sentido; es decir que las opciones incorrectas tienen que ser opciones posibles no descartables fácilmente por quienes desconocen el tema; si son demasiado obvios, triviales o absurdos pierde efectividad la prueba. Tanto la respuesta correcta como las incorrectas deben ser homogéneas, es decir, pertenecer a una misma "clase" de cosas.

No deben usarse expresiones inclusivas del tipo "Todas las anteriores son correctas" o "Ninguna de las anteriores es correcta". Estas opciones de respuesta se incluyen muchas veces por la necesidad de completar el número de alternativas. Del mismo modo, conviene evitar el uso de palabras como "siempre", "nunca", "totalmente", "absolutamente", "completamente"; estas expresiones suelen aparecer predominantemente en las alternativas incorrectas, ya que la opción correcta pocas veces corresponde a juicios universales.

Debe tenerse especial cuidado en la redacción de manera de evitar dar "pistas" que guíen hacia la respuesta correcta, por ejemplo, porque uno o más distractores no coinciden en género y número o en tiempo verbal con la base, o porque la respuesta correcta es la más larga y elaborada o porque incluye palabras o expresiones que aparecen en el enunciado.

Cuando las opciones son cifras o palabras (nombres de personas o lugares, por ejemplo) es conveniente ordenarlas de manera creciente o por orden alfabético.

Tampoco debe quedar ubicada la respuesta correcta siempre en la misma posición.

Se debe evitar formular tanto la base como la opción correcta en los

mismos términos utilizados en la bibliografía, ya que ello facilita encontrar la respuesta adecuada por familiarización con la redacción.

El vocabulario técnico debe ser empleado con precisión.

### **Pruebas de asociación de pares**

#### ***Características***

Estas pruebas consisten en la presentación de dos columnas de palabras, símbolos, números, frases, etcétera, que el estudiante debe relacionar en función de una consigna. La columna de la izquierda se denomina “premisa” y la de la derecha, “respuesta”. Puede solicitarse asociar: términos y definiciones, acontecimientos y fechas, autores y obras, objetos y funciones, conceptos y ejemplos de los mismos, etc. Puede pedirse que a cada premisa corresponda una o más respuestas.

Son instrumentos útiles para evaluar rápidamente gran cantidad de información, así como manejo de conceptos (al exigir del estudiante discriminar los casos que pertenecen a un concepto y lo diferencian de otros semejantes).

Su principal desventaja es que no permite evaluar resultados de aprendizajes complejos.

#### ***Algunos recaudos en su construcción***

Son instrumentos que no presentan mayores dificultades en su elaboración.

Para evitar respuestas correctas por azar es conveniente que la columna de respuestas tenga mayor cantidad de ítems que la de premisas, de manera de incluir distractores.

Igual que en las pruebas anteriores, tanto las premisas como las respuestas deben ser homogéneas.

### **Multi-ítem de base común**

#### ***Características***

Este instrumento de evaluación no suele ser considerado dentro de las pruebas de selección de respuestas; dada su mayor complejidad suele clasificárselo en una categoría independiente. Pese a ello, lo incluimos en esta presentación por considerarlo sumamente útil a los fines de la evaluación en las asignaturas de Derecho Internacional.

La base de este instrumento está dada por un conjunto de informaciones que pueden ser textos escritos, gráficos, mapas, tablas o cualquier otro tipo de material. A partir de esta información se construyen varios ítems, en general de alternativas constantes o de opción múltiple.

Esta prueba permite evaluar procesos mentales complejos como capa-

cidad para interpretar datos, inferir conclusiones, definir problemas, solucionar planteos, analizar relaciones, advertir errores, etc. La complejidad de lo evaluado depende fundamentalmente de la complejidad de la información ofrecida, así como también de la construcción de los ítems, los cuales pueden requerir interpretar, analizar, sintetizar, evaluar, clasificar, categorizar, la información ofrecida en la base para seleccionar la respuesta correcta.

Sus principales desventajas están dadas por la dificultad para prepararlos, dado que no suele ser sencillo diseñar ítems independientes entre sí y de dificultad homogénea.

Al igual que en las pruebas mencionadas previamente, es importante analizar el grado de dificultad que presentaron los distintos ítems, de manera de sacar los excesivamente sencillos y los excesivamente difíciles, a menos que se los proponga con otros propósitos. Por ejemplo, poner algún ítem sencillo, sobre todo al comienzo, permite a los estudiantes ganar confianza y bajar los niveles de ansiedad propios del examen. Por su parte, los ítems difíciles pueden ser incluidos con el propósito de discriminar altos niveles de logro entre los estudiantes.

#### **A modo de cierre**

Esta presentación tenía un doble propósito: por un lado, abrir al debate y al intercambio de experiencias sobre el uso (en el ámbito de las asignaturas del Derecho Internacional) de los instrumentos de evaluación del aprendizaje de selección de respuestas; por otro lado, dejar un documento escrito que permita volver sobre él para revisar diversos aspectos, aclarar dudas, ampliar conceptos. Espero haber podido cumplir con ambos objetivos.

La decisión sobre qué instrumentos usar y cuándo hacerlo corresponde exclusivamente a los profesores de Derecho Internacional. Sólo ellos podrán dar cuenta de la utilidad de estas pruebas en la evaluación de sus estudiantes universitarios. Sin dudas, el trabajo compartido y el intercambio entre colegas contribuirán a reconocer con mayor precisión las posibilidades y limitaciones de los instrumentos de evaluación de selección de respuestas.

#### **BIBLIOGRAFÍA**

- ÁLVAREZ MÉNDEZ, N. M.: *La evaluación como actividad crítica del aprendizaje*. Cuadernos de Pedagogía, n° 219, Barcelona, 1993.
- BLOOM, B.S., HASTINGS, J.T. y MANAUS, G.F.: *Evaluación del aprendizaje*. Buenos Aires, Troquel, 1975.
- CAMILLONI, A.: *Las funciones de la evaluación*. Buenos Aires, mimeo.
- CAMILLONI, A., CELMAN, S., LITWIN, E. y PALOU DE MATÉ, M del C.: *La evaluación de los aprendizajes en el debate didáctico contemporáneo*. Buenos Aires, Paidós Educador, 1998.

- EBEL, R. *Educational Tests: Valid?, Biased? Useful?* Phi Delta Kappan, 1975, 57, 83-88.
- GIMENO SACRISTÁN, J y PÉREZ GÓMEZ, A.: *La enseñanza: su teoría y su práctica*. Madrid, AKAL, 1985.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Miriam.: *La evaluación del aprendizaje: tendencias y reflexión crítica*. Revista Cubana de Educación Media y Superior, 2001; 15 (1), pp 85-96.
- POPHAM, W.J.: *CRITERION-Referenced Measurement*. Prentice Hall, New Jersey, 1978.
- SANTOS GUERRA, M. A.: *Evaluar es comprender*. Buenos Aires, Magisterio del Río de la Plata, 1998.

## **CONCLUSIONES DEL TRABAJO CIENTÍFICO DE LAS SECCIONES**

BLANCA

**XXI CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL**  
**“Dr. Enrique Ferrer Vieyra”**

**ASAMBLEA GENERAL ORDINARIA DE LA ASOCIACIÓN**  
**ARGENTINA DE DERECHO INTERNACIONAL-2009**

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad  
Nacional de Córdoba. Córdoba, 1, 2 y 3 de Octubre de 2009

**SECCIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO**

TEMA: “EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA  
DE INVERSIONES. PANORAMA ACTUAL Y PROYECCIONES”.

*Relator: Profesor Jorge Barraquirre (h)*

**VISTO:**

El Relato sobre el tema «El sistema de solución de controversias en materia de inversiones. Panorama actual y proyecciones», las Ponencias sobre «La problemática en torno a la extensión de la cláusula de la nación más favorecida en las decisiones de los . tribunales arbitrales; ¿una cuestión de azar?! «El reconocimiento y la ejecución en los laudos arbitrales del CIADI ¿Ejecución directa o aplicación del *exequátur*?», «El régimen jurídico de las inversiones extranjeras en Argentina: en búsqueda del equilibrio», «Análisis trialista del derecho de las inversiones internacionales. La visión dikelógica representada por el factor confianza», «Evolución histórica y normativa del arbitraje internacional en materia de inversiones. Algunas consideraciones sobre su éxito y justificación», «Un ilustre desconocido: el CIADI» y «Una exitosa reclamación diplomática», presentadas, respectivamente, por los Dres. Elizabeth D. Ostachi, Christian G. Sommer, Eloísa Raya de Vera, Bruno Tondini, Martín Rearte, Alejandro Serra Quiroga y Enrique Mussel;

el desarrollo del debate posterior en el que intervinieron el relator, los ponentes y, entre otros participantes, los Dres. María Blanca Noodt Taquela, Beatriz Pallares, Marcelo Iñíguez y Ariel Mansi; y la opinión individual expresada en el sentido de que la existencia de un estatus diferencial en las inversiones extranjeras no debe implicar un trato arbitrario, injusto e inequitativo en relación con los inversores locales; la opinión individual recordando que en la negociación del Acuerdo entre la República Argentina y la República Socialista Federativa de Yugoslavia se hizo sobre la base de los principios de equidad y buena fe; y la opinión individual indicando que el artículo 53 y 54 del Convenio de Washington no vulnera la inmunidad de ejecución de los Estados y que en la ejecución de los laudos debe respetarse el derecho interno en cuanto al cobro de sentencias y laudos contra el Estado.

#### CONSIDERANDO:

1. Que tanto el relato como las ponencias presentadas y aprobadas y las intervenciones realizadas durante las deliberaciones de la Sección han sido claramente expuestos y reflejan el profundo interés existente sobre la temática objeto de debate.
2. Que existen diversos sistemas de solución de controversias en materia de inversiones, encontrándose entre los que más se destacan, el subsistema conformado por el Convenio del CIADI y los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs).
3. Que en el caso argentino este nuevo subsistema de solución de disputas relativas a inversiones ha cobrado gran importancia.
4. Que los tribunales del CIADI que interpretan y aplican el Convenio y los TBIs están desarrollando una jurisprudencia cada vez más voluminosa que, en cierto punto, es difícil de sistematizar.
5. Que en particular se advierten dificultades en temas que se refieren a la caracterización de los estándares del trato justo y equitativo, a la extensión que debe atribuirse a la cláusula de la nación más favorecida y a la cláusula paraguas, en particular, al sistema de solución de controversias, a los efectos de las cláusulas atributivas de jurisdicción en los contratos administrativos y a la determinación de los criterios de incompatibilidades de los árbitros.

La Sección de Derecho Internacional Público

#### RECOMIENDA:

6. Que dado que el sistema del Convenio del CIADI permite al actor demandar ante el tribunal arbitral sin agotar las vías internas, la celebración de los tratados bilaterales de inversión debería ser más reflexiva y doctrinaria.

7. Que sería conveniente que los países receptores de inversiones consideren la adopción de tratados modelos como lo han hecho los países exportadores de capital, uniformando su posición frente al resto de los Estados.

8. Que sería conveniente contar con una instancia de revisión más amplia que el recurso de anulación.

9. Que la Asociación establezca un ámbito permanente de estudio y debate sobre derecho internacional económico.

10. Que la Asociación aconseje a las distintas Universidades la incorporación y/o la profundización del estudio de los temas del derecho internacional económico.

### **SECCIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

TEMA: «JURISDICCIÓN, LEY APLICABLE Y COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA DE OBLIGACIONES ALIMENTARIAS»

*Relator: Profesor Dr. Juan José Cerdeira*

La Sección de Derecho Internacional Privado de la Asociación Argentina de Derecho Internacional reunida en el XXI Congreso Argentino de Derecho Internacional luego del relato del Dr. Juan José Cerdeira y sometida a debate las ponencias referidas en el Anexo A que acompaña a la presente ha arribado por unanimidad a las siguientes conclusiones:

1) La obligación alimentaria responde al derecho humano fundamental de la subsistencia y debe ser concebida como una categoría autónoma no solamente en cuanto a merecer una regulación independiente sino también en cuanto al reconocimiento de un fundamento propio que reside en el «estado de necesidad» del acreedor alimentario. Ello conduce a utilizar las herramientas jurídicas disponibles en el Derecho Internacional Privado y a agudizar la creatividad en orden a la efectiva percepción de los alimentos.

2) Se cree conveniente ampliar el concepto de acreedor alimentario a fin de incluir las relaciones que se suscitan en el marco de las uniones de hecho, siendo deseable que la República Argentina extienda a estas realidades las regulaciones de fuente convencional vigentes o que sean ratificadas en el futuro.

3) En el trato preferente que recibe la categoría alimentos es conveniente que las autoridades públicas incluyan la asistencia urgente al niño por nacer particularmente con necesidades especiales de salud.

4) En la interpretación del orden público internacional se advierte la necesidad de destacar que el núcleo del derecho alimentario se arraiga en

los pactos internacionales de derechos humanos y no admite restricciones sustentadas en normas coactivas o en principios de orden público interno.

5) Se revalorizan las posibilidades operativas concretas que ofrece la Convención de Nueva York y se propone su mayor difusión entre abogados, integrantes del Ministerio Público, defensores, jueces y la comunidad en general a fin de aprovechar la rica implementación de nuestra Autoridad de Aplicación que tiende a reforzar la cooperación administrativa tanto interna como externa, lograr acuerdos extrajudiciales, la obtención de medidas de pruebas, etc. Se evalúa muy positivo la utilización de medios tecnológicos para la incorporación de formularios, bases de dato normativa y mejora de los canales de comunicación.

6) Se evalúan como insuficientes las herramientas normativas disponibles para el cabal logro de los objetivos de gratuidad y percepción oportuna de los alimentos. Se advierte un desfase entre las finalidades de los convenios y la satisfacción concreta del interés del acreedor alimentario. En orden a superar esta situación en el plano regional se sugiere simplificar los procedimientos de reconocimiento y exequátur de decisiones extranjeras en materia alimentaria, y avanzar en la regulación de un título de fuerza ejecutiva regional adaptado a las necesidades de nuestras sociedades. Es necesario asimismo que la República Argentina favorezca acuerdos interinstitucionales, con entidades bancarias o postales, públicas o privadas, para asegurar la exención de comisiones y la celeridad de las transferencias.

7) Afirmar que la posibilidad de recurrir a la mediación como medio alternativo de resolución de conflictos, constituye una vía que responde a los principios de celeridad, confidencialidad e informalidad y garantiza la eficacia del cobro internacional de alimentos. Se recomienda intensificar su utilización aprovechando el alto grado de desarrollo del instituto de la mediación en todas las regiones del país, máxime si se considera que esta herramienta será potenciada frente a un número elevado de ratificaciones del Convenio de La Haya sobre cobro internacional de Alimentos para Niños y otros miembros de la familia de 2007.

8) La complejidad de la problemática y el acento puesto en la cooperación internacional determinan la conveniencia de estudiar en profundidad el significado que para nuestro ordenamiento representa la nueva Convención de La Haya citada, en atención al señalamiento de algunos puntos que ameritarían la formulación de reservas o declaraciones al momento de su ratificación. No obstante, se ha evaluado como altamente positivo la incorporación de avances tecnológicos, el incremento de funciones de las autoridades centrales, el acento puesto en el reconocimiento simplificado de decisiones y la intensificación de la cooperación. En la medida en que los convenios de La Haya expresan consensos alcanzados entre Estados pertenecientes a distintas familias jurídicas, entre ellos algunos especialmente conectados con nuestro país en relaciones alimenticias, su ratificación per-

mitiría un grado de eficacia muy extenso, particularmente con Estados con los cuales no tenemos convenio vigente.

9) Se advierte la necesidad de difundir y profundizar las posibilidades de la Convención Interamericana en materia de Obligaciones Alimentarias (CIDIP IV) toda vez que es la única fuente que regula la jurisdicción internacional directa y el derecho aplicable con marcada orientación material en favor del acreedor de los alimentos.

10) Propiciar el ejercicio de la autonomía de la voluntad, tanto conflictual como material y los acuerdos de elección de juez con los límites que permitan avarar el abuso del derecho o el aprovechamiento de situaciones de necesidad, esto es con clara orientación sustancial hacia la mayor efectividad de los derechos fundamentales.

11) La Asociación Argentina de Derecho Internacional puede contribuir en la elaboración de una guía de buenas prácticas que optimice la aplicación de las convenciones vigentes y oriente a los operadores hacia el logro de mejores soluciones. En el mismo orden de ideas puede ofrecer seminarios y jornadas para profundización de la práctica en esta materia tan compleja y para coadyuvar el diálogo entre todos los operadores

#### ANEXO A

1) «Alimentos: Por la autonomía del concepto, un tipo legal amplio y una conexión flexible». Menicocci, Alejandro Aldo.

2) «Prestación internacional de alimentos ante el mecanismo del orden público» Echegaray de Maussión, Carlos Eduardo y Lucero, Myriam Diana.

3) «Alimentos derivados de las uniones libres o de hechos» Urionde de Martinoli, Amalia y Pereyra, Luis Cruz.

4) «Alimentos en el Niño por nacer» Sabate, Gladys María y Núñez, Alejandro.

5) «Consideraciones sobre la Convención de las Naciones Unidas para la Obtención de Alimentos en el Extranjero y su aplicación en la República Argentina». Franco, Mariana.

6) «Cobro de Alimentos en el Extranjero, su tratamiento en la legislación vigente». Consolo, Analía N. y Carrizo Adris, Gustavo.

7) «Convenio sobre cobro internacional de alimentos para niños y otros miembros de la familia (Haya 2007): apreciaciones». Mantelli, Mauricio y Sala Mercado, María Valeria.

8) «Mecanismos tendientes a efectivizar la prestación de alimentos en el ámbito internacional». Zavatti de Rougier, Adriana M. y Martinoli Uriondo, Estefanía.

9) «La Nueva Convención de La Haya sobre Cobro Internacional de Alimentos y el Protocolo Adicional sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimentarias. Su compatibilidad con el sistema jurídico argentino». Herz, Mariana.

10) «Convención Interamericana. Una solución a la problemática de la jurisdicción internacional en materia de obligaciones alimentarias». Rubaja, Nieves.

11) «La incorporación de métodos no adversariales en la Convención de La Haya de cobro de alimentos del año 2007». Chalita, Graciela.

12) «La autonomía de la voluntad en las Obligaciones Alimentarias Internacionales». Rabino, Mariela Carina.

13) «El título ejecutivo alimentario. Un medio eficaz para la simplificación del proceso de deudas alimentarias». Di Pierro, María Victoria y Chalita, Graciela Emilia.

14) «Las obligaciones alimentarias internacionales derivadas de vínculos no maritales» Azar, María Cecilia.

Córdoba, 3 de octubre de 2009

## SECCIÓN DE DERECHO DE LA INTEGRACIÓN

TEMA: «LA NORMATIVA SOBRE MEDIO AMBIENTE EN EL DERECHO DEL MERCOSUR Y SU APLICACIÓN EN LOS LAUDOS ARBITRALES».

*Relatora: Profesora Adriana Dreyzin de Klor*

En ocasión de celebrarse el «XXI Congreso Argentino de Derecho Internacional - Dr. Enrique Ferrer Vieyra», llevado a cabo en la ciudad de Córdoba durante los días 1 a 3 de Octubre de 2009, se reúnen los integrantes de la Sección Derecho de la Integración iniciándose la sesión a las 13 horas del día 1º de Octubre con la presencia de los integrantes del respectivo Comité de Sección Luis Ignacio Savid-Bas ( Director), Alberto César Moreira (Secretario), Alberto Eduardo Monsanto y Cecilia Inés Silberberg (Vocales), la Relatora designada Prof. Dra. Adriana Dreizyn de Klor y restantes miembros de la misma. Abierto el acto por el señor Director se informa sobre la actividad cumplida en el bienio 2007/2009 y sobre el Relato, Ponencias y Comunicaciones presentados procediéndose a la exposición y debate de las distintas cuestiones planteadas en un todo de conformidad con el Programa de Actividades de la Sección entregado previamente a los miembros de la Asociación. Destacándose, en la exposición preliminar, la riqueza de enfoques de la problemática planteada. En la presentación de la Prof. Dra. Zlata Drnas de Clement, *La «Cláusula Ambiental» en el MERCOSUR*, se señalan las diferencias entre los procesos del MERCOSUR, Unión Europea e Integración Andina, naturaleza de los Tribunales en dichos procesos con un estudio particularizado de los mercosureños, la normativa ambiental con referencias a los Tratados y la aplicación y el análisis crítico de los Laudos arbitrales; en la participación del Prof. Alberto E. Monsanto. *El*

*Derecho Internacional Ambiental en las decisiones arbitrales del MERCOSUR.* el estudio es centrado en el análisis de la aplicación de las disposiciones del Derecho Internacional en los laudos arbitrales, de las relaciones del subsistema jurídico del MERCOSUR con la ALADI y otras normativas internacionales efectuándose asimismo, comentarios sobre la aplicación de principios y normas de D.I.General y de sistemas particulares (OMC) en los laudos; el Prof. Miguel Ángel Ciuro Caldani, *Un posible complemento del relato.* *Aportes para un régimen de justicia ambiental en el MERCOSUR* efectúa un interesante aporte relacionado con las bases necesarias de especialización sobre la normativa jurídica de la Integración, de los procesos particulares en la materia tanto en la formación de los profesionales del Derecho como en la composición de los órganos de aplicación; la Prof. Melisa Languasco, *Tratamiento de los pasivos ambientales. Precedentes normativos y judiciales* expone acerca del Derecho aplicable a cuestiones ambientales: Normas de Derecho interno (Constitucionales) y del Derecho del MERCOSUR particularizando sobre la gestión ambiental de residuos, los principios rectores y regímenes particulares específicos; la Prof. María Fernanda Fernández Vila. *La variable ambiental en el MERCOSUR* realiza un Paralelo entre la vinculación en el planteamiento de problemas ambientales y económicos, la valoración económica del ambiente y variables que inciden. Concluyendo con el análisis de propuestas alternativas, principios aplicables, medidas y participantes, todo ello en relación con los procesos de Integración en el MERCOSUR; El Sr. Luis Antonio Vanini. *MERCOSUR y el Medio Ambiente: una cuestión pendiente* comenta el Marco normativo; reglas mercosureñas y nacionales, la cuestión intergubernamental como problema, efectuando reflexiones sobre Medio Ambiente y el Comercio: antecedentes extra MERCOSUR (UE y TLC de América del Norte). Por último, la Srta. Laura G. Nievas. *El Medio Ambiente en las decisiones arbitrales del MERCOSUR. La problemática de la importación de neumáticos remoldeados* desarrolla un estudio particularizado de los Laudos TAHM VI, XI y 1/05 del TPR presentando una tabla comparativa de los temas debatidos, normativa aplicada y trámite procesal.

De los trabajos presentados y actividad desarrollada da cuenta la Resolución aprobada por la Sección y presentada al Plenario del Congreso para su consideración.

En cumplimiento de las normas estatutarias y reglamentarias actuaron como Moderadores los Miembros del Comité, Dres. Luis Ignacio Savid-Bas, Alberto César Moreira, y Cecilia Silberberg. La Comisión Redactara de las conclusiones estuvo compuesta por los Miembros del Comité, la Relatora y los Ponentes finalizando los trabajos a las 19 horas del día 2 de Octubre de 2009.

Se presentan a consideración del Plenario las siguientes conclusiones:

VISTOS:

El relato presentado por la Sra. Relatora, Prof. Dra. Adriana Dreizyn de Klor, «La normativa sobre el Medio Ambiente en el Derecho del MERCOSUR y su aplicación en los laudos arbitrales» y las ponencias: «La normativa

sobre medio ambiente en el Derecho del Mercosur y su aplicación en los laudos arbitrales» (Prof. Graciela R. Salas), «La Cláusula Ambiental en el MERCOSUR» (Prof. Zlata Drnas de Clément), «El Derecho Internacional Ambiental en las decisiones arbitrales del MERCOSUR» (Prof. Alberto Eduardo Monsanto), «Tratamiento de los pasivos ambientales. Precedentes normativos y judiciales» (Prof. Melisa Languasco), «Un posible complemento del relato. Aportes para un régimen de justicia ambiental en el MERCOSUR» (Prof. Miguel Ángel Ciuro Caldani), «MERCOSUR y el Medio Ambiente: una cuestión pendiente» (Abog. Luis Antonio Vanini) y «El Medio Ambiente en las decisiones arbitrales del MERCOSUR. La problemática de la importación de neumáticos remoldeados» (Laura G. Nievas).

La Sección Derecho de la Integración,  
CONCLUYE:

La protección del medio ambiente informa de manera central el proceso integrador del MERCOSUR.

Las normas medioambientales son numerosas, dispersas en diversos textos e insuficientes, lo que contribuye a que su funcionamiento sea insatisfactorio, afecte la seguridad jurídica y ponga en riesgo valores fundamentales del proceso de integración.

La estructura institucional del MERCOSUR, destinada a desarrollar los temas ambientales, adolece de los defectos señalados en el párrafo anterior dificultando el desarrollo de políticas adecuadas.

El proceso de integración debe tener en cuenta no sólo los requerimientos del comercio y de la economía en general, sino también las exigencias que hagan a su plenitud, incluyendo el desarrollo sostenible y las necesidades de la realización humana.

Como en todo ámbito jurídico ha de procurarse el equilibrio entre lo público y lo privado y la legitimación de las partes debe integrarse con la legitimación democrática y las necesidades de las generaciones futuras.

Para el logro de estas realizaciones es imprescindible continuar con la formación de juristas que, en los roles de árbitros o jueces, comprendan acabadamente las necesidades del proceso integrador.

Los problemas observados determinan la necesidad de que la enseñanza del Derecho de la Integración se incluya como una asignatura obligatoria en las Universidades nacionales.

Se propone, asimismo, que la Asociación continúe y profundice el estudio de esta problemática medioambiental en el MERCOSUR, atendiendo a los aspectos normativos e institucionales, a efectos de formular recomendaciones a los Estados y órganos competentes del MERCOSUR, para que articulen e implementen las políticas necesarias que garantice la debida protección ambiental en el ámbito regional.

Córdoba, 3 de octubre de 2009.

### SECCIÓN DE RELACIONES INTERNACIONALES

TEMA: «CRISIS FINANCIERA Y CAMBIOS POLÍTICOS INTERNACIONALES. EL PAPEL DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES».

*Relatora: Magtr. María Cristina Montenegro*

En la ciudad de Córdoba, en el marco XXI Congreso Argentino de Derecho Internacional «Dr. Enrique Ferrer Vieyra» realizado entre los días 1 a 3 de Octubre de 2009, se reúne la Sección de Relaciones Internacionales de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, en la Sala 7 de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, de la Universidad Nacional de Córdoba, bajo la presidencia del Director de la Sección Dr. Pedro Rodolfo Casas (UNCa) y cuya Relatoría está a cargo de la Mgtr. María Cristina Montenegro (UNC)

Abierta la sesión, siendo las 15 horas del día jueves 1 de Octubre de 2009, se informa que, además de los nombrados, se encuentran presentes los Sres. Miembros de la AADI y participantes: María Eugenia Bertizzolo, Leopoldo Mario Godio, Daniel Hugo Anglada, Carlos Alberto Biangardi Delgado, Valeria Raquel Vorano, Pablo Vigliano, Gloria Rosenberg, Verónica Zamzem, Juan Carlos Pérsico.

Abierta la sesión de trabajo, la Mgtr. María Cristina Montenegro expone el Relato: «La Crisis Financiera Internacional: ¿hacia una reforma o una transformación del Sistema de Bretton Woods o del sistema político mundial?», en el que plantea el tema y los supuestos del que parte el análisis que servirá de marco referencial para las posteriores exposiciones

A continuación, los ponentes dieron a conocer sus trabajos cuyos títulos se consignan:

- «Crisis financiera y cambios políticos internacionales. El papel de las Organizaciones Internacionales». Autora: Gloria Rosenberg.
- «La Crisis Financiera Internacional: Una perspectiva política interna e internacional». Autores: Luciano Acedo Salim, Federico de Singlau, Víctor Toledo, Elizabeth Klink, Valeria Vorano.
- «Crisis Financiera y cambios políticos internacionales. El papel de las organizaciones internacionales». Autor: Juan Carlos Hugo Pérsico.
- «Crisis Internacional y sistemas de pagos: examen del Acuerdo para la creación de un sistema unitario de compensación regional de pagos (SUCRE)». Autor: Antonio Martínez Puñal.
- «Crisis Económicas. Génesis y Actualidad de un asunto recurrente». Autores: María Eugenia Leila Bertizzolo, Leopoldo Mario Adolfo Godio.

Siendo las 20 hs. Se pasó a un cuarto intermedio hasta el día viernes 2 de Octubre para la discusión y redacción de las conclusiones que se ponen en consideración del Plenario, en la Asamblea General de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (AADI) del día sábado 3 de octubre de 2009.

Las conclusiones mencionadas son las siguientes:

a) Sobre el problema tratado: la crisis financiera internacional y sus consecuencias, en término de diagnosis, hubo coincidencias.

b) Respecto de la salida de la crisis, se coincidió en que las propuestas que surgieron en las tres Cumbres del G-20 sugieren que sólo son reformas de carácter moderado para acondicionar al FMI, BM de cara a la superación de la crisis. Lo que sí aparece como un hecho sustantivo es el mayor protagonismo por parte de países emergentes.

c) Resultó relevante el análisis del surgimiento del grupo BRIC como un nuevo polo de poder, no sólo a nivel financiero y económico sino en la reconfiguración de un nuevo orden político internacional. Dicho orden pondría límites a la hegemonía norteamericana y propendría a relaciones internacionales multilaterales.

d) Dos ponencias tuvieron una visión más micro. La primera, centrada en el impacto de la crisis en la sociedad civil y las medidas de restauración del sistema financiero, la participación de Naciones Unidas en la búsqueda de soluciones. La segunda, en la importancia de lo local, regional y nacional, centrado en análisis en la República Argentina, en la elaboración de proyectos genuinos de desarrollo de carácter local y regional para evitar las vulnerabilidades frente a las crisis globales, que se suponen reiterativas.

5) Como aproximaciones a una salida regional, se coincidió en la importancia de MERCOSUR y la necesidad de su fortalecimiento para actuar a nivel global, tratando de concentrar las energías en el proceso integrador más concreto y real en el que se inserta una potencia media como Brasil.

Como propuesta final de la Sección, los miembros y participantes reunidos en el Foro hacen llegar a las autoridades la sugerencia de una vinculación más activa, a través de la canalización de estudios, análisis y propuestas, con las instituciones y tomadores de decisión, respecto de diversos aspectos de la política exterior argentina.

Córdoba, 3 de octubre de 2009.

## SECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

TEMA: «LAS REPARACIONES EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS»

*Relatores: Profesores Andrés Rossetti y Víctor Bazán*

En la Ciudad de Córdoba, en el marco XXI Congreso Argentino de Derecho Internacional, Dr. «Enrique Ferrer Vieyra», sesionó la Sección de Derechos Humanos de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. La Presidencia de la misma estuvo a cargo de Víctor Bazán, Director de dicha Sección.

Los respectivos Relatos de la Sección estuvieron a cargo de Andrés Rossetti y Víctor Bazán, quienes expusieron sus trabajos, respectivamente titulados: «Sobre las reparaciones en el derecho internacional de los derechos humanos» y «Las reparaciones en el derecho internacional de los derechos humanos, con particular referencia al sistema interamericano».

La Sección recibió para su consideración trece (13) ponencias, de las cuales doce (12) fueron sustentadas por sus autores; y cinco (5) comunicaciones, de las cuales tres (3) fueron presentadas por sus autores, conforme al siguiente detalle y orden de exposición:

#### **I) Ponencias:**

1) Zlata Drnas de Clément: *Las reparaciones en el derecho internacional de los derechos humanos*; 2) Hugo Llanos Mansilla: *La responsabilidad del Estado de Chile según la Corte Interamericana de Derechos Humanos*; 3) Luciana Díaz y Marta Tejerizo: *La contribución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el desarrollo progresivo del concepto de reparaciones*; 4) Milton C. Feuillade: *El deber de investigar como reparación, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*; 5) María Susana Nudelman (realizada en coautoría con Juan Carlos Wlasic): *Los familiares de las víctimas como víctimas de la violación de derechos humanos. Su reparación*; 6) Guillermina Machado: *El Fondo Fiduciario para las víctimas de la Corte Penal Internacional*; 7) Teresita Saracho Cornet: *Las reparaciones en el derecho internacional de los derechos humanos*; 8) Marta Susana Sartori: *Reparaciones en el derecho internacional de los derechos humanos. Nuevos avances y criterios*; 9) Sebastián Alejandro Rey: *¿Retroceso en materia de reparaciones no pecuniarias? A propósito de las últimas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*; 10) Sebastián Félix García Amuchástegui: *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones. Un caso testigo: «Reverán Trujillo c. Venezuela»*; 11) Christian G. Sommer: *La obligación internacional del Estado de reparar por omisión en la protección de la Trata de Personas*; 12) Verónica Cecilia Igarzábal: *Derechos humanos. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Reparación*; y 13) Natalia Patricia Copello Barone: *Nuevas tendencias en materia de reparación de daños y perjuicios implementadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus fallos*, ponencia que no fue presentada oralmente por su autora.

#### **II) Comunicaciones:**

1) Ada Lattuca: *Evolución e involución de los derechos humanos*; 2) Gilda Cicci: *Sobre la Directiva de Retorno en la Unión Europea en relación con los instrumentos de derechos humanos en la Unión Europea y América*; 3) Alicia Sonia Moreno: *Los inmigrantes y la integración hoy. Unión Europea: un paso de reflexión*; 4) Maximiliano Nicolás Campana: *Los amigos del tribunal internacional: Algunas precisiones sobre las presentaciones en calidad de 'amicus curiae' ante distintos tribunales internacionales*; 5) Amanda Rodríguez da

Cruz: *O medo do terrorismo e as violações de direitos dos imigrantes na União Europeia*. Estas dos últimas comunicaciones no fueron presentadas oralmente por sus autores.

Finalizada la presentación de las ponencias y comunicaciones se debatieron los puntos centrales abordados en los relatos y las ponencias. Entre los relatores y algunos ponentes se aprobaron las conclusiones que fueron puestas a consideración del Plenario. Ellas son:

1. La problemática de las reparaciones en el derecho internacional de los derechos humanos es compleja y presenta varias aristas conflictivas.

2. La idea de «reparación» presupone la violación de derechos humanos, con lo cual opera *ex post*, es decir cuando la vulneración se ha producido. Es claro y obligatorio, en cambio, que los derechos humanos sean protegidos principalmente *ex ante*, esto es, que se deben articular todos los medios posibles en el ámbito interno para prevenir las violaciones.

3. La obligación de reparar deriva y es consecuencia de la responsabilidad internacional, siendo un principio secular del derecho internacional el que determina que la violación de un compromiso supone la obligación de repararlo adecuadamente.

Al respecto, le está vedado al Estado ampararse en razones de derecho interno para justificar el impedimento de investigación de los hechos que generaron las violaciones y la sanción de los responsables de ellas, lo que involucra -en aquellos países de estructura estatal compleja- apoyarse para justificar sus violaciones en la cláusula federal.

4. El contenido y la naturaleza de la «reparación» en el derecho internacional de los derechos humanos tienen un carácter *compensatorio* para la o las víctimas de una violación de derechos humanos pero no, en cambio, un carácter necesariamente *punitivo* en relación con el victimario o quien produjo el daño o hecho ilícito.

5. Específicamente en lo que atañe al sistema interamericano y en particular a la praxis de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en la materia, pueden mencionarse:

a) Como *avances*:

- la visualización de la persona como ser integral y el ideal del carácter también integral de su reparación;
- la existencia de nuevos desarrollos conceptuales como el de daño moral primero y luego el de daño inmaterial, y el de daño familiar;
- un importante y creativo activismo -fundamentalmente hasta 2007- en el diseño de medidas satisfactivas que generan (o al menos buscan) impacto social y repercusión pública en el Estado condenado; y
- un perfil valioso de las reparaciones asociado a los derechos económicos, sociales y culturales, pues la Corte IDH ha construido «progresiva-

mente» una fértil interpretación a partir del art. 63.1 de la CADH, generando la proyección o transición de un derecho individual a la reparación, hacia un derecho de corte social volcado sobre servicios comunitarios precisamente en un ámbito en el que se movilizan los derechos económicos, sociales y culturales.

b) Como *incógnitas*:

- la aconsejable definición del contenido y el alcance de la *equidad*, a los fines de la seguridad jurídica, para salvar cierta indeterminación al respecto y en pro del cumplimiento del ideal de una reparación efectiva;
- el devenir del actual repliegue que exhibe el Tribunal más notoriamente desde 2007, principalmente en materia de reparaciones no pecuniarias concedidas como garantías de no repetición o medidas satisfactivas a favor de las víctimas o sus familiares; y
- en relación con el punto anterior, se advierte la necesidad de que los representantes legales de las víctimas en los procesos contenciosos ante el Tribunal optimicen el esfuerzo probatorio para acreditar la magnitud de las reparaciones que pretenden.

c) Como *desafíos*:

- consolidar una política de reparaciones que tenga lógica y coherencia para las víctimas, y que además genere un efecto positivo en la sociedad;
- buscar alternativas para elevar el nivel estatal de cumplimiento de las medidas reparatorias no pecuniarias;
- retomar el concepto de «daño al proyecto de vida» dentro de la lógica de la reparación integral;
- profundizar la interpretación evolutiva y dinámica del derecho en la legitimación de las personas afectadas por violaciones graves y masivas de derechos humanos en los casos colectivos, que les permita convertirse en beneficiaria de reparaciones. Ello requiere un desarrollo más creativo del concepto de «parte lesionada» para compensar el sufrimiento de otras personas concernidas y perjudicadas por aquéllas, además de las víctimas y de sus parientes próximos;
- fiscalizar que los acuerdos concluidos entre el Estado y los representantes de la víctima y sus familiares respeten acabadamente la CADH y, en caso de que no lo hagan, complementarlos adecuadamente. Ello, como derivación del principio *pro hotnine*, que gravita también en las reparaciones y en los correspondientes acuerdos entre las partes; e intensificar su tarea en la supervisión del cumplimiento de sus sentencias. 6. Exhortar a los Estados a dar cabal cumplimiento a las sentencias de la Corte IDH.

Córdoba, 3 de octubre de 2009.

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

TEMA «EVALUACIÓN DEL APRENDIZAJE; SISTEMA DE RESPUESTAS  
MÚLTIPLES (MÚLTIPLE CHOICE)».

*Reladoras: Profesoras Anahí Viviana Mastache y Graciela Chalita*

VISTO:

El Relato de la Dra. en Pedagogía Anahí Viviana Mastache, el Correlato de la Dra. Graciela Chalita, las ponencias de los Dres. Jorge Paladino y Graciela Salas y luego del intercambio entre los participantes de la sesión con relación al tema: «Evaluación del aprendizaje: sistema de respuestas múltiples *multiple choice*», la Sección Documentación, metodología y Enseñanza del Derecho Internacional,

RECOMIENDA:

- a) La evaluación tiene que ser coherente con los objetivos propuestos, la metodología de enseñanza utilizada y la concepción del derecho que se sustenta;
- b) Puede pensarse en utilizar instrumentos de evaluación para obtener información sobre el proceso y sus resultados sin necesidad de traducirlo en una nota;
- c) La metodología de evaluación supone una combinación de instrumentos entre los cuales puede utilizarse las pruebas de opción múltiple *multiple choice*;
- d) Este último instrumento puede combinarse con casos y/o problemas (con o sin solución). La pregunta y sus opciones deberán referirse entonces, a los casos y/o problemas que sirven de referencia;
- e) El riesgo de aprobación por aciertos al azar se reduce notablemente al incluir en cada examen varias preguntas sobre un mismo tema, al elevar el porcentaje indispensable de respuestas correctas para obtener la nota mínima de aprobación (un 60 % de las preguntas, por ejemplo, para obtener un cuatro) o restar puntaje por respuestas incorrectas;
- f) Las pruebas de opción múltiple son particularmente útiles para evaluar: 1.- manejo de información; 2.- discriminación entre conceptos; 3.- relaciones entre conceptos; 4.- comprensión de textos, casos o situaciones;
- g) Este instrumento de evaluación: 1.- contribuye a desarrollar la capacidad de comprensión de las consignas; 2.- requiere de los alumnos el máximo de claridad conceptual al no dejar margen para el error.

Córdoba, 3 de octubre de 2009.

---

## **LEGISLACIÓN**

---

BLANCA

**CONVENIOS INTERNACIONALES APROBADOS  
POR LA REPÚBLICA ARGENTINA  
PERIODO 01-07-2009 al 31-07-2010**

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. COMUNICACIONES Y TRANSPORTE**

**Ley 26.595** La Modificación con respecto al artículo XII (c) (II) del Acuerdo Relativo a la Organización Internacional de Telecomunicaciones por Satélite, adoptada por la Asamblea de Partes durante la Trigésima Primera Reunión Extraordinaria, celebrada en París -República Francesa- el 23 de marzo de 2007. Aprobación Sanción: 12/05/ 2010 Promulgación de Hecho: 03/06/ 2010 B.O.: 08/06/2010.

**Ley 26.614** La Constitución, el Octavo Protocolo Adicional a la Constitución y el Reglamento General de la Unión Postal de las Américas, España y Portugal, adoptados en Montevideo, República Oriental del Uruguay, el 14 de junio de 2007. Aprobación Sanción: 30/06/ 2010 Promulgación de Hecho: 27/07/2010. B.O.:30/07/2010.

**Ley 26.616** Séptimo Protocolo Adicional a la Constitución, el Reglamento General, la Constitución y el Convenio de la Unión Postal Universal, y el Acuerdo Relativo a los Servicios de Pago de Correo adoptados en Bucarest, Rumania, el 5 de octubre de 2004. Aprobación.

**Ley 26.617** Sanción: 30/06/2010 Promulgación de hecho: 30/07/2010 B.O.:03/08/2010. Instrumentos de Enmienda a la Constitución, al Convenio y al Reglamento General de las Conferencias, Asambleas y Reuniones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, suscriptos en Antalya, República de Turquía, el 24 de noviembre de 2006. Aprobación. Sanción: 30/06/2010 Promulgación de hecho: 27/07/2010 B.O.: 29/07/2010.

## **2. COOPERACIÓN CULTURAL, CIENTÍFICA, TÉCNICA, ECONÓMICA, FINANCIERA, INDUSTRIAL, COMERCIAL y DE SALUD**

**Ley 26.594** Acuerdo sobre Cooperación Económica entre la República Argentina y la República Helénica, suscripto en Buenos Aires el 13 de mayo de 2008. Aprobación. Sanción: 12/05/2010 Promulgación de Hecho: 03/06/2010 B.O.: 07/06/2010.

**Ley 26613** Convenio de Cooperación Cultural entre la República Argentina y la República de Cuba, suscripto en La Habana, República de Cuba, el 13 de noviembre de 2003. Aprobación Sanción: 30/06/2010 Promulgación de hecho: 27/07/2010 B.O.: 28/07/2010.

**Ley 26.615** Acuerdo de Cooperación Cultural entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno del Reino de Tailandia, suscripto en Buenos Aires, el 14 de agosto de 2006. Aprobación. Sanción: 30/06/2010 Promulgación de hecho: 27/07/2010 B.O.: 28/07/2010.

### 3. DERECHO INTERNACIONAL PENAL

**Ley 26.504** Enmienda al Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas entre los Estados Partes del Mercosur. Aprobación Sanción: 05/08/2009. Promulgación de hecho: 31/08/2009 B.O.: 02/09/2009.

**Ley 26.607** Acuerdo entre la República Argentina y la República de Bolivia sobre Traslado de Personas Condenadas, en la Paz - República de Bolivia - el 23 de diciembre de 2008. Aprobación. Sanción: 23/06/2010 Promulgación de hecho: 20/07/2010 B.O.: 22/07/2010.

**Ley 26.608** Acuerdo entre la República Argentina y la República Portuguesa sobre Traslado de Personas Condenadas, en Lisboa - República Portuguesa - el 06 de octubre de 2008. Aprobación Sanción: 23/06/2010 Promulgación de hecho: 20/07/2010 B.O.: Ley 26.609 26/07/2010.

**Ley 26.611** Acuerdo de Mutua Asistencia Administrativa para la Prevención, la Constatación y la Represión de los ilícitos aduaneros entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Italiana, en Roma - República de Italia - el 21 de marzo de 2007. Aprobación Sanción: 23/06/2010 Promulgación de hecho: 20/07/2010 B.O.: 23/07/2010.

Tratado de Asistencia Judicial Recíproca en Materia Penal entre la República Argentina y la República Tunecina, en Buenos Aires, el 16 de mayo de 2006. Aprobación Sanción: 23/06/2010 Promulgación de hecho: 20/07/2010 B.O.: 26/07/2010.

### 4. DERECHO LABORAL Y SOCIAL

**Ley 26.525** Convenio sobre Seguridad Social entre la República Argentina y la República de Chile, suscripto en Buenos Aires el 26 de abril de 1996. Aprobación Sanción: 14/10/2009 Promulgación: 27/10/2009 B.O.: 28/10/2009.

**Ley 26.526** Convenio sobre Seguridad Social entre la República Argentina y la República de Chile, suscripto en Buenos Aires el 26 de abril de 1996 y firmado en Buenos Aires el 25 de setiembre de 2008. Aprobación Sanción: 14/10/2009 Promulgación: 27/10/2009 B.O.: 28/10/2009.

**Ley 26.603** Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social

suscripto en Santiago, República de Chile, el 10 de noviembre de 2007. Aprobación

Sanción: 09/06/2010 Promulgación: 01/07/2010 B.O.: 05/07/2010.

## 5. INTEGRACIÓN

**Ley 26.504** Enmienda al Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas entre los Estados Partes del Mercosur, suscripta en Asunción - República de Paraguay - el 20 de junio de 2005. Aprobación Sanción: 05/08/2009. Promulgación de hecho: 31/08/2009 B.O.:02/09/2009.

**Ley 26.523** Acuerdo entre la República Argentina y la República Federativa del Brasil sobre Localidades Fronterizas Vinculadas, suscripto en Puerto Iguazú el 30 de noviembre de 2005. Aprobación Sanción: 14/10/2009 Promulgación: 27/10/2009 B.O.:28/10/2009.

**Ley 26.561** Tratado de Maipú de Integración y Cooperación entre la República Argentina y la República de Chile, el Protocolo complementario al Tratado de Maipú sobre la Constitución de la entidad binacional para el proyecto «Túnel internacional Paso de Agua Negra» y el Protocolo complementario al mismo tratado sobre la constitución de la entidad binacional para el proyecto «Túnel de baja altura -Ferrocaril Trasandino Central», suscripto en Maipú - República de Chile - el 30 de octubre de 2009. Aprobación Sanción: 18/12/2009 Promulgación: 14/12/2009 B.O.:17/12/2009.

**Ley 26.610** Acuerdo Marco sobre Cooperación en Materia de Seguridad Regional entre los Estados Partes del Mercosur y la República de Bolivia, República de Chile, República de Ecuador, República del Perú y la República Bolivariana de Venezuela, suscripto en Córdoba - República Argentina - el 20 de julio de 2006. Aprobación Sanción: 23/06/2010 Promulgación: 20/07/2010 B.O.:26/07/2010.

## 6. MEDIO AMBIENTE

**Ley 26.556** Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático, adoptada por la Trigésima Primera Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la cultura -UNESCO-, celebrada en París -República Francesa-el 2 de noviembre de 2001. Apro-

bación

Sanción: 18/11/2009 Promulgación: 15/12/2009 B.O.:16/12/2009.

**Ley 26.600** Convención Interamericana para la Protección y Conservación de las Tortugas Marinas, adoptada en Caracas, República Bolivariana de Venezuela, el 01 de diciembre de 1996. Aprobación

Sanción: 09/06/2010 Promulgación de hecho: 02/07/2010 B.O.:08/07/2010

BLANCA

---

## **JURISPRUDENCIA**

---

BLANCA

## **JURISPRUDENCIA ARGENTINA SELECCIONADA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO 2008 - 2009<sup>1</sup>**

*Por Julio César Córdoba<sup>2</sup>*

### **1. CSJN, 19/02/08, Penguin Books Ltd. c. Librería Rodríguez.**

Compraventa internacional de mercaderías. Vendedor Reino Unido. Comprador Argentina. Falta de pago. Pesificación. Rechazo. Excepciones. Decreto 410/02. Derecho aplicable. Lugar de cumplimiento. Prescripción más característica. Reino Unido. Incoterms. Cláusula FOB. Convención sobre Ley Aplicable a la Compraventa Internacional de Mercaderías La Haya 1986. No vigente. Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa internacional de mercaderías Viena 1980. Inaplicable. Concurso preventivo. Verificación de crédito. Reciprocidad. Ley de concursos: 4. Oportunidad de su análisis.

Publicado en DIPr Argentina el 02/12/08 y en Fallos 331:127.

### **2. CSJN, 24/06/08, Transportes JAC de Andrés José Capararo c. YPF S.A.**

Transporte terrestre internacional. Transporte de mercaderías. Argentina - Brasil. Cobro de fletes. Lugar de celebración del contrato Argentina. Ley aplicable. Elección en el proceso del derecho aplicable. Autonomía de la voluntad conflictual. Tratado de Derecho Civil Internacional Montevideo 1940. Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional Montevideo 1940. Lugar de destino de la carga. Pesificación. Procedencia. Decreto 410/02. Excepciones.

Publicado en DIPr Argentina el 14/04/09 y en Fallos 331:1519.

<sup>1</sup> A requerimiento de la Asociación he seleccionado para este listado solamente 15 fallos por año. Aquellos interesados en consultar un listado exhaustivo de los fallos pronunciados en el bienio 2008-2009 pueden realizarlo en el sitio DIPr Argentina (<http://www.dipr-argentina.com/>).

<sup>2</sup> Profesor de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

**3. Cámara Iª Civ. y Com., Bahía Blanca, sala II, 20/05/08, Banco de la Provincia de Buenos Aires c. Melendi, Ornar Darío y otra s. cobro ejecutivo.**

Letra de cambio librada y aceptada en Brasil. Aval (Argentina). Lugar de pago (Argentina). Laguna normativa en fuente interna. Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional Montevideo 1940. Aplicación analógica. Aplicación de oficio del derecho extranjero. Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de 1940. Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado CIDIP II. Excepción de inhabilidad de título y prescripción. Rechazo. Pesificación. Improcedencia. Decreto 410/02. Publicado en DIPr Argentina el 05/06/08 y comentado por S. L. Feldstein de Cárdenas en El Dial 22/05/09.

**4. CNCom., sala A, 28/10/08, BKS Developers S.A. s. pedido de quiebra por BU Creditanstalt International Ltd.**

Pedido de quiebra. *Promissory notes* suscriptas en EUA. Lugar de pago: Argentina. Habilidad del título. Ley aplicable. *Lex fori*. Aplicación del derecho extranjero. Código Civil: 13. CPCCN: 377. Aplicación de oficio facultativa. Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado CIDIP II. Interpretación y no aplicación. Teoría del uso jurídico. Publicado en DIPr Argentina el 06/03/09.

**5. CCiv. y Com., Rosario, sala IV Integrada, 15/02/08, MSE s. información sumaria.**

Reconocimiento de sentencia extranjera. Información sumaria. Cambio de nombre y de sexo en la partida de nacimiento. Persona nacida en Rosario. Traslado a Francia. Obtención de la ciudadanía italiana. Cirugía de cambio de sexo en Inglaterra. Matrimonio en Francia. Sentencia italiana que ordena rectificar la partida de nacimiento. Publicado en DIPr Argentina el 15/12/08.

**6. CNCom., sala A, 30/12/08, Cucciolla, Carlos Alberto s. quiebra s. incidente de revisión por Héctor Tapia y otros.**

Accidente de tránsito ocurrido en Uruguay. Juicio en trámite en Argentina. Involucrados domiciliados únicamente en Argentina. Derecho aplicable. Tratado de Derecho Civil Internacional Montevideo 1940: 43. Lugar donde se produjo el hecho ilícito. Ley que regula las relaciones jurídicas a que responden. Protocolo de San Luis sobre Responsabilidad Civil Emergente de Accidentes de Tránsito. Vigencia posterior al accidente. Inaplicabilidad. Conflicto transitorio de Derecho Internacional Privado. Principio de proximidad. Publicado en DIPr Argentina el 05/06/09.

**7. CNCiv., sala D, 29/02/08, Szmuleweiz, Segismundo s. información sumaria.**

Matrimonio celebrado en Argentina. Divorcio no vincular (art. 67 bis ley 2393). ‘ Segundo matrimonio celebrado en Paraguay. Conversión del divorcio en vincular. Tratado de Derecho Civil Internacional Montevideo 1940. Impedimento de ligamen. Ineficacia extraterritorial del matrimonio celebrado en Paraguay. Apartamiento del precedente Sola. Inscripción del matrimonio en Argentina. Improcedencia. Publicado en DIPr Argentina el 22/05/09.

**8. CNCom., sala A, 06/03/08, Klabin S.A. c. Barfield S.A. s. ordinario.**

Contrato de cesión de créditos. Crédito verificado en concurso en Argentina. Forma de pago. Obligación de hacer. Compraventa. Vendedor - Cedente Brasil. Comprador - Cesionario Argentina. Teoría de los actos propios. Autonomía de la voluntad material. Incoterms. Cláusula CPT. Autonomía de la voluntad conflictual. Derecho argentino. Código Civil: 1197. Pesificación. Normas de policía. Orden público internacional. Distinción. Publicado en DIPr Argentina el 12/12/08, en ED 04/07/08 y en RDCO 235, 431/451, con nota de A. M. Morello.

**9. CNCom., sala C, 17/04/08, Marby S.A c. Thyssen Krupp Stahlunion GMBH.**

Compraventa internacional de mercaderías. Lote de prueba. Análisis. Comprador: Argentina. Vendedor: Alemania. Filial en Argentina. Representante. Incoterms. Cláusula CFR - Buenos Aires. Puerto de embarque: Riga, Letonia. Convención sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías Viena 1980. Ámbitos de aplicación espacial y material. Formación del contrato. Incumplimiento esencial. Resolución. Responsabilidad. Crédito documentado. Publicado en DIPr Argentina el 19/12/08.

**10. CCiv., Com., de Minas, Paz y Trib., Mendoza, 4ª, 26/06/08, Linpac Plástico S.A. c. Compañía Comercializado™ de Envases S.A.**

Compraventa internacional de mercaderías. Vendedor Chile. Comprador Argentina. Falta de pago. Pesificación. Rechazo. Excepciones. Decreto 410/02. Derecho aplicable. Lugar de cumplimiento. Prestación más característica. Chile. Incoterms. Cláusula FOB. Publicado en DIPr Argentina el 26/03/09 y en LLGran Cuyo2008 (septiembre), 794.

**11. CNCom., sala D, 19/11/08, Pramac Ibérica S.A. c. Sincrolamp S.A.**

Compraventa internacional de mercaderías. Vendedor España. Comprador Argentina. Incoterms. Cláusula CIF - Buenos Aires. Cláusula CFR - Buenos Aires. Falta de pago del precio. Derecho aplicable. Autonomía conflictual. Convención sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías Viena 1980. Fuente interna. Código Civil:

1209, 1210. Lugar de cumplimiento. Puerto de embarque Barcelona. Prestación más característica. Domicilio del deudor de la prestación más característica. Pesificación. Rechazo. Excepciones. Decreto 410/02. Constitucionalidad. Transferencia bancaria. Lugar de cumplimiento. Documentos en idioma extranjero. Falta de traducción. CPCCN: 123. Interpretación amplia. Aplicación de oficio de derecho extranjero. CPCCN: 377.

Publicado en DIPr Argentina el 08/04/09.

**12. CNTrab., sala III, 11/11/08, Cueva, Roberto Luis y otros c. Esso Petrolera Argentina S.R.L. s. diferencias de salarios.**

Contrato de ajuste. Ley aplicable. Ley de navegación: 610. Bandera del buque. Bahamas. Bandera de conveniencia. Excepción de prescripción. Procedencia.

Publicado en DIPr Argentina el 14/05/09.

**13. CNTrab., sala VII, 23/09/08, Cernadas de Bohtlingk, María Rocio c. Homero S.A. s. despido.**

Contrato de trabajo. Representante. Lugar de celebración: Argentina. Lugar de cumplimiento: Argentina y EUA. Derecho aplicable. Ley de Contrato de Trabajo: 3. Lugar de cumplimiento en varios países. Criterio de distinción. Principal lugar de ejecución. Derecho más favorable. Publicado en DIPr Argentina el 22/12/08 y en El Dial AA4C8E.

**14. CNTrab., sala IV, 17/09/08, Verdaguer, Ricardo Aníbal c. Impsat Fiber Networks Inc. y otro s. despido.**

Contrato de trabajo. Jurisdicción internacional. Acuerdo de elección de foro Delaware. CPCCN: 1. Invalidez. Juicio iniciado en Argentina. Excepción de incompetencia. Rechazo. Código Civil: 1215, 1216. Domicilio del demandado. Lugar de cumplimiento. Cualquier lugar de cumplimiento en Argentina. Aplicación de la doctrina Exportadora Buenos Aires. Competencia de la justicia nacional del trabajo. Autonomía de la voluntad conflictual. Aplicación de las leyes del estado de Delaware.

Publicado en DIPr Argentina el 23/12/08 y en El Dial AA4CA4.

**15. CCiv. y Com., Lomas de Zamora, sala Iª, 25/03/08, Daly City S.A. c. Club Atlético Independiente.**

Sociedad constituida en el extranjero. Capacidad para estar en juicio. Registración previa. Improcedencia. Ley de sociedades: 118.

Publicado en DIPr Argentina el 01/12/08.

**1. CSJN, 24/02/09, Compañía General de Negocios le pide la quiebra Mihanovich, Ricardo L.**

Pedido de quiebra. Sociedad constituida en el extranjero (Uruguay). Sociedad *off shore*. Jurisdicción internacional. Domicilio comercial. Calificaciones. Asiento principal de los negocios. Tratado de Derecho Comercial Internacional Montevideo 1889. Tratado de Derecho Comer-

cial Terrestre Internacional Montevideo 1940. Ley de concursos: 2.2, 4. Ley de sociedades: 118, 123.

Publicado por Julio Córdoba en DIPr Argentina el 16/03/09, en Fallos 332:105, en JA 30/09/09, en RDCO 237, 155/167, con nota de A. Dreyzin de Klor, en LL 30/04/09, 3, con nota de C. A. Casadio Martínez, comentado por E. M. Favier Dubois (h) en El Dial 12/03/09, por L. J. Caputo en ED 17/04/09, por E. H. Richard en El Dial 16/03/09, por G. E. Gerbaudo en LL 23/03/09, 10, por D. R. Vitólo en LL 23/03/09, 5 y por J. Córdoba en DIPr Argentina el 16/03/09.

**2. CSJN, 17/03/09, Picapau SRL s. concurso preventivo s. incidente de revisión por Buettner SA.**

Concurso preventivo. Verificación de créditos. Compraventa internacional de mercaderías. Vendedor Brasil. Comprador Argentina. Pesificación. Rechazo. Excepciones. Decreto 410/02. Derecho aplicable. Código Civil: 1197, 1209, 1210. Lugar de cumplimiento. Prestación más característica. Brasil. Incoterms. Cláusula CFR. Convención sobre Ley Aplicable a la Compraventa Internacional de Mercaderías La Haya 1986. No vigente. Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa internacional de mercaderías Viena 1980. Inaplicable. Publicado por Julio Córdoba en DIPr Argentina el 07/07/09 y en Fallos 332:426.

**3. CSJN, 09/06/09, Behrens, Germán Federico o Hermann Friedrich s. sucesión ab intestato.**

Matrimonio celebrado en Argentina. Divorcio no vincular decretado en Argentina. Divorcio vincular decretado en Alemania. Jurisdicción internacional. Cuestión federal. Foro razonable. Juez competente. Segundo matrimonio celebrado en Alemania. Impedimento de ligamen. Orden público internacional. Variabilidad. Actualidad. Aplicación del precedente Sola. Legitimación hereditaria. Publicado por Julio Córdoba en DIPr Argentina el 30/09/09.

**4. CSJN, 03/07/09, K., S. y otros c. R., G.**

Restitución internacional de menores. Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores La Haya 1980. Convención sobre los Derechos del Niño. Excepciones. Integración del menor a su nuevo ambiente. Restitución de los menores. Condiciones. Supervisión por el juez requerido. Publicado por Julio Córdoba en DIPr Argentina el 31/07/09.

**5. CSJN, 06/10/09, Sancor Cooperativas Unidas Limitada c. Dirección General de Aduanas.**

Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR. Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR. Interpretación del Tratado de Asunción. Opinión consultiva. Publicado por Julio Córdoba en DIPr Argentina el 16/02/10 y en Fallos 332:226, y comentado por J. Córdoba en DIPr Argentina el 07/10/09.

**6. CSJN, 03/11/09, Cri Holding Inc. c. Compañía Argentina de Comodoro Rivadavia S.A. s. exhorto.**

Reconocimiento de sentencias. Juicio tramitado en EUA en rebeldía. Requisitos. Jurisdicción indirecta. Código Civil: 1216. Pacto de jurisdicción. Lugar de cumplimiento. Aplicación de la doctrina Exportadora Buenos Aires.

Publicado por Julio Córdoba en DIPr Argentina el 11/06/10.

**7. CNCom., sala C, 11/08/09, Rivadavia S.A. c. Probursa Soc. de Bolsa S.A. s. ordinario (tercería por Salt Card S.A.).**

Sociedad constituida en el extranjero (Islas Vírgenes Británicas). Domicilio social en Uruguay. Poder otorgado en el extranjero (Panamá). Excepción de falta de personería. CIDIP I de poderes. Declaraciones interpretativas de Argentina. Sociedad mandante. Existencia. Representación invocada por el otorgante. Plazo adicional para acompañar documentación. Capacidad del otorgante. Validez intrínseca. Legalización. Convención de La Haya de 1961. Apostille. Mandatario general con facultades de administrar. Ley de Ejercicio de la Procuración ante los Tribunales Nacionales: 1, 15.

Publicado por Julio Córdoba en DIPr Argentina el 30/10/09.

**8. CNCom., sala A, 20/08/09, Banco Austral S.A. s. quiebra s. incidente de revisión por Luis A. Porcelli.**

Sociedad constituida en el extranjero (Islas Cayman). Sociedad *off shore*. Domicilio en Montevideo. Banco argentino. Acuerdo de colaboración. Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de 1940. Tratado de Derecho Civil Internacional Montevideo 1940. Normas de policía. Captación de fondos en el país. Actividad prohibida. Depósito a plazo fijo. No devolución de los fondos. Responsabilidad extracontractual.

Publicado por Julio Córdoba en DIPr Argentina el 26/11/09, en LL 27/10/09, 3, con nota de P. D. Frick y en El Dial AA5803.

**9. CNCiv., sala G, 08/04/09, M. de la F., H. J. c. B., M. de las M. s. conversión.**

Jurisdicción internacional. Separación personal. Conversión en divorcio vincular. Último domicilio conyugal. Domicilio del cónyuge demandado. Jurisdicciones concurrentes.

Publicado por Julio Córdoba en DIPr Argentina el 12/10/09.

**10. CNCiv., sala E, 05/03/09, Commenge, Héctor Jorge s. sucesión ab intestato.**

Sucesión internacional. Jurisdicción internacional. Último domicilio del causante en ROU. Bienes inmuebles en Argentina. Código Civil: 3284. Competencia de los jueces argentinos.

Publicado por Julio Córdoba en DIPr Argentina el 04/05/09 y en LL 22/04/09, 9.

**11. TSNeuquén, 22/06/09, K. S., H. s. sucesión.**

Sucesiones. Jurisdicción internacional. Último domicilio del causante en Argentina. Bienes inmuebles en Chile. Código Civil: 3283, 3284, 3285, 10, 11. Peligro de denegatoria de justicia. Competencia de los tribunales argentinos.

Publicado por Julio Córdoba en DIPr Argentina el 31/08/09 y en El Dial AA5558.

**12. SCBA, 04/02/09, B., S. M. c. P., V. A. s. restitución de menores.**

Restitución internacional de menores. Residencia habitual de los menores en España. Custodia a cargo de la madre. Convenio homologado. Autorización viaje a la Argentina. Retención ilícita. Derecho de la madre a cambiar la residencia de los menores. Convención La Haya 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Convención sobre los Derechos del Niño. Interés superior del niño. Derecho de los menores a ser oídos. Rechazo del pedido de restitución.

Publicado por Julio Córdoba en DIPr Argentina el 16/06/09, en LLBA 2009 (marzo), 163, en LL 30/03/09, 10, con nota de E. B. Raya de Vera, en LL 2009-B, 607, con nota de E. B. Raya de Vera, en DJ 24/06/09, 1697, con nota de M. V. Fama y comentado por J. O. Perrino en ED 01/06/09 y por N. Rubaja en APBA 2010 2 173.

**13. Tribunal Colegiado de Familia n° 5 de Rosario, 23/02/09, G. M. M. c. M., M. O. s. restitución urgente de menores.**

Restitución internacional de menores. Residencia habitual de los menores en Suiza. Tenencia a cargo de la madre. Patria potestad compartida. Traslado ilícito a la Argentina. Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores La Haya 1980. Trámite. Procedimiento autónomo. Excepciones. Carácter taxativo. Interpretación restrictiva. Riesgo grave. Inexistencia. Convención sobre los Derechos del Niño. Interés superior del niño. Procedencia de la restitución.

Publicado por Julio Córdoba en DIPr Argentina el 10/08/09.

**14. SCBA, 02/09/09, C, C. c. L., M. E.**

Restitución internacional de menores. Residencia habitual del menor en España. Traslado ilícito a la Argentina. Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores La Haya 1980. Convención sobre los Derechos del Niño. Interés superior del niño. Derecho del menor a ser oído. Procedencia de la restitución.

Publicado por Julio Córdoba en DIPr Argentina el 09/11/09 y comentado por A. Esparza en El Dial 23/10/09, Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración.

**15. CNCom., sala C, 24/02/09, Ropall Indarmet S.A. c. Jean Gallay S.A.**

Contrato de agencia. Principal con domicilio en Suiza. Agente con do-

micilio en Argentina. Finalización del contrato. Comisiones adeudadas. Demanda de daños y perjuicios. Traslado de demanda. Notificación a otra sociedad en Argentina. Ley de sociedades: 122. Excepción de falta de personería. Rechazo. Actuación de la sociedad argentina como dependiente de la extranjera. Teoría de los actos propios. Anoticiamiento de la demanda. Plazo adicional.

Publicado por Julio Córdoba en DIPr Argentina el 01/04/10.

---

## **RECENSIONES**

---

BLANCA

**LA JUDICIALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS, BAZÁN, VÍCTOR (Director), Asociación Argentina de Derecho Internacional (Sección Derechos Humanos) y Ediciones Legales, Lima, Perú, 2009.**

## **1. LA MODERNIZACIÓN CONSTITUCIONAL ARGENTINA**

Para nosotros el primer resultado de la obra constituyente federal de 1994 ha sido la modernización constitucional, lo que se confirma de manera rotunda desde una visión de derecho comparado.

En este sentido, creemos que en la historia de nuestra disciplina hubo tres grandes periodos consecutivos y superadores: a) el constitucionalismo liberal o clásico, b) el constitucionalismo social y c) el derecho constitucional de la internacionalización de los derechos humanos.

Desde esta perspectiva, nuestro texto originario de 1853 se inscribió en el primer periodo, mientras que el tránsito hacia el constitucionalismo social se produjo con las reformas constitucionales de 1949 y de 1957, siendo profundizado en la última reforma de 1994. Pero además, ésta nos introdujo en la última etapa, correspondiente a la internacionalización de los derechos humanos, en un notable avance cualitativo.

Este tercer periodo es el resultado de la formidable lucha de las Naciones Unidas por cumplir el más grande objetivo de su Carta, sancionada luego de la Segunda Guerra Mundial, donde se abatiera el fenómeno oprobioso del totalitarismo nazi.

Los sucesivos Tratados de Derechos Humanos fueron introduciendo profundos cambios en nuestra disciplina y en el derecho en general y hoy constituyen una de las realidades del mundo globalizado que vivimos.

En ese marco las Constituciones Nacionales fueron reconociendo una mayor vinculación entre el derecho interno y el internacional público y se fueron admitiendo los procesos de integración, con creación de organismos supranacionales y sistemas jurídicos regionales y mundiales destinados a la protección de los derechos humanos, además de la aparición de un derecho comunitario, con su máxima expresión en la Unión Europea.

Y ahora nuestro país cuenta con las normas jurídicas supremas para avanzar en tan promisorios procesos, encontrándose en una posición de vanguardia dentro de los sistemas constitucionales comparados.

Pero como la reforma tuvo entre sus fuentes a nuestro constitucionalismo provincial, conforme a nuestra forma federal de Estado, no debemos olvidar que en este aspecto fueron precursoras las reformas constitucionales de Neuquén (1957), San Juan (1986) y Córdoba (1987), que en Disposiciones Complementarias hicieron referencia a algunos Tratados de Derechos Humanos.

Esta modernización se advierte además en todos los aspectos vinculados a la organización del poder, o sea a la parte orgánica de la Constitución, y en particular a su descentralización. Lo acontecido en cuanto al federalismo, la autonomía municipal y la ciudad Autónoma de Buenos Aires, nos coloca igualmente en una situación de particular relevancia desde el punto de vista normativo, con una lectura comparatista.

Efectuamos estas referencias, porque también la descentralización del poder está vinculada a la más plena vigencia de los derechos humanos, como se señalara con agudeza por Madison, Hamilton y Jay en los "Federalist Papers".

Argentina está sujeta al sistema jurídico de la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), tiene jerarquía constitucional, según el artículo 75 inc. 22, en las condiciones de su vigencia.

Por ello, en virtud del art. 64.2 de dicho instrumento internacional, la Corte Interamericana, en ejercicio de su competencia consultiva requerida por un Estado miembro de la OEA, puede emitir opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas -por ejemplo, una Constitución Provincial- y la interpretación de dicho Pacto o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los estados americanos. Asimismo, puede dictar sentencias que obliguen a modificar resoluciones dictadas por los estados miembros.

Es interesante también destacar que el art. 28 del Pacto trata el problema de los Estados Federales.

En efecto, dicha norma denominada "cláusula federal" prescribe lo siguiente: "1. Cuando se trate de un Estado parte constituido como Estado federal, el gobierno nacional de dicho estado parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial. 2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento-

to de esta Convención. 3. Cuando dos o más Estados partes acuerden integrar entre sí una federación u otra clase de asociación, cuidarán que el pacto comunitario correspondiente contenga las disposiciones necesarias para que continúen haciéndose efectivas en el nuevo Estado así organizado, las normas de la presente Convención”.

También en relación con este tema debemos destacar la siguiente norma del Pacto de San José de Costa Rica: “Art. 29: (Normas de interpretación) Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) Permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

Se trata del principio “*pro homine*” propio del derecho internacional de los derechos humanos, que debe ser uno de los principios de interpretación para ampliar el reconocimiento de los derechos y garantías personales, que ahora tienen dos fuentes: la interna (Constitución Nacional y Provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) y la externa (tratados internacionales de derechos humanos).

Esta introducción nos indica la magnitud de los cambios operados en nuestro derecho público y la necesidad imperiosa de dar cumplimiento efectivo a la nueva normativa, para reafirmar la dignidad humana, que es el objetivo liminar y permanente del derecho constitucional.

## 2. LA IMPORTANCIA Y PROPÓSITO DE LA NUEVA OBRA

En este contexto, destacamos enfáticamente la notable importancia de la obra *La judicialización de los derechos humanos*, dirigida por el destacado Prof. Víctor Bazán, y como resultado de los aportes de la Sección Derechos Humanos, que dirige, de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, a sendos Congresos realizados en la ciudad de Mar del Plata, durante septiembre de 2007.

En la Introducción, Bazán, -que une el doble carácter de Profesor de Derecho Constitucional y de Derecho Internacional Público y Comunitario-

nos recuerda a Ferrajoli al decir "...es claro que el progreso de la democracia se mide por la expansión y justiciabilidad de los derechos"<sup>1</sup>.

Y al referirse a la expresión "judicialización en el derecho internacional de los derechos humanos" indica el Director de la obra colectiva, que puede tener distintos significados, ya que "puede ser visualizada como el establecimiento institucional de órganos jurisdiccionales o cuasijurisdiccionales internacionales para receptor y tramitar reclamos por violación de derechos humanos o, ya en el registro interno, se conecta con la cuestión relativa al nivel de permeabilidad de los tribunales domésticos para con los estándares tuitivos internacionales que aquellos órganos paulatinamente perfilan"<sup>2</sup>.

En cuanto al noble propósito que persiguen los autores de la obra, Bazán nos señala que es "la búsqueda de alternativas concretas en los tribunales internos o en las instancias internacionales, para posibilitar la efectivización en el plano fáctico de los derechos fundamentales que con generosidad se despliegan tanto en el texto constitucional argentino como en los de los instrumentos internacionales...."<sup>3</sup>.

Y por ello el libro está destinado no sólo a los investigadores sino también a los operadores del derecho que están involucrados en el proceso de resguardo y de cumplimiento de los derechos humanos<sup>4</sup> y que ahora deben asumir el reto de manejar una "multiplicidad de fuentes" y de reestudiar diversas categorías jurídicas a la luz de los estándares internacionales"<sup>5</sup>.

### 3. BREVE ANÁLISIS DEL CONTENIDO DEL LIBRO

El libro tiene 3 partes. La primera, con el Relato del tema "La judicialización del derecho internacional de la persona humana", por el Prof. Titular de Derecho Internacional Público, Fabián Salvioli, que además es Director del Instituto y la Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Nacional de La Plata.

Se trata de un estudio exhaustivo que abarca integralmente el tema del libro y que demuestra la calidad docente e investigativa del citado experto.

En primer lugar, precisa el significado de la judicialización de los derechos humanos que alcanza a: a) la institucionalización, constitución y puesta en funcionamiento de tribunales permanentes internacionales en derechos humanos, b) mecanismos cuasijurisdiccionales para el cumplimiento de los objetivos mediante comisiones o comités, órganos administrativos clá-

<sup>1</sup> Cfr., "La judicialización de los derechos humanos", obr. cit., pág. 12.

<sup>2</sup> Cfr., obr.cit., pág. 13.

<sup>3</sup> Cfr., obr. cit., pág. 14.

<sup>4</sup> Cfr., obr. cit., pág. 20.

<sup>5</sup> Cfr., obr. cit., pág. 21.

sicos del actual derecho de gentes y c) la recepción de los estándares y decisiones jurisprudenciales internacionales en la materia por parte de los órganos judiciales nacionales<sup>6</sup>.

Luego se introduce en el debate sobre la relación del derecho internacional general con los derechos humanos, concluyendo en que más allá de las características propias y autónomas de esta nueva rama, de ninguna manera se ha generado una “ruptura radical y definitiva” con el derecho internacional general, “el cual continúa constituyendo el tronco central que aquél comparte junto a otras ramas del derecho”<sup>7</sup>.

Después analiza históricamente la institucionalización de las organizaciones internacionales y su impacto en la soberanía de los Estados.

Menciona como primer tribunal permanente en el derecho internacional a la Corte Centroamericana de Justicia, que fuera el resultado de un acuerdo celebrado en Washington en 1907 entre las cinco repúblicas de América Central y que aunque funcionara sólo 11 años, dio posterior origen a una Corte con el mismo nombre, en 1991, mediante el Protocolo de Tegucigalpa.

Ya en el orden universal, refiere la creación de la Corte Permanente de Justicia Internacional, por parte de la Sociedad de las Naciones, que fuera creada luego de la Primera Guerra Mundial. Esta institución sería el antecedente directo de la actual Corte Internacional de Justicia, que es uno de los seis órganos principales establecidos en la Carta de las Naciones Unidas.

Volviendo al plano regional, destaca diversos cortes o tribunales con competencias generales como la Corte de Justicia del Caribe, creada en 2001 o con conocimiento de materias específicas como las relativas a la integración económica (además de los temas de protección de los derechos humanos), donde “se ha intentado judicializar el derecho internacional”<sup>8</sup>.

Y en relación con la judicialización de los derechos humanos, Salvioli pone de relieve dos fenómenos importantes: la creación de los tribunales permanentes en la materia y además, “la creciente y progresiva subjetividad jurídica internacional de la persona humana”<sup>9</sup>. Sobre esto último, afirma: “No caben dudas de que tanto en el plano universal como en las diversas esferas regionales el derecho internacional de los derechos huma-

<sup>6</sup> Cfr., obr. cit., pág. 28.

<sup>7</sup> Cfr., obr. cit., pág. 32.

<sup>8</sup> Cfr., obr. cit., pág. 53. Señala como ejemplos de tribunales existentes en materia de integración al Tribunal Regional de la Unión Europea, la Corte de Justicia de la Unión Económica y Monetaria del África Occidental y en el continente americano al Tribunal de Justicia Andino y al Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur.

Véase obr. cit., pág. 53 y las notas respectivas.

<sup>9</sup> Cfr., obr. cit., pág. 55.

no fue progresivamente otorgando a la persona humana capacidad de accionar y actuar, primeramente ante órganos administrativos o cuasijurisdiccionales, y más recientemente ante tribunales”<sup>10</sup>.

Y cita como ejemplos de este proceso en el plano universal al Primer Protocolo Facultativo anexo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, integrante de la llamada Carta Internacional de Derechos Humanos, seguido posteriormente por otras Convenciones Internacionales.

Por su parte, en el plano regional el primer documento en admitirlo fue el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades fundamentales, aprobado en Roma en 1950, lo que luego fue seguido tanto por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de acuerdo al Pacto de San José de Costa Rica como por la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, según la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos<sup>11</sup>. La consolidación de esta tendencia se completa, expresa el autor, con la Corte Penal Internacional, creada por el Estatuto de Roma, que entrara en vigencia el 1 de julio de 2002<sup>12</sup>.

Al estudiar los contenidos de la judicialización, que en materia de derechos humanos es la más desarrollada a nivel internacional, el Relator considera 3 acápites:

- 1) La judicialización internacional directa, que comprende: a) en la Organización de las Naciones Unidas, a partir de las dos competencias principales de la Corte Internacional de Justicia, además de los tribunales penales ad hoc y de la Corte Penal Internacional y b) en las organizaciones regionales, o sea el Consejo de Europa, la Unión Europea, la Organización de los Estados Americanos y la Unión Africana, con sus respectivos Tribunales<sup>13</sup>.
- 2) La judicialización internacional indirecta: los mecanismos cuasijurisdiccionales, que también comprenden: a) en Naciones Unidas, con ejemplos como los Comités de Derechos Humanos, contra la Tortura, para la Protección de las Personas trabajadoras migrantes y sus Familias y para la Eliminación de la discriminación racial. b) en el Consejo de Europa, en la Organización de los Estados Americanos, en la Unión Africana y en el mundo árabe y en el continente asiático<sup>14</sup>.
- 3) Otras vías de judicialización del derecho internacional de la persona humana, que consisten “en la obligación general de tomar medidas para que los Estados cumplan con las previsiones de los instrumentos

<sup>10</sup> Cfr., obr. cit., pág. 56.

<sup>11</sup> Cfr., obr. cit., págs. 58 y 59.

<sup>12</sup> Cfr., obr. cit., pág. 62.

<sup>13</sup> Cfr., obr. cit., págs. 62/94.

<sup>14</sup> Cfr., obr. cit., págs. 94/103.

internacionales” y “la necesidad de que los tribunales locales apliquen directamente el derecho internacional de la persona humana, sus estándares, realicen hermenéutica con base en el principio pro persona y acudan para ello a la producción propia de los órganos internacionales, particularmente su jurisprudencia”<sup>15</sup>. Y seguidamente agrega Salvioli: “En este sentido, la República Argentina tiene una situación jurídica privilegiada, por lo que no hay excusa alguna para que los tribunales domésticos nieguen o retrasen la aplicación directa del derecho internacional de la persona humana. A la apertura internacionalista producida por la reforma constitucional de 1994, le ha seguido una tendencia profunda de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en consideración del derecho internacional y del trabajo de los órganos internacionales, particularmente los atinentes al sistema interamericano”<sup>16</sup>.

Finalmente, al preguntarse para qué judicializar, Salvioli responde: “...a los efectos de profundizar el cumplimiento y fin de los tratados y demás instrumentos de derechos humanos por parte de los Estados”<sup>17</sup>.

La segunda parte contiene una serie de estudios parciales que enriquecen la honda temática del libro, a cargo de especialistas en la materia que integran la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Dichos trabajos, también caracterizados por su seriedad, importancia y amplio manejo de la jurisprudencia de los tribunales internacionales, -pero en los que por razones de brevedad no me puedo detener-, son los siguientes:

- “La prudencia jurídica y la juridización y judicialización de los derechos humanos” por Norberto Peci;
- “El principio *non bis in idem*: algunas consideraciones en el juzgamiento de los responsables sobre desaparición y muerte de personas”, por Marta Tejerizo y Luciana Díaz de García;
- “La privación del acceso a la jurisdicción y la negación de la tutela judicial efectiva en los casos de expedientes de ciudadanía”, por Saideh Salem Ebrahim;
- “El caso “José Fabián Ruiz” y la preeminencia del derecho internacional de los derechos humanos frente a la identidad cultural”, por Marcelo A. Peyret, Horacio Navamuel, Adolfo Sánchez Alegre y Daniela Guitián;
- “Fortalecimiento del sistema interamericano de protección. Algunas reformas posibles” por Juan Carlos Wlasic;

<sup>15</sup> Cfr., obr. cit., págs. 103/104.

<sup>16</sup> Cfr., obr. cit., pág. 105.

<sup>17</sup> Cfr., obr. cit., pág. 107.

- “La solicitud de medidas provisionales ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos como medio de judicialización de asuntos relativos a derechos humanos” por Silvina S. González Napolitano;
- “Desarrollos en materias de reparaciones no pecuniarias en el sistema interamericano de derechos humanos” por Sebastián Alejandro Rey;
- “La judicialización de los derechos económicos, sociales y culturales en los grupos vulnerables en el sistema interamericano” por María Eugenia Montero;
- “La judicialización de los derechos económicos, sociales y culturales” por Víctor Bazán; y
- “Los “intereses de justicia” en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional” por Javier A. Ruiz.

Y la tercera parte está destinada a la enunciación de 16 Conclusiones sobre esta trascendente cuestión.

Concluimos este comentario con un profundo agradecimiento y respeto por la gran tarea intelectual desarrollada por los autores de esta obra, que revela la eficiencia y calidad científica de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Lo propio expresamos de nuestro colega Víctor Bazán, que con su reconocida capacidad de trabajo, ha concretado un nuevo aporte de singular relieve para el derecho, en el doble carácter de Director de la obra y de autor de uno de los artículos especiales de mayor relevancia.

Estamos convencidos de que la obra será de gran utilidad para todos los operadores del Derecho, habida cuenta de la imperiosa necesidad de avanzar en el conocimiento de la judicialización internacional en la materia, como resultado del enorme proceso de cambio operado particularmente en nuestro ordenamiento jurídico, a la luz de uno de los aspectos más importantes de la globalización. Y todo ello, con el objetivo de asegurar la dignidad humana, razón esencial de la lucha por el Derecho.

*Prof. Dr. Antonio María Hernández\**

\* Ex Convencional Constituyente de la Nación en 1994. Presidente Honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional y de la Asociación Internacional de Centros de Estudios Federales.

**¿CÓMO SE CODIFICA HOY EL DERECHO COMERCIAL INTERNACIONAL? BASEDOW, Jürgen, FERNÁNDEZ ARROYO, Diego y MORENO RODRÍGUEZ, José A. (Coordinadores), (Asunción, La Ley Paraguaya, 2010, 449 páginas).**

Bajo la coordinación de los profesores Jürgen BASEDOW, Diego FERNÁNDEZ ARROYO y José A MORENO RODRÍGUEZ, el Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP) de Asunción edita la primera de una serie de publicaciones que se anuncia como *Biblioteca de Derecho de la Globalización*, que se anuncia en respuesta a la pregunta sobre la codificación del derecho comercial que hoy casi no puede pensarse en términos domésticos. La obra reúne siete artículos doctrinarios, nueve reflexiones en torno a experiencias particulares, una sección sobre documentos y otra sobre bibliografía.

En “*El derecho privado estatal y la economía – El derecho comercial como una amalgama de legislación pública y privada*”, Jürgen BASEDOW examina la formación de la normatividad en los ámbitos público y privado como consecuencia de las transformaciones económicas y la relación dialéctica entablada entre los operadores privados (mercantes) que reclaman para sí el protagonismo en el monopolio genético de sus propias reglas, con las diversas reacciones del Estado frente al fenómeno. Destaca las diferencias entre los usos que dieron nacimiento a la *lex mercatoria* en la Edad Media, a la deliberada formación de modalidades contractuales impuestas por las asociaciones empresariales de modo racional, y el contemporáneo surgimiento de normas imperativas por el Estado para restablecer la asimetría generada por ese derecho nuevo. Entre las reglas no estatales que rigen la vida económica reconoce seis tipos: los *usos espontáneos* –cuya relevancia es cada vez menor–, los *usos generados* –entre los que destaca la labor de la CCI, en especial, los incoterms y las RUU, los *usos y reglas privadas para evitar la intervención del Estado* –*v.g.*, reglas de transparencia que disponen la revelación de la remuneración de los miembros de consejos de administración–, los *usos y reglas privadas apoyadas por el Estado* –que nacen como derecho personal y se convierten en tratados internacionales, *v.g.*, las Reglas de La Haya sobre conocimientos de embarque, o las Normas Internacionales de Información Financiera (en inglés, «IFRS»), de las que hacen uso las empresas para acceder a bolsas, el *derecho estatal dispositivo*, los *derechos reales*– cuya determinación es imprescindible tarea del Estado, habida cuenta que su despojo implicaría al sujeto la doble tarea de ser propietario y exigir de un número indeterminado de sujetos el respeto a ese derecho, el *derecho de protección del mercado* –permitiendo una razonable variedad de opciones competitivas y el *derecho para cubrir las fallas del mercado* –abolición de monopolios, mitigación de efectos externos, información, entre otras. Concluye el autor que el derecho de los negocios internacionales es al mismo tiempo de iniciativa privada tanto pública, contribuyendo la relación entre ambos a la desaparición de la línea que divide

ambas normativas. La *internacionalidad* de las *cuestiones*, el *limitado conocimiento de las instituciones estatales*, la *necesidad de rapidez en la toma de decisiones* y el *corporativismo* conducen al protagonismo de la *juridicidad privada* conducen a determinar el éxito de esta codificación. El éxito depende de la coherencia y homogeneidad de los grupos en orden a regular sus propias materias.

Giuditta CORDERO MOSS (*El derecho contractual general y su limitada aptitud para ser armonizado*) aborda los problemas de carácter general susceptibles de ser armonizados, principalmente, a través del *soft law*. Con una sólida base del derecho comparado, señala que ciertos principios de derecho contractual general se encuentran *profundamente arraigados en la tradición jurídica del intérprete y por ende, la armonización no se logrará en su totalidad hasta que haya un órgano jurisdiccional centralizado que establezca una tradición jurídica uniforme*. Para así verificarlo, presenta dos casos en los que se pone a prueba el principio de la buena fe y lealtad negocial, y conjetura sobre su disímil solución ante ausencia de homogeneidad en las fuentes no domésticas de carácter “internacional” -CISG- o no nacional -Principios Unidroit y Principios de Derecho Contractual Europeo- y el consecuente protagonismo del derecho aplicable de raíz estatal.

Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO (*La multifacética privatización de la codificación internacional del derecho comercial*), luego de afirmar que el derecho comercial internacional no encaja dentro de áreas jurídicas tradicionales que escinden el derecho sustantivo del derecho de conflictual, subraya la expansión de la codificación privada que se hace ostensible en tres niveles: el de los particulares, a través de la autorregulación de sus derechos y obligaciones (contratos), el de la actividad normativa y decisoria elaborada fuera de los círculos oficiales y el que se produce en el marco institucional internacional por los más genuinos representantes de los intereses privados. El trabajo expone una identificación de los hontanares respectivos, que pasa por UNCITRAL, UNIDROIT, La Conferencia de La Haya, la OEA, OHADA, y la Unión Europea, identificando los intereses que en cada uno de ellos se ponen de relieve.

Roy GOODE (*Regla, práctica y pragmatismo en el derecho comercial internacional*), comienza con una afirmación que, por lo sencilla, es irrefutable: la compleja realidad del comercio internacional a nivel cuantitativo como al régimen de fuentes que intenta subsumirlo. Las actuales construcciones relativas al régimen asociativo, a los contratos, a los mecanismos de pago, a las operaciones bursátiles, hacen que el DIPr. deba acudir, con frecuencia, al auxilio del derecho sustantivo para encontrar en éste fórmulas de localización sensatas y adecuadas. Advierte sobre el desacuerdo doctrinario acerca de la naturaleza de la *lex mercatoria*, la que califica como práctica internacional del comercio, esto es, de esencia puramente consuetudinaria, excluyendo las formulaciones estandarizadas de contratos, los tratados internacionales, los usos codificados y los principios generales del derecho. Esta *lex* es autónoma en el orden espontáneo, como práctica, pero

se condiciona a reglas de orden público internacional y leyes de policía. Con un enfoque realista, advierte sobre las tensiones que surgen en la preparación de las convenciones internacionales, señalando que la sofisticación del derecho comercial está directamente relacionada con la diversidad de las operaciones comerciales, lo que constituye la diferencia de base entre el *common law* y el derecho continental.

Gabrielle KAUFMANN-KOHLER aborda la *Codificación y la normatividad del soft law en el arbitraje internacional*. Tras conceptualizar al *soft law* como aquel derecho no susceptible de aplicación coactiva, refiere al proceso de codificación de éste en distintos instrumentos: las Reglas de la IBA sobre Práctica de Pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional, las Directrices de la IA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Internacional y el Reglamento de Arbitraje de la CCI, identificando a los actores de la codificación, sus razones y el procedimiento utilizado. Advierte que el vocablo *codificación* puede significar tanto *compilación de reglas preexistentes* como *innovación con respecto a aquéllas* y que los cuatro instrumentos revisados involucran –en distintas proporciones– ambas denotaciones del vocablo. Pasa revista luego a la aplicación del *soft law*, no ya por integrar el contrato y por ende, convertirse en *hard law*, sino por la referencia que a éste efectúan los tribunales. Reclama porque este desarrollo de un derecho corporativo sea equilibrado por el Estado en procura de armonizar los derechos de aquellos miembros de la comunidad no representados en quienes construyen el *soft law*.

En *El equilibrio económico en los acuerdos de elección del foro*, Horacia MUIR WATT destaca la trascendencia de tales acuerdos como parte integrante de la economía del contrato, al mismo tiempo que las asimetrías que genera cuando tales acuerdos trascienden a terceros, generalmente partes débiles del contrato. Su tratamiento es disímil en la tradición jusprivatista del *Common Law* y la juspublicista mantenida en el área del derecho romano continental. Lejos de la adopción de posturas simplificadoras destinadas a un auditorio que se deja seducir ante posturas demagógicas, el trabajo elogia la solución de las Reglas de Rotterdam (Uncitral) y sostiene que el desafío en la elaboración de las fuentes es intentar una regulación equilibrada de los distintos intereses en juego.

Aníbal SIERRALTA RIOS (*El impacto del derecho internacional del comercio en el derecho de las obligaciones*) expone a través de un análisis del derecho de las obligaciones correctamente precedido de una introducción de derecho comparado y de la economía, el tratamiento del interés y de la tasa aplicable. Luego del tratamiento que al interés da el derecho internacional uniforme y la reforma relativa al incumplimiento operada en el régimen en el sistema alemán, presenta las asimetrías de los distintos actores del escenario comercial internacional, la moneda generalmente utilizada y la necesidad de reexaminar los componentes de la tasa cuando ésta deviene de imposible cumplimiento para el deudor.

De especial interés para nuestro país es el trabajo de George A. BERMANN (*La codificación del derecho internacional en un sistema federal: el Restatement norteamericano sobre arbitraje comercial internacional*) habida cuenta de compartirse la dualidad legislativa en materia procesal entre el Estado federal y las provincias. En tal sentido, la experiencia recogida en el (Third) *Restatement of the U.S. Law of International Commercial Arbitration* pone de relieve un sinnúmero de problemas, tales como los límites del sometimiento a arbitraje, el conflicto entre el acuerdo y las normas imperativas de la sede arbitral, las lagunas destinadas a regir los laudos dictados en Estados que no son parte ni de la Convención de Nueva York ni de la CIDIP, o el conflicto jerárquico entre una ley federal y una local. Otros interrogantes se presentan en relación con la reciprocidad (art. XV Convención de Nueva York), la incidencia que ciertas decisiones previas pueden tener con respecto al arbitraje mismo o la elección del derecho aplicable. El trabajo culmina con una serie -que el profesor señala como no exhaustiva- de desafíos a afrontar por un *Restatement* sobre arbitraje comercial internacional.

Michael Joachim BONELL exhibe las críticas al instrumento comunitario sobre obligaciones contractuales (*El Reglamento CE 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales -Roma I- Es decir, una ocasión perdida*) al vedar a las partes la elección -como ley aplicable- de dos grandes instrumentos de *soft law*: el Proyecto de Marco Común de Referencia (DCFR) y los Principios de UNIDROIT. Lamenta el profesor que pese a haberse incluido en los trabajos preparatorios, la conveniencia de su inclusión como ley no estatal aplicable en virtud de elección, el legislador comunitario rechazó la propuesta, lo que se traduce en una desventaja para la pequeña y mediana empresa, que será obligada a someter a sus contratos a tantos derechos aplicables como mercados nacionales conquiste, con el consiguiente aumento de costos. Por otro lado, celebra la adopción de tales principios en el Proyecto de Reforma de Ley de DIPr. de la República Oriental del Uruguay.

La profesora Bénédicte FAUVARQUE-COSSON señala los aportes de la Asociación HENRI CAPITANT de Amigos de la Cultura Jurídica Francesa y de la Sociedad de Legislación Comparada en la elaboración del Marco Común de Referencia (*La formación del derecho privado europeo*) hoy convertido en símbolo de la formación del nuevo derecho privado europeo. En la actualidad, el Proyecto del Marco Común de Referencia (PCCR o *Draft Common Frame of Reference*) cubre las materias de derecho privado con exclusión de personas y familia. Los aportes de la Asociación y de la Sociedad se agrupan en dos volúmenes, uno destinado a la terminología común y otro a los principios contractuales comunes. De tal manera, la doctrina asume un carácter de fuente imprescindible para avanzar, con solidez, en la tarea de la armonización del derecho privado europeo.

Franco FERRARI (*El papel de la unificación regional en la unificación del derecho de compraventa*) analiza el rol que la unificación regional puede

llevar a cabo dentro del ámbito de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG). Si bien es cierto que esta Convención ha alcanzado un número extraordinario de ratificaciones, existen ámbitos (*inter alia*, arts. 2, 3, 4) en los cuales aquélla no se aplica, donde los derechos regionales pueden establecer una solución común, si aquélla se asocia con el contrato de compraventa. Por otro lado, la CISG despeja dudas ante la superposición de fuentes que puede resultar de la subsunción, de un mismo contrato, a la Convención y a otras fuentes convencionales o materiales (arts. 90, 92, 94, 9 y 7), lo que evidencia el reconocimiento implícito de la contribución que en materia regional puede lograrse armonizando áreas de jurisdicción no resueltas por aquella fuente.

José Antonio MORENO RODRIGUEZ (*Los contratos y La Haya ¿ancla al pasado o puente al futuro?*) advierte sobre los riesgos a los que se expone la tarea de La Haya en la elaboración de un texto en materia contractual transfronteriza. Con significativo desarrollo de la historia y del derecho comparado, expone el autor las tentaciones del nacionalismo en la formulación de fuentes, a las que no escapan las reglas de conflicto (DIPr. en sentido estricto) que tienden a “localizar” un contrato “no localizado” en un Estado sino en el mundo. Destaca la importancia de considerar los procesos de homogeneización logrados a nivel internacional merced a la tarea de UNCITRAL, UNIDROIT, la Unión Europea, como asimismo aquélla que se logra a través de la difusión de *casebooks* y aportes doctrinarios con referencia a las soluciones desnacionalizadas. Postula por el abandono del tradicional conflictualismo y su sustitución por un universalismo jurídico, ya recogido principalmente en el marco del arbitraje internacional. Luego de analizar la tradición latinoamericana -históricamente abierta a la internacionalidad, como lo prueba la abundante y temprana adopción de soluciones convencionales y en fuente interna en materia de DIPr.- aboga por su renovación alegando su falta de adecuación con la realidad actual. Esta tendencia ha sido receptada especialmente en diversas leyes de arbitraje y en la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (México, 1994), que recogen la autonomía de las partes como eje fundamental de la regulación del contrato. Es de esperar -concluye el profesor- que la Conferencia de La Haya atienda estos desarrollos encausando su labor con miras al futuro.

La Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya (*Elección de la ley aplicable a los contratos del comercio internacional. ¿Principios de La Haya?*) elaboró un documento sobre los futuros principios a adoptarse por la Conferencia, abandonando la ortodoxa metodología de las convenciones como ya lo han hecho UNIDROIT y CNUDMI. Estos principios adoptarían la autonomía de las partes, sin restricciones en orden a la razonabilidad de la vinculación del contrato con el derecho elegido, como principio general. En segundo lugar, se adoptaría la conexión del derecho con el cual el contrato presenta sus lazos más estrechos, incluyendo una lista -no jerárquica- de

presunciones tendientes a aportar cierta homogeneidad en las pautas a ser ponderadas por el operador judicial o arbitral. Propondría la eliminación del reenvío en la materia y las limitaciones resultantes de las normas de policía y el orden público.

Manuel OLIVENCIA RUIZ (*La codificación del derecho mercantil internacional y la experiencia de la CNUDMI/UNCITRAL*) reseña los orígenes de la CNUDMI, nacida al abrigo de la propuesta húngara en la Asamblea General del 17/12/1966, con la finalidad de mitigar aquellos obstáculos de orden jurídico al desarrollo del comercio internacional. Reconoce el autor el éxito en la tarea de codificación, logrado principalmente por la pluralidad de fuentes -convenciones, leyes modelo, reglamentos y guías jurídicas- constituyéndose así en un nuevo paradigma en la meta armonizadora del derecho.

Didier OPERTTI BADÁN y Cecilia FRESNEDO de AGUIRRE (*El derecho comercial internacional en el Proyecto de Ley general de derecho internacional privado del Uruguay – Una primera aproximación*) asumen el nuevo marco en que se inserta el DIPr., como consecuencia de la globalización en el cual éste es llamado a redefinir su rol sin abandonar lo que constituye la mayor preocupación de los autores: la defensa del interés nacional. El proyecto reconoce la especialidad del derecho comercial internacional, en tanto éste es protagonizado por comerciantes profesionales. Reconoce la autonomía de la voluntad y la *lex mercatoria* (usos en materia comercial) como ley aplicable pese a su carácter no estatal, lo que constituye un significativo adelanto en la materia, distinguiéndola de aquellas fuentes originadas en organizaciones públicas o privadas (CNUDMI, UNIDROIT).

Concluye esta extraordinaria fuente con el trabajo de Jürgen STAM-LEBEN (*Los principios generales del derecho comercial internacional y la lex mercatoria en la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales*) despejando el enigmático artículo 9 de la Convención de México que propone la determinación del derecho aplicable al contrato en función de sus vínculos subjetivos y objetivos más estrechos. Sin embargo, señala que cuando estos vínculos –en el mundo de la globalización– sólo conducen a una aplicación casi artificial de algún derecho nacional, los principios UNIDROIT se presentan como solución alternativa a la deslocalización del negocio.

Una reseña de documentos normativos, antecedentes y bibliografía cierra el volumen, invitando -en nuestro caso, con éxito- a la prosecución de su estudio.

*Alejandro Aldo Menicocci*

**DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO – DERECHO DE LA TOLERANCIA –  
BASADO EN LA TEORÍA TRIALISTA DEL MUNDO JURÍDICO, Goldschmidt,  
Werner, 10ª. ed. actualizada por Alicia Perugini Zanetti (Bs. As., Abeledo  
Perrot, 2009, 1188 ps.).**

La reedición de un clásico en el Derecho Internacional Privado obliga a repensar su contenido y fines. Como lo padecen varias disciplinas y ciencias sociales, el derecho no ha sido impermeable al “*olvido de la razón*” (Sebreli), a la sustitución de la reflexión por la erudición, la información, la simplificación de lo complejo. Todas estas actitudes, luego de su inicial seducción, culminan dando cuenta de la limitada capacidad del hombre para comprender la realidad, que es infinita.

Actualizar significa “poner al día” o “poner en acto”. La tarea de la profesora Perugini Zanetti satisface ambas acepciones. Más allá de sus contribuciones especiales -*inter alia*- en materia de derecho internacional privado del consumidor (de imprescindible lectura para cualquier abordaje del tópico), restitución internacional de menores, integración, la obra es reinsertada en el intrincado mundo actual, evidenciando que el sistema creado por el maestro Goldschmidt puede nutrirse de aportes exógenos.

Goldschmidt concibió al Derecho como fenómeno de adjudicación: allí donde algo se da o se quita, y ese algo es material estimativo del valor justicia, hay fenómeno jurídico. Las normas describen esa adjudicación pero, al mismo tiempo, la integran. La labor integrativa de la norma jurídica impide que el fenómeno se diluya en la dimensión sociológica. La norma general unifica categorías sociales más o menos análogas. Estas categorías las arrastra el DIPr. -al menos, desde la consolidación del Estado moderno- en el marco de la territorialidad recortada por los límites políticos de los Estados. A poco que se advierta la discrecionalidad de esta homogeneización, otras normas deberán asumir la tarea de rescatar la especificidad. He aquí el lugar del Derecho de colisión: recuperar la libertad cercenada (evocando a Max Stirner) por la identificación de Derecho y Estado, por el recorte entre las personas (Derecho interpersonal), el tiempo (Derecho transitorio) y el espacio (Derecho internacional privado). Así se explica el núcleo del método constitutivo del DIPr. sobre la norma indirecta: cualquier contenido sustantivo establecido de antemano conspira contra la finalidad propia del Derecho de colisión y su horizonte, la unicidad del hombre.

Cierto es que la realidad -como anticipamos- ha asumido una complejidad de la que podemos dar cuenta sólo en forma fraccionada, mientras reclama respuestas útiles y rápidas. En la modernidad la realidad parecía asequible desde la lógica del conflictualismo, que hoy se nos presenta como insuficiente. Sin embargo, la insuficiencia no nos debe llevar -como lamentablemente se sostiene en forma apresurada- a denostar el método; es, por el contrario, la mutabilidad del objeto (pérdida de peso específico del Estado como categoría única del derecho interespecial) la que determinó el avance

de soluciones materiales y de normas inspiradas en la protección de sus intereses.

La obra de Goldschmidt se construyó sobre las bases sistemáticas de la teoría trialista del mundo jurídico. Como él anticipara en su edición de 1970, la actualización es siempre imperativa: el método es el camino que, en una concepción en la cual el sistema pretende dar cuenta de la realidad en forma ordenada y no encorsetarla *a priori*, permite que la obra pueda ser actualizada racionalmente. Sólo quienes conocieron al profesor pueden – como magistralmente lo hace hoy la Dra. Alicia Perugini Zanetti – poner al día una obra que constituye un clásico del DIPr. en nuestro país y en el mundo.

Nos animamos a decir que no existe destinatario de estas líneas que no conozca la obra, por lo cual pasaremos revista a las contribuciones que enriquecen esta edición y abren nuevas sendas dentro de la disciplina. Sin duda, cometeré una injusticia, pero ella es –según el propio Goldschmidt– inherente a cualquier fraccionamiento.

Miguel Ángel Ciuro Caldani amplía la concepción normológica del DIPr. a los problemas que surgen del conflicto de jurisdicciones y al reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos extranjeros. La atracción jurisdiccional, por un lado y la litispendencia, la cosa juzgada y el fraude jurisdiccional por el otro, se presentan como características positivas y negativas, respectivamente, del antecedente de la norma, al tiempo que la asunción de jurisdicción, por una parte, y la no denegación de justicia y el *forum non conveniens*, por la otra, se exhiben como características positivas y negativas, respectivamente, de la consecuencia jurídica. La transposición procesal se construye de manera análoga: la jurisdicción local (como característica positiva) y la exclusión de litispendencia, de cosa juzgada y el rechazo de la falta de jurisdicción o indefensión en el país de origen (como características negativas) constituyen el antecedente de la norma, mientras el auxilio judicial y el reconocimiento o la ejecución de la sentencia o laudo extranjeros (características positivas) como la indefensión en el país requerido y el orden público (características negativas) se erigen como su consecuencia jurídica.

María Lidia Achinelli lleva a cabo una prolija y exhaustiva tarea de actualización de las fuentes convencional e interna en la materia.

Horacio Daniel Piombo subraya la importancia de concebir al DIPr. como *Derecho de la Tolerancia*, en su triple finalidad de asegurar el respeto de la personalidad del hombre en un mundo jurídicamente fragmentado, coadyuvar en modo activo a la paz internacional y desempeñar un papel formativo e informativo en los operadores jurídicos.

El estatuto personal es objeto de distinguidos aportes. Eduardo Leopoldo Fermé refiere al nombre de las personas como atributo nacido de su propia personalidad que posterga el derecho del Estado a hacer de aquél un medio de identificación del sujeto. Eduardo Raimundo Hooft expone los proble-

mas acaecidos en el orden matrimonial con la sanción de la Ley 23.515 que abroqueló el orden público internacional antidivorcista hasta entonces vigente, exhibiendo la insuficiencia de la normativa en orden a regularizar los matrimonios constituidos en elusión a la ley argentina y a la jurisdicción que la República reclamaba en forma exclusiva: con verdadera amplitud de espíritu y trascendiendo los moldes puramente normativos, augura por su validez. En la misma orientación, Juan José Cerdeira abordó el tratamiento del vínculo del segundo matrimonio celebrado con impedimento de ligamen en el extranjero a la luz del derecho sucesorio cuando de la normativa actual ha desaparecido la imposibilidad de disolución del vínculo por divorcio. En una muestra de pluralismo de la obra, se acompaña un trabajo de Juan Pablo Quaranta Costerg quien sostiene la imposibilidad de aplicación retroactiva de los cambios operados en el DIPr. matrimonial como consecuencia de la instalación de la ley que instauró el divorcio vincular. Jorge Daniel Paladino efectúa un correcto desarrollo del artículo 1277 del Código Civil en lo atinente al régimen de bienes del matrimonio sometido al derecho extranjero, señalando que la finalidad protectora del precepto es de orden público internacional argentino.

El sistema no puede dar cuenta de la realidad en abstracto o explicándose en una suerte de realismo mágico. El capítulo destinado a inversiones extranjeras contiene un soporte económico imprescindible, desarrollado en forma espléndida por el profesor Eduardo Conesa. En él se exponen las características particulares de la inversión foránea en nuestro país y las ventajas con que cuentan, merced a los tratados de garantía de inversiones los capitales extranjeros frente a los capitales nacionales. Las obligaciones en moneda extranjera son también acompañadas por una imprescindible introducción a la génesis y trascendencia de la deuda externa, al tipo de cambio y al *default*. Vanesa Claudia Rodríguez aborda la participación extranjera en la inversión sobre bienes y patrimonios culturales (Ley 25.570) y Eduardo Clariá expone sobre las limitaciones a la inversión extranjera en las “Zonas de Seguridad” (dec. 15.385/44 y Ley 23.554).

Francisco Amallo desarrolla la nueva normativa sobre propiedad intelectual, especialmente los acuerdos de la OMPI, la OMC/AADPIC, y las reglas relativas a los dominios y solución de controversias de Internet. También es objeto de tratamiento la fuente interna relativa a patentes de invención y modelos de utilidad (Ley 24.481) y patentes (Ley 22.362). Paula Inés Sawaya completa el panorama con un aporte sobre el Protocolo de Armonización Legislativa en materia de Marcas del Mercosur (1995).

Eduardo Machin aborda la compleja tarea de subsunción del *leasing* dentro de los cuadros normativos que no contemplan este contrato. Una breve contribución de quien reseña este libro refiere a la *lex mercatoria*. Un claro trabajo de María Victoria Castro Bravo compendia el régimen vigente en materia de garantías mobiliarias.

Marcelo Iñiguez destaca los principios de unidad o pluralidad referidos

a las obligaciones cambiarias e integra el capítulo con las Convenciones de Uncitral (1988) y la CIDIP (1975). Luís María Palma expone sobre los problemas procesales que apareja la ejecución de aquellas obligaciones.

El ámbito de la responsabilidad extracontractual es ampliado con las contribuciones de María Laura Cantagallo y Juan Pablo Quaranta Costerg -referidas al Protocolo en Materia de Responsabilidad de Accidentes de Tránsito- (Protocolo de San Luis). Los problemas ambientales son objeto de un estudio en el que Alfredo Mario Soto relata sobre responsabilidad civil internacional por contaminación transfronteriza y la posibilidad de acudir -para integrar la laguna- a distintas fuentes convencionales que contemplan la responsabilidad por hechos ilícitos.

Samanta Madsen Santamarina actualiza la normativa referida a los convenios de doble imposición internacional y las disposiciones de la ley de impuesto a las ganancias referidas a la fuente argentina. Andrea Gáldiz y María Elisa Gaeta completan el capítulo referido al Derecho Penal Internacional en materia de terrorismo.

Para concluir, la originalidad del DIPr. de Goldschmidt evidencia su ineluctable destino: afianzarse como una obra irremplazable en la literatura internacional jusprivatista. Al tiempo de efectuar esta reseña, concluyo otra sobre un excelente texto de derecho de comercio internacional<sup>1</sup>, en el que varios autores ponen de relieve el carácter no coactivo de una significativa parte de la normativa mercantil. Recuerdo que Goldschmidt, hace más de cincuenta años, descartó la coercibilidad como elemento esencial del fenómeno jurídico.

El libro es acompañado de una clave *online* que permite el ágil acceso a los instrumentos internacionales referidos.

*Alejandro Aldo Menicocci*

<sup>1</sup> V. reseña de BASEDOW, Jürgen, FERNANDEZ ARROYO, Diego y MORENO RODRIGUEZ, José A (Coordinadores), *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?* (Asunción, La Ley Paraguaya, 2010, 449 páginas), en este Anuario.

**TEMAS DE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO, PAGLIARI, Arturo Santiago y Colaboradores, Ed. Advocatus, Córdoba, 2009, 236 ps.**

El profesor de la Universidad Nacional de Córdoba, Arturo S. Pagliari y sus colaboradores, con el “Curso de Derecho Internacional Público” (Ed. Advocatus, Córdoba 2007), han aportado una valiosa herramienta para el conocimiento y la enseñanza del Derecho Internacional Público. Los objetivos académicos se armonizan con los de carácter pedagógico lo que resulta en necesarios recortes del objeto para su enseñanza en grado.

La nueva publicación que comentamos en esta oportunidad, también realizada con la participación de un grupo de colaboradores de notoria capacitación, cumple con el objetivo formulado de llenar los vacíos que según el autor habrían quedado pendientes en aquella primera publicación.

Se desarrollan temas clásicos (Ámbito de validez Estatal en el Espacio, sobre las Personas, Teoría General de las Organizaciones Internacionales y los Medios de Solución de Controversias Internacionales) como de actualidad (el CIADI y la Protección de Inversiones).

Se trata de un trabajo que, sin lugar a dudas, goza del calificativo de prolijo, metódico en su subdivisión, de sencilla lectura y pedagógicamente orientado.

La Primera Parte, a la que se dio el denominador común general de Doctrina, se divide en siete capítulos escritos por distintos docentes, adscriptos y colaboradores de la cátedra bajo la coordinación del titular docente.

El Capítulo I expone dos cuestiones territoriales de nuestro país, una resuelta (Beagle) y la otra pendiente de resolución (Malvinas). En el primero de ellos se desarrollan en forma completa los antecedentes históricos del conflicto hasta la resolución definitiva. En el segundo, el distinto enfoque como común fundamento de títulos esgrimidos por la República Argentina y el Reino Unido respecto de los derechos soberanos sobre las Islas, además de las distintas resoluciones y posiciones tomadas dentro del seno de las organizaciones internacionales (ONU-OEA). La problemática si bien escapa al contenido de un curso general, resulta el complemento pedagógico adecuado ya por su innegable valor aplicativo como por su importancia para los intereses nacionales y la promoción de su discusión en ámbitos académicos.

El Capítulo II se encarga de la evolución doctrinaria del instituto del Asilo. Sus rasgos jurídicos y su normativa actual. También se realiza un cotejo con otro instituto de similar importancia en cuanto a su finalidad: el Refugio.

Es indudable la importancia que tiene la exposición del instituto en las aulas académicas por cuanto nos recuerda la falta de reconocimiento y garantías a nivel universal como las posibles controversias que se puedan suscitar en la calificación de la expresión: delito político.

El Capítulo III desarrolla el capítulo VI de la Carta de ONU. Los diversos procedimientos de arreglos pacíficos ya sean políticos o jurisdiccionales (organización, competencia, procedimiento, su especificidad) y los distintos efectos de la decisión tomada según sea el procedimiento elegido. El concepto de controversia internacional. Se trata de una temática infaltable en la lectura, formación y enseñanza del Derecho Internacional Público. Es necesario destacar que en este capítulo el autor prolijamente nos va direccionando en lo que más adelante nos expondrá en la segunda parte de este trabajo.

El Capítulo IV se ocupa del rol de las Organizaciones Internacionales en el mantenimiento de la paz, los capítulos VI y VII de la Carta de la ONU, las experiencias en el ámbito regional americano y las OMP (Operaciones de mantenimiento de la Paz) hasta nuestros días. El tema expuesto en este capítulo ha sido desde su origen uno de los ejes fundamentales del Derecho Internacional Público, y por sí solo amerita un tratamiento particularizado, tal como lo propone la obra comentada.

El Capítulo V denominado Espacios y Cuestiones Jurídicas de Interés Internacional, se adentra en 3 problemáticas particulares, dinámicas y, aunque de disímil tratamiento, de interés en el Derecho Internacional actual. La primera refiere al Derecho Internacional del Medio Ambiente, se desarrollan en forma completa los estadios evolutivos del proceso de regulación e institucionalización y los principios fundamentales, señalándose las dificultades a la hora de su cumplimiento. La segunda extrae de la historia la idea de Patrimonio Común de la Humanidad hasta llegar a su actual concepto jurídico, sus notas características e instrumentos reguladores del término. Y la tercera versa sobre el Sistema Antártico, las notas características del continente, importancia e interés por su aprovechamiento, el sistema jurídico que lo rige, su estructura y funcionamiento, y por supuesto los objetivos del Tratado.

El Capítulo VI está dedicado in extenso a la Organización de Naciones Unidas. Antecedentes, fines, propósitos y principios. Enmienda. Estructura orgánica. Resulta oportuno destacar de este capítulo por un lado el desarrollo expositivo sobre los Organismos Especializados y sus antecedentes, y por el otro la evolución desde 1945 hasta nuestros días, en lo que respecta al número de estados miembros de la Organización.

El Capítulo VII, con el mismo criterio expositivo que en el capítulo anterior, se aboca a la Organización de los Estados Americanos. Se adicionan el Sistema de Seguridad Colectiva en el ámbito regional americano y los mecanismos de solución de controversias. A modo de comparación para el lector, todos ellos fueron abordados en los capítulos III y IV pero en el ámbito universal.

Es importante resaltar el desarrollo pedagógico particular de los principales organismos generales y políticos para la región, esto es, la Organización de Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos.

En la Segunda Parte de este trabajo bajo el rótulo de JURISPRUDENCIA; se transcriben 13 casos jurisprudenciales en los que en su mayoría la República Argentina es parte demandada, ante el CIADI (Centro de Arreglos de Diferencias Relativa a Inversiones). Presenta el régimen protector de las inversiones y sus principios rectores, y el sistema de solución de controversias (jurisdicción, estructura, procedimientos y recursos). Y finaliza con la exposición de temas de Derecho Internacional General (fuentes, responsabilidad, protección diplomática) vinculados a las decisiones vertidas en los fallos elegidos por el autor.

La obra es sin duda una valiosa herramienta para acercar una visión actualizada del derecho internacional para el desarrollo de la disciplina.

*José Carlos Yermanos*

BLANCA

---

## **INSTITUCIONAL**

---

BLANCA

## ESTATUTO DE LA ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO INTERNACIONAL

(Texto aprobado en la Asamblea Extraordinaria de la Asociación Argentina de Derecho Internacional -AADI, llevada a cabo el 29 de septiembre del año 2007, en ocasión del XIX° Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y XV° Congreso Argentino de Derecho Internacional «Dres. Carlos B. Guastavino y Gualberto Lucas Sosa», en las instalaciones del Hotel Costa Galana de la ciudad de Mar del Plata. Inscripto en la Inspección General de Personas Jurídicas -IGPJ, de la ciudad de Santa Fe, Resolución N° 0582, del 01/07/2009).

### CAPÍTULO I

**Artículo 1. Características, esencia y origen de la entidad.** La Asociación Argentina de Derecho Internacional (de aquí en adelante: la Asociación), es una entidad científica privada sin fines de lucro, que nuclea a profesores, investigadores y cultores del derecho Internacional, creada el día cinco de noviembre de mil novecientos sesenta y ocho en el Primer Seminario Nacional de Profesores e Investigadores de Derecho Internacional Público, celebrada en la ciudad de Rosario y organizada por estatuto según los lineamientos aprobados el día ocho de septiembre de mil novecientos sesenta y nueve en la ciudad de Córdoba, al realizarse el Segundo Seminario Nacional de Profesores e investigadores del Derecho Internacional Público.

**Artículo 2. Sede.** La Asociación tendrá su domicilio, para todos los efectos legales, en la ciudad de Rosario, calle Córdoba N° 2020. Sin perjuicio de lo precedentemente expresado, sus órganos se reunirán en cualquier lugar de la República cuando así lo requiera el cumplimiento de las finalidades establecidas en el presente Estatuto. Compete al Consejo Directivo decidir, por mayoría de dos tercios de sus miembros, el traslado de la sede dentro de la ciudad de Rosario.

**Artículo 3. Fines.** Son objetivos de la Asociación: a) Propender al estudio y

desarrollo del Derecho Internacional y disciplinas a él vinculadas; b) Asegurar la cooperación y la comunicación entre los profesores, investigadores y estudiosos de las disciplinas jurídicas, socio-políticas y económicas relativas a la comunidad internacional y la recíproca información de sus actividades científicas; c) Promover la actualización de la enseñanza y la realización de investigaciones en los referidos ámbitos científicos con pleno respeto de la libertad académica, coordinando las actividades individuales y colectivas tendientes a esos logros; d) Auspiciar el perfeccionamiento científico de sus miembros, tanto en el país como en el extranjero, así como el de los estudiantes y graduados que deseen especializarse en alguna de las disciplinas vinculadas al Derecho Internacional; e) Apoyar la formación y fortalecimiento de bibliotecas y centros de documentación relativos a las disciplinas citadas en el inciso «b» de este artículo; f) Programar y mantener las publicaciones que se consideren necesarias para el adecuado cumplimiento de sus fines y, en particular, para la difusión de las resoluciones aprobadas en los Congresos de la entidad y de los trabajos científicos de sus miembros; g) Cooperar con las actividades que desarrollan las instituciones nacionales e internacionales de carácter jurídico; y h) Contribuir a la formación de una conciencia colectiva que procure la solución de los problemas internacionales a través del Derecho y la Justicia, y el afianzamiento de los valores fundamentales de la República.

**Artículo 4. *Capacidad.*** La Asociación se encuentra capacitada para adquirir bienes muebles e inmuebles, así como para enajenarlos, gravarlos o permutarlos, estar en juicio y realizar cuanto acto jurídico sea necesario o conveniente para el cumplimiento de sus fines.

**Artículo 5. *Patrimonio.*** El patrimonio de la Asociación se constituye con: a) Las cuotas que abonan sus miembros titulares y asociados; b) Los bienes que adquiera por cualquier título, así como las rentas que éstos produzcan; c) Las donaciones, legados o subvenciones que reciba; d) Los beneficios que arrojen congresos, publicaciones y demás actividades que lleve a cabo en cumplimiento de sus fines; y de cualquier otra entrada lícita acorde con el objeto adoptado y conforme su naturaleza jurídica.

## CAPÍTULO II

**Artículo 6. *Miembros. Categorías.*** La Asociación reconoce la existencia de las siguientes categorías de miembros: titulares, fundadores, honorarios, vitalicios, asociados y correspondientes.

**Artículo 7. *Constitución del cuerpo de miembros.*** Son miembros de la Asociación quienes revestían esa calidad al momento de obtener su reconocimiento como entidad civil y los que hayan concurrido al nuevo acto constitutivo. La aceptación de nuevos miembros se realizará en la Asamblea General, Ordinaria, por votación secreta. Para ser aceptados, los postulantes deberán solicitarlo, ser propuestos por tres miembros

titulares y obtener la mayoría absoluta del total de los votos emitidos por los miembros presentes habilitados para votar. El Consejo Directivo formará la lista de los candidatos que deberá hacer conocer el día de la apertura de la respectiva Asamblea, mediante avisos colocados en lugar visible, acompañada de una sucinta noticia de los antecedentes científicos de cada candidato y los nombres de los proponentes. Los nuevos miembros gozarán de sus derechos electorales a partir de la Asamblea General Ordinaria inmediata siguiente a la de su admisión, una vez cumplidos los requisitos estatutarios y reglamentarios de la admisión.

**Artículo 8. *Miembros Titulares.*** Podrán revestir la calidad de miembros titulares: a) los Profesores Titulares, Asociados y Adjuntos e investigadores de jerarquía equivalente en Derecho Internacional y disciplinas a él vinculadas de Universidades argentinas estatales o privadas; b) los miembros asociados con cuatro años de antigüedad en dicha categoría, que hayan contribuido con sus aportes científicos a las disciplinas prenotadas, que hubiesen dado cumplimiento a sus obligaciones estatutarias y reglamentarias y que sean aceptados de conformidad a lo prescrito en el artículo 7. Gozarán de los derechos electorales que como miembro titular les correspondan a partir de la Asamblea General inmediata siguiente a la de su admisión.

**Artículo 9. *Miembros Fundadores.*** Son miembros fundadores los que participaron del Primer y Segundo Seminario Nacional de Profesores e Investigadores de Derecho Internacional Público celebrados en las ciudades de Rosario (Santa Fe) y Córdoba en los años 1968 y 1969, respectivamente. La categoría de miembro fundador es concurrente con la de miembro titular, vitalicio y honorario.

**Artículo 10. *Miembros Honorarios.*** Son miembros honorarios las personas individuales que se hayan distinguido por sus aportes científicos en Derecho Internacional y disciplinas a él vinculadas, y por sus contribuciones a la Asociación. Corresponde al Consejo Directivo proponer su designación a la Asamblea General Ordinaria, cuya aceptación requerirá la mayoría de los dos tercios de los votos emitidos en las condiciones previstas en el artículo 7.

**Artículo 11. *Miembros Vitalicios.*** Podrán revestir en la categoría de miembros Vitalicios los miembros titulares de la Asociación que reúnan los siguientes requisitos: a) tener una antigüedad mínima de treinta años como miembro titular; b) haber, durante dicho periodo, dado regular cumplimiento a las obligaciones estatutarias y reglamentarias. La correspondiente petición deberá ser presentada a la Secretaría y será sometida a consideración y resolución del Consejo Directivo. Los miembros Vitalicios conservan todas las prerrogativas y derechos de los miembros titulares y quedan eximidos de la obligación de pago de la cuota social, subsistiendo las restantes obligaciones establecidas en el Estatuto y normas reglamentarias.

**Artículo 12. Miembros Asociados.** Podrán ser miembros asociados: a) los auxiliares de la docencia universitaria o de investigación en Derecho Internacional y disciplinas a él vinculadas de Universidades argentinas estatales o privadas; b) los especialistas en las referidas disciplinas que se distingan por sus méritos científicos. Los miembros asociados podrán elegir los Secretarios y Vocales de las Secciones a las que pertenezcan, pudiendo desempeñarse en dichos cargos en las condiciones prescritas en el último punto del artículo 7. El ejercicio de sus derechos electorales comenzará en la oportunidad fijada en el artículo 7.

**Artículo 13. Miembros Correspondientes.** Podrán ser miembros Correspondientes los especialistas que residan fuera del país, que se hayan destacado por sus méritos científicos y sean presentados por cinco miembros titulares acompañando los antecedentes que avalan la propuesta, y sean aceptados por la misma mayoría exigida para los miembros honorarios.

**Artículo 14. Derechos.** Corresponde a los miembros: a) ejercer los derechos que les confiere el Estatuto y los reglamentos conforme la categoría en que revistan; b) proponer por escrito al Consejo Directivo las medidas que consideren convenientes para la buena marcha de Asociación.

**Artículo 15. Ejercicio de los derechos. Requisitos.** Será condición necesaria encontrarse al día en el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 16 para: a) el ejercicio de los derechos estatutarios; b) el goce de la aptitud electoral, c) la representación *ad hoc* de la Asociación, y d) cualquier otra función que pudiese ser dispuesta por sus órganos, conforme las normas estatutarias.

**Artículo 16. Obligaciones.** La calidad de miembro lleva consigo las siguientes obligaciones: a) conocer y cumplir este Estatuto y las resoluciones tomadas por las Asambleas, el Consejo Directivo y los restantes órganos de la Asociación, dentro de sus respectivas competencias, sin que ello implique menoscabo al derecho de crítica y disenso; b) abonar, dentro de los cuatro primeros meses de cada año, cuando correspondiere, la cuota anual que fija el Consejo Directivo; c) comunicar a Secretaría, dentro de los treinta días de producido, todo cambio de domicilio.

**Artículo 17. Licencia.** El miembro titular o asociado que se halle temporalmente imposibilitado para cumplir sus obligaciones con la Asociación, podrá solicitar al Consejo Directivo licencia hasta un máximo de cuatro años. La licencia suspende el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones, y cesará en cualquier momento a petición del interesado.

**Artículo 18. Suspensión.** El Consejo Directivo podrá suspender por un lapso que no excederá de dos años, a los miembros que incurran en las infracciones estatutarias previstas en el artículo 16, inciso «a», previo dar traslado de la imputación al interesado y recibir su descargo. La sanción será apelable, ante la Asamblea General Ordinaria inmediata

siguiente, que podrá revocarla por mayoría de votos. El recurso de apelación deberá ser presentado ante la Secretaría de la Asociación dentro de los diez días de ser fehacientemente notificada la sanción, quedando la resolución del Consejo Directivo y el recurso interpuesto a disposición de los miembros titulares y vitalicios en Secretaría. El derecho de apelación antes referido no implica renuncia al fuero judicial.

**Artículo 19. Pérdida de la calidad de miembro.** Los miembros pierden su calidad de tales cuando medie alguna de las siguientes causales: a) Renuncia; b) Cesantía, excepto para honorarios, vitalicios y correspondientes; c) Expulsión.

**Artículo 20. Cesantía.** La causal de cesantía prevista en el inciso «b» del artículo 19 opera de pleno derecho cuando los miembros: a) omitan abonar la cuota social durante dos anualidades consecutivas; b) no concurren a tres Asambleas Generales Ordinarias consecutivas o cinco alternadas; c) hayan perdido las condiciones requeridas por este Estatuto para ser admitidos como miembros, excepto en el supuesto de retiro o jubilación y no las readquiriesen dentro de un lapso de seis años. Corresponde al Consejo Directivo la confección y actualización periódica del padrón de miembros de la Asociación en sus diversas categorías. El padrón actualizado deberá estar disponible para su utilización de conformidad con las disposiciones del presente Estatuto y consulta por los miembros de la Asociación, en oportunidad de la apertura de las Asambleas Generales Ordinarias y Extraordinarias. En todos los casos el asociado tendrá el derecho de apelación ante la primer Asamblea General que se celebre, sin que ello implique renuncia al fuero judicial.

**Artículo 21. Expulsión.** La aplicación de la causal prevista en el inciso «c» del artículo 19 procederá cuando medie: a) indignidad; b) condena firme por delitos comunes. La expulsión será dispuesta por la Asamblea General Ordinaria, a propuesta del Consejo Directivo o de quince miembros titulares, previa información sumaria tramitada con audiencia del inculcado y resuelta por las mayorías que fijan los artículos 7 y 10, según la categoría de miembro de que se trate. El resultado de la información y el texto del descargo del miembro cuya expulsión se propone se harán conocer a los miembros titulares de la manera prevista en el artículo 18. El procedimiento ante la Asamblea General Ordinaria antes referido, no implica renuncia al fuero judicial.

**Artículo 22. Readmisión.** Los miembros renunciantes y cesantes podrán solicitar su reincorporación, cumpliéndose el procedimiento establecido en el artículo 7 sin que deba mediar propuesta de otros miembros. Si la causal de cesantía fue la prevista en el inciso «a» del artículo 20 deberá acompañarse, a la solicitud, el importe de cuatro cuotas al valor vigente en el momento de requerirse la reincorporación. Tratándose de la causal invocada en el inciso «c» del mismo artículo, se deberá acreditar el desempeño de la docencia o de la función de investigador o la actividad científi-

ca realizada requiriéndose, para su consideración, dictamen de la Sección con la que se relacionen los antecedentes del solicitante. Los expulsados podrán solicitar su reincorporación siempre que, en el supuesto del inciso «b» del artículo 20, primero se hubiesen extinguido la pena y accesorios de la sanción impuesta; en el caso se procederá conforme al trámite de ingreso de nuevos miembros previsto en el artículo 7.

### CAPÍTULO III

**Artículo 23. Órganos.** Los órganos de la Asociación son: a) la Asamblea General, b) el Consejo Directivo, c) el Revisor de Cuentas.

**Artículo 24. La Asamblea General. Convocatoria.** La Asamblea General se integrará con los miembros titulares de la Asociación, quienes serán citados por la Presidencia mediante aviso o carta con una anticipación de treinta días a la realización de la Asamblea. Habrá dos clases de Asambleas Generales: Ordinarias y Extraordinarias.

**Artículo 25. Asamblea General Ordinaria.** La Asamblea General Ordinaria se realizará dentro de los ciento veinte días del cierre del ejercicio anual ordinario que se produce el treinta y uno de julio de cada año, en el lugar donde fuera convocada por la Asamblea anterior o por el Consejo Directivo si dicha convocatoria no se hubiera realizado en la Asamblea, y considerará todos los asuntos internos que le someta el órgano convocante en el Orden del Día, en el cual deberán incluirse obligatoriamente los puntos expresa o implícitamente exigidos por este Estatuto, como la consideración de la Memoria, balance, inventario, cuadro de gastos y recursos e informe del Revisor de Cuentas.

**Artículo 26. Asamblea General Extraordinaria.** Las Asambleas Generales Extraordinarias se celebrarán cuando lo requieran las necesidades de la Asociación y podrán ser convocadas por decisión del Consejo Directivo a petición de un número de miembros que representen no menos del veinticinco por ciento de los miembros con derecho a voto en el último padrón de la Asamblea General, y se abocarán exclusivamente a los temas de su convocatoria.

**Artículo 27. Asambleas. Quórum. Mayorías.** Las Asambleas sesionarán válidamente con la mitad más uno de los miembros con derecho a voto. Transcurrida una hora de la convocatoria, las Asambleas sesionarán válidamente con los miembros presentes, cualquiera sea su número. Las decisiones se adoptarán por simple mayoría de votos de los asociados presentes con derecho a voto.

**Artículo 28. Consejo Directivo.** La Dirección de la Asociación está a cargo de un Consejo Directivo, cuyos integrantes deben ser miembros titulares. El Consejo Directivo está integrado por un Presidente, un Vicepresidente, un Secretario, un Prosecretario, un Tesorero, un Protesorero, seis Consejeros y los Directores de Sección. También integra el Consejo

Directivo el Presidente saliente por el período sucesivo al de la finalización de su mandato. Los miembros del Consejo Directivo serán elegidos por la Asamblea General por un período de dos años.

**Artículo 29. Consejo Directivo. Atribuciones.** El Consejo Directivo que se reunirá cuantas veces lo estime necesario y, como mínimo, tres veces por año, tiene las siguientes atribuciones: a) realizar todos los actos de gobierno de la Asociación de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto; b) ejecutar las resoluciones que se adopten en las Asambleas Generales; c) administrar los bienes de la Asociación; d) aceptar y administrar legados, donaciones y subvenciones; e) disponer, con autorización de la Asamblea General, el gravamen o enajenación de bienes inmuebles; f) fijar el importe de las cuotas sociales; g) dictar su propio Reglamento y los demás reglamentos que sean necesarios para el cumplimiento de los objetivos y buena marcha de la Asociación; h) aprobar el plan de tareas que se ejecutarán en el año inmediato siguiente; i) someter al examen y aprobación de la Asamblea General Ordinaria, previo dictamen del Revisor de Cuentas, la memoria, balance y demás documentación exigida por la ley; j) interpretar las normas estatutarias y reglamentarias.

**Artículo 30. Consejo Directivo. Decisiones. Quórum.** El Consejo Directivo adoptará sus decisiones por mayoría absoluta de los miembros presentes, excepto cuando se trate de asuntos que requieren una mayoría especial de conformidad con las prescripciones estatutarias. En todos los casos, registrándose empate, el voto del Presidente será decisorio. El quórum será formado por la mitad más uno de sus miembros pudiendo celebrar reuniones sin quórum, en cuyo caso las decisiones que se adopten serán *ad-referéndum* del Consejo Directivo, el que deberá considerarlas en su reunión inmediata siguiente.

**Artículo 31. Presidente y Vicepresidente. Funciones.** El Presidente es el representante legal de la Asociación. Dicha representación puede ser delegada en el Vicepresidente o en cualquier otro miembro del Consejo Directivo; en este último caso la delegación deberá contar con la aprobación del citado órgano. Tratándose de actividades científicas la representación de la Asociación podrá ser ejercida por cualquier miembro que revista el carácter de titular, con autorización del Consejo Directivo y con el alcance que en cada caso se determine. Preside las Asambleas Generales, las reuniones del Consejo Directivo y demás reuniones que realice la Asociación. Otorga, conjuntamente con el Secretario y Tesorero, las escrituras e instrumentos que afecten el patrimonio de la entidad. El Vicepresidente reemplaza al Presidente con las facultades que a éste le competen y, además, coordina las actividades de las Secciones.

**Artículo 32. Secretario y Prosecretario. Funciones.** Corresponde al Secretario: a) asistir a las Asambleas y sesiones del Consejo Directivo, redactando las actas que asentará en el libro correspondiente y suscribirá

junto con el Presidente; b) firmar junto con el Presidente, o en forma individual por disposición de éste, la correspondencia y todo otro documento administrativo de la Asociación, con la salvedad de los que sean de competencia del Tesorero; c) convocar al Consejo Directivo y efectuar las comunicaciones previas a las Asambleas Generales y toda otra que disponga aquel órgano; d) llevar, conjuntamente con el Tesorero, el Registro de Asociados, con mención de categoría, especialidad y direcciones postal y electrónica de cada miembro de la Asociación, así como los Libros de Actas de las Asambleas y sesiones del Consejo Directivo; e) llevar el Archivo de la Asociación; f) hacer imprimir y distribuir las comunicaciones administrativas y científicas de la Asociación y toda otra que disponga el Consejo Directivo; g) confeccionar las actas de las Asambleas y firmarlas conjuntamente con el Presidente y dos miembros designados al efecto; h) realizar todo otro acto que demande la buena marcha de la entidad. El Prosecretario reemplaza al Secretario en caso de impedimento del mismo y colabora en la realización de las tareas a él asignadas.

**Artículo 33. Tesorero y Protesorero. Funciones.** Corresponde al Tesorero: a) llevar, conjuntamente con el Secretario, el Registro de Asociados e individualmente, los demás libros que establecen las disposiciones legales en vigencia; b) presentar anualmente, al Consejo Directivo, el inventario, balance general y cuadro de recursos y gastos que deberán ser sometidos a su aprobación para su oportuna presentación ante la Asamblea General Ordinaria, previo dictamen del Revisor de Cuentas; c) percibir los importes de dinero que por pagos o cualquier otro concepto correspondan a la Asociación y abonar las cuentas cuando fuese pertinente; d) firmar con el Presidente, o por disposición de éste en forma individual, los recibos y demás documentos de Tesorería; e) abrir cuentas bancarias, efectuar depósitos y extracciones del dinero ingresado a la Asociación; f) efectuar pagos. El Protesorero reemplaza al Tesorero en caso de impedimento y colabora en la realización de las tareas que al mismo le corresponden.

**Artículo 34. Revisor de Cuentas. Funciones.** El Revisor de Cuentas y su suplente serán elegidos por la Asamblea General Ordinaria y durarán en sus funciones dos años. Son deberes y atribuciones del Revisor de Cuentas: a) examinar los libros y documentos de la Asociación, por lo menos cada tres meses; b) asistir con voz a las sesiones del Consejo Directivo cuando lo considere conveniente o sea invitado por el mismo; c) fiscalizar la administración de la Asociación comprobando el estado de la caja, la existencia de títulos, acciones o valores de cualquier especie; d) verificar el cumplimiento de las leyes, este Estatuto y reglamentos en lo referente a derechos y obligaciones de la Asociación y sus miembros relacionados con sus funciones; e) dictaminar sobre el inventario, balance general y cuadro de recursos y gastos y participar en la redacción de la memoria en los puntos de su competencia a los fines de su oportuna presentación, por el Consejo Directivo, a la Asamblea General

Ordinaria; f) solicitar la convocatoria a Asamblea General Extraordinaria cuando lo considere necesario; g) en su caso, controlar las operaciones de liquidación de la Asociación y el destino de los bienes sociales. El Revisor de Cuentas cuidará de ejercer sus funciones de modo que no se entorpezca la regularidad de la administración social, es responsable por los actos del Consejo Directivo violatorios de la ley o del mandato social, si no da cuenta de los mismos a la Asamblea correspondiente. El Revisor de Cuentas Suplente reemplaza al Revisor de Cuentas en caso de impedimento y colabora en la realización de las tareas que al mismo le corresponden.

**Artículo 35. Elección de autoridades.** Las autoridades de la Asociación son elegidas por la Asamblea General Ordinaria, por mayoría simple de sufragios, en votación secreta y durarán en sus cargos dos años. El Presidente, el Vicepresidente y los Directores de Sección podrán ser reelectos por una vez consecutiva en el mismo cargo. La elección se efectuará en orden sucesivo, votando en primer término por Presidente, Vicepresidente, Secretario y Prosecretario, Tesorero y Protesorero. En segundo término se procederá a la elección de los Consejeros, sus suplentes, el Revisor de Cuentas y su suplente. En tercer término se votará por Directores, Secretarios y Vocales de Sección. En caso de empate se procederá a una nueva votación limitándola a quienes hubieran obtenido el mismo número de sufragios.

**Artículo 36. Acefalía. Reemplazo de autoridades.** En caso de vacancia del cargo, el Presidente, el Secretario y el Tesorero serán reemplazados respectivamente por el Vicepresidente, el Prosecretario y el Protesorero. Los Consejeros por sus suplentes. El Revisor de Cuentas será reemplazado, a su vez, por el suplente. Los Directores de Sección por el miembro Titular que designe el Consejo Directivo. Los Secretarios y Vocales de Sección por los miembros de la Asociación que disponga el Consejo Directivo, tomando en consideración la propuesta que formule el correspondiente Director.

**Artículo 37. Carácter de las funciones societarias.** Los cargos que se desempeñen en la Asociación son personales, indelegables y gratuitos. Los trabajos o servicios prestados a la entidad por sus asociados no tendrán otra compensación que el reintegro de los gastos y siempre que tales erogaciones hubieran sido expresamente autorizadas por el Consejo Directivo.

#### CAPÍTULO IV

**Artículo 38. Actividades científicas. Organización de los Congresos. Parecer científico de la Asociación.** Para el cumplimiento de sus fines, la Asociación realizará al menos un congreso cada dos años que se denominará «Congreso Argentino de Derecho Internacional», indicando con número ordinal romano su relación cronológica con los precedentes. También podrá realizar otras actividades científicas cuyos tér-

minos de referencia determinará en cada caso el Consejo Directivo. La organización de los Congresos estará a cargo de una Comisión Organizadora cuyo Presidente, designado por el Consejo Directivo, deberá ser miembro honorario, vitalicio o titular de la Asociación. Los restantes integrantes de la Comisión se designarán por el Presidente de la misma y las autoridades de la Institución sede del Congreso, cuando ésta actuare en carácter de coorganizadora. La Comisión se ocupará de la instalación de los servicios del Congreso, confección del programa de actividades científicas y sociales e impresión de la documentación que correspondiese, incluidos los relatos y/o documentos de trabajo. El Consejo Directivo, tomando en consideración las propuestas de los Directores de Sección, fijará los temas a considerar y adoptará un sistema de trabajo entre los siguientes: a) Designación de Relatores; b) Nombramiento de una Comisión de Estudio; c) Designación de Moderador encargado de recibir ponencias, elaborar una síntesis de las mismas y redactar las conclusiones que serán sometidas a consideración de la respectiva Sección.

Las conclusiones de las distintas secciones serán sometidas a consideración del Plenario del Congreso, y sólo podrán ser votadas por los miembros de la Asociación habilitados para votar y constituirán, una vez aprobadas, la opinión científica de la Asociación, en la materia de que se trate.

Los congresos a realizarse con posterioridad a la aprobación del presente estatuto mantendrán la numeración correlativa correspondiente a los congresos ordinarios realizados con anterioridad.

Podrán, además, realizarse otros tipos de comunicaciones en las condiciones que la Comisión Organizadora de la actividad lo establezca. Los relatos y/o ponencias deberán encontrarse a disposición de los miembros de cada Sección con una anticipación no menor de treinta días a la fecha de apertura del Congreso.

**Artículo 39. Otras Actividades científicas de la Asociación.** Además de los Congresos, el Consejo Directivo podrá organizar otras reuniones científicas tales como seminarios, mesas redondas y conferencias. Empero, únicamente las resoluciones adoptadas en los Congresos son expresiones del criterio científico de la Asociación.

**Artículo 40. Organización de la tarea científica. Secciones.** La Asociación comprende seis Secciones: a) Sección de Derecho Internacional Público; b) Sección de Derecho Internacional Privado; c) Sección de Relaciones Internacionales; d) Sección de Derecho de la Integración; e) Sección de Documentación, Metodología y Enseñanza del Derecho Internacional; y f) Sección de Derechos Humanos. La creación y supresión de Secciones es facultad de la Asamblea General.

**Artículo 41. Secciones. Composición y funciones.** Las Secciones estarán integradas por los especialistas y estudiosos de cada disciplina miembros de la Asociación y promoverán actividades científicas directamente relacionadas con sus respectivos ámbitos. Cada Sección será conduci-

da por un Director, asistido por un Secretario y tres Vocales. Estos cargos son incompatibles con cualquier otro del Consejo Directivo. Los integrantes de la Asociación podrán formar parte de hasta tres Secciones. Cada Sección deberá organizar y llevar a cabo, una vez por año, una reunión científica de carácter abierto sobre la base de un temario aprobado por el Consejo Directivo.

## CAPÍTULO V

**Artículo 42. *Reforma del Estatuto.*** El Estatuto podrá ser modificado por el voto favorable de los dos tercios de los miembros habilitados para votar, presentes en la Asamblea General Ordinaria o Extraordinaria, que representen el treinta y cuatro por ciento del total de miembros del padrón habilitados para votar. Las reformas a tratarse deberán hacerse conocer a los miembros habilitados para votar con una anticipación no menor a sesenta días.

**Artículo 43. *Fusión con otras entidades.*** La Asociación no podrá fusionarse con otra u otras entidades, sin resolución adoptada por el órgano y las mayorías establecidas en el artículo anterior.

**Artículo 44. *Disolución.*** La Asociación sólo podrá ser disuelta por la voluntad de sus miembros expresada en las condiciones previstas en el artículo 42. De resolverse la disolución se designarán, por la Asamblea General, los liquidadores en la persona de uno o más de los miembros determinados en el citado artículo. El Revisor de Cuentas controlará las operaciones de liquidación que deberán efectuarse de acuerdo con las normas legales y pautas dispuestas por la Asamblea General que dispuso la liquidación. Una vez concluidas las operaciones de liquidación, los bienes remanentes, si los hubiere, se destinarán a la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, ciudad sede del Primer Seminario Nacional de Profesores e Investigadores de Derecho Internacional Público, antecedente original y lugar del domicilio legal de la Asociación.



## **REGLAMENTO DE LA ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO INTERNACIONAL**

(Texto Aprobado por el Consejo Directivo de la Asociación Argentina de Derecho Internacional -AADI, en la reunión celebrada en la Ciudad de Córdoba, el día 1º de octubre de 2009, en ocasión del XXI Congreso Argentino de Derecho Internacional «Dr. Enrique Ferrer Vieyra», llevado a cabo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, los días 1, 2 y 3 de Octubre de 2009).

### **CAPÍTULO I. DE LAS REUNIONES**

**Artículo 1. Reuniones.** Los Órganos de la Asociación se reunirán en el lugar y la fecha que establezca su Consejo Directivo quien deberá informar a los Miembros con una anticipación no menor a treinta días a la dirección postal o electrónica que se haya denunciado según lo dispuesto en el artículo 16 del Estatuto.

### **CAPÍTULO II. DE LOS MIEMBROS**

**Artículo 2. Miembros Fundadores.** Se reconoce la designación de «Miembros Fundadores de la Asociación Argentina de Derecho Internacional» a quienes participaron del Primer y Segundo Seminario de Profesores e Investigadores de Derecho Internacional, celebrados en Rosario en 1968 y en Córdoba en 1969. Tal designación no implica atribución de derechos ni imposición de obligaciones.

**Artículo 3. Solicitud de ingreso. Miembros Titulares y Asociados. Cambio de categoría.** A los fines del ingreso, en calidad de Miembro, el postulante deberá presentar:

- a) El formulario de solicitud de ingreso firmado y acompañado por la firma de tres Miembros Titulares
- b) Su «*curriculum vitae*»
- c) El comprobante de haber abonado la cuota de ingreso, equivalente a la cuota anual correspondiente a su categoría.

Los Miembros Asociados que deseen ser admitidos como Miembros Titulares deberán cumplimentar el formulario de solicitud de cambio de categoría pudiendo limitar el «*curriculum vitae*» a la actividad cumplida desde su ingreso a la Asociación.

**Artículo 4. Miembros Honorarios, Correspondientes y Vitalicios.** La propuesta para el otorgamiento del carácter de Miembro Honorario o Correspondiente deberá efectuarse por escrito con la firma de, al menos, cinco Miembros Titulares. Se deberán detallar los datos personales y el «*curriculum vitae*» del candidato.

La condición de Miembro Vitalicio se adquirirá a solicitud del interesado mediante nota dirigida al Consejo Directivo.

**Artículo 5. Procedimiento.** Las solicitudes y propuestas para la designación de miembros Titulares, Asociados, Honorarios y Correspondientes deberán ser presentadas por Secretaría con treinta días de anticipación a la fecha de celebración de la Asamblea General. Por Secretaría se verificará el cumplimiento de los requisitos estatutarios y reglamentarios y presentará al Consejo Directivo el correspondiente informe. Corresponde al Consejo Directivo formar la lista de candidatos a los fines establecidos en el Artículo 7 del Estatuto.

**Artículo 6. Pago de cuotas. Emplazamiento.** Durante la celebración de la Asamblea General, por Tesorería, se comunicará a los Miembros asistentes la situación de mora en que se encontrasen. Se deberá asimismo, dentro de los noventa días siguiente a su celebración, emplazar a los que no hubiesen regularizado su situación.

**Artículo 7. Licencia en la calidad de miembros.** La licencia en la calidad de Miembro deberá solicitarse por escrito. A los fines de su consideración por el Consejo Directivo, el solicitante deberá encontrarse al día en el cumplimiento de sus obligaciones estatutarias y reglamentarias. Corresponde asimismo, al Consejo Directivo disponer sobre el cese de la licencia concedida.

**Artículo 8. Cesantía. Emplazamientos.** A los fines de la aplicación de la cesantía se deberá:

- a) En caso de mora en el pago, emplazar al deudor o regularizar la situación en términos que fijará el Consejo Directivo con transcripción de los dispositivos aplicables.
- b) En caso de inasistencia a las Asamblea General, invitar al Miembro señalando su situación, con transcripción de las normas aplicables.

### CAPÍTULO III. DE LOS ÓRGANOS.

**Artículo 9. Elección de autoridades. Comisión escrutadora.** Constituida la Asamblea General y a los efectos del control del acto eleccionario se designará una Comisión escrutadora formada por tres Miembros Titulares. La Comisión escrutadora deberá contar para el cumplimiento

de su labor con el Padrón de Miembros Titulares y Asociados en condiciones de emitir su voto en las distintas elecciones.

**Artículo 10. *Emisión del voto. Candidatos electos.*** Los Miembros electores emitirán su voto por cargo, resultando electos los candidatos que obtengan la mayoría absoluta de los sufragios emitidos para dicho cargo. Si no se hubiera obtenido la mayoría requerida se procederá a una nueva elección, limitándola a los dos candidatos más votados.

**Artículo 11. *Dirección de Secciones. Elección.*** A los fines de la elección de los Directores de las Secciones se encuentran habilitados los Miembros registrados en las respectivas Secciones conforme el Padrón. Cualquier cambio que deseen efectuar en dicho registro deberá ser comunicado mediante el envío del formulario de actualización de datos con una anticipación no menor de treinta días.

La elección se efectuará en igual forma que la prevista para la elección del Consejo Directivo y la proclamación de los candidatos electos se ajustará al procedimiento fijado en dicho caso.

**Artículo 12. *Orden de designaciones.*** En caso de presentarse la situación de incompatibilidad del Artículo 41 del Estatuto, el candidato electo para más de un cargo deberá optar por aquel en que se desempeñará. No efectuada la opción se lo proclamará para el de mayor jerarquía, dando prelación a los cargos en el Consejo Directivo. Los cargos que quedasen vacantes en virtud de la circunstancia señalada serán cubiertos por el candidato siguiente en cantidad de votos.

A dicho fin, la Comisión escrutadora, finalizada la emisión del voto, deberá elaborar una lista de los candidatos votados con la determinación del cargo y número de sufragios obtenidos por cada uno.

La Asamblea proclamará las autoridades electas o resolverá el llamado a segunda vuelta si ello correspondiere.

**Artículo 13. *De las Asambleas Generales. Orden del día.*** El Consejo Directivo comunicará el Orden del Día de la reunión a los miembros junto con la convocatoria, el que será comunicado a la Asamblea General. Constituida la Asamblea, se aprobará el Orden del Día presentado, pudiendo admitirse la incorporación de otros temas.

**Artículo 14. *Autoridades de la Asamblea General.*** El Presidente, el Vicepresidente y el Secretario del Consejo Directivo ocuparán los mismos cargos en la Mesa de la Asamblea General.

**Artículo 15. *Quórum de la Asamblea General.*** A los fines de la determinación del Quórum, por Tesorería se entregará al Consejo Directivo el Padrón de Miembros Titulares. El Consejo Directivo sobre la base de la cantidad de Miembros Titulares presentes se expedirá sobre la existencia de Quórum, sin perjuicio de la constitución de la Asamblea General conforme lo establece el Artículo 27 del Estatuto.

**Artículo 16. *Orden de tratamiento de los temas.*** El tratamiento de los

temas, por la Asamblea General, se adecuará al Orden del Día, sin perjuicio de ello, a los fines del desarrollo de sus actividades en los aspectos científicos y administrativos, se establece el siguiente:

- 1) Designación de dos Miembros Titulares para firmar el Acta;
- 2) Consideración de la Memoria, balance, inventario, cuadro de gastos y recursos e informe del Revisor de Cuentas;
- 3) Aceptación de nuevos Miembros y cambios de categoría;
- 4) Elección y proclamación de autoridades, cuando corresponda;
- 5) Restantes temas incluidos en la convocatoria y;
- 6) Fijación de la sede y fecha de la próxima Asamblea General y del próximo Congreso.

**Artículo 17. *Actas.*** Corresponde al Secretario de la Asamblea General la elaboración de las Actas de las sesiones plenarias, incluidas las de apertura y clausura de las actividades. Cada Asamblea General considerará las Actas de la anterior, cuyo texto deberá ser puesto en conocimiento de los Miembros Titulares con treinta días de anticipación a su tratamiento,

**Artículo 18. *De las Secciones. Programa de trabajo.*** Las Secciones, cuya función es promover y realizar actividades científicas atinentes a sus respectivas materias, deberán presentar al Consejo Directivo, con la anticipación suficiente, el Programa de trabajo y las actividades previstas a desarrollar durante cada año calendario, sin perjuicio de su posterior adecuación si se estimare conveniente.

**Artículo 19. *Aprobación del Programa.*** El Consejo Directivo, en ejercicio de sus facultades estatutarias, se pronunciará en forma inmediata sobre el Programa propuesto por cada una de las Secciones pudiendo diferir, si fuere necesario, su resolución hasta su próxima sesión siempre que ello no dificulte la ejecución de lo programado.

**Artículo 20. *Constancias. Certificaciones.*** Las Direcciones de las Secciones podrán otorgar constancias o certificados a quienes hubiesen participado de la actividad de la Sección, de conformidad con los Reglamentos sancionados por el Consejo Directivo.

**Artículo 21. *Dirección de Sección. Funcionamiento.*** Las Direcciones de las Secciones deberán informar al Consejo Directivo, sobre el desarrollo de las actividades programadas e instrumentación de las Resoluciones de dicho Consejo.

**Artículo 22. *Informe a la Asamblea General.*** Las Direcciones de las Secciones deberán informar al Plenario de la Asamblea General sobre las actividades cumplidas durante su desempeño. Dichos informes integrarán la Memoria prevista en el Artículo 25 del Estatuto.

**Artículo 23. *Registro de Integrantes de las Secciones.*** Por Tesorería se entregará a los Directores de las Secciones el Registro de los Integrantes de la Sección con sesenta días de anticipación a cada Actividad o, en la oportunidad que le sea requerida por el Consejo Directivo.

**Artículo 24. Colaboración.** Las Direcciones de las Secciones deberán colaborar con los restantes órganos de la Asociación a los fines del correcto cumplimiento de las normas estatutarias, reglamentarias y Resoluciones del Consejo Directivo.

**CAPÍTULO IV. DE LAS ACTIVIDADES CIENTÍFICAS. DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS CONGRESOS. DE LOS TRABAJOS DEL CONGRESO. SESIONES PLENARIAS**

**Artículo 25. Naturaleza de los asuntos.** Corresponde a los Congresos el cumplimiento de los fines científicos de conformidad a lo dispuesto en el Artículo 38 del Estatuto.

**Artículo 26. Actividad del Congreso. Sesiones.** Las actividades científicas se desarrollarán en sesiones plenarias y mediante el trabajo de sus respectivas Secciones. En sesión plenaria se procederá a la apertura y clausura del Congreso. Corresponde asimismo, el tratamiento en sesión plenaria de las Resoluciones cuya adopción sea propuesta al Congreso. Las Secciones funcionarán por separado pudiendo, en caso de estimarlo conveniente sus autoridades, funcionar conjuntamente dos o más de ellas: la Dirección de la sesión será ejercida conforme sea dispuesta por las mismas.

**Artículo 27. Temas de debate. Relatores. Designación.** El Consejo Directivo designa los Relatores con, al menos seis meses de anticipación a la fecha fijada para la celebración del Congreso. A los fines de las designaciones se considerarán las propuestas de las respectivas Secciones. Los Relatores designados conforme al Estatuto deberán revestir la calidad de Miembros Titulares de la Asociación o contar con antecedentes científicos y académicos suficientes a criterio del Consejo Directivo. No podrá ser designado Relator el Miembro que hubiera incurrido en alguna de las situaciones previstas en el Artículo 20 del Estatuto. La designación de Relator deberá serle comunicada a los fines de su aceptación.

**Artículo 28. Elaboración de los Relatos.** El Relator designado, enviará al Director de la Sección para la remisión a los Miembros de su Sección, con noventa días de anticipación, una indicación de los temas a tratar, el que se incluirá en la página web de la AADI, adonde los Miembros podrán enviar sus opiniones en el lapso que se determine. Teniendo en cuenta las respuestas recibidas, el Relator preparará su informe, incluyendo los textos de las Resoluciones que propone someter a consideración del Congreso.

**Artículo 29. Informe definitivo.** El Informe definitivo se remitirá a la Secretaría con una anticipación de cincuenta días a la reunión del Congreso. Los Informes definitivos no podrán exceder de cincuenta carillas de extensión, tamaño A4, a doble espacio, Letra Times New Roman, tamaño 12, con el pie de página en tamaño 10. Deberá acompañarse de un resumen de dos carillas con iguales modalidades.

**Artículo 30. Trabajo en las Secciones.** Los Informes de los Relatores formarán la base del trabajo de las Secciones. El o los Relatores tendrán derecho a desarrollar sus opiniones.

**Artículo 31. Informes.** Las conclusiones de las Secciones, formarán la base del debate en Plenario del que participarán los Miembros del Congreso.

**Artículo 32. Debate.** El uso de la palabra se solicitará al Presidente y será concedido de acuerdo al orden de inscripción elaborado por el Secretario. Una vez oídas las opiniones particulares, por el lapso que fije la Presidencia, se cerrará el debate. Los Directores de Sección y los Relatores no estarán sujetos al turno de inscripción y podrán solicitar la palabra en cualquier momento.

**Artículo 33. Reemplazo.** Si el Presidente quiere hacer uso de la palabra como Miembro del Plenario, el Vicepresidente ocupará la Presidencia.

**Artículo 34. Oradores.** El Presidente podrá llamar la atención a los oradores que se aparten del objeto del debate.

**Artículo 35. Ponencias.** Toda propuesta y enmienda o subenmienda debe ser presentada por escrito a la Secretaría para su consideración por el Plenario.

**Artículo 36. Mociones de orden.** Si durante una deliberación se interpone una moción de orden, la discusión principal debe interrumpirse hasta tanto se resuelva respecto de dicha moción. Las mociones de orden no serán objeto de discusión. Puede proponerse la clausura del debate, que sólo será acordada por la mayoría de dos tercios de los Miembros del Plenario.

**Artículo 37. Clausura del debate. Deliberación.** Resuelta la clausura del debate, los Miembros de la Asociación habilitados para votar, de conformidad con las normas estatutarias, iniciarán sus deliberaciones con la finalidad de adoptar las decisiones que correspondieren.

**Artículo 38. Votación.** Antes de proceder a la votación, el Presidente indicará el orden en que serán sometidas las diversas cuestiones. Si hubiera oposición, los Miembros habilitados decidirán de inmediato.

Las subenmiendas se votarán antes que las enmiendas y éstas a su vez antes que la propuesta principal. Si un texto es objeto de una enmienda y al mismo tiempo de una moción de rechazo pura y simple, el Presidente propondrá el orden de votación y en caso de oposición los Miembros habilitados decidirán de inmediato.

Si hay más de dos propuestas principales conexas, se votarán todas, una tras otra, y cada Miembro habilitado puede votar por una de ellas. Terminada la votación sin que alguna hubiera sido aprobada, los Miembros habilitados, por nueva votación, decidirán cuál de las dos propuestas menos votadas debe eliminarse. Se confrontará de la misma manera el resto de las propuestas, hasta que una de ellas pueda ser objeto de una votación definitiva.

**Artículo 39. Enmiendas y Subenmiendas.** La adopción de una subenmienda no obliga a votar por la enmienda que corresponda, ni la adopción de una enmienda obliga a favor de la proposición principal.

**Artículo 40. División del texto.** Solicitada por cualquier Miembro la división de un texto, se procederá a la votación en la forma requerida.

**Artículo 41. Texto en artículos.** Cuando el texto en debate esté redactado en varios artículos, se discutirá primero el proyecto en general y luego se tratará en particular artículo por artículo.

**Artículo 42. Facultad de votar.** Los miembros habilitados para votar, no tienen la obligación de hacerlo. El cálculo de la mayoría se efectuará teniendo en cuenta la cantidad de Miembros que hayan votado. Si hubiera empate, decidirá con su voto el Presidente.

**Artículo 43. Votación nominal.** La votación nominal será tomada cuando un mínimo de cinco Miembros así lo solicitaren.

**Artículo 44. Decisiones.** Toda decisión será tomada por mayoría simple de los Miembros habilitados, salvo disposición en contrario.

Se terminó de imprimir en el mes de octubre de 2010 en  
LERNER EDITORA SRL  
Duarte Quirós 545, Ls. 2 y 3, CP 5000  
Córdoba, República Argentina