





***IN MEMORIAM***

Profesor Abogado JORGE OSCAR PALADINO

1943 - 2017



ISSN 1850-079X

ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO INTERNACIONAL



**Anuario  
Argentino  
de  
Derecho  
Internacional**

**XXVI**

2017

CÓRDOBA - REPÚBLICA ARGENTINA

© 2017 by  
**Asociación Argentina de Derecho Internacional**  
**AADI**

**EDITÓ:**  
**EDICIONES LERNER SRL**  
TEL./FAX: (0351) 4229333  
**E-mails:**  
lernereditorasrl2012@gmail.com  
lernereditorasrl@gmail.com  
**www.lernereditorasrl.com.ar**  
SIMON BOLÍVAR N° 312 - (5000) CÓRDOBA - ARGENTINA

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

**DIRECTOR HONORARIO**

ERNESTO J. REY CARO

**DIRECTOR**  
LUIS CRUZ PEREYRA

**SECRETARIO**  
JULIO CÉSAR CÓRDOBA

**CONSEJO DE REDACCIÓN**

ARMANDO DANIEL ABRUZA  
GUSTAVO BARBARÁN  
VÍCTOR BAZÁN  
GUILLERMO ARGERICH  
ARIEL RICARDO MANSI  
ALBERTO EDUARDO MONSANTO  
ARTURO SANTIAGO PAGLIARI  
HORACIO DANIEL PIOMBO  
GUILLERMO ROBERTO ROSSI  
AMALIA URIONDO DE MARTINOLI

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

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

**2015-2017\***

**Presidente:** LUIS CRUZ PEREYRA  
**Vicepresidente:** MARTA Y. TEJERIZO  
**Secretario:** OSCAR GONZÁLEZ PEREIRA  
**Prosecretaria:** ADRIANA CASTELANELLI  
**Tesorero:** ROBERTO VICARIO  
**Protesorero:** JUAN F. AMORMINO

**2017-2019\*\***

**Presidente:** LUIS CRUZ PEREYRA  
**Vicepresidente:** MARTA Y. TEJERIZO  
**Secretario:** OSCAR GONZÁLEZ PEREIRA  
**Prosecretaria:** ADRIANA CASTELANELLI  
**Tesorero:** ROBERTO VICARIO  
**Protesorero:** GUILLERMO ARGERICH

### **CONSEJEROS**

ARMANDO DANIEL ABRUZA  
ANALÍA CONSOLI  
ALEJANDRO MENICOCCI  
ADA LATTUCA  
JORGE OSCAR PALADINO  
CARINA MARIELA RABINO  
BEATRIZ PALLARÉS

ARMANDO DANIEL ABRUZA  
ANALÍA CONSOLI  
ALEJANDRO MENICOCCI  
ADA LATTUCA  
JORGE OSCAR PALADINO  
ARIEL RICARDO MANSI  
ELOÍSA RAYA DE VERA\*\*\*

#### **SECCIÓN DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO**

*Director:* ARIEL RICARDO MANSI

*Directora:* GRACIELA ROSA SALAS

#### **SECCIÓN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

*Directora:* CAROLINA DANIELA IUD

*Directora:* CAROLINA DANIELA IUD

#### **SECCIÓN RELACIONES INTERNACIONALES**

*Director:* ENRIQUE J. ARAMBURU

*Director:* CARLOS BIANGARDI DELGADO

#### **SECCIÓN DERECHO DE LA INTEGRACIÓN**

*Director:* OSCAR C. BENÍTEZ

*Directora:* SILVINA BARÓN KNOLL

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

*Director:* GUILLERMO ARGERICH

*Directora:* MARÍA GLORIA BOTTIGLIERI

#### **SECCIÓN DERECHOS HUMANOS**

*Director:* LAURA ARACELI AGUZÍN

*Directora:* ANDREA STRAZIUSO

\* Autoridades surgidas del acto eleccionario del día veintiocho de Agosto de dos mil quince, en la Universidad Tecnológica Nacional, Facultad Regional Chubut y proclamadas el día veintinueve de agosto de dos mil quince en la Asamblea General Ordinaria llevada a cabo en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco, de la ciudad de Puerto Madryn, Provincia de Chubut, República Argentina, en ocasión de la realización del XXVIIº CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL, "A 50 AÑOS DE LA RESOLUCIÓN 2065 (XX) DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS - CUESTIÓN MALVINAS". 27, 28 y 29 de agosto de 2017.

\*\* Autoridades surgidas del acto eleccionario del día ocho de Septiembre de dos mil diecisiete, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo, Ciudad de Mendoza, Provincia de Mendoza, República Argentina y proclamadas el día nueve de Septiembre de dos mil diecisiete, en la Asamblea General Ordinaria llevada a cabo en ocasión de la realización del XXIXº CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL de la ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO INTERNACIONAL - AADI, 7, 8 Y 9 de Septiembre de 2017.

\*\*\* Consejera Suplente designada por el Consejo Directivo de la AADI consejera Titular, en la reunión realizada en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, el día dieciséis de diciembre de dos mil diecisiete, ante la vacante producida por el fallecimiento del Dr. JORGE OSCAR PALADINO.

## ÍNDICE GENERAL

- NORMAS EDITORIALES DEL ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL .....	15
--	----

### **DOCTRINA**

- DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y MATRIMONIO IGUALITARIO. CONSIDERACIONES DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ARGENTINO .....	15
- <i>INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW AND GENDER NEUTRAL MARRIAGE. CONSIDERATIONS FROM ARGENTINIAN PRIVATE INTERNATIONAL LAW.</i> <i>ALEJANDRO ALDO MENICOCCI</i> .....	19

### **XXIXº CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL**

- <i>Asamblea General Ordinaria de la Asociación Argentina de Derecho Internacional - AADI, 2017</i> .....	19
- PALABRAS DE APERTURA DEL XXIXº CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL y DE LA ASAMBLEA GENERAL ORDINARIA 2017, DEL PRESIDENTE DE LA ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO INTERNACIONAL -AADI-. <i>LUIS CRUZ PEREYRA</i> .....	47

### **RELATOS**

#### **SECCIONES:**

##### **DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO**

- CINCUENTA AÑOS DE LABOR DEL COMITÉ LEGAL DE LA ORGANIZACIÓN MARÍTIMA INTERNACIONAL. INSTRUMENTOS JURÍDICOS. - <i>FIFTY YEARS OF WORK OF THE LEGAL COMMITTEE OF THE INTERNATIONAL MARITIME ORGANIZATION. LEGAL INSTRUMENTS</i> <i>Relator: GUILLERMO JOSUÉ BARTOLETTI</i> .....	59
--	----

**SECCIÓN****DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

- DESAFÍOS ACTUALES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO  
DE FAMILIA
  - *CURRENT CHALLENGES OF FAMILY INTERNATIONAL LAW*
- Relatora: NIEVE RUBAJA .....* 131

**SECCIÓN****RELACIONES INTERNACIONALES**

- LOS ACTORES NO ESTATALES EN LA COMUNIDAD INTERNACIONAL
  - *NON-STATE ACTORS IN THE INTERNATIONAL COMMUNITY*
- Relator: FERNANDO OLTRA SANTA CRUZ .....* 205

**SECCIÓN****DERECHO DE LA INTEGRACIÓN**

- CRISIS DEL MERCOSUR EN EL NUEVO ESCENARIO MUNDIAL:  
IDENTIDAD, PROYECTOS Y ALTERNATIVAS DE LA INTEGRACIÓN  
REGIONAL
  - *MERCOSUR CRISIS IN THE NEW WORLD SCENARIO: IDENTITY,  
PROJECTS AND ALTERNATIVES OF REGIONAL INTEGRATION*
- Relator: JORGE RAÚL MURILLO .....* 233

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

- EL LENGUAJE LLANO, SUS POSIBILIDADES DE APLICACIÓN  
COMO HERRAMIENTA DE REDACCIÓN Y EDICIÓN EN TEXTOS  
JURÍDICOS
- *PLAIN LANGUAGE AND ITS USAGE AS A DRAFTING AND EDITING  
TOOL IN LEGAL TEXTS*

*Relatora: RITA TINEO .....* 353

**SECCIÓN****DERECHOS HUMANOS**

- MIGRACIONES Y DERECHOS HUMANOS
- *HUMAN RIGHTS. AND MIGRATIONS*

*Relatores: LUIS ERNESTO CAMPOS - PABLO CERIANI CERNADAS -  
VERÓNICA JARAMILLO FONNEGRA .....* 375

**CONCLUSIONES DEL TRABAJO CIENTÍFICO  
DE LAS SECCIONES****SECCIÓN  
DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO**

- "CINCUENTA AÑOS DE LABOR DEL COMITÉ LEGAL DE LA ORGANIZACIÓN MARÍTIMA INTERNACIONAL. INSTRUMENTOS JURÍDICOS"

*Relator: Dr. GUILLERMO JOSUÉ BARTOLETTI* ..... 433

**SECCIÓN  
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

- "DESAFÍOS ACTUALES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA FAMILIA"

*Relatora: NIEVE RUBAJA* ..... 438

**SECCIÓN  
RELACIONES INTERNACIONALES**

- "LOS ACTORES NO ESTATALES EN EL DERECHO DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL"

*Relator: FERNANDO OLTRA SANTA CRUZ* ..... 443

**SECCIÓN  
DERECHO DE LA INTEGRACIÓN**

- "CRISIS DEL MERCOSUR EN EL NUEVO ESCENARIO MUNDIAL: IDENTIDAD, PROYECTOS Y ALTERNATIVAS DE LA INTEGRACIÓN REGIONAL"

*Relator: JORGE MURILLO* ..... 445

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

- "EL USO DEL LENGUAJE LLANO COMO HERRAMIENTA FACILITADORA DEL DERECHO INTERNACIONAL"

*Relatora: RITA TINEO* ..... 448

**SECCIÓN  
DERECHOS HUMANOS**

- "MIGRACIONES Y DERECHOS HUMANOS"

*Relatores. LUIS ERNESTO CAMPOS, PABLO CERIANI CERNADAS  
y VERÓNICA JARAMILLO FONNEGRA* ..... 450

## **DECLARACIONES**

ASAMBLEA GENERAL ORDINARIA AÑO 2017 ..... 455

## **LEGISLACIÓN**

- CONVENIOS INTERNACIONALES APROBADOS POR LA REPÚBLICA ARGENTINA Y ACUERDOS CELEBRADOS EN FORMA SIMPLIFICADA - PERIODO 01-06-2017 a 31-05-2018  
Sistematización a cargo de *MARÍA ALEJANDRA STICCA* ..... 461

## **JURISPRUDENCIA**

- JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL AÑO 2017  
*Seleccionada por ADRIANA CASTELANELLI* ..... 479
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA ..... 480
- JURISPRUDENCIA ARGENTINA SELECCIONADA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO 2017 Y 2018  
*Seleccionada por JULIO CÉSAR CÓRDOBA* ..... 499

## **RECENSIONES**

- *CUESTIONES COMPLEJAS EN LOS PROCESOS DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS EN LATINOAMÉRICA.*  
LÁZARO TENORIO GODÍNEZ; NIEVE RUBAJA, FLORENCIA CASTRO (COORDINADORES), Editorial Porrúa, Ciudad de México, México, 2017, 603 págs.  
*FABIO MASTRÁNGELO* ..... 509
- *EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ACTUAL.*  
Tomo 2º, DREYZIN DE KLOR, ADRIANA, Zavalía, Buenos Aires, septiembre de 2017, 520 págs.  
*MARTINA JEIFETZ* ..... 514
- *HISTORIA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LA ARGENTINA.* Boasso, PEDRO ANTONIO, Pontificia Universidad Católica Argentina - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, Rosario, 2017, 133 págs.  
*ALEJANDRO ALDO MENICOCCI* ..... 519
- *LAS COMUNICACIONES JUDICIALES DIRECTAS EN LA COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL.* FORCADA MIRANDA, FRANCISCO JAVIER, (incluye versión eBook), Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2017, 487 págs.  
*CAROLINA HARRINGTON* ..... 521

– <i>LA HIPERVULNERABILIDAD DEL CONSUMIDOR TRANSFRONTERIZO Y LA FUNCIÓN MATERIAL DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO</i> . KLEIN VIEIRA, LUCIANE, Buenos Aires, 2017, 580 págs.	
<i>ERNESTO GASTÓN DE MARSILIO</i> .....	525
– <i>DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO APLICADO – SISTEMATIZACIÓN DE JURISPRUDENCIA</i> . Directora: ADRIANA DREYZIN DE KLOL - Coordinadores: LUCIANO BUFFA – VIRGINIA CARLETTI – MARÍA EUGENIA FERREYRA - Editorial Advocatus, Córdoba, noviembre 2017, 267 págs.	
<i>MARÍA CECILIA AZAR</i> .....	529
– <i>LA TENSIÓN COSMOPOLITA. AVANCES Y LÍMITES EN LA INSTITUCIONALIZACIÓN DEL COSMOPOLITISMO</i> . GARCÍA SEGURA, C. (Dir.),Tecnos, Madrid, 2016, 376 págs.	
<i>ERNESTO GASTÓN DE MARSILIO</i> .....	531

## **INSTITUCIONAL**

– MEMORIA DEL PERÍODO ESTATUTARIO 2016-2017 .....	537
– NÓMINA DE INGRESANTES COMO MIEMBROS ASOCIADOS .....	551
– NÓMINA DE INGRESANTES COMO MIEMBROS TITULARES .....	554
– CAMBIOS DE CATEGORIA DE MIEMBROS ASOCIADOS A TITULARES .....	555



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

(Aprobadas por el Consejo Directivo en la reunión celebrada en el Colegio de Abogados de Lomas de Zamora, Prov. de Buenos Aires, el 02 de abril de 2011).

### **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 recensiones), 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 soporte digital, letra Times New Roman, tamaño 12, a un solo espacio. El soporte deberá indicar 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 (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 estarán numeradas en el orden en que sean mencionadas. Cada tabla y figura llevará una indicación de la fuente de los datos.

### **3.4. *Notas***

Cuando se pongan, las notas de pie de página 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 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 los datos de volumen, número, año de edición, página / páginas de referencia. Cuando se trate de obra conjunta, se indicará con letras versalita el nombre del responsable de la obra y en bastardilla el título de la obra conjunta. El resto de datos será del mismo tenor que el de una publicación periódica. Toda aclaración respecto al trabajo (colaboradores, agradecimientos, etc.) debe ponerse en una nota al pie, señalada con un asterisco y no con un número.

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

Deberá entregarse el material completo vía correo electrónico o por correo postal a nombre de la Asociación, a la dirección que se indique.

**4.1.** 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.

**4.2.** Breve *curriculum vitae*.

### **5. Corrección de pruebas**

El Anuario, cuando resulte temporalmente factible, y sea necesario, dará a los autores la corrección de las pruebas de sus artículos. Las correcciones han de ser devueltas dentro de un plazo de diez días hábiles a partir de su recepción.

Deberá entregarse el material completo vía correo electrónico a:

LUIS CRUZ PEREYRA: lcp@uolsinectis.com.ar

JULIO CÉSAR CÓRDOBA: jccordoba@gmail.com

Si envía por correo postal, hacerlo a nombre de la Asociación, a la siguiente dirección postal:

**LUIS CRUZ PEREYRA.** Avda. Pueyrredón N° 172, Piso 12 «C» C.P. 5.000 - Córdoba, República Argentina.

---

## **DOCTRINA**

---

BLANCA

**DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS  
HUMANOS Y MATRIMONIO IGUALITARIO.  
CONSIDERACIONES DESDE EL DERECHO  
INTERNACIONAL PRIVADO ARGENTINO\***

*INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW AND GENDER  
NEUTRAL MARRIAGE. CONSIDERATIONS FROM  
ARGENTINIAN PRIVATE INTERNATIONAL LAW*

*Prof. ALEJANDRO ALDO MENICOCCI \*\**

**RESUMEN**

El matrimonio entre personas del mismo sexo no ha sido receptado en todos los sistemas jurídicos. El problema del reconocimiento del matrimonio igualitario celebrado en el extranjero se presenta no solo en los sistemas que desconocen su existencia sino también en aquéllos en que, como el nuestro, una mecánica aplicación de sus normas indirectas pueden conducir a un derecho que lo descalifique. El Tribunal Europeo de DDHH se ha manifestado reticente a imponer un concepto "europeo" de familia y matrimonio entendiendo que carece de competencia en la materia, reservada al legislador nacional. Se impone una interpretación de la *lex loci celebrationis* como aquélla que más satisfaga el principio del *favor matrimonii*.

\* Las bases de este trabajo constituyeron la ponencia presentada al XIX Congreso Argentino de Derecho Internacional, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, 7 a 9 de setiembre de 2017. Mi reconocimiento y gratitud a la profesora NIEVE RUBAJA.

\*\* Profesor de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario y en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la PUCA. alejandro@menicocci.com.ar

**PALABRAS CLAVE**

Derechos Humanos. Matrimonio igualitario. Derecho Internacional Privado. Reconocimiento de matrimonio extranjero. Interpretación.

**ABSTRACT**

Same-sex marriage has not been accepted in every legal system. The problem of its recognition occurs not only in those systems which ignore its existence, but also in those that, like ours, a mechanical application of its indirect norms can lead to a legal system that disqualifies it. The European Court of Human Rights has expressed its reluctance to impose a "European" concept of family and marriage on the understanding that it lacks competence in this issue. In fact, this is reserved to the national Legislative body. An interpretation of the *lex loci celebrationis* is imposed as the one that mostly satisfies the principle of *favor matrimonii*.

**KEYWORDS**

Human Rights. Gender neutral marriage. Conflict of Laws. Recognition of foreign marriage. Interpretation.

**SUMARIO**

- 1.** Derecho. Fuentes y jerarquía. Los problemas generales del DIPr. y su recepción en las fuentes formales. La construcción del sistema de DIPr. desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
- 2.** El matrimonio en el DIPr.
- 3.** El problema en nuestro derecho.
- 4.** El recurso a los tratados internacionales.
- 5.** La *lex loci celebrationis*. Su teleología.

**1. Derecho. Fuentes y jerarquía. Los problemas generales del DIPr. y su recepción en las fuentes formales. La construcción del sistema de DIPr. desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.**

1.1. Concebimos al derecho como un fenómeno de adjudicación, descripto e integrado por normas y valorado por la justicia<sup>1</sup>. Lejos

<sup>1</sup> GOLDSCHMIDT, WERNER, *Introducción filosófica al derecho*, 5<sup>a</sup> ed., Bs. As., Depalma, 1976, p. 14, 217 y passim.

estamos de pretender que se comparta el concepto. Su antícpo solo pretende evitar malentendidos en orden al empleo de los vocablos y su denotación en el desarrollo ulterior de estas líneas. En esta perspectiva, la adjudicación (promovida por hombres o fuerzas extrahumanas) es captada por las normas que las describen y las integran. Tales normas plasman en *fuentes*, concepto este último que utilizamos como *modo de constancia* del derecho. Las fuentes son *reales*, en tanto permiten el conocimiento del derecho de un modo directo, sea en su propia materialidad (*fuentes materiales*) o recurriendo a su formalización (*fuentes formales*). Por otro lado, podemos conocer el derecho de modo indirecto a través de sus *fuentes de conocimiento* (doctrina). Las *fuentes de conocimiento* dan cuenta de las fuentes reales en sus dos vertientes, sea refiriendo al derecho espontáneo (entre otras, jurisprudencia y costumbre) sea a sus fuentes formales (entre otras, tratados y leyes).

1.2. Los Estados nacionales se adjudicaron, como un atributo derivado de su soberanía política en el ámbito interno y frente a la comunidad internacional en el externo, la facultad de determinar cuáles son sus fuentes del derecho y determinar su jerarquía. En nuestro país se afirma sin hesitación la jerarquía constitucional de ciertos tratados internacionales, aún antes de que tal jerarquía fuera formalizada en la reforma Constitución Nacional de 1994 (CSJN, 07.07.1992, *Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros.*; CN, art. 75, inc. 22). Se puede decir que la Corte Suprema y su derecho espontáneo han anticipado la supremacía de los tratados internacionales. En otros ámbitos, las fuentes formales se ocupan de establecerla, ya sea entre fuentes formales de distinta especie en un ámbito estático (*v.g.*, art. 1 CCyCom; art. 2594 CCyCom) o a través del tiempo (art. 7 CCyCom), o asumiendo la colisión entre fuentes de distintas especies en un mismo tiempo (art. 1 CCyCom, subordinando el derecho espontáneo a la fuente formal). Los resultados derivados de estas relaciones son infinitos<sup>2</sup>. El DIPr.

<sup>2</sup> Lo advertimos en el orden procesal al abordar el conflicto de fuentes en "*El principio pro cooperatione en la jurisdicción internacional indirecta*", Anuario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, N° XXII, Año 2013, Córdoba, Lerner, 2014, ps. 51 y ss. Decimos que es infinito porque los modos de constancia del derecho se apoyan en diferentes razones y ámbitos. En primer término, es menester preguntarse cuál es la fuente que, legítimamente, puede arrogarse títulos para estipular la jerarquía de las demás fuentes. En segundo lugar, es preciso delinear los ámbitos donde se establecen las jerarquías (espacial, temporal,

—sostenía GOLDSCHMIDT<sup>3</sup>— es una rama jurídica que pertenece a un derecho de colisión más general, cuya finalidad central es la de resolver el conflicto entre múltiples derechos que reclaman, por razones territoriales, la subsunción de un caso mixto.

1.3. La complejidad de las soluciones adoptadas por el DIPr. para resolver la colisión entre los distintos ordenamientos jurídicos implicó, en su devenir histórico, la necesidad de incorporación de múltiples métodos constitutivos<sup>4</sup>, y estos métodos inspiraron sus fuentes formales. Las fuentes de conocimiento parecían desenvolverse a la zaga de los problemas que la realidad presentaba<sup>5</sup> y, de algún modo, las escasas fuentes formales otorgaban un espacio significativo a las fuentes de conocimiento, encargadas de suplir las carencias del ordenamiento normativo con la elaboración de teorías orientadas a la solución de los problemas generales del DIPr. que nutrían al derecho espontáneo (jurisprudencia). Estas fuentes formales fueron progresivamente abordando el tratamiento de algunos problemas generales (tradicionalmente, el orden público, como consecuencia inevitable de la obligación de aplicar derecho extranjero, o el cambio de estatutos, pues era inevitable pensar en él cuando se hablaba de un conflicto móvil). Otros problemas generales, en cambio, seguían siendo patrimonio relicto de la doctrina

---

personal, entre otras) y se advertirá que una fuente puede tener una jerarquía determinada en el ámbito espacial (*v.g.*, la fuente formal sobre la consuetudinaria) pero perder esa jerarquía en otro ámbito (*v.g.*, en el derecho interpersonal subordinar la fuente formal al derecho consuetudinario). Luego, ámbitos personal y espacial pueden coincidir en el mismo espacio, por lo que la jerarquía que las fuentes mantienen en cada uno de ellos entra en colisión.

<sup>3</sup> GOLDSCHMIDT, WERNER, *Sistema formal del Derecho de colisión en el espacio y en el tiempo*, Estudios Jusprivatistas Internacionales, UNR, 1969, p. 283, 288 y ss.

<sup>4</sup> CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, *Métodos constitutivos del Derecho Internacional Privado*, Rosario, FIJ, 1978. NAJURIETA, MARÍA SUSANA, *El pluralismo metodológico en el derecho internacional privado actual*, ED, t. 161-1064/1070: PALLARÉS, BEATRIZ y KILIBARDA, CLAUDIA, *Perspectivas desde el pluralismo metodológico en el derecho internacional privado*, ED, 161, 1061 y ss.; UZAL, MARÍA ELSA, *El Pluralismo en el Derecho Internacional Privado como una Necesidad Metodológica*, ED 161 1056 y ss.

<sup>5</sup> GOLDSCHMIDT, WERNER, *Derecho internacional privado – Derecho de la tolerancia*, 10<sup>a</sup> ed., Bs. As., Abeledo Perrot, 2009, p. 15 y ss.

que surgía luego de alguna sentencia judicial<sup>6</sup>. Recordamos el problema de las calificaciones, el fraude a la ley, el reenvío, la cuestión previa, la calidad del derecho extranjero, entre otros.

1.4. El legislador concibe los problemas específicos del DIPr. de la misma manera en que los concibe el autor de las normas de cualquier otra rama jurídica. Conjeturado un determinado supuesto fáctico, éste se convierte en tipo legal de la norma cuya consecuencia jurídica estriba en una determinada pauta axiológica. Si bien la presencia valorativa se presenta con carácter ostensible en las normas internacionalmente imperativas, las normas materiales y las materialmente orientadas, la elección de un determinado punto de conexión sugiere una cosmovisión del problema jurídico, una ontología de aquél. Las normas de DIPr. no son neutras axiológicamente. En palabras de BOGGIANO:

*La vinculación que el legislador establece entre el tipo legal y la consecuencia jurídica supone fundamentos de justicia suficientes. El principio de razón suficiente debe inspirar aquélla vinculación. Tales fundamentos de justicia que sustentan la consecuencia jurídica de la norma de conflicto subyacen tácitamente bajo su estructura lógica. En rigor, dichos sustentos son diversos. Uno atañe a la justificación de la elección del derecho aplicable; he aquí la justicia de la elección. Otro concierne, en cambio, a la justificación sustancial de la solución que al caso asigne el derecho elegido comparado con los principios de orden público del derecho elector; he aquí la justicia de la solución material del caso. Este distingo en la fundamentación axiológica de las normas de conflicto esclarece su función, obligatoriedad y funcionamiento<sup>7</sup>.*

<sup>6</sup> LOUSSOUARN y BOUREL nos hablan de una relación dialéctica. Por un lado, la jurisprudencia creaba el derecho como consecuencia de las pocas fuentes formales de DIPr.; por otro lado, los autores guiaban a la jurisprudencia dándole a aquélla un rol altamente creativo, favorecido por aquél espacio que, al no ser ocupado por las fuentes formales, otorgaba a los jueces a aceptar las soluciones propuestas por la doctrina. V. LOUSSOUARN, YVON - BOUREL, PIERRE, *Droit international privé*, 4<sup>a</sup> édition, Paris, Dalloz, 1993, p. 18.

<sup>7</sup> BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho Internacional Privado*, 6<sup>a</sup> ed. actualizada, Bs. As., La Ley, 2017, Tº I, p. 515.

Como destaca MICHAEL BOGDAN:

*.... today is generally admitted that conflict rules are not necessarily quite detached from the values of substantive law and blind as far as the achievement of substantive justice is concerned. In reality, the conflict rules can usually be expected to be based on the same political, ethical, religious and other values that are embraced by the same legislator when enacting domestic substantive rules (Erick Jayme speaks about a "coherence des valeurs").(...) The private international law justice requires, for example, that the applicable substantive legal system be so closely connected with the legal relationship under scrutiny that it can be presumed to be particularly familiar, the rules of conflict of laws should promote the stability of legal relations and avoid the creation of "limping" legal relationships, ..." <sup>8</sup>.*

Retengamos este último sentido. Las reglas de DIPr. deben promover la estabilidad de las relaciones jurídicas y evitar la creación de relaciones jurídicas débiles.

1.5. Cuando se conjectura el asiento del caso y se dispone el (o los) derecho (s) aplicable (s), hay un primer nivel de abstracción, pues no se sabe, *a priori*, cuál va a ser la reglamentación que sobre el problema establece el derecho elegido por la norma indirecta. Este primer nivel de abstracción lleva implícito un dejo de confianza por el legislador nacional cuando delega en el derecho elegido, pues –en palabras de CIURO CALDANI– existe una *correspondencia entre el*

<sup>8</sup> BOGDAN, MICHAEL, *General Course of Private International Law*, Recueil des Courses, 2010 (vol. 348), p. 77. "Hoy se admite generalmente que las reglas de conflicto no están necesariamente separadas de los valores de la ley sustantiva y son ciegas en lo que se refiere al logro de la justicia sustantiva. En realidad, se puede esperar que las reglas de conflicto se basen en los mismos valores políticos, éticos, religiosos y de otro tipo que adopta el mismo legislador al promulgar reglas sustantivas nacionales (ERICK JAYME habla de una "coherencia de los valores"). La justicia del derecho internacional privado exige, por ejemplo, que el sistema jurídico sustantivo aplicable esté tan estrechamente relacionado con la relación jurídica bajo escrutinio que pueda presumirse que le es particularmente familiar, las normas de conflicto de leyes deberían promover la estabilidad de las relaciones jurídicas y evitar la creación de relaciones legales claudicantes" (La traducción nos pertenece).

*tipo legal jusprivatista internacional y el punto de conexión*<sup>9</sup>. Ahora bien, el autor de la norma indirecta conjetura sobre lo que su derecho (o la construcción histórica de su derecho) le indica como correspondiente al tipo legal elegido. A pesar que muchos puntos de conexión han alcanzado un alto grado de aceptación en el DIPr. comparado (v.g., la autonomía conflictual y material, la *lex rei sitae*, la *lex loci delicti commissi*) no puede hablarse de uniformidad. Aún se mantiene viva la *cortina de hierro*<sup>10</sup> en materia de estatuto personal, que enfrenta a los sistemas favorables a la aplicación de la ley domiciliaria con los de la ley nacional. Por ello, el legislador nacional se representa el problema a la luz de su propio derecho nacional, y lo localiza espacialmente en función de su concepción de aquél. Luego remite a aquellos derechos pues parte de la razonabilidad de esa localización.

1.6. Mientras el tratamiento de los problemas generales del DIPr. no plasmaba en fuentes formales, la adopción de alguna de las teorías en orden a resolver un caso se encontraba, al menos *in pectore*, condicionada por el juzgador a un examen del resultado sustantivo que la adopción de aquélla brindaba en orden a la composición justa desde la perspectiva de la *lex fori*. En otras palabras, abrazar el derecho transitorio de la *lex causae* o de la *lex fori*, admitir, recortar o rechazar el reenvío, –entre otros–, eran ejercicios precedidos de un *balancing test* en orden a la solución que de ellos destilaba para la solución del caso. Esta elección no devendía arbitraría, habida cuenta de dos factores: (i) la imposibilidad de calificar una u otra solución adoptada en algún fallo como derecho consuetudinario (no se puede hablar, en propiedad, de jurisprudencia respecto a los problemas generales del DIPr.) y, (ii) el carácter no obligatorio de la doctrina como fuente de derecho. En cambio, con la conversión a fuentes formales de algunas teorías, la aplicación del derecho extranjero presenta mayores complicaciones, pues su jerarquía (las soluciones propuestas por la doctrina) ha cambiado, al ubicarse en el mismo peldaño que las demás fuentes formales de su misma

<sup>9</sup> CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, *Acerca de la correspondencia entre tipos legales iusprivatistas internacionales y puntos de conexión*, Juris, t. 80, págs. 298 y ss.

<sup>10</sup> BALLARINO, TITO, *Diritto Internazionale Privato*, 3<sup>a</sup> ed., Padova, Cedam, 1999, p. 315 y ss. Aunque MOSCONI relativiza sus diferencias en el origen manciniano; V. MOSCONI, FRANCO, *Diritto Internazionale Privato e Procedurale – Parte Generale e Contratti*, Torino, UTET, 1996. p. 4 y ss.

especie. En lo que importa a nuestro derecho internacional privado de fuente interna, tal formalización tuvo lugar con *el reenvío en su referencia máxima* (art. 2596), y *la teoría del uso jurídico* (art. 2595)<sup>11</sup> en la calidad y modalidad de aplicación del derecho extranjero. Ambas obtuvieron, por decirlo de algún modo, un *upgrade*<sup>12</sup>. Y si bien no podemos desconocer que, en términos abstractos, constituyen un avance en orden al desarrollo del DIPr., su aplicación mecánica, desatendida de la finalidad de la norma indirecta, es susceptible de contradecir el propósito perseguido con la conexión. Puede pregonarse que tal es el objeto del DIPr., en orden a apartar las soluciones que impone el derecho doméstico sustituyéndolas por las del derecho más afin al caso. Sin embargo, la elección del punto de conexión llevó aparejado, así sea a niveles mínimos, cierta orientación por un derecho en función de la correspondencia de éste con el asiento del caso. Podrá también decirse que, en última instancia, el juez tendrá siempre a mano recurrir al orden público, pero no menos cierto es que no podemos calificar como contraria al orden público toda solución del derecho extranjero que difiera de la solución dada por la *lex fori*.

1.7. El Derecho privado actual acusa el impacto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que se constituye en un *piso mínimo* a tener en cuenta en la elección del derecho aplicable. En este orden de ideas, puede afirmarse que la potestad del legislador nacional se encuentra hoy, en las materias en las que los Tratados de Derechos Humanos imponen ciertos estándares básicos de respeto a la condición humana, limitado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Estos estándares se presentan con carácter ostensible en aquellas regulaciones relativas al estatuto personal<sup>13</sup>,

<sup>11</sup> V. ALL, PAULA M., ALBORNOZ, JORGE, en RIVERA, JULIO CÉSAR y MEDINA, GRACIELA (Directores), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Bs. As., La Ley, 2014, T. VI, p. 779 y ss.; LÓPEZ HERRERA, EDGARDO, *Manual de Derecho Internacional Privado*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2015, p. 110 y ss.; DREYZIN DE KLOR, ADRIANA, en LORENZETTI, RICARDO Luís (Director), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Santa Fe - Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2015, T XI, p. 490 y ss.; SOTO, ALFREDO M., en ALTERINI, JORGE HORACIO (Director General), *Código Civil y Comercial Comentado - Tratado Exegético*, Bs. As., La Ley, 2015, p. 941 y ss.

<sup>12</sup> No puede decirse lo mismo del fraude a la ley o del orden público, pues ambas son presupuestos de la aplicación del derecho extranjero.

<sup>13</sup> La nómina, sin embargo, no se limita a ellos, pues han sido invocados para fundar soluciones relativas al derecho societario ("Centros",

constituyendo una serie de principios que el Derecho interno no puede desconocer. Desde esta perspectiva, quizá sea el momento de reconocer que en nuestro DIPr. no existe *solo* un control *a posteriori* del derecho elegido por la norma indirecta sino que, en la elección del derecho aplicable hay una implícita orientación sustantiva (*policy*) de tal elección<sup>14</sup> como expresamente lo dispone el artículo 2 del CCyCom. Otra posibilidad es admitir el protagonismo del llamado *método de reconocimiento* como *límite* a las derivaciones que la aplicación plena de los artículos 2594 y 2595 del CCyCom. implican cuando otras normas del derecho extranjero conducen a un resultado que conculta derechos fundamentales de la persona humana<sup>15</sup>. A continuación, ensayamos un problema con el tratamiento del matrimonio igualitario a la luz de las disposiciones del CCyCom.

---

TJComunidad Europea, 9.03.1999; "Überseering BV" TJComunidad Europea, 05.11.2002, "Inspired Art", TJComunidad Europea, 30.09.2003) o al derecho del trabajo (CSJN, 11.11.2008, Asociación Trabajadores del Estado c. Ministerio de Trabajo, <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-asociacion-trabajadores-estado-ministerio-trabajo-ley-asociaciones-sindicales-fa08000261-2008-11-11/123456789-162-0008-Oots-eupmocsollaf>), entre otras.

<sup>14</sup> BRILMAYER, LEA, *The role of Sustantive and Choice of Law Policies in the Formation and Application of Choice of Law Rules*, Recueil des Cours, Volume 252 (1995), p. 9-112.

<sup>15</sup> LEHMANN, MATTHIAS, *El reconocimiento ¿una alternativa al derecho internacional privado? Recognition: an alternative to private international law?* "De manera general, se puede decir que hay reconocimiento cuando una situación jurídica registrada en un documento o una inscripción tiene efectos en otro Estado sin que éste último identifique y controle el derecho aplicable a dicha situación jurídica. (...) "El reconocimiento de los actos y las situaciones legales creadas en otro de los Estados miembros es muy importante no sólo para la reducción de la burocracia, sino porque le ayudaría a los particulares en circunstancias complejas causadas por discrepancias entre dos Estados que consideren una situación jurídica diferente. Esto podría tener serias repercusiones. La más drástica de ellas es la llamada "relación claudicante". Es decir, una relación legal que es considerada válida en un Estado pero en otro no. (<https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/viewFile/3258/1925>). Sobre la aplicación de este método a la filiación, v. NAJURIETA, MARÍA SUSANA, *Principios y caracteres del derecho internacional privado de la infancia con especial referencia a las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación*, [http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev\\_juridica/rjba-ii-2016.pdf](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_juridica/rjba-ii-2016.pdf). Consultas 20.06.2018.

## 2. *El matrimonio en el DIPr.*

2.1. El matrimonio, más allá de su ubicación entre la contractualidad y la institucionalidad, está destinado a prolongarse en el tiempo, producir una multiplicidad de efectos en el ámbito personal y patrimonial, establecer regímenes de incompatibilidades, de prohibiciones especiales o (mal llamadas) incapacidades en alguno de los cónyuges, crear un complejo de derechos y deberes sobre el cónyuge y sobre los hijos, organizar el régimen de administración de los bienes de los esposos y, determinar, al menos parcialmente, la vocación sucesoria. El derecho comparado exhibe distintas soluciones a un mismo fenómeno: lo que es idéntico –sostenía GOLDSCHMIDT– es la situación social con miras a la cual la justicia reclama una solución sin la cual resultaría insatisfactoria; son las soluciones, en cambio, las que son diversas en los diferentes derechos<sup>16</sup>.

Sin ánimo exhaustivo, desde la consagración legislativa del matrimonio entre personas del mismo sexo (*gender neutral marriage*) en Holanda (2000), numerosos Estados se sumaron a la corriente que no impone la heterosexualidad como presupuesto de aquél. Así se sucedieron Bélgica (2003), Canadá y España (2004), Sudáfrica (2006), Noruega (2008), Suecia (2009), Argentina, Islandia y Portugal (2010), Dinamarca (2012), Francia, Nueva Zelanda, Uruguay y Brasil (2013), Inglaterra, Gales, Escocia, Luxemburgo, Finlandia (2014), Irlanda (2015), Colombia (por declaración de inconstitucionalidad, 2016) y algunos Estados federales de los Estados Unidos de América.

Un segundo grupo de Estados no autorizan este matrimonio aunque le reconocen sus efectos (Israel, California y Maryland, Aruba, Curaçao, Saint Marteen), o algunos de sus efectos (Suiza).

Finalmente, un tercer grupo rechaza este matrimonio y le niega cualquier consecuencia<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> V. GOLDSCHMIDT, WERNER, *Los efectos del divorcio, de la separación de cuerpos y de la separación de hecho sobre las personas y los patrimonios en derecho comparado. Introducción al derecho matrimonial comparado*, Bs. As., Instituto de Derecho Internacional Privado y Derecho Comparado, Universidad Notarial Argentina, s/d., Tº 2, p. 12 y ss.

<sup>17</sup> Ciento es que, para completar el tratamiento en el derecho comparado, habría que considerar los setenta y dos estados en los que la homosexualidad es perseguida criminalmente. V. [https://www.clarin.com/sociedad/72-paises-gay-illegal\\_0\\_HyxFSDSmb.html](https://www.clarin.com/sociedad/72-paises-gay-illegal_0_HyxFSDSmb.html)

2.2. La situación que se produce entre los sistemas jurídicos del primero y segundo grupo inclina a parejas homosexuales a celebrar su matrimonio en algunos Estados en los que aquél es válido, en la convicción de su reconocimiento en el Estado donde pretendan hacerlo valer. Sin embargo, esta posibilidad está restringida por las legislaciones locales, cuando por exigencia de nacionalidad o residencia limitan el acceso a contraer nupcias en parejas del mismo sexo.

En Holanda, uno de los contrayentes debe tener nacionalidad holandesa o ser residente de los Países Bajos. Así las cosas, un italiano residente en Italia podrá casarse con un holandés o con un residente holandés, pero no lo podrá hacer con otro italiano u otro extranjero que no resida en Holanda. En Bélgica un extranjero podrá celebrar matrimonio solo si pertenece a un Estado que admite el matrimonio igualitario. Esta prohibición está atenuada por el recurso a la ley de la residencia habitual cuando la ley nacional prohíbe el matrimonio igualitario. Sin embargo, si dos italianos residen en Italia la ley de la residencia no podrá eludir la susodicha prohibición. La ley española, si bien no estipula ninguna restricción, impone que el matrimonio debe celebrarse ante el juez, alcalde o funcionario correspondiente al domicilio de cualquiera de los contrayentes. Por ende, al menos uno de los esposos debe domiciliarse en España. La ley sueca no impone residencia ni nacionalidad sueca, pero es menester que el extranjero acrede su capacidad matrimonial en base a un *affidávit* de conformidad a la ley de su nacionalidad o su residencia. Dos italianos residentes en Italia no pueden celebrar matrimonio y la prohibición solo podrá sortearse si se casa con un extranjero o italiano cuya nacionalidad pertenezca a un estado que admite el matrimonio homosexual o resida en él. En este ámbito de restricciones, solo la ley portuguesa no estipula ninguna limitación.

En los Estados Unidos de América la situación es particular. Por un lado, el Congreso federal carece de competencia legislativa en materia de familia. Mientras un número de estados ha institucionalizado el *gender neutral marriage* (Connecticut, District Columbia, Iowa, Massachusetts, New Hampshire, New York, Vermont, y jurisdicciones tribales como Coquille y Suquamish), otros no lo han hecho, circunstancia que apareja problemas de coordinación entre la calificación de matrimonio que existe a nivel estatal y las aproximadamente mil leyes federales que refieren al matrimonio en materia fiscal, seguridad social e inmigración. Impuesto en la necesidad de calificar el concepto, el Congreso Federal

sancionó la *Defence of Marriage Act* (DOMA, 1996) que lo describe como unión *entre hombre y mujer*. El 26 de junio de 2013, la Corte Suprema (*in re United States v. Windsor*) declaró la inconstitucionalidad del DOMA, pues acarreaba situaciones contradictorias dentro de los Estados Unidos (un matrimonio podía ser válido a nivel estatal pero no a nivel federal, y aparejar discriminaciones en orden a las materias legisladas por el Congreso Federal –seguridad social, impuestos, inmigración–). Sin embargo, luego de pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de las leyes que restringen el matrimonio a la unión entre hombre y mujer, la sentencia de la Corte permite a los Estados negar el reconocimiento a matrimonios entre personas del mismo sexo aunque se hayan celebrado de conformidad con la legislación vigente en otro Estado, poniendo en crisis la cláusula *full faith and credit*<sup>18</sup>.

### **3. El problema en nuestro derecho**

3.1. Desde la sanción de la ley 26.618, la República Argentina autorizó a contraer matrimonio a personas del mismo sexo. Al hacerlo –ocioso es decirlo– no puede calificarse contrario al orden público (art. 2.600 CCyCom.) un matrimonio igualitario celebrado en el extranjero aún cuando se hubiera celebrado con anterioridad a la vigencia de nuestra ley, pues, como sostiene NIEVE RUBAJA, la *apreciación del orden público internacional debe efectuarse con un criterio de actualidad*<sup>19</sup>.

Sin embargo, nuestro país no constituye una suerte de Registro Civil Universal para parejas homosexuales ni tampoco surge de nuestro sistema jurídico internacional jusprivatista que el reconocimiento del matrimonio igualitario pueda efectuarse sin alguna complejidad. Sobre estos puntos nos referimos a continuación.

<sup>18</sup> V. REESE, WILLIS, L.M., ROSENBERG, MAURICE, HAY, PETER, *Conflict of Laws - Cases and Materials*, 9th. edition, Westbury, New York, The Foundation Press, 1990, p. 338, 339 y passim; RICHMAN, WILLIAM M., - REYNOLDS, WILLIAM L., *Understanding Conflict of Laws*, 2nd. ed., Matthew Bender, 1993; p. 110 y ss; SCOLES, EUGENE F. - HAY, PETER, *Conflict of Laws*, 2nd. edition, St.Paul, MN, West Publishing Co., 1992, p. 88 y ss.; WEINTRAUB, RUSSELL J. *Commentary on the Conflict of Laws*, 3rd. ed., Mineola-NY, The Foundation Press, 1986; p. 203 y passim;

<sup>19</sup> RUBAJA, NIEVE, *Derecho Internacional Privado de Familia - Perspectiva desde el ordenamiento jurídico argentino*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2012, p. 199 y ss.

3.2. *Calificación de matrimonio.* Nuestras fuentes formales convencionales e interna conducen a la *lex loci celebrationis*<sup>20</sup> y será de dicha ley donde deberá desprenderse el concepto de matrimonio aún cuando no coincida con nuestra *lex fori*<sup>21</sup>. Señala IÑIGUEZ las distintas posturas doctrinarias en nuestro país, derivándose tal calificación del *derecho privado vigente en el país donde el matrimonio se celebra, o del derecho internacional privado vigente en el Estado donde se celebra o, finalmente, de la ley del lugar donde se pretende hacer valer*<sup>22</sup>. Nuestras fuentes no han adoptado ninguna teoría sobre el tópico y por ende, –anticipando la conclusión a la que arribamos (*infra*, 5.3.)– el recurso a un tercer derecho no constituirá un obstáculo si hay matrimonio conforme a la *lex fori* o a la *lex causae* en tanto derecho material de la *lex loci celebrationis*.

3.4. *Celebración.* Quienes pretenden contraer matrimonio deben hacerlo ante el oficial público del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas correspondiente al domicilio de cualquiera de ellos (art. 416 CCyCom). Luego, y al menos de la norma citada, no puede concluirse que la República Argentina pueda convertirse en sede regional de matrimonios igualitarios, pues uno de los contrayentes debe tener domicilio en nuestro país. Ociose es señalar que la constitución del domicilio en la República Argentina de uno o ambos futuros contrayentes no ocasionará problemas al oficial del Registro Civil local, pero nada asegura que el matrimonio

<sup>20</sup> P.v. MENICOCCI, ALEJANDRO ALDO, *Reflexiones sobre el problema de las calificaciones en el Derecho Internacional Privado*, en ALTERINI, ATILIO A – NICOLAU, NOEMÍ L. (Directores), *El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización*, Bs. As., La Ley, 2005, p. 617 y ss.

<sup>21</sup> Postulamos, en el trabajo de la nota anterior, que no es necesaria la homogeneidad del concepto entre la *lex fori* con la *lex causae* para que el encargado del funcionamiento de la norma pueda dar al caso la solución de la *lex causae*. En este sentido, se sostiene que "(M)o-dernamente, tem sido advogado que a qualificação a ser utilizada pelo direito internacional privado de determinada jurisdição não precisa coincidir com a qualificação aplicada no direito interno da mesma. Assim, se na França o casamento entre pessoas do mesmo sexo não é aceito como casamento, isto não significa que o direito internacional privado francs não possa trabalhar com esta hipótese" V. DOLINGER, JACOB - TIBURCIO, CARMEN, *Direito Internacional Privado*, 13<sup>a</sup> edição, Rio de Janeiro, Forense, 2017, p. 405 y ss.

<sup>22</sup> V. IÑIGUEZ, MARCELO D., *Relaciones de familia en el derecho internacional privado*, en Sup. Esp. Código Civil y Comercial de la Nación. Familia 2014 (diciembre), p. 135.

celebrado en esas circunstancias pueda ser considerado válido en otro Estado que no contenga el *waiver* (art. 2622, primer párrafo, *in fine*, CCyCom; art. 159 CC) al fraude a la ley en su derecho internacional privado matrimonial.

3.5. *Reconocimiento*. En materia de reconocimiento del matrimonio celebrado en el extranjero, resulta de aplicación la *lex loci* (CCyCom, 2622; art. 159 CC). En coordinación con las disposiciones de la parte general, se pueden plantear los siguientes problemas.

3.5.1. Aplicación del derecho extranjero (CCyCom, 2595, inc. a). La primera parte del precepto se inspira parcialmente en la teoría del uso jurídico<sup>23</sup> e impone el tratamiento del caso como lo harían los jueces del estado al cual ese derecho pertenece. Tal solución implica descartar *–a priori*– que el funcionamiento de la norma indirecta (interpretación, determinación, elaboración y aplicación) una vez conectada con el derecho del lugar de celebración, se efectúe en forma análoga al derecho patrio, sino que, por el contrario, el juez deberá imitar el probable contenido de la sentencia de la jurisdicción del lugar de celebración del matrimonio.

3.5.2. Cantidad de derecho extranjero. En orden a la cantidad del derecho invitado por nuestra norma de conflicto, presentan interesantes características el problema del reenvío y de la covigencia de varios derechos de un Estado Federal.

3.5.2.1. La recepción legislativa del reenvío impone la aplicación del derecho internacional privado del derecho declarado aplicable (art. 2596), por lo cual, luego de verificado el derecho del lugar de celebración del matrimonio, se impone considerar si aquél no remite a otro derecho. Si ocurre esto último, *v.g.*, si la *lex loci celebrationis* conduce a la ley nacional de los cónyuges, la situación se complica, pues la ley nacional puede desconocer tal matrimonio. Ejemplificando: una pareja del mismo sexo de nacionalidad italiana celebra matrimonio en España, su capacidad nupcial se rige por la ley personal (art. 9.1. CCespañol<sup>24</sup>). Reenviado el juzgador al derecho italiano –que con una norma de exportación aplica al caso su propio

<sup>23</sup> GOLDSCHMIDT, WERNER, *Derecho internacional privado – Derecho de la tolerancia*, 10<sup>a</sup> ed., Bs. As., Abeledo Perrot, 2009, p. 223 y ss.

<sup>24</sup> GONZÁLEZ CAMPOS, JULIO D. y ots., *Derecho Internacional Privado – Parte Especial*, Madrid, Eurolex, 1995, p. 498 y ss.

derecho material<sup>25</sup>–, se llega a la solución hostil al matrimonio igualitario<sup>26</sup>.

¿Puede el derecho internacional privado argentino remediar el problema? ANTONIO BOGGIANO<sup>27</sup> se planteó el interrogante –antes de la sanción de la ley de matrimonio igualitario– en los siguientes términos:

*"...si el derecho del lugar de celebración contiene una norma de conflicto que reenvía al derecho argentino o transmite la cuestión a un derecho, parece atinado respetar la probable decisión del juez del lugar de celebración".*

Si la cuestión es derivada a la ley local se agota el reenvío (art. 2.596, *in fine*, CCyCom) y con ella, la imposibilidad de su declaración de ineficacia (art. 2600 CCyCom). Si, en cambio, la cuestión remite al derecho hostil (como en el ejemplo citado *supra* 3.5.2.1), restaba el recurso al *favor negotii*.

El mismo BOGGIANO, ensayando la posibilidad del recurso al art. 14, inc. 4) del Código Civil (*favor negotii*) destacaba:

*"este manejo pone en riesgo de dejar influir en la solución las valoraciones prevalecientes en la lex fori. Al contrario, sería plausible dejar que prevalezcan las valoraciones del derecho que tenga la relación más estrecha con el matrimonio en el momento que la lex fori juzgue decisivo".*

<sup>25</sup> Ley del 31.05.1995. V. arts. 28 y 29 V. BALLARINO, *Op. Cit.* p. 402 y ss. y ss.; MOSCONI, *Op. cit.* T. II, p. 40 y ss.

<sup>26</sup> Corte Constitucional Italiana, 15.04.2010, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 4, 2010, p. 979. Advertase que la Corte de Apelaciones de Milan (27.03.2015, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2, 2016, p. 512) dispuso la inscripción de un matrimonio celebrado en la República Argentina en el Registro de Estado Civil italiano entre un ciudadano argentino y un ciudadano italiano, pues en la República Argentina se había procedido a la rectificación del sexo de uno de los cónyuges y por ende, se satisfizo así la diversidad de sexos exigida por el derecho peninsular.

<sup>27</sup> BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho Internacional Privado*, 3<sup>a</sup> ed. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1991, I, p. 666.

Maguer la encomiable opinión del profesor, que hoy parece ser la misma<sup>28</sup>, el recurso al *favor negotii* es impracticable, pues no ha sido contemplado en el Código Civil y Comercial.

3.5.2.2. La coexistencia de varios derechos de un Estado Federal impone su consideración en orden al tiempo y lugar críticos del caso (CCyCom, 2595, inc. b). Si nos atenemos a la probable sentencia del juez cuyo derecho es llamado a ser aplicado, no es osado conjeturar la ineficacia del matrimonio a la luz del derecho del Estado que no lo reconoce como tal. A título de ejemplo, valen las consideraciones relativas a la inconstitucionalidad de la *Defense of Marriage Act* (*supra*, 2.2.) pues, si bien la Corte estadounidense declaró la inconstitucionalidad de la calificación del matrimonio como exclusivamente heterosexual, al mismo tiempo relevó de su reconocimiento a aquellos estados que no lo reconocen en su propia legislación.

3.6. Orden público y normas de policía. La norma del art. 2599 del CCyCom. poco favor hace al reconocimiento, pues "... cuando resulta aplicable un derecho extranjero también son aplicables sus disposiciones internacionalmente imperativas" y en tal sentido, el juez local no está autorizado a recortar el trozo imperativo del derecho prohibitivo del *gender neutral marriage*.

3.7. Finalmente, no podemos dejar de mencionar la cláusula de excepción (art. 2597 CCyCom). Ésta se encuentra inspirada en dos pautas: a) la fragilidad de la conexión establecida legislativamente y b) la existencia de vínculos más estrechos de la relación jurídica con el derecho de otro estado. *A priori*, no autoriza el desplazamiento de la conexión determinada por la norma de conflicto cuando su irrazonabilidad surja de la propia valoración efectuada conforme a la *lex fori*, sino que a esta irrazonabilidad debe oponérsele, con evidencia ostensible (el plural indica la existencia de "lazos más estrechos" y no de un solo "lazo más estrecho") frente a la intensidad

<sup>28</sup> En su 6<sup>a</sup> edición (año 2017, Tº I, p. 703) dice: "No es posible desconocer cierto manejo del reenvío con miras a la equidad de la solución. Este manejo corre el riesgo de dejar influir en la solución las valoraciones prevalecientes en la *lex fori*. Al contrario, sería plausible dejar que prevalezcan las valoraciones del derecho que tenga la relación más estrecha con el matrimonio en el momento que la *lex fori* juzgue decisivo. He aquí un posible marco para el análisis de estas cuestiones de intrincada hermenéutica conflictual y material que sólo las elocuentes circunstancias de estos raros casos permiten discernir con razonable certeza".

que se arroga otro derecho. En segundo lugar, la previsibilidad de la aplicación de este segundo derecho y la posibilidad de que en base a él se hubiera constituido una relación válidamente, juega en forma ambivalente. El derecho con vínculos más estrechos ha de entenderse por aquél no localizado por la norma de conflicto (en el ejemplo citado *supra*, 3.5.2.1 no lo son ni el derecho español de la celebración ni el derecho italiano de la nacionalidad). Luego, no imaginamos otro derecho bajo el cual las partes pudieran haber previsto la validez del matrimonio "válidamente", pues el derecho internacional de los derechos humanos se ha revelado ineficaz al respecto, como veremos (*infra* 4.1).

#### **4. *El recurso a los tratados internacionales***

4.1. Las referencias al matrimonio y a la familia son numerosas en los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional<sup>29</sup>. Ahora bien ¿puede derivarse de aquéllos un derecho al matrimonio o, por el contrario, esta materia deviene de exclusivo resorte del legislador nacional? El problema se presenta específicamente en el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos *respecto de los derechos individuales a la vida privada y a la familia*, que, aunque formalmente divididos, la distinción entre el derecho

<sup>29</sup> La Declaración Universal de Derechos Humanos (Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948) dispone: Artículo 12. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques. Artículo 16. 1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivo de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. (...) 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948) dispone: Artículo V. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar. Artículo VI. Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella. V. PERUGINI ZANETTI, ALICIA, en GOLDSCHMIDT, WERNER, *Derecho* ..., p. 421.

al respeto de la vida privada (por un lado) y a la familia (por el otro) no es tan clara<sup>30</sup>. Estos derechos no son absolutos, pero la intervención estatal debe respetar los estándares de legalidad, imposibilidad de otro remedio y justificar la intervención en tutela de la justicia general (esto es, salud, moral y derechos de terceros). En algunas situaciones, el Tribunal Europeo de DDHH ha rechazado la aplicación del derecho doméstico cuando se oponía –*inter alia*– al interés superior del niño en materia de adopción, al nombre, o al derecho de defensa en juicio. Sin embargo, atendiendo a una carencia de competencia, se ha revelado impotente para descalificar a los derechos nacionales que estipulan únicamente el matrimonio heterosexual. En este orden de ideas, FRANCO MOSCONI y CRISTINA CAMPIGLIO<sup>31</sup> traen a colación una sentencia de la Corte Constitucional italiana<sup>32</sup> que, luego de reconocer que el derecho de familia no puede ser cristalizado a la época de la sanción de la Constitución, una interpretación evolutiva del derecho constitucional no autoriza a incluir fenómenos y problemáticas no contempladas por el constituyente. En esa teleología, el máximo tribunal ha declarado que no resultan contrarios a los artículos 12 de la Declaración Universal<sup>33</sup> ni a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>34</sup> la limitación del matrimonio a parejas heterosexuales.

4.2. El Tribunal de Estrasburgo<sup>35</sup> se ha pronunciado repetidas veces (en una línea jurisprudencial que parece mantenerse) sobre la inexistencia de un derecho al matrimonio igualitario derivado de los tratados de derechos humanos, señalando que las disposiciones de los derechos nacionales que vedan el matrimonio entre personas

<sup>30</sup> BARATTA, ROBERTO, *Recognition of Foreign Personal and Family Status: A Rights Bases Perspective*, en *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2, 2016, p. 417.

<sup>31</sup> MOSCONI, FRANCO - CAMPIGLIO, CRISTINA, *I matrimoni tra persone dello stesso sesso: Livello "Federale e Livello Statale in Europa e negli Stati Uniti*, en *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2, 2012, p. 299 y ss.

<sup>32</sup> 15.04.2010, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2010, p. 979.

<sup>33</sup> *Infra*, nota 29.

<sup>34</sup> Artículo 9 Derecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia  
Se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio.

<sup>35</sup> Corte Europea de los Derechos del Hombre, 24.06.2010, *Schalk y Kopf v. Austria*, <http://hudoc.echr.coe.int>.

del mismo sexo no vulneran el derecho al respeto a la vida privada y familiar y la prohibición de discriminación, a lo que se suma la ausencia de competencia del derecho comunitario en materia de familia.

A esta afirmación inicial le siguieron ciertas flexibilizaciones sobre las que, sin ánimo exhaustivo, nos referimos a continuación. Estos precedentes guardan alguna analogía con la jurisprudencia nacional en materia de derecho matrimonial argentino predivorcista respecto al tratamiento de los matrimonios en fraude a la ley celebrados antes de la vigencia de la ley 23.515, imponiendo una minusmodelación<sup>36</sup> del derecho de familia frente al de la seguridad social<sup>37</sup>.

En *Tadao Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*<sup>38</sup> la Corte Europea declaró que la negativa de la demandada (Caja de Pensiones de los teatros alemanes) a otorgar una pensión por viudez a la actora era contraria al principio de no discriminación, en tanto la actora carecía, en Alemania, del derecho a contraer matrimonio con una persona del mismo sexo, pudiendo sólo acceder a una unión convivencial. En igual sentido se pronunció en *Römer*<sup>39</sup>, declarando que la restricción a un incremento de la pensión complementaria por vejez reservada solo para matrimonios, discriminaba al actor en tanto aquél no podía, según la ley alemana, acceder sino a una unión civil.

En *W. c. Commissione europea*<sup>40</sup> el recurrente, de doble nacionalidad (marroquí y belga) reclamó la asignación familiar en su calidad de *partner* de un español. La asignación estaba reservada a

<sup>36</sup> CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, *Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas*, Rosario, Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario, 1976; reedición en "Investigación y Docencia, N° 37, págs. 85 a 140.

<sup>37</sup> La sucesión que se inicia con "Manuela Rosas de Egea", CSJN, 12.05.1969, ED, 27, p. 430, con comentario de WERNER GOLDSCHMIDT. Consulta 20.6.2018.

<sup>38</sup> CEDDHH, 1.04.2008, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=9ea7d2dc30d60a948be6a5fc466693e2e7a924e00069.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyMaN90?text=&docid=70854&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=203016>. Consulta 20.6.2018.

<sup>39</sup> 10.05.2011, *Römer Jürgen v. Freie und Hansestadt Hamburg*, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=80921&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=205638> Consulta 20.6.2018.

<sup>40</sup> 14.10.2010.

cónyuges y también a convivientes, pero en este último caso, solo cuando demostrasen que la pareja no había tenido acceso al matrimonio en algún estado de la Unión. Sin embargo, se oponía al otorgamiento de la asignación el hecho de que la pareja hispanobelga-marroquí podía haber celebrado matrimonio (y no lo había hecho) tanto en Bélgica como en España. El recurrente alegó que, en su condición de nacional marroquí, la celebración de matrimonio lo hubiera expuesto a la condena criminal del derecho de su nacionalidad, que incrimina la homosexualidad a sus nacionales dentro y fuera de Marruecos. La Corte hizo lugar a la pretensión.

En *Mandt c. Parlamento Europeo*<sup>41</sup> el Tribunal asumió la improcedencia de recurrir a algún derecho nacional para determinar la noción de "cónyuge supérstite" en orden a decidir sobre el derecho a una pensión. Sin embargo, el mismo tribunal se ha cuidado de arrogarse la facultad de imponer un concepto de matrimonio a los Estados de la Unión<sup>42</sup>. En el ámbito regional, la Corte Interamericana de DDHH se pronunció al respecto en *Duque vs. Colombia* (26.02.2016<sup>43</sup>).

<sup>41</sup> 1.07.2010.

<sup>42</sup> P.v. t., *Chapin et Charpentier c. France*, [http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-163436#{"itemid": "001-163436"}](http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-163436#{) Consulta 20.6.2018.

<sup>43</sup> La ley 54 de 28 de diciembre de 1990 definía unión marital de hecho como "la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular. Igualmente, y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho" (*supra* párr. 73). El decreto 1889 de 3 de agosto de 1994, el cual es reglamentario de la Ley 100 de 1993, establecía en sus artículos 10 y 11 que para los "efectos de la pensión de sobrevivientes del afiliado, ostentará la calidad de compañero o compañera permanente la última persona, de sexo diferente al del causante, que haya hecho vida marital con él, durante un lapso no inferior a dos (2) años" La Corte constató que la normatividad interna colombiana establecía una diferencia de trato entre por un lado las parejas heterosexuales que podían formar una unión marital de hecho y aquellas parejas que estaban formadas por parejas del mismo sexo que no podían formar dicha unión. La orientación sexual y las categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención Americana son categorías protegidas por la Convención. Por ello, está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona.

Como resultado de este *racconto* no puede afirmarse la existencia de una jurisprudencia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que imponga a los Estados un concepto de matrimonio unívoco. Ello nos lleva, al menos por ahora, a examinar el rol de los derechos humanos y su piso como estándares mínimos a ser desarrollados por el DIPr.

### **5. La *lex loci celebrationis*. Su teleología.**

5.1. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos desempeña un rol trascendental a la hora de afirmar la existencia de derechos fundamentales entre los que sobresalen aquéllos inherentes al estatuto personal, esto es, la materia referida al estado, nombre, capacidad, protección de la persona humana, su filiación, matrimonio, sucesión y otros tipos autónomos<sup>44</sup>.

Nos dice BARATTA<sup>45</sup> que el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (*supra*, 4.2.) a *la vida privada y familiar* no se satisface en un mero deber *negativo* de intromisión por parte del Estado sino que implica, por otro lado, un deber *positivo* que es el de asegurar el respeto de los derechos a la vida privada y familiar, imponiéndose como obligación universal el reconocimiento del *estatus* adquirido. En este sentido, sostiene ANDREAS BUCHER:

*"Un autre extension au domaine international du droit à l'identité de la personne est fondée sur la garantie du respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la CEDH<sup>46</sup>. Cette*

<sup>44</sup> V. RABINO, MARIELA CARINA, *La constitucionalización en el derecho internacional privado argentino*, [http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev\\_juridica/rjba-ii-2016.pdf](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_juridica/rjba-ii-2016.pdf); BRITOS, CRISTINA, *El rol de la constitucionalización en el derecho internacional privado actual, desde la mirada del nuevo código civil y comercial, y el resplandor del control de convencionalidad*, RCCyC, 2015 (octubre) p. 245.

<sup>45</sup> BARATTA, ROBERTO, *La reconnaissance internationale des situations juridique personnes et familiaires*, Recueil des Courses, 2010 (vol. 348), p. 265 y ss.

<sup>46</sup> Convención Europea de Derechos Humanos, art. 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea

*garantie entraîne des obligations positives de l'Etat tendant à permettre aux intéressés de mener une vie familiale normale et d'avoir accès à un régime juridique approprié reflétant cette relation familiale.*

*La liberté matrimoniale et la protection de l'union conjugale sont la manifestation la plus évidente du respect de la vie familiale consacré par l'article 8, suivi de l'article 12 de la CEDH, ainsi qu'en vertu de l'article 23 du Pacte (II) relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966. Le droit fondamental à se marier est également reconnu à une personne transsexuelle qui désire épouser une personne du sexe opposé à sa nouvelle identité sexuelle*<sup>47</sup>.

Estos derechos no pueden ser desconocidos en la aplicación de la norma indirecta. Generan una pauta hermenéutica del DIPri. (*oriented result*) en orden a la satisfacción del reconocimiento del derecho al estatus obtenido en el marco de un sistema jurídico y a blandir este estatus frente a la comunidad internacional. Y no se opone, sino que confirma, la finalidad de la norma específica en materia matrimonial.

5.2. La *lex loci celebrationis* constituye una elección asistemática dentro del sistema de la ley personal, que, en materia matrimonial

---

necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

<sup>47</sup> BUCHER, ANDREAS, *La dimension sociale du droit international privé*, Recueil des Cours, 2009 (vol. 341), p. 381/2. "Otra extensión al ámbito internacional del derecho a la identidad de una persona se basa en la garantía del respeto a la vida privada y familiar en el sentido del artículo 8 del CEDH, que implica obligaciones positivas por parte del Estado tendientes a permitir a las personas interesadas llevar una vida familiar normal y tener acceso a un régimen jurídico apropiado que refleje esa relación familiar. La libertad matrimonial y la protección de la unión conyugal son la manifestación más obvia del respeto por la vida familiar consagrado en el artículo 8, seguido del artículo 12 del CEDH y del artículo 23 del Pacto (II) sobre los derechos civiles y políticos del 16 de diciembre de 1966. El derecho fundamental a contraer matrimonio también se reconoce a una persona transexual que desea casarse con una persona del sexo opuesto a su nueva identidad sexual" (la traducción nos pertenece).

(en tanto estatuto personal) hubiera debido ser determinada por la ley domiciliaria. Su origen se remonta al tratamiento dado a los matrimonios de Gretna Green, celebrados en fraude a la ley inglesa de 1753 (*"Lord Hardwicke's Marriage Act"*). Los tribunales ingleses, con el propósito de evitar matrimonios claudicantes, consolidaron la conexión a pesar que los contrayentes carecían de aptitud nupcial de acuerdo al derecho inglés. Esta *lex loci celebrationis* no es, sin embargo, adoptada en forma uniforme en el DIPr. comparado (*supra* 1.5.).

Nuestras fuentes formales de DIPr. tanto convencionales (TDCIM 89, art. 11; TDCIM 49, art. 13) como interna (CCyCom, art. 2622) asimilaron sin hesitación la conexión, incluyendo nuestro codificador el plus de tolerar el fraude: *"aunque los contrayentes hubiesen dejado su domicilio para no sujetarse a las formas y leyes que en él rigen"*. En palabras de GOLDSCHMIDT<sup>48</sup> el fraude es consentido en *holocausto a la salvación del matrimonio*. La *lex loci celebrationis* en materia matrimonial anticipa el reconocimiento del matrimonio, no indaga más; desprende la validez de aquél en función de la conformidad de la unión matrimonial con la ley del Estado en que se celebró. Podría decirse que los Tratados de Montevideo y el Código Civil (en la reforma de la ley 23.515) anticiparon la fórmula del reconocimiento<sup>49</sup> que hoy felizmente recoge el Código Civil y Comercial.

Ese reconocimiento del matrimonio extranjero se explicaba, históricamente, en la necesidad de evitar la discriminación entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales. Ahora bien, la conexión se mantuvo aún cuando la distinción en nuestro país se eliminó –antes de la reforma al régimen matrimonial– la distinción entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales (ley 23.264). En suma, desaparecida la discriminación en materia de filiación, la conexión siguió siendo la misma, pues el *favor matrimonii* es un estado de los esposos, tengan o no tengan hijos.

5.3. Se impone finalmente considerar el funcionamiento de la norma indirecta específica (art. 2622 CCyCom.) y las normas de la parte general. El artículo 1 del CCyCom. dispone que los casos "...

<sup>48</sup> GOLDSCHMIDT, *Derecho...*, p. 426.

<sup>49</sup> Ambos tratados (arts. 11 y 13, respectivamente) emplean el vocablo: "(S)in embargo, los Estados signatarios no quedan obligados a reconocer ....": El art. 160 del Código Civil, incorporado por la ley 23.515, también habló del "no reconocimiento", que recoge el art. 2622, segundo párrafo, del Código Civil y Comercial.

*deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma (...)"*. El art. 2594 impone la determinación de las normas jurídicas aplicables a situaciones vinculadas con varios ordenamientos *en función de los Tratados y Convenciones Internacionales*. Se contemplan varias normas, algunas derivadas de Tratados, otras de leyes. Se alude –entre ambos preceptos– a tres etapas del funcionamiento de la norma: la interpretación, la determinación y la aplicación<sup>50</sup>.

El neoconstitucionalismo en el cual abreva nuestro CCyCom. impone al encargado del funcionamiento de las normas una actitud proactiva, pues *(N)o se trata solamente de invocar la Constitución, la finalidad, los principios o los valores; es necesario reconocer cuáles son sus alcances, su dinámica y sus situaciones reales*<sup>51</sup>.

El art. 2622 remite a la *lex loci* para determinar la *existencia* del matrimonio, que –en tanto acto jurídico– está determinada por aquéllo como *lex causae*, e impone su propia calificación. La *lex fori* reconoce<sup>52</sup> el vínculo creado al amparo del derecho extranjero.

La interpretación recurre al método histórico en función de su fin que, como advertimos, es procurar la validez del matrimonio.

La norma indirecta de DIPr. está *siempre necesitada de determinación*<sup>53</sup>. En palabras de GOLDSCHMIDT, *(Algunas veces las normas requieren una precisión que su autor deliberadamente deja al arbitrio de quien la hará funcionar; en este supuesto, la voluntad de reparto del autor de la norma es imprecisa en el particular que aún requiere precisión)*<sup>54</sup>. Contamos con la norma que, como vimos, no es neutra en términos axiológicos (*supra*, 1.4.). Por ende, maguer la existencia de las reglas que imponen la cantidad y modalidad de aplicación del derecho extranjero (arts. 2595 y 2596 CCyCom), su

<sup>50</sup> V. GOLDSCHMIDT, WERNER, *Introducción ...*, p. 253 y ss.

<sup>51</sup> CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, *Neoconstitucionalismo. Finalidades, principios, valores y trialismo*. La Ley 12/02/2016, p. 1 y ss.

<sup>52</sup> V. nota 49.

<sup>53</sup> CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, "Consideración funcional de los problemas generales de las normas de Derecho Internacional Privado - Aportes para la filosofía Menor del Derecho Internacional Privado", en *Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política*, Rosario, FIJ, 1982, p. 81.

<sup>54</sup> GOLDSCHMIDT, *Introducción ...*, p. 280.

determinación está condicionada por el artículo 2.594 del mismo Código, que remite a los Tratados y Convenciones Internacionales.

La referencia a los Tratados de Derechos Humanos como pauta de determinación impone una confirmación del derecho humano al estado adquirido. No se trata de una novel regla en nuestro sistema. VÉLEZ SARSFIELD la contempló en los artículos 138 y 139 de su Código. Tampoco es exclusiva del matrimonio. El artículo 2634 impone el reconocimiento de emplazamiento filial constituido en el extranjero, con independencia de cualquier otra consideración de un derecho que implique una filiación claudicante, y ello también en función de un derecho humano cual es el interés superior del niño. En ese sentido, la remisión a otros derechos –que pueden resultar de la aplicación de los artículos 2595 a 2598– solo estará avalada si el derecho aplicable en función de estos últimos concilia el fin perseguido por el legislador y confirmado por los Tratados de Derechos Fundamentales. El funcionamiento de la norma de conflicto, no puede prescindir de las pautas establecidas por los artículos 1, 4<sup>55</sup> y 2594 del CCyCom.

Así entendido, satisfecho el estándar o piso mínimo establecido por el Tratado Internacional de Derechos Humanos, las ulteriores remisiones resultantes de los demás preceptos (arts. 2595 a 2600) no pueden desvirtuarlos. No se trata de derivar de principios abstractos construcciones normativas que no han sido pensadas por el legislador del derecho humanitario<sup>56</sup>, sino de imponer una pauta de funcionamiento de la norma de DIPr. en armonía con aquéllas fuentes que le imponen un marco, una directriz<sup>57</sup>.

Y en esta teleología, el "derecho a la vida privada y familiar" contemplado en el 12 de la Convención de los Derechos del Hombre,

<sup>55</sup> El énfasis puesto en el artículo 4º del CCyCom. lo debemos a BOGGIANO, *Derecho ...*, I, p. 737 y ss.

<sup>56</sup> Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 15 de la Ciudad de Buenos Aires, 10.11.2009 F. A. c/ GCBA s/amparo.

<sup>57</sup> DREYZIN DE KLOR, ADRIANA, *Las disposiciones generales de Derecho Internacional Privado en el Código Civil y Comercial*, RCCyC 2017 (septiembre) p. 3. Allí sostiene: *Los axiomas que sustentan la construcción efectuada y las fuentes jurídicas que han servido de base al nuevo sistema, enraízan en la concepción que proviene de constitucionalizar el DIPr, al receptar las reglas y principios que presiden los Tratados de Derechos Humanos incorporados a la Carta Magna en 1994.*

impone a la norma de DIPr. *asegurar el reconocimiento* del estado de las personas alcanzado de conformidad a un régimen jurídico<sup>58</sup>.

<sup>58</sup> En otra oportunidad anticipamos la legitimidad de la autonomía –elección del derecho aplicable– como conexión inequívoca en materia de estatuto personal. Se trata de un ejercicio de la autonomía en forma impropia, esto es, localizándose la persona humana en el espacio jurídico que le otorgue las garantías de respeto a la vida privada y familiar. Haciéndose eco de nuestra propuesta, el XXIV Congreso Argentino de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (Rosario, 15 y 16 de noviembre de 2012) concluyó: "El derecho comparado incluye como criterios localizadores la nacionalidad y el domicilio y se ha incorporado de manera consolidada la residencia habitual. En nuestro derecho el criterio localizador por excelencia es el domicilio, por claras razones históricas y de idiosincrasia cultural. En diversos ámbitos se legitima el ejercicio de la autonomía de la voluntad". P.v. MENICOCCI, ALEJANDRO ALDO, *El estatuto de la persona humana. Del domicilio y la nacionalidad a la autonomía conflictual y material*, Anuario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, N° XXI, Córdoba, 2013, p. 47 y ss.

---

**XXIXº CONGRESO ARGENTINO  
DE DERECHO INTERNACIONAL**

*Asamblea General Ordinaria de la Asociación  
Argentina de Derecho Internacional – AADI –  
2017*

**Facultad de Derecho  
de la Universidad Nacional de Cuyo**

**Ciudad de Mendoza, Provincia de Mendoza,  
República Argentina  
7, 8 y 9 de Septiembre de 2017**

---

BLANCA

**PALABRAS DE APERTURA DEL XXIXº CONGRESO  
ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL y DE  
LA ASAMBLEA GENERAL ORDINARIA 2017, DEL  
PRESIDENTE DE LA ASOCIACIÓN ARGENTINA DE  
DERECHO INTERNACIONAL -AADI-.**

PROF. *Luis Cruz Pereyra*

En mi carácter de Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Internacional -AADI-, es un alto honor encontrarme hoy en esta Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo para inaugurar, en nombre del Consejo Directivo, el *XXIXº Congreso Argentino de Derecho Internacional y la Asamblea General Ordinaria* de la Asociación Argentina de Derecho Internacional correspondiente al año dos mil diecisiete.

La AADI, tal como se conoce a nuestra Asociación, es un foro calificado que nuclea a profesores, investigadores y cultores del Derecho Internacional en sus diversas ramas y manifestaciones: Derecho Internacional Público, Derecho Internacional Privado, Relaciones Internacionales, Derecho de la Integración y Derechos Humanos, cuenta también con una Sección dedicada a la Metodología, Documentación y Enseñanza de estas mismas disciplinas. Fue fundada en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario el seis de Noviembre de mil novecientos sesenta y ocho, en ocasión del Primer Seminario Nacional de Profesores e Investigadores de Derecho Internacional Público. Posteriormente, el ocho de septiembre de mil novecientos sesenta y nueve, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, en el Segundo Seminario Nacional de Profesores e Investigadores de Derecho Internacional Público, se adoptó su esquema institucional, aprobándose el Estatuto que la regiría durante años y cuyos objetivos fueron confiados a las Secciones especializadas que la conforman.

La actividad de la AADI se proyecta en Congresos, Jornadas, Seminarios y en la difusión de las conclusiones de los trabajos científicos de las Secciones y Doctrina en el Anuario de la Asociación, que da cuenta pública de las actividades de la AADI y de la labor de los internacionalistas que integran la institución y de profesores, investigadores y cultores del Derecho Internacional, argentinos y extranjeros.

Los Congresos y actividades académicas y científicas de la AADI se realizan en las Universidades e Instituciones que nos reciben y nos brindan la posibilidad de contar con el espacio físico y el ámbito académico necesarios para la realización de estas actividades y, además, colaboran con la organización.

En esta ocasión hemos contado con el apoyo invaluable de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo, por ello, quiero expresar en nombre del Consejo Directivo y de todos los miembros de la AADI, el más profundo agradecimiento por el apoyo brindado a las Autoridades de esta Alta Casa de Estudios, especialmente al Sr. Decano, Dr. ISMAEL FARRANDO y al Sr. Rector, Ingeniero Agrónomo DANIEL RICARDO PIZZA.

Hacemos extensivo el agradecimiento a los Integrantes de la Comisión Organizadora, especialmente a la Sra. Presidente, Profesora Dra. SILVINA BARÓN KNOLL y a la Sra. Secretaria Meter. GEORGINA GUARDATTI, quienes han trabajado con dedicación y esmero para llegar a concretar este XXIXº Congreso Argentino de Derecho Internacional.

También quiero expresar, en nombre del Consejo Directivo y de todos los miembros de la AADI, el orgullo inmenso porque este XXIXº Congreso Argentino de Derecho Internacional y la Asamblea General Ordinaria de la Asociación, tengan su sede en esta histórica y encantadora ciudad de Mendoza.

Estamos en Mendoza, la *Tierra del sol y del buen vino*, verdadera marca registrada que llena de orgullo a los mendocinos, creada para acompañar a la Fiesta de la Vendimia dese hace mas de medio siglo y que, instalada en el Arco del Desaguadero, en el límite con la Provincia de San Luis, da la bienvenida a Mendoza y desde entonces, este *slogan*, incorporado a la historia de Mendoza ha sido popularizado a nivel local, nacional e internacional. Este sello característico y representativo de esta querida tierra mendocina tiene un significado lugareño que prestigia y populariza las bellezas, el clima y calidad de vida que ofrece esta provincia.

Mendoza, la *Tierra del sol y del buen vino*, es un sello que tiene

raíces profundas que compromete a los mendocinos a conservarlo y respetarlo, junto a otra tradición: la Fiesta Nacional de la Vendimia, de fama internacional, la cual festeja el fruto del esfuerzo de los que han trabajado y cultivado este suelo, poniendo en las viñas, *en cada hilera, un amor y en cada surco un suspiro, en cada hoja una esperanza y esa esperanza en racimos*, tal como le cantan a la Virgen de la Carrodilla.

Estamos en Mendoza, la de los Andes infinitos, la de las dulces mendocinas, la que acuñó la libertad, la del rumor de acequias que va arrullando a la ciudad y a la provincia que prestó también su colorido al cantar de los mendocinos que en sus cuecas y tonadas expresan por igual, el orgullo y esperanza, provincial y regional.

Mendoza también es historia. Este año 2017 ha sido declarado Año del Bicentenario del Cruce de los Andes y de la Gesta Sanmartiniana. Este cruce andino ha pasado a ser uno de los hechos más trascendentales de la historia argentina, sudamericana y universal.

El Cruce de los Andes formó parte de un esquema libertador integral y es considerado el primer paso hacia la independencia de la región.

SAN MARTÍN vivió, gobernó y preparó la campaña libertadora desde esta provincia, y desde Mendoza, brindó este legado para toda América.

Algo de templo tienen los sitios donde se ha decidido la suerte de los pueblos. Inconscientemente bajamos la voz y moderamos la vivacidad de los movimientos.

Hay en esta provincia y en esta ciudad sitios históricos, sitios patrimoniales con una gran carga histórica, recintos de los hombres que un día los llenaron con su fe, entusiasmo y sinceridad, con el eco de sus palabras de ingenua y sublime elocuencia, con sus aplausos y aclamaciones. A estos sitios patrimoniales se suman los sitios conmemorativos que celebran y ponen en valor momentos de la historia, en este caso, la de SAN MARTÍN y su vínculo permanente con Mendoza. Debemos hacer foco en estos lugares y momentos de nuestra historia, visitarlos y valorizarlos, para así poder potenciarnos como argentinos, lograr una mayor participación y compromiso como ciudadanos y una firme voluntad de recuperar y afianzar valores y actitudes, como el valor humanidad, la solidaridad, la honestidad, la no discriminación, el saber compartir, la tolerancia y la flexibilización en el juicio, en el pensamiento y en la acción, y así, fomentar la paz social.

La AADI valora la significación histórica de este acontecimiento y el potencial pedagógico de esta fecha patria y por ello, el Consejo Directivo ha resuelto que en este acto inaugural, se dicten dos conferencias alusivas, las que estarán a cargo de la Profesora Dra. CRISTINA SEGHESSO DE LÓPEZ ARAGÓN sobre *SAN MARTÍN, Cuyo y la emancipación americana* y del Profesor Dr. ENRIQUE MUSSEL, quien se referirá a *La crisis de la monarquía y la Independencia de las Repúblicas Hispanoamericanas*.

La AADI, próxima a cumplir los cincuenta años de existencia, a través del trabajo de las Secciones que la integran, ha acompañado los últimos cuarenta y nueve años de nuestra Patria con sus aportes académicos y científicos, manifestados en la realización de Congresos, Seminarios, Jornadas, contribuyendo al estudio y profundización del Derecho Internacional en sus diversas manifestaciones.

Cuarenta y nueve años implican cambios muy profundos en el mundo en que vivimos. Por ello considero que la *internacionalidad* en nuestros días debe considerarse siempre en el sentido clásico y en las nuevas perspectivas de la integración y la globalización. Uno de los temas básicos del Derecho Internacional es la *interculturalidad*, razón por la cual, vale tener en cuenta, al abordar el Derecho Internacional, un objeto amplio que requiere la nueva realidad mundial. El papel del Estado es hoy muy distinto del que tuvo en las épocas de constitución del Derecho Internacional. En el ámbito de las relaciones a nivel de la comunidad internacional, marca el tránsito de un mundo bipolar a un espacio multinacional y multicultural, amenazado por el terrorismo y el narcotráfico, jaqueado por el cambio climático y enfrentado a un conflicto de civilizaciones. Si nos preguntamos cuáles son los grandes problemas de nuestros tiempos, diríamos que por un lado son: mercado, economía, explotación de recursos, desarrollo sustentable y medio ambiente y, por otro lado, migraciones, democracia y derechos humanos.

La difícil compatibilización de estos temas es el desafío que hoy nos toca enfrentar. De ahí la necesidad de reafirmar y elevar los estudios y actividades científicas que la AADI patrocina, orienta y realiza, dado que en la misión formativa del Derecho Internacional finca el más sólido fundamento para el afianzamiento de la paz en un mundo convulsionado.

En esta oportunidad, el Consejo Directivo de la AADI resolvió, en base a las propuestas presentadas, que las Secciones consagren sus trabajos a las siguientes temáticas:

**Sección de Derecho Internacional Público**

Tema: *"Cincuenta años de labor del Comité Legal de la Organización Marítima Internacional: Instrumentos Jurídicos"*.

Relator: GUILLERMO J. BARTOLETTI

**Sección de Derecho Internacional Privado**

Tema: *"Desafíos actuales en el Derecho Internacional Privado de Familia"*.

Relatora: NIEVE RUBAJA

**Sección de Relaciones Internacionales**

Tema: *"Los Actores no estatales en el Derecho de la Comunidad Internacional"*.

Relator: FERNANDO OLTRA SANTA CRUZ

**Sección Derecho de la Integración**

Tema: *"Crisis del Mercosur en el Nuevo escenario mundial: Identidad, proyectos y alternativas de la integración regional"*.

Relator: JORGE MURILLO

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

Tema: *"El uso del lenguaje llano como herramienta facilitadora del Derecho Internacional"*.

Relatora: RITA TINEO

**Sección de Derechos Humanos**

Tema: *"Migraciones y Derechos Humanos"*.

Relatores: PABLO CERIANI CERNADAS, LUIS ERNESTO CAMPOS y VERÓNICA JARAMILLO FONNEGRA

Señores: estamos en una *nueva era* signada por los cambios científicos y tecnológicos y por sobre todo, por las posibilidades genéticas de la vida humana y el Derecho tiene que participar en la solución de los desafíos que ella plantea.

La historicidad del Derecho en su pasado, presente y porvenir tiene que estar continuamente presente, sin desconocer el pasado y el presente hay que atender a las cuestiones más ligadas al posible porvenir.

Estamos ante una nueva era de la existencia humana en donde el mundo entero se está convirtiendo en cultura.

Por ello, en estos últimos años, la AADI ha procurado evitar, con un verdadero espíritu democrático, que un pretendido academicismo enciclopédico suprima la creatividad y ha abierto el camino para la recuperación de una *complejidad problemática* que se ha ido llevando a cabo a través de la tarea de las distintas Secciones.

Para dar curso a esta complejidad se hizo más clara la necesidad de integrar el objeto jurídico, superando la mera normatividad e incorporando la realidad social y los valores y principios de la comunidad política y jurídica.

Por eso, la AADI convoca hoy a una nueva generación de internacionalistas que abiertos a las nuevas posibilidades que ofrece la moderna tecnología, recojan las enseñanzas y aportes científicos de nuestros Miembros Fundadores, Honorarios y Vitalicios y continúen andando por el sendero trazado.

Es necesario reflexionar en este mundo de la utilidad y de la cultura sobre la dimensión ética, considerada como teoría de la moral, que introduzca el análisis de los valores que permita sopesar adecuadamente los medios y los fines y que pongan las actividades de los hombres al servicio de la felicidad de la humanidad que se resiste a ser arrasada por las fuerzas del mercado y del egoísmo individual, lo cual reclama a cada ser humano, una cuota de racionalidad y compromiso humanitario, un cambio de valores.

No debemos olvidar que el desafío fundamental es el de hacer del conocimiento un medio para el desarrollo humano o dicho de otra manera, para que seamos mejores personas. Personas responsables, integras, personas en las que las otras puedan confiar. Personas que, haciendo uso pleno de su libertad, obren correctamente en beneficio de sí mismas y de las demás, para lo cual es necesario tener en la mente una sana concepción de los valores humanos. Y si bien cada hombre valoriza las cosas, los hechos y las acciones, según sus propios principios éticos y sociales, independientemente de esa valorización subjetiva, existe una jerarquía objetiva de valores que es la verdadera, la única que posee alcance universal y esa jerarquía de valores humanos es la que, a su vez, jerarquiza los éxitos y las acciones, la que nos afirma en la vida con la serenidad que necesitan las realizaciones humanas y la que nos da refugio, cuando la inseguridad nos distorsiona ese orden del alma que se llama paz.

Reiterando una vez más, nuestro más profundo reconocimiento por el apoyo invaluable, a las autoridades de la Facultad de Derecho y a los miembros de la Comisión Organizadora, vaya también un agradecimiento muy especial a los Relatores de los temas a tratarse en las Secciones, sin cuya inestimable cooperación hubiera resultado muy difícil, sino imposible, materializar este objetivo que la AADI, con decidido empeño, se propuso alcanzar.

Señoras y Señores: en nombre de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, declaro inaugurados el XXIXº Congreso Argentino de Derecho Internacional y la Asamblea General Ordinaria 2017 de la Asociación.

Les recuerdo que la Asamblea pasa a un cuarto intermedio para dar lugar al proceso de admisión de nuevos miembros y elección de autoridades que se realizará mañana viernes ocho de Septiembre, de dieciséis a las diecinueve horas, y se reanudará el próximo sábado nueve, a las nueve y treinta horas, en este mismo lugar, mientras que el Congreso sigue su labor de acuerdo al Programa establecido.

Los invito a participar en el tratamiento y debate de las Temáticas planteadas en las distintas Secciones y así lograr que la AADI continúe siendo un foro de ideas que suma a favor del estudio y desarrollo del Derecho Internacional y de las disciplinas a él vinculadas y, al mismo tiempo, contribuya al afianzamiento de los valores fundamentales de la República, en el marco del Bicentenario del Cruce de los Andes y de la Gesta Sanmartiniana.

¡Muchas gracias!

BLANCA

---

## **RELATOS**

---



**SECCIÓN  
DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO**



## **CINCUENTA AÑOS DE LABOR DEL COMITÉ LEGAL DE LA ORGANIZACIÓN MARÍTIMA INTERNACIONAL. INSTRUMENTOS JURÍDICOS.\***

*FIFTY YEARS OF WORK OF THE LEGAL COMMITTEE OF THE  
INTERNATIONAL MARITIME ORGANIZATION. LEGAL  
INSTRUMENTS*

*Por: GUILLERMO JOSUÉ BARTOLETTI<sup>1</sup>*

### **RESUMEN**

El presente trabajo tiene como objeto el análisis de aquellos instrumentos que han sido el eje central de la intensa labor del Comité Legal de la OMI en sus primeros cincuenta años, referidos al régimen internacional sobre responsabilidad civil y compensación por los daños ocasionados al medio marino provenientes de buques,

\* Para la elaboración del presente trabajo se ha tomado como bibliografía los textos de los pertinentes convenios internacionales considerados en el mismo, como así también, los documentos oficiales publicados por la Secretaría de la Organización Marítima Internacional correspondientes a los Períodos de Sesiones del Comité Legal y de las Conferencias Diplomáticas respectivas. Asimismo, se ha utilizado como fuente de consulta la documentación publicada por el Fondo Internacional de Indemnización de Daños Debidos a Contaminación por Hidrocarburos (FIDAC). Por último, se ha recurrido a las notas tomadas por el autor en ocasión de su asistencia y participación en las mencionadas reuniones del Comité Legal y de las referidas Conferencias Diplomáticas.

<sup>1</sup> Abogado, Capitán de Navío Auditor (R), Docente invitado en el Curso de Posgrado de Derecho Marítimo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y miembro de la delegación de Argentina ante el Comité Legal y otros Comités y Subcomités de la Organización Marítima Internacional y diversas Conferencias Diplomáticas celebradas en el ámbito de dicha Organización.

a los que se agrega un examen sucinto de otros convenios elaborados en el seno del Comité en materia de remoción de restos de naufragio y de represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, todos ellos de importancia para la comunidad marítima.

### **ABSTRACT**

This article delves into the topic of the instruments that have been the central axis of the intensive work of the IMO Legal Committee in its first fifty years. Those instruments are referred to the international regime on civil liability and compensation for marine environmental damage from vessel source pollution. In addition, a concise examination of other legal agreements developed by the Committee is included in the present article, concerning wreck removal and the suppression of unlawful acts against the safety of navigation. They are all very important instruments for the maritime community.

### **PALABRAS CLAVE**

Responsabilidad civil por daños de contaminación al medio marino - Responsabilidad objetiva - Remoción de restos de naufragio - Siniestro marítimo - Actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima - Jurisdicción - Obligación de juzgar - Obligación de extraditar.

### **KEYWORDS**

Civil liability for pollution damage to the marine environment - Strict liability - Wreck removal - Maritime casualty - Unlawful acts against the safety of maritime navigation - Jurisdiction - Obligation to prosecute - Obligation to extradite.

### **SUMARIO**

#### **I. INTRODUCCIÓN.** Consideraciones preliminares. **II. REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD E INDEMNIZACIÓN.**

**A)** Consideraciones generales. **B)** Características comunes. Encauzamiento de la responsabilidad. Responsabilidad objetiva. Limitación de responsabilidad. Seguro obligatorio. Acción directa contra el asegurador. Estructura de los regímenes. **C.1.** Hidrocarburos transportados a granel (CLC

y FUND 1992 y FUND 2003).**C.1.1.** CLC92. **1.** *Ámbito de aplicación.* Buque. Carga transportada. Daños ocasionados por contaminación. Ámbito espacial. Exclusiones. **2.** *Responsabilidad del propietario.* Encauzamiento de la responsabilidad. Responsabilidad objetiva. Limitación de la responsabilidad. Seguro o garantía financiera obligatorio. Acción directa contra el asegurador. **3.** *Otros aspectos.* **C.1.2.** FUND 1992. Ámbito de aplicación y daños por contaminación. Indemnización complementaria. Limitación de la responsabilidad. Sujetos contribuyentes. Otras cuestiones. **C.1.3.** FUND 2003. **C.2.** Transporte de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas (Convenio SNP y Protocolo 2010). **1.** *Introducción.* **2.** *Ámbito de aplicación.* Buque. Carga transportada. Daños. Ámbito espacial. Ámbito temporal. Exclusiones: - *Buques de guerra.* - *Reclamaciones.* - *Tráfico de cabotaje nacional o regional, bajo ciertas condiciones.* - *Daños.* **3.** *Responsabilidad del propietario.* Responsabilidad objetiva. Encauzamiento de la responsabilidad. Limitación de la responsabilidad. Garantía financiera o seguro obligatorio. Acción directa contra el asegurador. **4.** *Fondo SNP.* Indemnización complementaria. Límites de responsabilidad. Sujetos contribuyentes. **5.** *Otros aspectos.* **C.3.** Hidrocarburos para combustible (BUNKERS). **1.** *Introducción.* **2.** *Ámbito de aplicación.* Buque. Carga transportada. Daños. Ámbito espacial. Exclusiones: - *Buques de guerra.* - *Daños.* **3.** *Sujetos responsables.* *Régimen de responsabilidad.* Encauzamiento de la responsabilidad. Responsabilidad objetiva. Limitación de la responsabilidad. Garantía financiera o seguro obligatorio. **4.** *Otros aspectos.* **III. REMOCIÓN DE RESTOS DE NAUFRAGIO.** **1.** *Introducción.* **2.** *Consideraciones generales.* **3.** *Ámbito de aplicación.* **A)** *Por el objeto:* **a)** Restos de naufragio, **b)** Buque, **c)** Siniestro marítimo, **d)** Riesgo, **e)** Exclusión. **B)** *Espacial.* **4.** *Procedimiento para la remoción de los restos de naufragio.* **A)** *Notificación.* **B)** *Determinación del riesgo.* **C)** *Localización.* **D)** *Balizamiento.* **E)** *Remoción de los restos de naufragio.* **5.** *Régimen de responsabilidad del propietario.* **A)** *Alcance.* **B)** *Excepciones.* **C)** *Encauzamiento.* Responsabilidad objetiva. **D)** *Limitación de responsabilidad.* Seguro obligatorio. Certificación. Acción directa contra el asegurador. **6.** *Otros aspectos.* **7.** *Solución de controversias.* *Consideraciones*

*finales.* **IV. REPRESIÓN DE ACTOS ILÍCITOS CONTRA LA SEGURIDAD DE LA NAVEGACIÓN MARÍTIMA.**

**CONVENIO SUA Y SU PROTOCOLO DEL AÑO 2005.**

**1.** *Introducción.* **2.** *Convenio SUA 1988:* Ámbito de aplicación.

Conductas delictivas. Obligaciones de los Estados. **3.**

*Protocolo 2005 al Convenio SUA:* Ámbito de aplicación.

Definiciones. Conductas delictivas. "Boardingprovisions".

**REFLEXIONES FINALES.**

## **I. Introducción**

En junio de hace 50 años comenzó a sesionar el Comité Legal de la Organización Marítima Internacional (OMI). Han transcurrido 104 períodos de sesiones desde aquel primero que fue convocado para que sesionara *ad hoc*.

Este Comité se constituyó como consecuencia del conocido desastre ecológico causado por el accidente del buque *Torrey Canyon* ocurrido ese mismo año (1967), el cual originó que se plantearan una diversidad de asuntos jurídicos con miras a resolver la pronta y adecuada reparación e indemnización de los daños por contaminación provocados por dicho accidente, como así también, las atribuciones de los Estados para intervenir ante acontecimientos de tal envergadura.

El Comité Legal nació como un órgano auxiliar del Consejo de la entonces Organización Consultiva Marítima Intergubernamental. Unos años después (1975) se lo institucionalizó como uno de los órganos de la Organización Marítima Internacional (resolución A (9) 328), ampliándose su mandato no solo a las cuestiones mencionadas sino a otros asuntos jurídicos relacionados con las actividades de la Organización.

Es dable recordar que la OMI es un organismo especializado de las Naciones Unidas que tiene como función principal entender en las cuestiones sobre seguridad y protección marítima y la prevención de la contaminación proveniente de buques. El Artículo 1 a) de su Convenio constitutivo establece como objetivo "deparar un sistema de cooperación entre los Gobiernos en la esfera de la reglamentación y de las prácticas gubernamentales relativas a cuestiones técnicas de toda índole concernientes a la navegación comercial internacional; alentar y facilitar la adopción general de normas tan elevadas como resulte factible en cuestiones relacionadas con la seguridad marítima, la eficiencia de la navegación y la prevención y contención

de la contaminación del mar ocasionada por los buques", así como los asuntos administrativos y jurídicos relacionados con estos objetivos.

En este contexto, en el ámbito de la Organización se han elaborado distintos convenios e instrumentos, vinculantes y no vinculantes, los cuales suelen agruparse en tres categorías. "El primer grupo se refiere a la seguridad marítima; el segundo a la prevención de la contaminación del mar; y el tercero a la responsabilidad e indemnización, especialmente respecto de los daños derivados de la contaminación. Además de estas categorías principales, existen otros convenios que se refieren a facilitación, arqueo, actos ilícitos contra el transporte marítimo y salvamento, etc". (Página web OMI).

Sin embargo, permítase agruparlos desde una óptica distinta que contribuye a una mejor conceptualización de los instrumentos objeto de este trabajo.

El primer grupo de convenios son aquéllos que están dirigidos a la **prevención** de siniestros de buques mediante el dictado de normas sobre diseño, construcción, equipamiento de los buques, como así también sobre normas relativas a su navegación o sobre la carga. Asimismo, y con carácter preventivo, se han dictado normas con la finalidad de evitar o minimizar la contaminación del medio marino. En este mismo sentido, se han estandarizados criterios para la formación de las tripulaciones de los buques. Se destacan el Convenio internacional para la seguridad de la vida humana en el mar (SOLAS), el Convenio internacional para prevenir la contaminación por los buques, 1973, modificado por el Protocolo de 1978 (MARPOL 73/78), el Convenio internacional sobre normas de formación, titulación y guardia para la gente de mar (STCW) y el Convenio sobre el Reglamento internacional para prevenir los abordajes, 1972 (COLREG). Estos convenios fueron elaborados en el seno de los Comités técnicos de la OMI y en los cuales predominan normas de carácter técnico.

No se agotan los instrumentos jurídicos elaborados en el ámbito de la Organización solamente en aquéllos que buscan evitar accidentes o incidentes sino también que existe otra categoría de convenios cuya finalidad es establecer esquemas de **cooperación entre los Estados** con miras a dar respuesta ante determinados situaciones, ya sea por peligro de vidas en el mar o ante incidentes de contaminación. Merece una especial mención el Convenio internacional sobre búsqueda y salvamento marítimos, 1979 (SAR)

–que en el caso de nuestro país adquiere relevancia por la asignación de un área de responsabilidad que abarca una extensa área del Atlántico Sur– y la Convención Internacional sobre cooperación, preparación y lucha contra la contaminación de hidrocarburos, 1990 (OPRC 90) y su protocolo para incidentes de contaminación por sustancias nocivas y peligrosos, 2000 (protocolo OPRC-HNS).

Además de ambas categorías, surge una tercera relativa a los instrumentos jurídicos que establecen normas tendientes a regular sobre las consecuencias jurídicas de un hecho o acto ocurrido con motivo de la navegación de un buque y que fueron elaborados en el seno del Comité Legal.

En primer lugar aparecen los denominados convenios de *responsabilidad civil e indemnización por daños* –como la contaminación– causados por los buques, cuya finalidad no es la prevención del siniestro marítimo o prevenir la contaminación sino que su aplicación es la *consecuencia de un siniestro marítimo*.

A ellos se le puede sumar otros instrumentos que consideran situaciones de naturaleza jurídica distinta pero que también atienden las *consecuencias de un hecho*, ya sean actos ilícitos que atentan contra la navegación; o sobre institutos del derecho marítimo como es el salvamento marítimo o la remoción de restos de naufragio, donde no se desarrolla un régimen específico de responsabilidad civil por daños, o contrato de pasajeros. Dichos convenios también han sido elaborados en el ámbito del Comité legal.

Finalmente, se pueden agrupar otros convenios de distinta naturaleza y con diferente finalidad, cuyo tratamiento se realizó en otros Comités. Se puede mencionar el Convenio internacional sobre la facilitación del transporte marítimo (FAL 65) y el Convenio internacional sobre arqueo de buques, 1969 (Convenio de arqueo).

El Comité Legal durante estos cincuenta años ha trabajado intensamente a fin de elaborar un plexo normativo amplio sobre la mencionada *responsabilidad civil por los daños ocasionados al medio marino proveniente de buques* y éste ha sido el eje central de su labor. Se puede afirmar que el Comité ha culminado un ciclo en esta materia.

Efectuada esta apretada síntesis introductoria, es oportuno recordar, entonces, los convenios internacionales elaborados en el Comité Legal que dan una idea de su intensa y prolífica actividad desarrollada en sus cincuenta años de labor.

- Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de

daños debidos a contaminación por hidrocarburos, 1969 (Convenio de responsabilidad civil).

- Convenio internacional relativo a la intervención en alta mar en casos de accidentes que causen una contaminación por hidrocarburos, 1969 (Convenio de intervención 1969).
- Convenio internacional sobre la constitución de un fondo internacional de indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos (Fondo de 1971).
- Convenio relativo a la responsabilidad civil en la esfera del transporte marítimo de materiales nucleares, 1971 (NUCLEARES 1971).
- Protocolo relativo a la intervención en alta mar en casos de contaminación por sustancias distintas de los hidrocarburos, 1973, enmendado (Protocolo de intervención, 1973).
- Convenio de Atenas relativo al transporte de pasajeros y sus equipajes por mar, 1974 (Convenio de Atenas de 1974).
- Protocolo correspondiente al Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, 1969 (Protocolo CLC de 1976).
- Protocolo correspondiente al Convenio internacional sobre la constitución de un fondo internacional de indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, 1971 (PROT 1976 FONDO).
  - Convenio sobre limitación de la responsabilidad nacida de reclamaciones de derecho marítimo, 1976 (Convenio de limitación de la responsabilidad 1976) (LLMC 76).
  - Protocolo correspondiente al Convenio de Atenas relativo al transporte de pasajeros y sus equipajes por mar, 1974 (Protocolo de Atenas 1976).
  - Protocolo de 1984 que enmienda el Convenio internacional sobre la constitución de un fondo internacional de indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos (FUND PROT 1984).
  - Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (Convenio SUA 1988).
  - Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental (Protocolo SUA de 1988).
  - Convenio internacional sobre salvamento marítimo, 1989 (Convenio internacional sobre salvamento marítimo, 1989).

- Protocolo de 1990 que enmienda el Convenio de Atenas relativo al transporte de pasajeros y sus equipajes por mar, 1974 (Protocolo de Atenas 1990).
- Protocolo de 1992 que enmienda el Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, 1969 (Protocolo de 1992 relativo al Convenio de responsabilidad civil).
- Protocolo de 1992 que enmienda el Convenio internacional sobre la constitución de un Fondo internacional de indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, 1971 (PROT 1992 FONDO).
- Convenio internacional sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas, 1996 (Convenio SNP).
- Protocolo de 1996 que enmienda el Convenio sobre limitación de la responsabilidad nacida de reclamaciones de derecho marítimo, 1976.
- Protocolo de 2000 relativo al Convenio internacional sobre la constitución de un fondo internacional de indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, 1971.
- Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por los hidrocarburos para combustible de los buques, 2001 (Convenio sobre el combustible de los buques 2001).
- Protocolo de 2002 al Convenio de Atenas relativo al transporte de pasajeros y sus equipajes por mar, 1974 (Protocolo PAL 2002).
- Protocolo de 2003 relativo al Convenio internacional sobre la constitución de un Fondo internacional de indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, 1992 (PROT 2003 FONDO).
- Protocolo de 2005 relativo al Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (Convenio SUA 2005).
- Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, 2005 (Protocolo SUA de 2005).
- Convenio internacional de Nairobi sobre la remoción de restos de naufragio, 2007 (Convenio WRC 2007).
- Protocolo de 2010 relativo al Convenio internacional sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el trans-

porte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas, 1996 (Protocolo SNP 2010).

No puede dejarse de mencionar en esta parte introductoria que el Comité abordó otros asuntos mediante la participación en grupos de trabajo conjuntos con otras agencias de Naciones Unidas como la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), cuyo resultado fueron sendos convenios internacionales sobre privilegios marítimos e hipoteca naval y sobre embargo preventivo de buques; o con la Organización Internacional del Trabajo (OIT), cuya labor quedó plasmada en *instrumentos no vinculantes* como las Directrices sobre la provisión de garantía financiera para los casos de abandono de la gente de mar (resolución A.930(22)), las Directrices sobre las responsabilidades de los propietarios de buques con respecto a las reclamaciones contractuales por lesión corporal o muerte de la gente de mar (resolución A.931(22)) y las Directrices sobre el trato justo de la gente de mar en caso de accidente marítimo (resolución A.987(24)).

*En razón del espacio asignado al presente trabajo, su objeto será analizar aquellos instrumentos que han sido el eje central de la labor del Comité Legal en estos primeros cincuenta años, es decir, los instrumentos jurídicos sobre responsabilidad civil por los daños ocasionados al medio marino proveniente de buques antes señalados. Se incluirá también el convenio de remoción de restos de naufragio.*

*A ellos se agregará, un examen sucinto de otro convenio que en los últimos años insumió una labor importante del Comité Legal y de importancia para la comunidad marítima: el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (Convenio SUA) y su protocolo del año 2005.*

Finalmente, es del caso puntualizar que dos convenios no considerados en este trabajo son de relevancia, también, para la actividad naviera. El primero es el Convenio LLMC76 que estatuye un régimen general de limitación de responsabilidad del armador del buque -instituto central del derecho marítimo- y tiene una considerable adhesión por los Estados. El segundo de ellos es el Convenio de Salvamento Marítimo de 1989 que modificó el principio de "*no cure no pay*" aceptado por décadas por la generalidad de los países por el de "*no cure sometimes pay*" adoptado para permitir una compensación especial para aquéllos asistentes o salvadores que minimizan o impiden la contaminación del medio marino en una operación de salvamento de buques.

### **Consideraciones preliminares**

Los instrumentos obligatorios elaborados en el ámbito de la OMI poseen algunas características distintivas que hacen que los mismos tengan una amplia y eficiente aplicación, dando una cierta uniformidad normativa al transporte marítimo en lo que hace a las incumbencias de ella. Estas no solo están referidas a los convenios que regulan la seguridad de la navegación y la protección al medio marino, sino también a los convenios de responsabilidad.

La primera de ellas es que los convenios OMI establecen que el cumplimiento de las normas establecidas se acredita mediante una certificación otorgada por el Estado de abanderamiento del buque y que es expedida luego del reconocimiento de los pertinentes requisitos técnicos establecidos en la norma, ya sea de construcción, diseño, equipamiento, etc., la cual debe ser llevada a bordo del respectivo buque. En el caso de los convenios de responsabilidad ocurre lo mismo en cuanto a la garantía financiera exigible, que oportunamente se tratará.

Una segunda característica es que todos los Estados partes en un convenio OMI tienen la obligación de exigir a los buques que entran en sus puertos la certificación señalada, y en el caso de que el Estado de abanderamiento no sea Parte en dicho convenio, igualmente le serán exigibles las condiciones similares a las del convenio. Ello tiende a la uniformidad de los requisitos técnicos de los buques con miras a salvaguardar la vida humana en el mar y preservar el medio marino. Esta es una de las cuestiones por la cual el nivel de adhesión a los convenios es elevado, tanto en cuanto a la cantidad de países como al porcentaje de flota mercante. En el caso particular de los convenios de responsabilidad los buques matriculados en un Estado que no sea Parte en el convenio deberán igualmente tener la certificación respectiva de la garantía financiera.

Una última cuestión es la relativa al mantenimiento actualizado de los requisitos técnicos exigidos a los buques frente a las innovaciones tecnológicas y mejoras de diseño, equipamiento, etc. El procedimiento tradicional para la incorporación de enmiendas a cualquier convenio requiere en general la aceptación expresa de los Estados Parte, lo cual se alcanza siguiendo el procedimiento normativo interno de cada Estado. Por lo general, este proceso no es rápido y cuando se logra el número suficiente de ratificaciones para la entrada en vigor de la enmienda, ella ya puede resultar superada por los avances técnicos. Es por ello que en el ámbito de

la OMI se encuentra instituido el procedimiento de aceptación tácita de las enmiendas. Este procedimiento establece que una enmienda considerada y aprobada por los Estados en el seno de la OMI, entra en vigor en la fecha prevista expresamente en la misma, excepto que una cantidad determinada de Estados (ya prevista en el convenio) expresamente notifiquen que no la aceptan. Este procedimiento da celeridad y fecha cierta a la entrada en vigor de la enmienda, dando previsibilidad a los actores de la industria naviera. También esta característica alcanza a los convenios de responsabilidad en cuanto a las cuantías de indemnización previstas en ellos.

En otro orden de ideas, es del caso destacar que en el análisis de los convenios con miras a su adhesión, más aún, al momento de elaboración de sus textos, debe tenerse presente las atribuciones de los Estados en los distintos espacios marítimos y sobre los buques que los navegan, ya sea como Estado de abanderamiento, como Estado de puerto o como Estado ribereño. De ello surgen los distintos intereses de los países y la conformación de grupos de interés. En el caso particular de los convenios de responsabilidad surge claramente la preeminencia de los intereses de los Estados Ribereños –en particular para nuestro país– cuyos bienes y personas son el objeto de los regímenes establecidos en ellos.

## **II. *Regímenes de responsabilidad e indemnización***

### **A) Consideraciones generales**

La responsabilidad del armador y del propietario del buque es una cuestión central en el derecho marítimo y, recordando al Dr. JOSÉ DOMINGO RAY, este tema no es una simple reproducción de los principios del derecho común.

El artículo 174 de nuestra Ley de Navegación comprende tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual originada por la expedición marítima. En efecto, la primera parte establece la responsabilidad por las deudas contractuales contraídas por el capitán relativas al buque y a la expedición marítima, mientras que la segunda se refiere a las indemnizaciones a favor de terceros originadas por el hecho del armador o de los tripulantes del buque.

Con respecto a la segunda, la OMI ha desarrollado una intensa labor para elaborar distintos regímenes jurídicos para asegurar que los terceros damnificados reciban *una pronta indemnización por ciertos daños ocasionados por los buques*.

En este sentido, es oportuno destacar que la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (CONVEMAR) impone la obligación a los Estados de asegurar que sus sistemas jurídicos permitan *una pronta y adecuada indemnización* de los daños causados por la contaminación al medio marino y, a tal fin, los Estados cooperarán en la aplicación del derecho internacional existente y en el desarrollo ulterior del derecho relativo a las responsabilidades y obligaciones relacionadas con la evaluación de los daños y su indemnización y a la elaboración de procedimientos para el pago de una indemnización adecuada (artículo 235).

Un rasgo distintivo de estos convenios es el establecimiento de regímenes de responsabilidad compartida entre el buque e interés de la carga, que guarden un equilibrio en la distribución de la indemnización y reparación del daño y que esos regímenes permiten una rápida y lo más adecuada compensación al damnificado.

Siguiendo su orden cronológico, dichos instrumentos internacionales son:

1. Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a la contaminación por hidrocarburos, 1969 (CLC).
2. Convenio internacional sobre la constitución de un Fondo internacional de indemnización de daños debidos a la contaminación por hidrocarburos, 1971 (FUND).
3. Protocolo CLC 1976.
4. Protocolo FUND 1976.
5. Protocolo CLC 1992.
6. Protocolo FUND 1992.
7. Convenio internacional sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas, 1996, (SNP).
8. Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a la contaminación por los hidrocarburos para combustible de los buques, 2001 (BUNKERS).
9. Protocolo relativo al Convenio internacional sobre la constitución de un fondo internacional de indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, 2003.
10. Protocolo de 2010 relativo al Convenio internacional sobre

Responsabilidad e Indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas, 1996.

Cabe efectuar una aclaración: no todos los instrumentos internacionales enunciados se refieren a la responsabilidad del armador y/o propietario, sino que en el caso de los mencionados en los puntos 2, 4, 6, 9 y de la segunda parte del convenio del punto 7, se establece la creación de un Fondo internacional que cubre los daños que no obtienen reparación o no lo logran en un nivel suficiente por parte del buque. Este Fondo se financia con las contribuciones que efectúa el interés de la carga.

Estos Convenios y Protocolos pueden ser agrupados de acuerdo a la carga transportada o la sustancia que provoca el daño, conformando los siguientes regímenes:

- Hidrocarburos transportados a granel (CLC y FUND 1992 y FUND 2003).
- Transporte de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas (SNP).
- Hidrocarburos para combustible (BUNKERS).

Asimismo, con respecto a la responsabilidad del armador y/o propietario y la labor de la OMI, cabe señalar que también se ha aprobado en su seno y en asociación con la Organización Internacional de Energía Atómica, en el año 1971, el Convenio sobre responsabilidad civil en el ámbito del transporte marítimo de materiales nucleares, el cual no va a ser examinado en el presente. Pero sí se hará lo pertinente con el Convenio sobre remoción de restos de naufragios, 2007, el cual considera asuntos de responsabilidad.

Finalmente, a título ilustrativo se agrega un cuadro con la situación actual de los instrumentos mencionados.

*Cuadro de estado actual de los Convenios:*

<b>ENTRADA EN VIGOR PAÍSES</b>	<b>TONELAJE</b>
<b>CLC 92 1996</b>	<b>136 97.42</b>
<b>FUND 92 1996</b>	<b>114 94.78</b>
<b>FUND 2003 2005</b>	<b>31 17.39</b>
<b>SNP —</b>	<b>14 13.83</b>
<b>BUNKERS 2008</b>	<b>83 92.50</b>

Por último, se debe resaltar que la Argentina es solo Parte en el Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a la contaminación por hidrocarburos y el Convenio internacional sobre la constitución de un Fondo internacional de indemnización de daños debidos a la contaminación por hidrocarburos, ambos enmendados por los respectivos Protocolos del 1992 (ley 25137 y decreto 151/2004).

### **B) Características comunes**

#### *Encauzamiento de la responsabilidad*

En el ámbito de la industria naviera intervienen distintos actores en la operación de los buques, no siempre el que explota comercialmente el buque es el propietario del mismo. De allí surgen diferentes sujetos a quienes se les asignan responsabilidades, conforme a los regímenes internacionales y nacionales.

En los convenios de responsabilidad, solo pueden presentarse reclamaciones contra el propietario del buque, tal como se lo define en cada uno de los convenios –definiciones que no son similares–, y no se admiten aquéllas si no se ajustan a los convenios. Asimismo, algunos de los convenios no permiten expresamente reclamaciones contra determinadas personas, como los dependientes, prácticos, etc.

#### **Responsabilidad objetiva**

El propietario del buque es responsable de los daños producidos aún en el caso de ausencia de culpa. Los convenios establecen solo unas pocas causas por las cuales se exonera la responsabilidad del propietario. Este concepto no era extendido cuando se aprobó el CLC69.

Son las mismas exoneraciones para todos los convenios, excepto en el Convenio SNP que se establece una exoneración más debido a la naturaleza misma del convenio.

Dicha limitación de las causas por las cuales se puede exonerar la responsabilidad, y la no dificultad de su prueba, contribuye a dar un carácter expedito a la reclamación de las víctimas del suceso de contaminación.

#### **Limitación de responsabilidad**

En los tres regímenes se establece una limitación a los montos compensatorios, teniendo cada uno sus propias cuantías, ya sea porque expresamente se determinan o porque se remitan a otro régimen de limitación.

Excede el objeto del presente trabajo debatir sobre lo apropiado o no de limitar la indemnización del responsable de un suceso de contaminación que puede alcanzar dimensiones catastróficas. Solo señalaré que ella puede ser considerada como un equilibrio con el carácter objetivo de la responsabilidad del propietario, y la relación con el aseguramiento de la misma, a lo cual, debe sumarse que si fuera inadecuada o insuficiente, existe el segundo nivel a cargo de los intereses de la carga.

### **Seguro obligatorio**

Una de las bases de los regímenes en estudio es precisamente el requisito de que el buque cuente con un seguro o garantía financiera obligatorio que cubra las cuantías establecidas en los convenios respectivos.

Como ya se dijo, los buques deben llevar a bordo un certificado que acredite el cumplimiento de esta obligación. Asimismo, cada convenio establece los buques alcanzados por esta norma, ya que en algunos casos deben cumplir con dicho requisito solo a partir de determinado tonelaje.

### **Acción directa contra el asegurador**

En todos los convenios se establece que se puede promover una acción directa contra el asegurador o el proveedor de la garantía de la responsabilidad del propietario, pudiéndose hacer valer las defensas que este pudiera invocar, como así también, limitar su responsabilidad en los mismos términos.

### **Estructura de los regímenes**

La responsabilidad sobre los daños causados por contaminación recae sobre el interés del buque, pero no debe olvidarse que la naturaleza riesgosa de la carga transportada contribuye a la causa de los daños. Es por ello que los regímenes examinados, cuando se presenta esta circunstancia, estructura un régimen para distribuir la reparación entre ambos intereses, esto es, una responsabilidad compartida.

En algunos casos ello se ha alcanzado mediante un solo instrumento jurídico comprensivo de ambos intereses, mientras que en otros se lo ha hecho en instrumentos independientes. En efecto, en el caso de los hidrocarburos transportados a granel, el régimen se integra por dos convenios CLC92 y FUND92. En el primero se

regula la responsabilidad del propietario mientras que en el otro se estructura un Fondo internacional al que contribuye la carga. Este Fondo recién se hace cargo de las compensaciones cuando por alguna circunstancia la compensación del propietario no existiera o fuera insuficiente.

Debido a la estrecha relación entre ambos y al carácter complementario del segundo (FUND92), se debe puntualizar que para poder un Estado ser Parte en el segundo necesariamente debe ser Parte en el primero (CLC92).

Sin embargo, este sistema no ha dado una respuesta plena a las víctimas de los daños, ya que algunos Estados son Parte en el primero, pero no lo son en el segundo, careciendo entonces del segundo nivel de compensación.

La opción de instrumento único es la adoptada en el caso del transporte de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas (Convenio SNP).

Por otra parte, en el Convenio Bunkers los daños cubiertos son los causados por el combustible de los buques, no se toma en cuenta si transporta carga, o en su caso, la carga transportada y, por ende, la respectiva contribución a la reparación de los daños. Lo señalado ha dado una particular estructura al convenio, sobre la cual se hará referencia oportunamente.

### **C.1. Hidrocarburos transportados a granel (CLC y FUND 1992 y FUND 2003)**

En este apartado se examinará los convenios CLC92 y FUND92 ya que Argentina es Parte en ambos (ley 25137 y decreto 151/04). No obstante, al abordarse los distintos temas se señalarán las diferencias entre estos convenios y el CLC69 y FUND71. Por otra parte, este último ha dejado de tener vigencia internacional. Asimismo, se hará una referencia al FUND 2003.

#### **C.1.1 CLC92**

##### **1. Ámbito de aplicación**

*El Convenio se aplica a los daños ocasionados por contaminación marina procedentes de buques que transportan hidrocarburos a granel.* De esta enunciación resultan diversos aspectos que deben ser precisados.

**Buque**

En primer lugar, el Convenio establece que buque es "toda nave apta para la navegación marítima y todo artefacto flotante en el mar, del tipo que sea, construido o adaptado para el transporte a granel como carga" (artículo I apartado 1). De ello resulta que los buques que no sean aptos para la navegación marítima no se encuentran alcanzados por el Convenio, esto es, por ejemplo, las embarcaciones fluviales. Pero sí lo está, una nave apta para la navegación marítima que se encuentra operando en el ámbito fluvial.

Un segundo elemento es que el buque sea apto para el transporte a granel de hidrocarburos. Ahora bien, el mismo Convenio señala que es de aplicación cuando el buque "esté efectivamente transportando hidrocarburos a granel como carga", pero además cuando esté efectuando un viaje luego de dicho transporte con residuos de dichos hidrocarburos (artículo citado). Aquí es importante señalar que el CLC69 solo era aplicable en el primer caso.

**Carga transportada**

Se ha señalado que el buque debe transportar hidrocarburos a granel, pero no de cualquier naturaleza sino hidrocarburos persistentes de origen mineral (artículo I apartado 5). El mismo Convenio señala, como ejemplo, a los crudos de petróleo, fueloil, aceite, diesel pesado y aceite lubricante, no siendo abarcados el aceite diesel ligero o el kerosene, entre otros.

Asimismo, el Convenio establece que también se encuentran comprendidos los mencionados hidrocarburos no solo si se encuentran a bordo como carga, sino "en los depósitos de combustible líquido" de los buques tanques alcanzados por el Convenio (artículo citado).

Es oportuno destacar, que ni los derrames de hidrocarburos por la exploración o explotación en el mar ni los provenientes de oleoductos ni los de combustible líquido de buques que no sean buques tanques están comprendidos en el presente régimen.

**Daños ocasionados por contaminación**

A los efectos del Convenio se definen como daños: a) pérdidas o daños causados *fuera del buque* por la impurificación resultante de las descargas en cuestión y b) el costo de las medidas preventivas y las pérdidas ulteriores por tales medidas (artículo I apartado 6).

Con respecto a lo señalado en a), cabe mencionar algunas cuestiones. La primera, que no importa el espacio geográfico donde se produzcan los derrames o fugas, lo cual está vinculado al ámbito espacial que veremos más adelante. Segunda, que el mismo Convenio limita el alcance del concepto definido, y que para el régimen establecido se entiende por "daño" solo al comprensivo de la pérdida de beneficios resultantes del deterioro y el costo de las medidas *razonables* de restauración *efectivamente tomadas* o que se tomen en el futuro (artículo I apartado 6.a)). Este aspecto no estaba previsto en el CLC69 y fue incorporado a fin de especificar que las medidas debían ser razonables y haberse efectivamente ejecutado. Esta ha sido una cuestión central en la aplicación del Convenio, cuyo desarrollo excede el marco del presente.

En relación a lo indicado en b), se debe señalar que en el CLC69 se preveía solo los daños y/o las medidas adoptadas luego de producido el derrame. En el CLC92 se incorporan las medidas preventivas tomadas cuando se produce un suceso para evitar o mitigar el daño. Esta ampliación del alcance es conducente a la preservación del medio marino, ya que estas medidas son recuperables con el nuevo régimen.

### **Ámbito espacial**

El Convenio se aplica a los daños por contaminación en "el territorio de un Estado Parte, incluido su mar territorial" o en su zona económica exclusiva. Este último espacio marítimo fue incorporado al CLC92 (artículo II). Cabe recordar que el primer convenio fue adoptado en el año 1969, previo a la Convención de las Naciones Unidas sobre derecho del mar que instituyó la zona económica exclusiva como un espacio marítimo.

Es importante señalar, como se advierte rápidamente, que no es definitorio el lugar donde se produjo el derrame sino que el mismo cause un daño dentro de los referidos espacios marítimos.

En cuanto las medidas preventivas que evitaron o redujeron un daño, el mencionado artículo establece que aún adoptadas fuera de los mencionados espacios, resultan comprendidas en el régimen. Ello así ya que si no se produjera daño alguno y fueran adoptadas en alta mar, no tendrían recupero dentro del régimen del Convenio.

**Exclusiones**

El artículo XI del Convenio determina que no es aplicable a los buques de guerra ni a otros buques de propiedad u operados por un Estado y que estén destinados exclusivamente a servicios no comerciales.

**2. Responsabilidad del propietario****Encauzamiento de la responsabilidad**

Las reclamaciones en virtud del Convenio solo pueden presentarse contra el propietario, no permitiendo que se las efectúen contra otras personas que se enumeran en el mismo artículo. Asimismo, las que se promuevan contra el propietario deben ajustarse a lo establecido en el Convenio (artículo III apartado 4).

De acuerdo a dicha norma, no se pueden promover acciones contra: 1) los empleados o agentes del propietario ni tripulantes; 2) el práctico o cualquier persona que preste servicios para el buque; 3) fletador, gestor naval o armador; 4) personas que realicen operaciones de salvamento con el consentimiento del propietario o siguiendo instrucciones de la autoridad pública; 5) personas que tomen medidas preventivas; o empleados o agentes de las mencionadas en 3, 4 y 5. Pero el mismo Convenio establece que si los daños se originaron por una conducta de dichas personas, ya sea dolosa o temeraria y a sabiendas que producirían los daños, entonces, no pueden oponer lo preceptuado en esta norma.

**Responsabilidad objetiva**

El Convenio establece la responsabilidad objetiva del propietario. A tal efecto, se define al "propietario como la persona o personas inscriptas como propietarias del buque" (artículo I apartado 3).

No se requiere una conducta culposa del propietario por los daños causados por el buque como consecuencia de un suceso, siendo responsable por todos ellos, excepto que el propietario pruebe que los daños tienen su causa en algunos de las tres exoneraciones que el mismo Convenio especifica en su artículo III. Ellas son: 1) un acto de guerra, hostilidad, guerra civil o insurrección o a un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irresistible; 2) la acción o la omisión de un tercero que actuó con la intención de causar daños, o 3) a la negligencia o acción lesiva de otra índole de cualquier Gobierno o autoridad responsable del mantenimiento de luces o ayudas náuticas.

Asimismo, puede exonerarse de su responsabilidad respecto de un tercero que haya sufrido el daño, cuando éste sea debido a la conducta dolosa o culposa de dicha persona (artículo III, apartado 3).

### **Limitación de la responsabilidad**

Como ocurre con el régimen de responsabilidad en el ámbito del derecho marítimo, en el presente se prevé la limitación de la responsabilidad del propietario. Los límites fijados en la actualidad son diferentes a los establecidos originariamente en el CLC69. En el caso del texto original del CLC92, los mismos también fueron modificados en el año 2000 (entraron en vigor el 1º de octubre del año 2003) por el procedimiento de aceptación tácita de enmiendas de las cuantías previsto en el Convenio (artículo 15 del Protocolo 1992), ya comentado en un punto anterior.

Se adoptó el sistema forfatario sobre la base del arqueo bruto del buque tanque. El régimen vigente determina que para buques que no excedan 5000tns de arqueo bruto el límite será 4.510.000 de unidades de cuenta (derechos especiales de giro); por encima de ese tonelaje, se sumarán 631 unidades de cuenta por cada tonelada de arqueo, pero la cuantía nunca podrá superar las 89.770.000 unidades de cuenta.

Dos aspectos resultan importantes de destacar. El primero es que el derecho del propietario a limitar se pierde cuando se prueba que su conducta fue dolosa o temeraria y a sabiendas de que probablemente se originaría el daño (artículo V, apartado 2).

El segundo es que para acogerse a este beneficio se debe constituir un fondo cuya suma total sea equivalente al límite establecido, en el tribunal del Estado Parte ante el cual se pueda interponer la acción pertinente (apartado 3). Una vez constituido el fondo referido no podrá ejercerse derecho alguno contra otros bienes del propietario en relación a las reclamaciones nacida de daños de contaminación y deberán ser levantadas todas las medidas sobre los bienes y el buque que hubieren sido dictadas (artículo VI).

Cabe aclarar que el arqueo bruto de los buques será calculado conforme al Anexo I del Convenio internacional sobre arqueo de buques (artículo V apartado 10).

### **Seguro o garantía financiera obligatorio**

El Convenio establece que los propietarios de buques en un

Estado contratante que transporten más de 2000 toneladas de hidrocarburos a granel como carga tiene la obligación de tener una garantía o seguro obligatorio, conforme a los límites antes señalados (artículo VII apartado 1).

La constatación de que el propietario cumple con dicha norma recae sobre el Estado Parte en que esté matriculado el buque, cuya autoridad competente deberá emitir un certificado. Este certificado deberá ser llevado a bordo del buque (artículo VII apartados 2 y 4).

Asimismo, los Estados Parte asumen la obligación de asegurar que cualquier buque comprendido en el régimen establecido en el Convenio que entre o salga de sus puertos deberá contar con un seguro o garantía financiera como la indicada, sea o no dicho buque matriculado en un Estado Parte, esto es, dicho de otro modo, aún no siendo Parte del Convenio los buques matriculados en cualquier Estado deberán contar con una garantía financiera o seguro. A tal efecto, el Convenio prevé que en el caso de un Estado no Parte, los buques matriculados en él podrán llevar a bordo un certificado emitido por un Estado Parte (artículo VII apartado 2 y 11).

### **Acción directa contra el asegurador**

Los damnificados podrán accionar directamente contra el asegurador o proveedor de la garantía financiera (artículo VII apartado 8).

Éstos podrán limitar su responsabilidad aún cuando el propietario no tenga derecho a ello; podrán hacer uso de los medios de defensa que puede hacer valer el propietario, excepto la quiebra o liquidación de bienes del propietario, y alegar que los daños se debieron a la acción u omisión dolosa del propietario (artículo VII apartado 8).

Por otra parte, el asegurador o proveedor de garantía financiera tiene derecho a constituir el fondo en las mismas condiciones que lo puede hacer el propietario (artículo V apartado 11).

### **3. Otros aspectos**

El Convenio considera las cuestiones de jurisdicción, prescripción y reconocimiento de sentencias.

Respecto de la primera, el Convenio determina la jurisdicción del Estado en cuyo territorio, aguas interiores, mar territorial o zona económica exclusiva se produjeron los daños o se tomaron las

medidas preventivas (artículo IX). Ello resulta de suma importancia al momento de considerar un Estado (como Argentina) la adhesión al Convenio, ya que prevalece la jurisdicción del Estado ribereño sobre la del pabellón.

Sin embargo, si se constituye "el fondo en virtud del artículo V, los tribunales del Estado en que se haya constituido el fondo serán los únicos competentes para dirimir todas las cuestiones relativas al prorrato y distribución del fondo" (artículo IX).

En cuanto a la prescripción, en el artículo VIII se establece un plazo de tres años a partir de la fecha de producido el daño. Pero puede ocurrir que el daño se haya manifestado con posterioridad al suceso que lo provoca, por lo cual el Convenio prevé que no podrá interponerse acción alguna más allá de los seis años de producido el suceso.

Con relación al reconocimiento de sentencia, impone la obligación a los Estados de reconocer toda aquella que se encuentre firme, salvo que el demandado no haya podido ejercer su defensa por falta de notificación con antelación suficiente o se haya obtenido el fallo fraudulentamente (artículo X).

### **C.1.2 FUND1992**

El Convenio internacional sobre la constitución de un fondo internacional de indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos (FUND92) establece un régimen complementario para indemnizar a las víctimas de dichos daños cuando el Convenio CLC resulte insuficiente, mediante la institución de una organización intergubernamental, con "personería jurídica con capacidad, en virtud de la legislación del Estado de que se trate, para ejercer derechos y contraer obligaciones y para ser parte en toda acción iniciada ante los tribunales de dicho Estado" (artículo 2).

Esta organización es *financiada por el interés de la carga*, y no del buque, en este caso particular, por los receptores de hidrocarburos. Cabe resaltar, que los aportantes son los privados y no los gobiernos. Estos tienen únicamente la obligación de determinar quiénes son los sujetos contribuyentes y la respectiva cantidad de hidrocarburo sujeta a contribución, y la obligación de informar al Fondo, conforme a lo establecido en el Convenio. El Fondo emite la respectiva documentación para el cobro de la contribución directamente al sujeto contribuyente (artículo 15 apartado 2).

Como ya se señaló, este Convenio no considera ni regula la responsabilidad del propietario o armador del buque.

### **Ámbito de aplicación y daños por contaminación**

Debido a esta complementariedad que caracteriza al FUND92 con relación al Convenio CLC92, los daños comprendidos y el ámbito espacial de aplicación son idénticos en ambos. A tal efecto, el Convenio Fund92 adopta las mismas definiciones (artículo 1).

Es interesante recordar que debido a dicha complementariedad, los Estados Parte en el Convenio FUND92 deben serlo en el Convenio CLC92.

Aunque no se presenta la obligatoriedad en el caso inverso, esto es, los Estados Parte en el Convenio CLC no siempre son Parte en el Convenio FUND92. La consecuencia de ello es la posible insuficiencia o no adecuada indemnización de las víctimas de los daños producidos por contaminación.

### **Indemnización complementaria**

Como se expresara, puede ocurrir –y de hecho ha ocurrido en una cantidad importante de casos– que un siniestro cause daños de tal magnitud que la indemnización integrada por el propietario del buque conforme al CLC92 no alcance para cubrir todos los daños ocasionados.

Es por ello que el Convenio FUND92 es aplicable en los siguientes casos: a) los daños ocasionados no originen responsabilidad de acuerdo al CLC92, esto es, el caso de que no se los pueda atribuir a buque alguno; b) el propietario del buque es financieramente insolvente y la garantía financiera o seguro son insuficientes para cubrir la indemnización, es decir, cuando el damnificado reclamante no obtenga indemnización plena conforme al Convenio CLC92, y c) cuando la cuantía de los daños sea superior a los límites establecidos en el Convenio CLC92 (artículo 7).

El Convenio prevé, asimismo, algunas eximentes de la obligación de indemnizar. La primera de ellas es que los daños no se produzcan en un Estado Parte, conforme al ámbito espacial del Convenio, esto es, en su territorio, aguas interiores, mar territorial o zona económica exclusiva.

En segundo lugar, el Fondo no debe indemnizar cuando los daños por contaminación fueran como consecuencia de un acto de

guerra u ocasionados por un buque de guerra, o público en el momento de producirse los daños (artículo 4 apartado 2.a).

Tercero, el Fondo se exime de su obligación si el damnificado reclamante no puede demostrar que el daño se originó en un suceso relacionado con un buque tal como se lo define en el Convenio CLC92 (artículo 4 apartado 2.b).

Finalmente, si el Fondo prueba que los daños se originaron total o parcialmente por el damnificado, quien actuó con dolo o con negligencia, en la medida que el propietario del buque haya sido también exonerado. Pero en este último caso, "no habrá tal exoneración del Fondo *respecto de las medidas preventivas*" (artículo 4 apartado 3).

### **Limitación de la responsabilidad**

Al igual que el propietario del buque, el Convenio prevé que el Fondo tiene una cuantía total hasta la cual puede limitar la indemnización pagadera. En el caso del texto original del FUND92, ellos también fueron modificados en el año 2000 (entraron en vigor el 1º de octubre del año 2003) por el procedimiento de aceptación tácita de enmiendas de las cuantías previsto en el Convenio (artículo 33 del Protocolo 1992), a fin de ser consistentes con las enmiendas del CLC.

La cuantía total prevista es, entonces, 203 millones de derecho de giro (artículo 4 apartado a). Sin embargo, esta cuantía puede verse incrementada a 300.740.000 de derecho de giro si en un suceso existiera tres Estado parte "respecto de los cuales la pertinente cantidad combinada de hidrocarburos sujetos a contribución por personas en los territorios de tales Partes, durante el año civil precedente, haya sido igual o superior a 600 millones de toneladas" (artículo 4 apartado 4c).

### **Sujetos contribuyentes**

El Convenio establece que toda persona que durante un año civil haya recibido más de 150 mil toneladas de hidrocarburos sujetos a contribución en los términos del Convenio, deberá contribuir al Fondo (artículo 10).

No resulta de importancia el lugar de la carga de los hidrocarburos sino el lugar donde son recibidos luego de su transporte por mar.

Como ya fue referido, no son los Estados los que contribuyen sino los particulares receptores de hidrocarburos. A los efectos de

la determinación de las contribuciones, los Estados deben informar sobre los receptores en su territorio, como así también, las cantidades recibidas. Luego del procedimiento previsto para fijar las necesidades financieras del Fondo, en el cual participan los representantes de los Estados parte, el Fondo emite una factura al sujeto contribuyente. El incumplimiento de dichas obligaciones puede generar una reparación económica al Fondo (artículo 15).

### **Otras cuestiones**

El Convenio establece que la jurisdicción para accionar contra el Fondo es la misma donde se han iniciado acciones conforme al Convenio CLC92 (artículo 7).

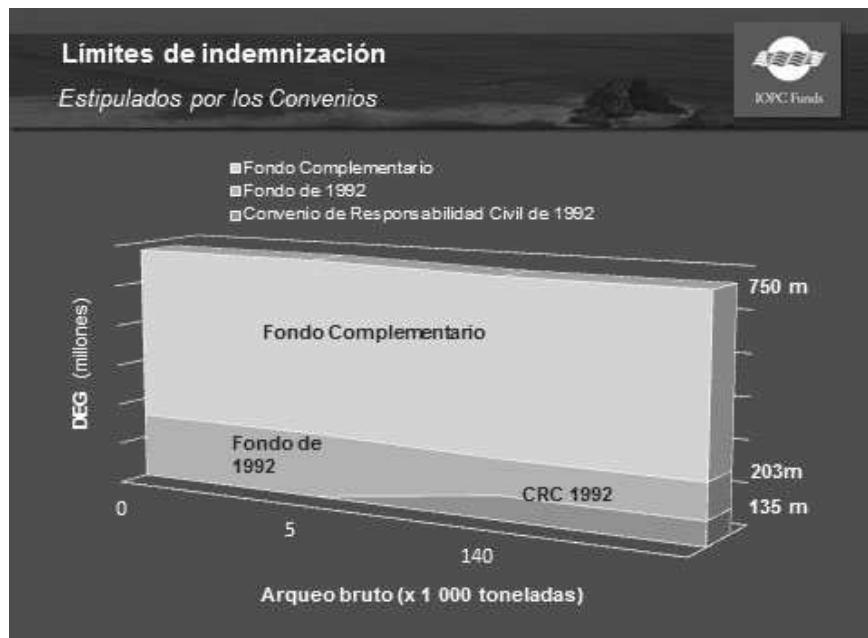
En cuanto a la prescripción, es la misma que la establecida en el Convenio CLC92 (artículo 6)

### **C.1.3 FUND 2003**

Como consecuencia de una serie de siniestros que provocaron daños por contaminación que superaron las cuantías mencionadas, se advirtió la necesidad de establecer un régimen que permitiera dar satisfacción a los damnificados por aquéllos. Es así que la solución a esta cuestión se alcanzó mediante el establecimiento de un Fondo complementario. A tal efecto, en el seno de la OMI se consideró y aprobó un Protocolo al Convenio FUND92.

Este Fondo Complementario indemnizará a toda persona que no haya obtenido "una indemnización completa y suficiente" con arreglo al Convenio del 92. La cuantía máxima prevista es de 750 millones de derecho de giro (artículo 4).

En este Protocolo, las cuestiones relativas a los sujetos contribuyentes, el cálculo de las contribuciones y el procedimiento para determinarlas son similares al del Convenio del 92, excepto en un aspecto. El artículo 14 establece que "se considerará que todo Estado Parte recibe como mínimo un millón de toneladas de hidrocarburos sujetos a contribución", y que si no hubieren personas contribuyentes que alcanzasen dicha cifra en el territorio de un Estado parte, éste asume la obligación de contribuir. Ello marca una diferencia importante a tener en cuenta al momento de adherir a este sistema, ya que el Estado es el que asume la obligación de contribuir.



Fuente: FIDAC

### C.2. Transporte de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas (Convenio SNP y Protocolo 2010)

#### 1. Introducción

En el año 1996 culminó con la Conferencia Diplomática que consideró y aprobó el Convenio SNP un prolongado y arduo proceso que permitió establecer un régimen de responsabilidad sobre el transporte de sustancias peligrosas y potencialmente peligrosas. Durante más de diez años se incluyó la cuestión en la agenda de trabajo del Comité Legal de la OMI, asignándosele prioridad en su tratamiento.

Fueron diversos los temas que dificultaron la elaboración del texto final, como así también, la búsqueda de consenso para alcanzar una solución que permitiera que el régimen tuviera la mayor aceptación posible con miras a su pronta entrada en vigor.

Entre las cuestiones centrales para definir el convenio, cabe destacar la concerniente a la determinación de las sustancias transportadas que debían ser incluidas en el régimen. A diferencia del CLC92 que solo comprende a los hidrocarburos pesados, la

diversidad de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas hacía que el ámbito de aplicación fuera muy amplio.

A ello debe agregarse que se consensuó que no solo tenían que ser comprendidas las sustancias transportadas a granel sino también la carga en bultos. La sumatoria de ambas hacia muy complejo la elaboración del convenio.

En efecto, se requirieron largas negociaciones para alcanzar un consenso sobre cuáles sustancias quedaban incluidas en el convenio. Se excluyeron algunas sustancias debido a su naturaleza o por ser considerado su transporte en el ámbito de otra organización, lo cual resultó reflejado en las resoluciones aprobadas en la Conferencia Diplomática.

Un aspecto conexo a ello, fue el procedimiento para determinar las sustancias alcanzadas por el Convenio, esto es, si se describían en el mismo Convenio o se las definía haciendo remisión a otros instrumentos OMI. En este último caso, se presentaba la cuestión que la modificación de estos últimos iba a implicar la modificación del Convenio y la posibilidad de que algún Estado fuera Parte en el Convenio SNP pero no en el instrumento remitido.

Otro aspecto de difícil solución fue el relacionado con el sistema de contribución al Fondo SNP que debía crearse. En el caso del Convenio FUND92, los receptores de hidrocarburos transportados a granel son los contribuyentes, en el Convenio SNP la diversidad y la cantidad de sustancias comprendidas, y además que resultan alcanzadas no solo las transportadas a granel, ocasionó que el sistema a diseñarse no fuera simple como el FUND92. La cuestión de la contribución de las sustancias en bultos motivó largos debates, alcanzándose una solución consensuada, pero pese a ella, la complejidad de la gestión y control que requiere el sistema desalentó a que el Convenio entrara en vigor. El Protocolo del 2010 introduce una enmienda que permite simplificar el sistema, sobre lo cual se volverá más adelante.

Otra cuestión fue si debía seguirse el modelo del CLC y FUND, esto es, dos convenios separados pero complementarios, o en un solo instrumento que donde previera el régimen de responsabilidad por los daños ocasionados por el transporte de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas, en el cual se distribuyera la indemnización entre el buque y la carga. La experiencia indicaba que no todos los Estados Parte en el CLC92 o CLC69 eran Parte en los respectivos Fondos, lo cual no permitía a los damnificados obtener

una suficiente reparación de los daños. El Convenio SNP abarca los dos niveles, tanto la responsabilidad del buque como de la carga.

En este sentido es dable señalar que el Convenio SNP sigue la estructura de los Convenios CLC y FUND y adopta el texto de sus artículos en muchos casos.

## **2 . Ámbito de aplicación**

### **Buque**

El Convenio SNP se aplica a las naves aptas para la navegación marítima y todo artefacto flotante en el mar (artículo 1 apartado 1). De ello resulta, a igual que en el Convenio CLC92, que los buques que no sean aptos para la navegación marítima no se encuentran alcanzados por el Convenio, esto es, por ejemplo, las embarcaciones fluviales. Pero sí lo está, una nave apta para la navegación marítima que se encuentre operando en el ámbito fluvial.

Si bien el Convenio adopta la primera parte del texto respectivo del CLC92, se aparta de él, primero, en cuanto a que no lo limita a los buques tanques, y, segundo, no incluye a todo buque que lleva residuos luego de efectuar un transporte, ello en razón de que este Convenio no solo comprende el transporte a granel sino en bultos.

Respecto de esto último, se establece una excepción con relación a los buques que transportan sustancias a granel: resultan comprendidos en el Convenio no solo cuando efectivamente realizan el transporte sino cuando estén efectuando un viaje luego de dicho transporte con residuos de las respectivas sustancias (artículo 1 apartado 5.b). Acá se asimila al CLC92.

### **Carga transportada**

Como ya se mencionó, el Convenio SNP se aplica al transporte de sustancias que son identificadas mediante la remisión a otros instrumentos elaborados en la OMI, y abarcan una cantidad considerable de sustancias.

Como se advertirá del párrafo siguiente, las sustancias comprendidas en el Convenio son de una cantidad considerable y pueden ser sólidas o líquidas, a granel o en bultos. Esta amplitud de sustancias hace que la aplicación del Convenio se torne muy compleja, en particular por la carga administrativa que debe soportar los Estados Parte en el control y gestión del Convenio.

Son agrupadas del siguiente modo: "i) hidrocarburos transportados a granel, como se definen en la regla 1 del Anexo I del Convenio internacional para prevenir la contaminación por los buques, 1973, modificado por el correspondiente Protocolo de 1978, enmendado; ii) sustancias nocivas líquidas transportadas a granel, como se definen en la regla 1.10 del Anexo II del Convenio internacional para prevenir la contaminación por los buques, 1973, modificado por el correspondiente Protocolo de 1978, enmendado, y las sustancias y mezclas clasificadas provisionalmente en las categorías de contaminación X, Y o Z, de conformidad con lo dispuesto en la regla 6.3 de dicho Anexo II; iii) sustancias peligrosas líquidas transportadas a granel, enumeradas en el capítulo 17 del Código internacional para la construcción y el equipo de buques que transporten productos químicos peligrosos a granel, enmendado, y productos peligrosos para los que la Administración y las administraciones portuarias interesadas hayan prescripto condiciones preliminares adecuadas de transporte, de conformidad con el párrafo 1.1.6 del Código; iv) sustancias, materias y artículos peligrosos, potencialmente peligrosos o perjudiciales, transportados en bultos, incluidos en el Código marítimo internacional de mercancías peligrosas, enmendado; v) gases licuados enumerados en el capítulo 19 del Código internacional para la construcción y el equipo de buques que transporten gases licuados a granel, enmendado, y productos para los que la Administración y las administraciones portuarias interesadas hayan prescripto condiciones preliminares apropiadas de transporte, de conformidad con el párrafo 1.1.6 del Código; vi) sustancias líquidas transportadas a granel cuyo punto de inflamación no exceda de 60°C (determinado mediante prueba en vaso cerrado); vii) materias sólidas a granel que entrañen riesgos de naturaleza química, incluidas en el Código marítimo internacional de cargas sólidas a granel, enmendado, siempre que a estas sustancias también les sean aplicables las disposiciones del Código marítimo internacional de mercancías peligrosas, aplicable en 1996, cuando sean transportadas en bultos" (artículo 1 apartado 5º, en la forma enmendada por el Protocolo 2010). *No comprende los hidrocarburos embarcados como combustible del buque.*

### **Daños**

En este aspecto el Convenio SNP se aparta sustancialmente del CLC92/FUND92. A diferencia de éste, el Convenio SNP abarca daños que *no solo son producidos por contaminación sino por otras causas*,

como ser el fuego o explosión, provocados por las sustancias referidas. Ello así, da una mayor amplitud al régimen y modifica el ámbito espacial y la jurisdicción en relación al CLC92/FUND92. Esto constituye una nota distintiva importante con respecto a ellos.

El Convenio SNP es aplicable a la muerte o las lesiones corporales *a bordo o fuera del buque*; b) la pérdida de bienes o los daños sufridos por bienes *fuerza del buque* c) las pérdidas o daños debidos a la contaminación del medio ambiente por las sustancias nocivas y potencialmente peligrosas (artículo 1 apartado 6).

Con respecto a este último, la indemnización por deterioro del medio ambiente comprende, aparte de la pérdida de beneficios resultante de dicho deterioro, solo el *costo de las medidas razonables de restauración efectivamente tomadas o que vayan a tomarse* (artículo 1 apartado 6 c).

También el Convenio, al igual que el CLC92, incluye dentro del concepto de daño al costo de las medidas preventivas y las otras pérdidas o daños ocasionados por tales medidas (artículo 1 apartado 6d).

### **Ámbito espacial**

Los espacios geográficos abarcados por el Convenio SNP son distintos de acuerdo a si el daño es *debido a la contaminación del medio marino* o el *daño es de otra naturaleza*, como se señaló en el punto anterior. Aquí surge también una diferencia con respecto al CLC92/FUND92 en función de la mencionada amplitud del concepto de daño.

El Convenio se aplica, entonces, a *todo daño* ocurrido en "el territorio de un Estado Parte, incluido el mar territorial" (artículo 3 apartado a).

Respecto a *los daños ocasionados por contaminación* del medio ambiente se extiende a la zona económica exclusiva (artículo 3 apartado b).

En cuanto a *los daños* que no sean los debidos a la contaminación del medio marino y *ocurridos fuera del territorio y mar territorial*, es aplicable el Convenio "si esos daños han sido ocasionados por una sustancia transportada a bordo de un *bueque* matriculado o que tenga derecho a enarbolar el pabellón de un Estado Parte" (artículo 3 apartado c).

Finalmente, respecto de las medidas preventivas que evitaron o

redujeron un daño, se establece que aún adoptadas fuera de los mencionados espacios, resultan comprendidas en el régimen.

### **Ámbito temporal**

El régimen de responsabilidad estatuido se aplica al "transporte marítimo a bordo del buque" y dicho transporte comprende "el periodo que media entre el momento en que las sustancias nocivas y potencialmente peligrosas entran en una parte cualquiera del buque, al cargarlas, y el momento en que dejan de estar en una parte cualquiera del equipo del buque, al descargarlas. Si no se utiliza equipo alguno del buque, el periodo empieza y acaba, respectivamente, cuando las sustancias nocivas y potencialmente peligrosas pasan la borda del buque" (artículos 1º apartado 9 y 7 apartado 1).

### **Exclusiones**

En este apartado se ha agrupado casos de distinta naturaleza en el que no es aplicable el Convenio SNP.

#### **- *Buques de guerra***

El artículo 4º apartado 4 del Convenio determina que no es aplicable a los buques de guerra ni a otros buques de propiedad u operados por un Estado y que estén destinados exclusivamente a servicios no comerciales. Sin embargo un Estado podrá decidir aplicar el Convenio en dichos casos, debiendo informar de ello a la OMI, como así también las modalidades y condiciones de aplicación (apartado 5).

#### **- *Reclamaciones***

El Convenio excluye expresamente los reclamos por daños que se originen en una *relación contractual por transporte de mercaderías y de pasajeros* (artículo 4º apartado 1).

Asimismo, el Convenio SNP no es aplicable a las *reclamaciones por pago de indemnizaciones a los trabajadores o sistemas de seguridad social en la medida que no sea compatible con la respectiva legislación laboral* (artículo 4º apartado 2).

***- Tráfico de cabotaje nacional o regional, bajo ciertas condiciones***

Se considera en esta situación al transporte de las sustancias comprendidas en el Convenio entre dos puertos de un solo Estado, o entre dos Estados vecinos, si se efectúa en buques *menores de 200 toneladas de arqueo bruto* y únicamente si las sustancias se transportan *en bultos*.

***- Daños***

A fin de evitar una superposición de regímenes, el Convenio SNP no es aplicable a "los daños ocasionados por contaminación, según se definen estos en el Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, 1969, enmendado, sea o no pagadera una indemnización con respecto a ellos en virtud de ese Convenio" (artículo 4º apartado 3a). Cabe recordar que el Convenio SNP cubre *otro tipo de daños* que se pueden originar en el transporte de hidrocarburos persistentes a granel.

Asimismo, se excluye del Convenio a "los daños ocasionados por un material radiactivo de la Clase 7 incluido en el Código marítimo internacional de mercancías peligrosas, enmendado, o en el Código marítimo internacional de cargas sólidas a granel, enmendado" (artículo 4º 3b). A esta decisión se arribó luego de intensos debates en varios períodos de sesiones del Comité Legal y se propuso una resolución para consideración de la Conferencia Diplomática –que fue aprobada– mediante la cual se recomendaba una labor conjunta con el Organismo Internacional de Energía Atómica para definir y considerar un régimen de responsabilidad específico.

**3. Responsabilidad del propietario**

**Responsabilidad objetiva**

El artículo 7 del Convenio aborda esta cuestión. El texto de este artículo fue tomado del Convenio CLC92, por lo cual los comentarios realizados oportunamente son de aplicación al caso, a los que se remite en mérito a la brevedad.

Un solo párrafo relativo a las causales de exoneración fue agregado al artículo. Dicho párrafo establece que el propietario se exonera si prueba que el cargador o cualquiera otra persona no

suministraron la información en cuanto a la naturaleza peligros de las sustancias cargadas, y ello ocasionó total o parcialmente los daños o no obtuvo una garantía financiera o seguro obligatorio requerido por el Convenio (artículo 7 apartado 2d). La inclusión de esta causal de exoneración se debió a la naturaleza distinta de la carga, esto es, en el CLC la carga es a granel y de un producto determinado, mientras que el Convenio SNP la carga puede ser en bulto y de diversa naturaleza.

### **Encauzamiento de la responsabilidad**

Al igual que lo señalado en el párrafo anterior, el texto del Convenio SNP es tomado del Convenio CLC92. El artículo 7 contiene las respectivas previsiones.

Se remite a los comentarios realizados en el párrafo pertinente al examinarse el CLC92.

### **Limitación de la responsabilidad**

También en esta cuestión el Convenio SNP recepta en su artículo 9 el texto del artículo pertinente del Convenio CLC92, excepto en los límites establecidos. Es decir, las cuestiones relativas a la pérdida del derecho a limitar del propietario del buque, la obligación de constituir un fondo y el sistema forfatario son abordadas de igual manera que en dicho Convenio.

En el Convenio SNP, los límites de la cuantía de indemnización que se establecen son tanto para el propietario del buque que *transporta sustancias a granel como para el que transporta en bultos*.

Se determina que para buques cuyo arqueo no exceda de *2000 unidades de arqueo* será *10 millones de unidades de cuenta*. Cuando se excede dicho arqueo, a la cantidad mencionada se sumara *1500 unidades de cuenta* por cada unidad de arqueo *entre 2001 y 50000 unidades de arqueo* y por encima de las *50 000 unidades de arqueo*, *360 unidades de cuenta* por cada unidad de arqueo. La *cuantía total* no excederá en ningún caso de *100 millones de unidades de cuenta* (artículo 9).

El Protocolo del 2010 enmienda este artículo y diferencia el caso del transporte de sustancias a granel de los del transporte en bultos. Para el primero mantiene los límites antes indicados, pero para el *transporte en bultos* los incrementa, estableciendo, entonces, *11,5 millones, 1725 y 414 unidades de cuenta* en lugar de los referidos

*10 millones, 1500 y 360*, respectivamente. A su vez la cuantía total se fija en *115 millones* de unidades de cuenta.

También, preceptúa que "cuando los daños sean causados por SNP en bultos, o cuando los daños sean causados por SNP a granel y SNP en bultos, o cuando no sea posible determinar si los daños procedentes de ese buque han sido causados por SNP a granel o por SNP en bultos", los límites a aplicar son los indicados para el transporte en bultos (artículo 7 del Protocolo 2010).

La diferenciación de las cuantías entre el transporte a granel y el efectuado en bulto y el incremento para este último previsto en el Protocolo 2010, es debido a que en el nuevo régimen las sustancias transportadas en bultos no contribuyen al Fondo SNP pero sí los daños provocados por estos son cubiertos por dicho Fondo, como se verá luego. Este incremento obedece, entonces, a la necesidad de mantener el concepto de la responsabilidad compartida entre el sector naviero y los intereses de la carga, ya que el seguro obligatorio del propietario del buque sigue cubriendo los daños causados por las sustancias en bultos, y el Fondo SNP hace frente a la indemnización superior al límite del buque.

Debido a que el Convenio SNP no solo cubre los daños a los bienes sino las muertes y lesiones corporales a diferencia del Convenio CLC92, en su artículo 11 se prevé que las reclamaciones originadas por aquéllas tienen prioridad sobre el resto, excepto que el monto total de tales reclamaciones sea superior a dos tercios de la cuantía total de limitación.

### **Garantía financiera o seguro obligatorio**

En este aspecto se sigue la estructura del Convenio CLC92. La diferencia con éste es que en el Convenio SNP *todo buque que transporte sustancias nocivas y potencialmente peligrosas* debe tener una garantía o seguro obligatorio, mientras que en aquél solo tienen los buques tanques mayores a 2000 toneladas.

Sobre esta cuestión, se remite a los comentarios respectivos del CLC92.

### **Acción directa contra el asegurador**

En este Convenio también se prevé de igual modo la acción directa contra el asegurador o proveedor de garantía financiera como en el Convenio CLC92, por lo cual se remite a los respectivos comentarios vertidos oportunamente.

#### **4. Fondo SNP**

##### **Indemnización complementaria**

El Convenio SNP adoptó los artículos correspondientes del Convenio FUND92 tanto sobre la cuestión de la indemnización pagadera por el Fondo SNP como la relativa a los casos en que se puede eximir de la misma. Ello así, los comentarios del apartado correspondiente son aplicables al presente, en mérito a lo cual se remite a ellos.

##### **Límites de responsabilidad**

Al igual que FUND92, el Convenio prevé que el Fondo tenga una cuantía total hasta la cual puede limitar la indemnización pagadera.

La cuantía total prevista es de 250 millones de derechos de giro (artículo 14 apartado 5a).

##### **Sujetos contribuyentes**

Como primer comentario, cabe puntualizar que este Fondo tiene la misma naturaleza y características que el Fondo relativo a hidrocarburos, siendo su funcionamiento similar en cuanto a las obligaciones de los Estados en la determinación de los sujetos contribuyentes y la carga sujeta a contribución y la consecuente información al Fondo.

La cuestión relativa a las contribuciones al Fondo SNP y a los sujetos que deben efectuarla es muy compleja y fue motivo de intensos debates tanto en el Comité Legal como en la Conferencia Diplomática. Como se expresara, la cantidad de sustancias abarcadas en el Convenio, sumado a que no solo se aplica al transporte de ellas a granel sino también al transporte en bultos, dificultó la estructura del sistema de financiamiento del Fondo.

Se estableció una cuenta general y tres cuentas independientes: para hidrocarburos, para gas natural licuado de hidrocarburos ligeros cuyo componente principal sea el metano (GNL) y para gas de petróleo licuados de hidrocarburos ligeros cuyos componentes principales sean el propano y el butano (GPL) (artículo 16).

Al igual que en el FUND92, los receptores de la carga son los sujetos contribuyentes, excepto en el caso de la cuenta GNL, en la que no contribuía el receptor de la carga sino su titular antes de ser descargada (artículo 18 y 19 del Convenio).

El Protocolo 2010 introdujo dos enmiendas importantes a este sistema. La primera de ellas es la concerniente a que las sustancias en bulto no contribuyen. El artículo 1 apartado 10 expresamente agregó el término "a granel" cuando define la carga sujeta a contribución, excluyendo de ese modo las transportadas en bulto. A tal efecto en el mismo artículo 1º se incorporaron los apartados 5bis y 5ter, a fin de definir ambas categorías de sustancias, de modo tal de identificar las que resultan incluidas como a granel.

Esta es una cuestión central para la entrada en vigor del Convenio SNP. En efecto, la complejidad en la emisión de certificados que acredite el seguro obligatorio de los buques que transporte este tipo de carga y el correspondiente control de los gobiernos de los Estados partes, sumado al complejo sistema de gestión para informar al Fondo SNP de las cargas en bulto a los efectos de la respectiva contribución, ocasionaba el mayor obstáculo para la adhesión de los países a este convenio. La modificación del año 2010 es de suma importancia a fin de lograr los requisitos de entrada en vigor. No obstante, a la fecha de este trabajo, solo un Estado había ratificado el Convenio (Noruega).

La segunda enmienda se refiere a que el sujeto contribuyente a la cuenta GNL, que era el titular de la carga antes de ser descargada, se estableció que es el receptor al igual que los sujetos contribuyentes a las otras cuentas, excepto que el titular haya acordado con el receptor que el titular pagará tales contribuciones y el receptor haya informado al Estado Parte de la existencia de tal acuerdo (artículo 19 1bis).

## 5. Otros aspectos

Al igual que el CLC92 y FUND 92 el Convenio considera las cuestiones de jurisdicción, prescripción y reconocimiento de sentencias.

En cuanto a las dos últimas cuestiones se prevén en los artículos 37 y 41, respectivamente, y no existe diferencia normativa respecto a los convenios mencionados.

Con relación a la materia de jurisdicción, sigue en parte a los mencionados CLC92 y FUND 92, pero contiene algunas diferencias debido ello a la distinta naturaleza de daño y ámbito de aplicación del Convenio SNP.

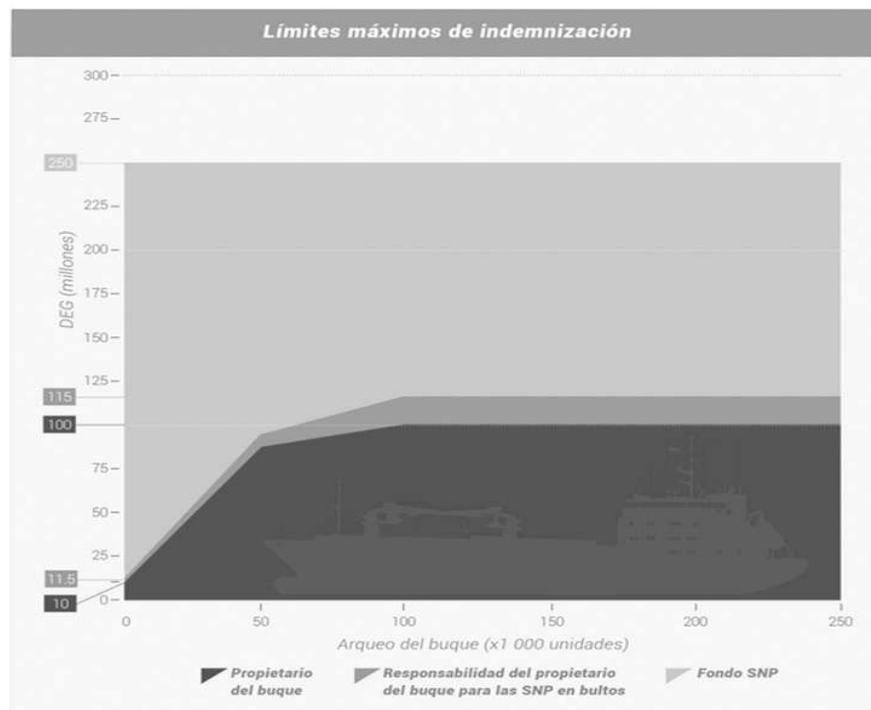
Respecto de *los daños ocasionados por contaminación* al medio ambiente se sigue el criterio del CLC92 y FUND92. Esto es, el Convenio determina la jurisdicción del Estado en cuyo territorio, aguas interiores, mar territorial o zona económica exclusiva se produjeron los daños o se tomaron las medidas preventivas (artículo 38 apar-

tado 1). Se reitera el comentario efectuado respecto de los convenios referidos: ello resulta de suma importancia al momento de considerar un Estado (como Argentina) la adhesión al Convenio, ya que prevalece la jurisdicción del Estado ribereño sobre la del pabellón.

En cuanto a *los daños distintos a los ocasionados por contaminación y ocurridos fuera del territorio, aguas interiores y mar territorial de un Estado*, se establece la jurisdicción del Estado de pabellón o de matrícula, o el Estado donde el propietario tenga su domicilio o en el que se haya constituido el fondo de limitación (artículo 38 apartado 2).

Sin embargo, si se constituye "el fondo en virtud del artículo 9, los tribunales del Estado en que se haya constituido el fondo serán los únicos competentes para dirimir todas las cuestiones relativas al prorratoe y distribución del fondo" (artículo 38 apartado 5). Este fondo debe constituirse en la jurisdicción establecida en el artículo 38.

El Convenio establece que la jurisdicción para accionar contra el Fondo es la misma donde se han iniciado acciones contra el propietario (artículo 39).



Fuente: FIDAC

### **C.3) Hidrocarburos para combustible (BUNKERS)**

#### **1. Introducción**

Al analizar los otros convenios se señaló que el combustible líquido de los buques que transporten hidrocarburos a granel alcanzados por el Convenio CLC92 se encuentran cubiertos por dicho Convenio no así el de los buques que transportan sustancias SNP.

En tal sentido, cabe referir que durante el transcurso de los debates preparatorios del Convenio SNP surgió la cuestión de si el combustible de los buques comprendidos por este régimen debía ser incluido o no en el mismo. Planteado esto, se arribó a la conclusión que no debía estar incluido en el convenio SNP ya que se apreció que debería ser objeto de un régimen particular más amplio que abarcara no solo a los buques de transporte sino también a otros tipos de buques (incluidos los pesqueros) –que necesariamente necesitan combustible para navegar– y que no se encontraban comprendidos por ningún régimen específico. Además, ciertos países ya estaban dictando normas al respecto, por lo cual surgía la conveniencia de un régimen uniforme.

La primera cuestión a resolver era determinar si el régimen a adoptar debería ser mediante un protocolo adicional a alguno de los convenios existentes o mediante la elaboración de un convenio autónomo. Para la primera opción se encontraron varias propuestas que indicaban protocolos al CLC, al Convenio MARPOL e incluso una modificación al Convenio LLMC. Pero si bien todas estas propuestas presentaban la situación favorable de un régimen normativo vigente y reconocido por la mayoría de los Estados miembros de la OMI, surgía la desventaja de vincularlo a un convenio con un ámbito de aplicación específico y que requería la modificación y adecuación de algunas normas de los convenios, pudiendo resultar complicada su elaboración y posterior aplicación. Mientras la segunda opción de un convenio autónomo presentaba la ventaja que podía aplicarse fácilmente a todos los buques, ya que permitiría resolver eficazmente las cuestiones específicas de un régimen propio.

Se decidió por esta segunda alternativa y desde un principio se adoptó un régimen similar a los convenios ya comentados (tanto es así que los documentos de trabajo siguieron el articulado de los convenios), con la particularidad que al no limitarse solo a los buques que transportan algún tipo de carga, no existiría un segundo nivel de participación en la reparación de los daños en el que contribuyera la carga, como ocurría en los regímenes descriptos anteriormente.

Cabe poner de relieve, antes de iniciar el análisis del convenio, algunos aspectos del convenio que resultaron centrales durante el debate. Aquí solo se mencionarán.

Uno de ellos fue el encauzamiento de la responsabilidad, el cual no solo se limita al propietario del buque sino que es ampliado a otros sujetos.

Un segundo aspecto fue el relativo a la limitación de responsabilidad en cuanto a la procura de uniformarla, lo cual traía aparejado que no todos los países eran Parte en los regímenes internacionales en la materia (convenios de LLMC76 o en su Protocolo 96) y a la diversidad de regímenes nacionales. Ello debido a que no establece un régimen autónomo sino que remite a los vigentes.

Finalmente, en la búsqueda de que la mayor cantidad de buques resultare comprendida en el régimen –lo cual implicaba un amplio universo– surgía la dificultad administrativa en la emisión del certificado respectivo previsto en el convenio –al igual que en los anteriores–, ya que produciría una excesiva carga administrativa.

## 2. Ámbito de aplicación

### Buque

El Convenio se aplica a las naves aptas para la navegación marítima y todo artefacto flotante en el mar, *del tipo que sea* (artículo 1º apartado 1). Adopta el texto del convenio SNP. Al igual que los otros convenios, los buques que no sean aptos para la navegación marítima no se encuentran alcanzados por el Convenio, esto es, por ejemplo, las embarcaciones fluviales. Pero sí lo está, como se expresó, una nave apta para la navegación marítima que se encuentra operando en el ámbito fluvial.

### Carga transportada

El régimen no establece que el buque deba transportar algún tipo de carga, por lo que, como ya se señaló, abarca a todos los buques de navegación marítima cualquiera sea su tipo. Esto es, no solo los buques mercantes sino los de pesca, lo cual señala la amplitud de aplicación del convenio.

Lo importante en este caso es determinar qué es lo que se considera combustible. El convenio adopta una definición amplia y dice "todos los hidrocarburos de origen mineral, incluidos los lubricantes, utilizados o que se vayan a utilizar para la explotación

o propulsión del buque y todo residuo de los mismos" (artículo 1.5). Sigue el texto del Convenios CLC92, pero no solo abarca los hidrocarburos persistentes sino a todos, e incluye los residuos.

### **Daños**

El Convenio *solo es aplicable a los daños por contaminación* como resultado de un incidente producido por combustible, y adopta el texto del Convenio CLC92.

Comprende entonces: "a) las pérdidas o daños ocasionados fuera del buque por la contaminación resultante de la fuga o la descarga de hidrocarburos para combustible procedentes de ese buque, dondequiera que se produzca tal fuga o descarga, si bien la indemnización por deterioro del medio ambiente, aparte de la pérdida de beneficios resultante de dicho deterioro, estará limitada al costo de las medidas razonables de restauración efectivamente tomadas o que vayan a tomarse; y b) el costo de las medidas preventivas y las otras pérdidas o daños ocasionados por tales medidas" (artículo 1.9). Se reproducen aquí los comentarios antes efectuados oportunamente sobre el particular.

En este aspecto se aparta del Convenio SNP que comprende otros daños distintos a los de contaminación.

### **Ámbito espacial**

El ámbito espacial es idéntico al del CLC92. Los daños se deben producir en el territorio de un Estado Parte, incluido su mar territorial, y/o en la zona económica exclusiva de un Estado Parte, establecida de conformidad con el derecho internacional, o, si un Estado Parte no ha establecido tal zona, en un área situada más allá del mar territorial de ese Estado y adyacente a dicho mar territorial determinada por ese Estado de conformidad con el derecho internacional y que no se extienda más allá de 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial de dicho Estado; y/o las medidas preventivas, dondequiera que se tomen, para evitar o reducir al mínimo tales daños (artículo 2).

Acá caben los comentarios efectuados al considerar dicho convenio. Solo se debe recalcar que no es determinante el lugar donde se produjo el derrame sino que el mismo cause un daño dentro de los referidos espacios marítimos.

**Exclusiones****- Buques de guerra**

Como ocurre en los anteriores convenios, tampoco se aplica "a los buques de guerra, buques auxiliares de la armada u otros buques cuya propiedad o explotación corresponda a un Estado y que estén destinados exclusivamente, en el momento considerado, a servicios no comerciales del Gobierno" (artículo 4.2).

**- Daños**

El Convenio no se aplica a aquellos casos en que es aplicable el Convenio CLC92, "sea o no pagadera una indemnización con respecto a ellos en virtud de ese Convenio" (artículo 4.1). Ello a fin de evitar una superposición de regímenes, como ya se dijera oportunamente. Es importante señalar que aquellos Estados que no son Parte en el convenio CLC92 o CLC69 no cuentan con un régimen indemnizatorio que comprenda este tipo de daño.

**3. Sujetos responsables. Régimen de responsabilidad****Encauzamiento de la responsabilidad**

Este es uno de los aspectos distintos de los anteriores convenios debido a que no existe un segundo nivel de responsables que contribuyan a la reparación de los daños, es decir, el interés de la carga. En dichos convenios se canalizaba la responsabilidad en un solo sujeto de derecho que es el identificado como propietario del buque, en los términos definidos en dichos convenios.

En este régimen se ampliaron los sujetos pasibles de responder por los daños ocasionados por el combustible del buque. En la operatoria o explotación de un buque pueden intervenir distintos personas jurídicas o de existencia visible –bajo distintas figuras contractuales particulares del derecho marítimo– por lo cual el convenio busca que todas las partes involucradas sean responsables de dichos daños, con miras a facilitar la obtención por parte de los damnificados de la pertinente reparación patrimonial.

En este sentido se decidió *ampliar la definición de "propietario"*, de modo tal que no solo sea el inscripto como tal sino a otras partes. El artículo 1.3 dice: "Propietario del buque": el propietario, incluido el propietario inscripto, *el fletador a casco desnudo, el gestor naval y el armador del buque*. Esta enumeración sigue el texto de otro convenio elaborado en el ámbito del Comité Legal: Convenio sobre

limitación de la responsabilidad nacida de reclamaciones de derecho marítimo, 1976 (Convenio LLMC). (Este es uno de los regímenes internacionales al cual se remite el Convenio al abordar la limitación de responsabilidad, lo cual apunta a la consistencia del régimen).

Otra decisión adoptada por el Comité Legal en esta misma dirección fue la eliminación de la norma que impedía promover acciones contra determinadas personas. En los convenios CLC y SNP no se permitía entablar acciones judiciales contra: 1) los empleados o agentes del propietario ni tripulantes; 2) el práctico o cualquier persona que preste servicios para el buque; 3) fletador, gestor naval o armador; 4) personas que realicen operaciones de salvamento con el consentimiento del propietario o siguiendo instrucciones de la autoridad pública; 5) personas que tomen medidas preventivas; o empleados o agentes de las mencionadas en 3, 4 y 5. Ello excepto que si los daños se originaron por una conducta de dichas personas, ya sea dolosa o temeraria y a sabiendas que originarían los daños, entonces, no pueden oponer lo preceptuado en esta norma. Esta eliminación permite que se pueda accionar contra dichos sujetos, pero no contra el definido como propietario del buque sino lo es en los términos del Convenio.

### **Responsabilidad objetiva**

Al igual que los otros Convenios se establece la responsabilidad objetiva del propietario del buque que solo puede exonerarse en determinados casos. Se encuentra establecido en el artículo 3. Respecto de ello, son aplicables los comentarios efectuados más arriba.

Un aspecto que lo diferencia es que debido a que en el concepto de "propietario de buque" resultan comprendidos varios sujetos –como ya se dijera– se determina que *la responsabilidad será solidaria* (artículo 3.2: "En caso de que más de una persona sea responsable de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1, su responsabilidad será solidaria").

### **Limitación de la responsabilidad**

Este es una de las cuestiones que merece especial atención en el análisis del Convenio. En los otros regímenes se adoptó un sistema propio sobre la base del sistema forfatario, en cambio en éste no se siguió el mismo criterio.

En el ámbito internacional existen distintos convenios sobre la materia, tanto el Convenio de Bruselas de 1924 como el de 1957 (Convenio internacional relativo a la limitación de la responsabilidad de los propietarios de buques que naveguen en alta mar y Convenio internacional relativo a la limitación de la responsabilidad de los propietarios de buques de navegación marítima, respectivamente) o el ya mencionado LLMC76 y su Protocolo de 1996. Además las legislaciones nacionales prevén otros sistemas diferentes a los regulados en dichos convenios.

Es por ello que, entre otras consideraciones, el establecimiento de una norma de remisión a los regímenes que cada Estado ya tenía vigente permitiría lograr una mayor adhesión de los Estados al Convenio.

El artículo 6 dice: "Nada de lo dispuesto en el presente Convenio afectará al derecho del propietario del buque y de la persona o personas que provean un seguro u otra garantía financiera de limitar su responsabilidad en virtud de cualquier régimen nacional o internacional aplicable, *como* el Convenio sobre limitación de la responsabilidad nacida de reclamaciones de derecho marítimo, 1976, enmendado".

El texto no impone régimen alguno sino que permite la aplicación de los distintos regímenes y la referencia al Convenio LLMC 76, en su forma enmendada, no es vinculante.

La Conferencia Diplomática aprobó una resolución mediante la cual insta a los Estados a que ratifiquen el mencionado Convenio en su forma enmendada en el año 1996 (resolución 1). Con ella se da un paso en dirección a la uniformidad del sistema de responsabilidad internacional.

En este mismo sentido se establece en el Convenio una norma sobre seguro que apunta en igual dirección, que comentaremos en párrafos más abajo.

Finalmente, el Convenio no tiene un régimen propio en cuanto a la pérdida del derecho a limitar la responsabilidad ni la obligación de constituir un fondo, como lo hacen los Convenios CLC y SNP. Ello como resultado de la norma de remisión comentada.

### **Garantía financiera o seguro obligatorio**

Diversas son las cuestiones a abordar sobre este tema. La primera es que en este Convenio al no tenerse en cuenta la carga

transportada, como ya se comentara, se debió adoptar otro criterio para fijar la obligatoriedad del seguro.

Entre dichos criterios se tuvo en cuenta la capacidad de los tanques de combustible líquido, o la eslora del buque o *el arqueo de buques*. Luego de extensos debates se resolvió por este último por ser el más utilizado y extendido en los convenios OMI.

Una segunda cuestión sobre la cual hubo un amplio debate durante las sesiones preparatorias y en la Conferencia Diplomática fue la determinación del tonelaje. En este debate surgieron dos aspectos: la relación entre el arqueo de buque y el tipo de combustible utilizado (pesado o liviano), y la carga administrativa que significaría al adoptarse determinado tonelaje. La amplitud llevaba de 300 tns a 5000 tns. de arqueo bruto. Cuanto menor fuera el tonelaje mayor cantidad de buques resultaban comprendidos y mayor cantidad de certificados debían emitirse.

Una tercera es la relativa a sobre quién recaía la obligación de mantener seguro. En los otros convenios el propietario del buque era sobre quién se encauzaba la responsabilidad, y solo él debía contar con seguro. En este Convenio la canalización se amplía a otros sujetos y de modo solidario. La exigencia de seguro a todos ellos, crearía una multiplicidad de certificados y de aseguradores, lo cual podría atentar contra una pronta indemnización de las víctimas.

Finalmente se decidió que solo *el propietario inscrito de un buque de arqueo bruto superior a 1000 matriculado en un Estado Parte* tendrá la obligación de mantener un seguro u otra garantía financiera (artículo 7.1).

Otra cuestión a analizar se refiere a la cobertura de la responsabilidad en cuanto a la cuantía del seguro, ya que en el convenio no se determinan límites de responsabilidad en razón a la norma de remisión a diversos regímenes de limitación. Resulta claro que el seguro debe ser suficiente para cubrir la responsabilidad prevista en cada uno de los regímenes a los que se remite. Sin embargo, se estableció un límite máximo de aseguramiento que era el determinado en el Convenio LLMC. El artículo citado establece que el seguro debe ser por "una cuantía igual a la de los límites de responsabilidad establecidos por el régimen de limitación nacional o internacional aplicable, pero en ningún caso superior a la cuantía calculada de conformidad con el Convenio sobre limitación de la responsabilidad nacida de reclamaciones de derecho marítimo, 1976, enmendado".

Al igual que en los Convenios CLC y SNP recae sobre el Estado Parte en que esté matriculado el buque la constatación de que el propietario cumple con dicha norma, cuya autoridad competente deberá emitir un certificado. Este certificado deberá llevarse a bordo del buque (artículo 7.2 y 7.4).

Asimismo, los Estados Parte asumen la obligación de que cualquier buque comprendido en el régimen establecido en el Convenio que entre o salga de sus puertos deberá contar con un seguro o garantía financiera como la indicada, sea o no dicho buque matriculado en un Estado Parte, esto es, dicho de otro modo, aun no siendo Parte del Convenio los buques matriculados en cualesquier Estado deberán contar con una garantía financiera o seguro. A tal efecto, el Convenio prevé que en el caso de un Estado no Parte, los buques matriculados en él podrán llevar a bordo un certificado emitido por un Estado Parte (artículo 7. apartado 12 y 2).

Finalmente, debido a la carga administrativa que significa la emisión y control de los certificados por la amplitud de buques comprendidos en el Convenio, se prevé que los buques no estarán obligados a llevar a bordo o presentar el certificado prescrito cuando entren en un puerto situado en su territorio o salgan de él o cuando arriben a una terminal mar adentro situada en su mar territorial o salgan de ella, siempre y cuando el Estado Parte que expida el certificado mantiene *un registro de formato electrónico* al que pueden acceder todos los Estados (artículo 7.12). Asimismo, se permite que los Estados deleguen la operatoria y emisión de los certificados en organizaciones reconocidas, tal como se lo hace en otros convenios de la OMI.

### **3. Otros aspectos**

El Convenio considera las cuestiones de jurisdicción, prescripción y reconocimiento de sentencias. Sobre ellas se adoptan igual soluciones a las del Convenio CLC 92.

El Convenio determina *una única jurisdicción* que es la del Estado en cuyo territorio, mar territorial o zona económica exclusiva se produjeron los daños o se tomaron las medidas preventivas (artículo 9). Aquí vale recordar la relevancia de esta norma al momento de considerar un Estado (como Argentina) la adhesión al Convenio, ya que prevalece la jurisdicción del Estado ribereño sobre la del pabellón.

En cuanto a la prescripción (artículo 8) y reconocimiento de

sentencia (artículo 10), se reproducen los comentarios formulados en los párrafos respectivos al analizar el Convenio CLC 92.

### **III. REMOCIÓN DE RESTOS DE NAUFRAGIO**

#### **1. Introducción**

El régimen normativo que se abordará en el presente no tiene como finalidad la reparación de daños provocados por contaminación provenientes de buques, como en los convenios CLC, FONDO, BUNKERS O SNP señalados, sino regular la relación entre un buque que ha naufragado, su Estado de abanderamiento y el Estado ribereño donde se ha producido el accidente marítimo, y establecer un régimen patrimonial para solventar los costos de la remoción de dicho buque.

Ocurrido un accidente marítimo y naufragado y/o hundido el buque, sus restos pueden ocasionar un riesgo a la navegación segura u ocasionar un incidente de contaminación. Si ello ocurriera en el mar territorial de un Estado, no cabe dudas del derecho de dicho Estado para regular sobre los procedimientos tendientes a evitar riesgos a la navegación e incluso a su remoción. De hecho es lo que ocurrió en las legislaciones nacionales. Sin embargo, no sucede lo mismo si ello ocurre más allá del mar territorial, aun teniendo en cuenta las atribuciones del Estado ribereño en su zona económica exclusiva. Al comenzar la consideración de estas cuestiones en el ámbito de la OMI solo se contaba con el Convenio internacional relativo a la intervención en alta mar en casos de accidentes que causen una contaminación por hidrocarburos, 1969.

La Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (CONVEMAR) no establece expresamente la jurisdicción del Estado ribereño sobre remoción de restos de naufragio más allá del mar territorial, aunque si dichos restos de naufragio pueden ocasionar una amenaza al ambiente marino podrían ser alcanzados por el artículo 56 1 b) y el artículo 221. Sin embargo, carecería de esas facultades si dichos restos no producen un riesgo de contaminación y solo ponen en riesgo la navegación, aunque parecería que esta posibilidad no sería de fácil ocurrencia debido a las profundidades existentes en dicho espacio marítimo.

La consideración de la remoción de restos de naufragio en el ámbito del Comité Legal se remonta a sus primeras sesiones –el 12

Período de Sesiones en el año 1972–, pero recién culminó su labor casi 35 años después, en el año 2007, en la ciudad de Nairobi, Kenya, con la aprobación del Convenio internacional de Nairobi sobre la remoción de restos de naufragio. Este dilatado período para el tratamiento de esta problemática se debió a distintas postergaciones en el programa de trabajo del Comité, ante el surgimiento de otros temas que merecieron prioridad, como fueron los convenios de responsabilidad referidos anteriormente o el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (Convenio SUA) y su Protocolo 2005.

Es a partir del año 1993 (69 Período de Sesiones) que las cuestiones relativas a la remoción de restos de naufragio fueron planteadas nuevamente en el Comité Legal y en el año 1995 algunos países europeos presentaron un documento proponiendo la adopción de un convenio internacional sobre la materia (LEG 73/11), que dio inicio al proceso que finalizaría en el año 2007.

El Convenio de Nairobi entró en vigor en el 14 de abril del año 2015 y son Parte 37 Estados, los que representan el 71.27% de la flota mundial.

## **2. Consideraciones generales**

Este Convenio tiene algunas características que marcan su particularidad y lo diferencian de los convenios de responsabilidad que fueron el eje central de la labor de Comité Legal.

La primera de ellas es que a diferencia de dichos convenios de responsabilidad, en la primera parte del Convenio de Nairobi prevalecen cuestiones de derecho público relativas a la localización, señalización y remoción de los restos de naufragio. Regulan la relación entre el buque –Estado de abanderamiento– y el Estado ribereño.

La segunda característica es que establece un régimen sobre la responsabilidad patrimonial del buque acotado a solventar solo los costos que demandan la localización, balizamiento y remoción de los restos de naufragio, aunque para ello adopta una estructura similar a los convenios aludidos.

Una tercera se refiere a que el Convenio y su régimen son de aplicación cuando los convenios de responsabilidad y otros convenios –que se señalarán más abajo– no sean aplicables, lo cual le daría un carácter que se podría denominar "residual".

Otra característica: el Convenio de Nairobi se originó ante la ausencia de un régimen específico que regulara sobre los restos de naufragio más allá del mar territorial y por ello su ámbito de aplicación debía ser la zona económica exclusiva. Sin embargo, se prevé su aplicación "en el territorio, incluido el mar territorial" de un Estado si así lo decidiere, para lo cual se debe seguir un procedimiento establecido en el propio Convenio. Esto permite la unificación normativa de los distintos regímenes nacionales aplicables en el respectivo mar territorial, que no exista duplicidad de regímenes en un mismo Estado, y tiende a la universalidad del mismo.

Por último, una especial mención debe hacerse respecto del establecimiento de un procedimiento de solución de controversias distinto al habitual para los convenios elaborados en el ámbito del Comité Legal. Ello así debido a la particularidad del Convenio en cuanto a las normas de derecho público, adoptándose una remisión a la parte pertinente de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar a fin de evitar inconsistencias.

### **3. Ámbito de aplicación**

El Convenio de Nairobi se aplica a los restos de naufragio que constituyen un riesgo en la zona de aplicación del Convenio (artículo 2). De ella surgen tres elementos que define el ámbito de aplicación tanto por el objeto (*restos de naufragio y que constituyan un riesgo*) como por el ámbito espacial (que se encuentren *en la zona definida en el Convenio*).

#### **A) Por el objeto**

##### **a) Restos de naufragio**

El Convenio establece que los restos de naufragio son aquéllos que se producen como *consecuencia de un siniestro marítimo*.

Se consideran restos de naufragio a: 1) *los buques varados o hundidos*, 2) todo objeto que haya caído al mar y que esté varado, hundido o a la deriva en el mar, y 3) *un buque que esté por hundirse o vararse* o del que se pueda razonablemente esperarse que ello ocurra, en la medida que no se hayan adoptados medidas eficaces para auxiliar el buque o bienes (artículo 1.4).

##### **b) Buque**

En el artículo 1.2 del Convenio se adopta –luego de extensos

debates en el Comité Legal– una definición amplia, de modo tal que resulte comprendida en el régimen pertinente la mayor cantidad de restos de naufragio. Se sigue a tal efecto la definición del Convenio MARPOL, pero excluye las plataformas fijas.

Se entiende por buque, entonces, a *"todo tipo de embarcaciones de navegación marítima*, incluidos los alíscafos, los aerodeslizadores, los sumergibles, los artefactos flotantes y las plataformas flotantes, salvo cuando tales plataformas estén emplazadas y dedicadas a la exploración, explotación o producción de recursos minerales del fondo marino".

Los buques de guerra resultan excluidos del ámbito de aplicación del Convenio (artículo 4), excepto que el Estado Parte decida lo contrario.

#### **c) Siniestro marítimo**

Se adopta también un criterio amplio, y se considera siniestro marítimo a un abordaje, una varada u *otro suceso de navegación o acaecimiento a bordo* que produzca daño material o pueda ocasionarlo (artículo 1.3).

#### **d) Riesgo**

Un buque varado o hundido como consecuencia de un siniestro marítimo debe constituir un riesgo, ya sea porque sea un "peligro o impedimento para la navegación" o "pueda razonablemente esperarse que ocasione perjuicios importantes para el medio marino, o daños para el litoral o los intereses conexos de uno o más Estados" (artículo 1.5). *La constitución de riesgo es central para la aplicación del convenio*.

#### **e) Exclusión**

El artículo 4 establece que no "será aplicable a las medidas adoptadas en virtud del Convenio internacional relativo a la intervención en alta mar en casos de accidentes que causen una contaminación por hidrocarburos, 1969, enmendado, o del Protocolo relativo a la intervención en alta mar en casos de contaminación por sustancias distintas de los hidrocarburos, 1973, enmendado".

Esta disposición es una de las que indican el carácter "residual" del Convenio.

**B) Espacial**

El ámbito espacial de aplicación del Convenio fue una cuestión que estuvo presente de modo recurrente durante los períodos de sesiones del Comité Legal y que recién se definió en la Conferencia Diplomática. Tanto es así que el texto aprobado en el Comité Legal (LEG/CONF.16/3) no preveía la norma optativa que se contempla en el artículo 4 sobre su aplicación al territorio, aguas interiores y mar territorial.

Como se hiciera mención, el eje principal del convenio era dar solución a la problemática atinente a los restos de naufragios que se situaran fuera del mar territorial de los Estados. Luego de prolongados debates se concluyó que el Convenio sería aplicado a lo que se denominó "zona de aplicación del Convenio". Ella es definida en el artículo 1.1 como la zona económica exclusiva o un área situada más allá del mar territorial adyacente a éste que no supere las 200 millas.

En el último período de sesiones del Comité Legal previo a la Conferencia Diplomática, donde se aprobó el mencionado documento que sería sometido a ella, se reabrió la discusión para que se incluyera una cláusula "*opt-in*" con la finalidad de que se aplicara también "al territorio, incluido el mar territorial".

En la Conferencia Diplomática varios países presentaron un documento a tal fin (LEG/CONF.16/12), mediante el cual se proponía unas modificaciones al proyecto de convenio de modo tal que fuera consistente con el derecho internacional, y en particular con CONVEMAR. Dicha propuesta fue receptada y aprobada en la Conferencia Diplomática y se incorporaron el artículo 3 párrafos 2, 3, 4 y 5, y el artículo 4 párrafo 4a y 4b.

En tal sentido, se prevé un mecanismo para que los Estados Parte de modo opcional, mediante una notificación al Secretario General de la OMI, pueden ampliar el ámbito de aplicación espacial.

No obstante esta opción, el Estado preserva sus derechos y obligaciones en el territorio, aguas interiores y el mar territorial, ya que se establece que puede "adoptar medidas con respecto a los restos de naufragio que se encuentren en su territorio, incluido el mar territorial, *que no sean la localización, balizamiento y remoción de conformidad con el presente Convenio*". A ello cabe agregar que las disposiciones del Convenio relativas a la responsabilidad del propietario y su aseguramiento *no se aplicarán a ninguna de las medidas adoptadas a esos efectos que no sean aquellas a que se refieran a la localización, señalamiento y remoción*.

**4. Procedimiento para la remoción de los restos de naufragio.**

La cuestión principal –desde una óptica jurídica– al considerar las medidas tendientes a la remoción de los restos de naufragio fue la necesidad de su consistencia con el derecho del mar y de la búsqueda de un equilibrio entre los derechos y obligaciones del Estado de Abanderamiento del buque y del Estado ribereño donde ocurrió el siniestro.

Como se explicara anteriormente, la ausencia de un régimen específico de remoción de restos de naufragio más allá del mar territorial hizo necesario la definición de un procedimiento que contemplara las medidas que se debían adoptar a tal efecto. El Estado de abanderamiento ejerce la jurisdicción exclusiva del buque en alta mar; y en la zona económica exclusiva de otro Estado mientras no se vean afectados los derechos del Estado ribereño (artículos 86, 87, 92, 94 y 56, 58 y 221 CONVEMAR).

El establecimiento de un procedimiento donde el Estado ribereño afectado pudiera actuar sobre los restos de un naufragio e imponer ciertas medidas para su remoción, requería determinar una obligación al propietario del buque de otro Estado y de la coordinación con éste. Estas cuestiones se fueron resolviendo en los artículos 5 a 9 del Convenio.

**A) Notificación**

El primer paso a seguir ante un siniestro marítimo es que sea notificado del suceso el "Estado afectado" (ribereño), conforme a la información establecida en el artículo 5.

Aquí surgen dos obligaciones. Una, que la obligación de informar recae sobre el capitán y armador del buque. La segunda es que se impone al Estado de abanderamiento la obligación de exigir al capitán y al armador la notificación al Estado afectado, cuyo derecho a ser informado surge del Convenio. Esto significa que la obligación de informar sobre el siniestro que recae sobre el armador o el capitán del buque es una obligación impuesta por el Estado de abanderamiento y no por el Estado ribereño.

**B) Determinación del riesgo**

Esta cuestión es *determinante para la aplicación del Convenio*, ya que de no existir este riesgo el Convenio no se aplica.

*Esta responsabilidad y (derecho) recae sobre el Estado afectado.*

El artículo 6 establece una serie de criterios a tener en cuenta para determinar el riesgo de un buque naufragado.

Asimismo, se le impone la obligación de *informar de ello "al Estado de matrícula del buque y al propietario inscrito"* (artículo 9.1a).

Cuando se establece la existencia del riesgo, el propietario inscrito, a la vez, debe presentar *constancia de seguro o garantías financieras requeridas por el Convenio* (artículo 9.3), una de las bases del régimen de responsabilidad previsto en la segunda parte del Convenio.

### **C) Localización**

El Convenio establece el deber del *Estado afectado* "de advertir a los navegantes y a los Estados interesados de la ubicación y naturaleza de los restos de naufragio con carácter de urgencia" y de "que se toman todas las medidas factibles para *determinar la ubicación precisa* de dichos restos de naufragio" (artículo 7).

### **D) Balizamiento**

El *Estado afectado* adoptará "todas las medidas razonables para su balizamiento", "con arreglo al sistema de balizamiento internacionalmente aceptado" (artículo 8).

### **E) Remoción de los restos de naufragio**

Las medidas a seguir para la remoción se encuentran en el artículo 9, el cual es central en la búsqueda del equilibrio de los intereses entre el Estado de abanderamiento y el Estado ribereño.

Primeramente, el Convenio establece que el responsable de la remoción de los restos de naufragio es el propietario inscrito, pero el *Estado afectado* tiene el derecho a exigir su remoción, como se verá en los párrafos siguientes. Asimismo, también puede exigir el seguro o garantía financiera respectivos conforme al Convenio (párrafos 2 y 3).

Para ello, se establecen dos normas esenciales para el régimen, donde surge claramente que los *Estados Parte* asumen ciertas obligaciones, ambas vinculadas a sus atribuciones como *Estado de abanderamiento*.

La primera expresa: "*Los Estados Parte adoptarán las medidas que sean pertinentes en virtud de su legislación nacional* para

garantizar que los propietarios inscritos en sus registros cumplan lo dispuesto en los *párrafos 2 y 3.*" (párrafo.9). (Esto es, obligación del propietario inscripto de la remoción de los restos de naufragio y contar con un seguro).

Se complementa con el párrafo 10 que dice: "*Los Estados Parte dan su consentimiento al Estado afectado para actuar* de conformidad con lo dispuesto en los párrafos 4 a 8, cuando sea necesario".

En tal sentido, entre las facultades asignadas al Estado afectado en dichos párrafos se establece la posibilidad de intervenir en la remoción para garantizar que se tengan en cuenta los aspectos ambientales y de seguridad; la fijación de un plazo para que se efectúe la remoción; si no procede el propietario inscripto a la remoción podrá realizar las operaciones pertinentes a tal fin, y, en los casos que sea necesario, adoptar medidas inmediatas –previo notificación al Estado de abanderamiento y al propietario– para proceder a la remoción (párrafos 5 a 8).

En síntesis, *el Estado afectado tiene el derecho a que el propietario inscripto remueva los restos de naufragio más allá del mar territorial hasta las doscientas millas marinas.*

Finalmente, como se recordará, el Convenio establece una cláusula opcional para que resulten comprendidos los restos de naufragios que se encuentren en el mar territorial (artículo 3.2). Se advertirá rápidamente que algunas de las normas comentadas en este apartado no resultan consistentes con los derechos del Estado ribereño en su mar territorial contemplados en CONVEMAR. Es por ello que el artículo 4 párrafo 4 ii) establece claramente que ciertas disposiciones de este artículo (párrafos 1, 5, 7, 8, 9 y 10) no son aplicables, preservando las atribuciones del Estado ribereño.

## 5. Régimen de responsabilidad del propietario

### A) Alcance

El régimen de responsabilidad previsto en el Convenio es *acotado y únicamente aplicable a "los costos de la localización, el balizamiento y la remoción de los restos de naufragio* realizados de conformidad con los artículos 7, 8 y 9" (artículo 10).

### B) Excepciones

Como ya se anticipara, el régimen de responsabilidad del Convenio no es aplicable cuando "la responsabilidad por dichos

costos entraría en conflicto" con otros convenios (artículo 11). Esta es otra de las normas que le dan al régimen un carácter "residual".

Dichos convenios son: 1) Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, 1969, enmendado; 2) Convenio internacional sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas, 1996, enmendado; 3) Convenio acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear, 1960, enmendado, o la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares, 1963, enmendada, o la legislación nacional que rija o prohíba la limitación de la responsabilidad por daños nucleares; o 4) el Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por los hidrocarburos para combustible de los buques, 2001, enmendado. La única condición es que "*el convenio pertinente sea aplicable y esté en vigor*" (artículo 11).

A ello cabe agregar que tampoco es de aplicación cuando se efectúen operaciones de salvamento de acuerdo a la legislación nacional o un convenio internacional. Entre estos convenios se encuentran el Convenio internacional sobre salvamento marítimo, 1989, o el Convenio sobre asistencia y salvamento, 1910 de Bruselas.

### **C) Encauzamiento. Responsabilidad objetiva**

El régimen de responsabilidad se encuentra establecido en el artículo 10, el cual sigue la normativa de los convenios de responsabilidad elaborados en el ámbito del Comité Legal.

Se establece la responsabilidad objetiva del propietario inscripto del buque y solo se puede exonerar en determinados casos. Asimismo, las acciones que se promuevan contra el propietario deben ajustarse a lo establecido en el Convenio.

A tal efecto, se define al "propietario como la persona o personas inscriptas como propietarias del buque" (artículo 1º apartado 8).

No se requiere una conducta culposa del propietario, siendo responsable por los costos de la localización, el balizamiento y la remoción de los restos de naufragio, excepto que el propietario pruebe que el siniestro tiene su causa en algunas de las tres que en el mismo Convenio se especifica en su artículo 10. Ellas son: 1) un acto de guerra, hostilidad, guerra civil o insurrección o a un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irresistible;

2) la acción o la omisión de un tercero que actuó con la intención de causar daños, o 3) la negligencia o acción lesiva de otra índole de cualquier Gobierno o autoridad responsable del mantenimiento de luces o ayudas náuticas.

Solo cabe añadir que en consonancia con el artículo 4 relativo a la cláusula opcional antes comentada, se establece que en un Estado Parte que la haya adoptado, podrán promoverse acciones contra el propietario inscrito en relación con los restos de naufragio que se encuentren en su territorio, incluido el mar territorial, relativas a otras cuestiones distintas a las que no sean la localización, balizamiento y remoción con arreglo al presente Convenio (artículo 10.3). Esto es, puede iniciarse acciones contra el propietario inscrito cuyo objeto sea distinto a lo previsto en el Convenio.

**D) Limitación de responsabilidad. Seguro obligatorio. Certificación. Acción directa contra el asegurador.**

También las disposiciones sobre estos aspectos del convenio son similares a la de los convenios de responsabilidad.

En los Convenios CLC y SNP se adoptó un sistema de limitación propio sobre la base del sistema forfatario, El Convenio Bunkers se aparta de ello y adopta un sistema distinto: establece *una norma de remisión* a los regímenes nacionales o los convenios internacionales de limitación de responsabilidad. El Convenio de Nairobi sigue el criterio del Convenio Bunkers.

En el ámbito internacional existen distintos convenios sobre la materia como el Convenio de Bruselas de 1924 y el de 1957 (Convenio internacional relativo a la limitación de la responsabilidad de los propietarios de buques que naveguen en alta mar y Convenio internacional relativo a la limitación de la responsabilidad de los propietarios de buques de navegación marítima, respectivamente) o el Convenio sobre limitación de la responsabilidad nacida de reclamaciones de derecho marítimo, 1976 (LLMC76) y su Protocolo de 1996. Además, las legislaciones nacionales pueden prever otros sistemas diferentes a los regulados en dichos convenios.

Es por ello que, entre otras consideraciones para adoptar este criterio, se entendió que el establecimiento de una norma de remisión a los regímenes que cada Estado ya tenía vigente, permitiría una mayor adhesión de los Estados al Convenio. Sin embargo ello atentaría contra el establecimiento de un régimen único en la materia.

La nota distintiva con respecto al Convenio Bunkers es sobre la determinación de los buques que deben contar con garantía financiera o seguro. Establece que "el propietario inscrito de un buque que enarbole el pabellón de un Estado Parte, y *cuyo arqueo bruto sea igual o superior a 300*, estará obligado a mantener un seguro u otra garantía financiera" (artículo 12).

Al igual que el Convenio Bunkers se establece, asimismo, que el seguro o garantía financiera deberá dar *cobertura a la responsabilidad pero nunca será superior a la cuantía del Convenio LLMC 96* (artículo 12).

Respecto del seguro o garantía financiera, se adopta lo preceptuado en los Convenios CLC, SNP y Bunkers en cuanto a que recae sobre el Estado Parte en que esté matriculado el buque la obligación de constatar que el propietario cumple con dicha norma, cuya autoridad competente deberá emitir *un certificado*. Este certificado deberá llevarse a bordo del buque (artículo 12, apartados 2 y 5).

Asimismo, en su rol de Estado Rector de Puerto, los Estados Parte asumen la obligación de que cualquier buque comprendido en el régimen establecido en el Convenio que *entre o salga de sus puertos* deberá contar con un seguro o garantía financiera como la indicada, sea o no dicho buque matriculado en un Estado Parte; es decir, aun no siendo Parte del Convenio *los buques matriculados en cualesquier Estado* deberán contar con una garantía financiera o seguro si entran a puerto de un Estado Parte. A tal efecto, el Convenio prevé que en el caso de un Estado no Parte, los buques matriculados en él podrán llevar a bordo un certificado emitido por un Estado Parte (artículo 12 apartado 12 y 2).

Finalmente, debido a la carga administrativa que significa la emisión y control de los certificados por la amplitud de buques comprendidos en el Convenio, se prevé que los buques no estarán obligados a llevar a bordo o presentar el certificado prescrito cuando entren en un puerto situado en su territorio o salgan de él o cuando arriben a una terminal mar adentro situada en su mar territorial o salgan de ella, siempre y cuando el Estado Parte que expida el certificado mantenga *un registro de formato electrónico* al que pueden acceder todos los Estados (artículo 12 apartado 13). Asimismo, se permite que los Estados deleguen la operatoria y emisión de los certificados en organizaciones reconocidas, tal como se lo hace en otros convenios de la OMI.

Por último, al igual que los convenios de responsabilidad se establece que se puede promover una acción directa contra el asegurador o el proveedor de la garantía de la responsabilidad del propietario, pudiendo hacer valer las defensas que este pudiera invocar, como así también, limitar su responsabilidad en los mismos términos de éste, aun cuando el propietario no pueda limitar y nunca será más allá del límite de su seguro (artículo 12 apartado 10).

Una observación final. El Convenio LLMC, en su artículo 18 permite excluir de su régimen las reclamaciones relacionadas con la remoción de restos de naufragio, con lo cual se aplican los regímenes nacionales: la uniformidad normativa buscada en este aspecto se vería debilitada. Ahora bien, en los Estados que fueran Parte en el Convenio LLMC y hubiesen efectuado la reserva señalada, pero que a la vez fueran Parte en el Convenio de Nairobi, los armadores solo tendrían que asegurar sus riesgos hasta el límite establecido en el LLMC 96: se uniforma la cobertura.

## **6. Otros aspectos**

El Convenio establece los mismos *plazos de prescripción* que en los convenios de responsabilidad (artículo 13).

## **7. Solución de controversias**

En su artículo 15 se consideran las cuestiones atinentes a *solucionar las controversias* respecto de la interpretación o aplicación del Convenio. Como ya se anticipara, el Convenio se aparta del procedimiento habitual al seguido en los convenios antes examinados.

Se establece que las mismas se resuelvan en una primera instancia "mediante negociación, investigación, mediación, conciliación, arbitraje, arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales o cualquier otro medio pacífico de su elección" (párrafo 1).

Si no se alcanzara solución en un plazo que no exceda de 12 meses, se aplicarán las disposiciones de la Parte XV de CONVEMAR, conforme al artículo 287.

En cuanto a los Estados no Parte en CONVEMAR, al ratificar, aceptar o aprobar el Convenio de Nairobi podrán elegir algunos de los procedimientos establecidos en el artículo 1º del artículo 287 de CONVEMAR. Esta disposición fue seriamente cuestionada por los Estados no Parte en CONVEMAR, y que no se previera una cláusula "optout". Esta cuestión constituiría una dificultad para su adhesión.

Cabe señalar que en el caso de hacerse uso de la cláusula "*opt in*", este artículo 15 no es aplicable a las controversias que susciten respecto de restos de naufragio en su mar territorial, aguas interiores y territorio.

### **Consideraciones finales**

El Convenio de Nairobi regula materias tanto del derecho internacional público como de derecho privado.

En cuanto a las primeras, cabe concluir que contribuye a reforzar la actuación del Estado ribereño en la zona más allá del mar territorial, sin alterar las atribuciones del Estado de abanderamiento, ni los principios de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar. En este sentido, la cláusula "*opt-in*" fue elaborada minuciosamente para que dichos principios no fueran alterados en el mar territorial de los Estados.

Respecto de las cuestiones de responsabilidad patrimonial, la primera reflexión que cabe formular es que el Convenio tiende a uniformar el régimen respectivo –al igual que los otros convenios de responsabilidad– mediante el establecimiento de la responsabilidad objetiva, limitada, asegurada y encauzada en el propietario del buque. Sin embargo, al no determinarse un sistema propio de limitación deja abierta la posibilidad de múltiples regímenes, solo unificados en cuanto a la cuantía máxima de su aseguramiento: convenio LLMC 96. Esto último es importante cuando un Estado que no es Parte en dicho convenio se adhiere al Convenio de Nairobi, ya que el régimen de limitación no se verá modificado.

Una segunda nota a señalar es que la norma de remisión a los regímenes de limitación tiende a favorecer la adhesión del Convenio de Nairobi, lo cual puede ser beneficioso si dicho régimen es adecuado; por el contrario, si no lo fuera, debería examinarse el régimen de limitación, ya sea mediante la adhesión al Convenio LLMC o la modificación parcial o integral de la legislación nacional.

En igual situación se encuentran aquéllos países que son Parte en el Convenio LLMC y han hecho uso de la reserva de su artículo 18.

Asimismo, en el análisis pertinente para la adhesión al Convenio de Nairobi debe tenerse presente la conveniencia de la adopción de la cláusula *opt-in*. Por un lado, su adopción uniforma el derecho sin distinguir el espacio marítimo en donde ocurre el hecho, lo cual es positivo. Sin embargo, de la comparación con el régimen vigente en

países como el nuestro puede surgir que no sea consistente con el del Convenio, ya que puede aplicarse a situaciones no contempladas en éste, por lo cual deberían ser compatibilizados.

En otro orden de consideraciones, el Convenio de Nairobi –como lo hacen el resto de los convenios elaborados en el ámbito de la OMI–, prevé que cuando un buque entra a un puerto de un Estado Parte debe exigirse el certificado requerido en el Convenio, más allá que el Estado de abanderamiento sea Parte. Dicho de otro modo, un buque matriculado en un Estado no Parte igualmente debe contar con dicho certificado si prevé entrar en puerto de un Estado Parte, lo cual implica que la Administración de aquel Estado debe contar con un sistema que permita que sus buques cumplan con dicha obligación. Esta es una cuestión que debe tenerse presente desde que el Convenio de Nairobi entró en vigor.

#### **IV. REPRESIÓN DE ACTOS ILÍCITOS CONTRA LA SEGURIDAD DE LA NAVEGACIÓN MARÍTIMA. CONVENIO SUA Y SU PROTOCOLO DEL AÑO 2005.**

##### **1. Introducción**

El 10 de marzo de 1988 se aprobó en Roma, Italia, el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación (SUA), siendo nuestro país uno de los veintitrés países que lo suscribieron. Junto con él se aprobó también un Protocolo que regulaba sobre Plataformas fijas en la plataforma continental.

Con ello culminó un intenso proceso que se inició con la aprobación de la Resolución 40/61 de la Asamblea de las Naciones Unidas de 1985, mediante la cual se "condena inequívocamente y califica de criminales a todos los actos, métodos y prácticas de terrorismo, dondequiera y por quienquiera sean cometidos, incluidos los que ponen en peligro las relaciones de amistad entre los Estados y su seguridad" e invitaba a la Organización Marítima Internacional a que estudiase "el problema de terrorismo *a bordo de barcos o contra éstos*, con miras a formular recomendaciones sobre la adopción de medidas apropiadas".

Dicho proceso se inició como consecuencia del conocido caso del buque "Achille Lauro" ocurrido el 7 de octubre de 1985. El control sobre este buque de pasajeros de bandera italiana fue tomado por un grupo de la Organización para la Liberación de Palestina que se encontraba a

bordo y amenazó matar a los pasajeros si no se cumplía sus requerimientos. El Dr. JOSÉ DOMINGO RAY en sesión pública de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, del 15 de septiembre de 1988, en una brillante exposición, efectuó una minuciosa descripción de los aspectos fácticos del caso y un examen de sus implicancias jurídicas (Anales-Año XXXIII-Segunda Época- Número 26).

Hasta el momento de ocurrir el mencionado caso, solo el artículo 15 de la Convención de Ginebra sobre Alta Mar (1958) y el artículo 101 y concordantes del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (1982) establecían normas respecto de actos que comprometían la seguridad de la navegación, al considerar el delito de piratería en alta mar. Aunque las características del caso del Achille Lauro no las hacían aplicable porque no se daban los presupuestos exigidos en el derecho del mar.

Muy distinto se presentaba la situación en el ámbito de la navegación aérea, donde ya existían tres convenios: el de Tokio de 1963, La Haya de 1970 y Montreal de 1971 (Argentina es Parte en los tres), que regulan la represión de actos ilícitos contra la seguridad aérea. Precisamente los dos últimos conjuntamente con los convenios de Naciones Unidas contra la toma de rehenes (1979) y contra la tortura (1983) conformaron el plexo normativo de base para la elaboración del convenio en estudio, pero fundamentalmente aquellos dos.

Resultaba necesario un instrumento internacional que diera una respuesta adecuada en el ámbito marítimo, que estableciera un marco normativo mediante el cual se reprimiera los actos que afectaban la seguridad de la navegación marítima como lo era en otros ámbitos. No solo la figura de "acto de piratería" previsto en CONVEMAR no era aplicable, sino que tampoco las normas relativas a ello eran suficientes.

Solo enunciaré dichos aspectos. El primero: los elementos para que un acto configure piratería, esto es, fines personales y acto cometido de un buque a otro (artículo 101), no se encuentran siempre en las conductas que caracterizan los actos en cuestión. Segundo, si bien cualquier Estado puede apresar un buque pirata o capturarlo como consecuencia de acto de piratería, la jurisdicción es facultativa, no se impone obligación alguna a los Estados de reprimir y sancionar (artículo 106). Los Estados solo se obligan a cooperar (artículo 100). Tercero, el acto de piratería contemplado en la CONVEMAR debe ocurrir fuera del mar territorial de un Estado.

El proyecto de convenio considerado por la Conferencia Diplomática había sido elaborado –sobre la base de un texto preparado por tres países– por un grupo *ad hoc* en el ámbito de la OMI en dos sesiones y, posteriormente, tratado en el período de sesiones del Comité Legal celebrado en octubre de 1987.

Sobre el proceso previo a la Conferencia diplomática y la elaboración del convenio, es oportuno efectuar una expresa mención acerca de la destacada participación de la Dra. MARTA OLIVEROS –Ministro de Embajada Argentina en Austria–. Una precisa y exhaustiva descripción y análisis de las distintas cuestiones y textos del convenio fueron publicados en el mismo año 1988 (*"El convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima y la responsabilidad del Estado"* –La Ley T1988-B doctrina– y *"El convenio de Roma de 1988 para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima"* - La Ley Año LII N°190).

Este convenio entró en vigor el primero de marzo de 1992. En la actualidad 166 Estados son Parte y representan el 95.16% de la flota mundial. En nuestro país fue aprobado por ley 24209.

Pero la problemática del terrorismo irrumpiría nuevamente en la OMI a raíz de los atentados de las Torres Gemelas de Nueva York ocurrido en septiembre del año 2000. Mediante la resolución 924 (22) de la Asamblea de la OMI se pide "que se revisen las medidas internacionales de carácter técnico y jurídico existentes, y se examinen otras nuevas con el objetivo de prevenir y reprimir los actos de terrorismo contra los buques y mejorar la seguridad a bordo".

En el campo de las medidas de carácter técnico, en el año 2002 es convocada una conferencia diplomática en la que se adoptan enmiendas al Convenio SOLAS, en particular, el Código internacional para la protección de los buques y de las instalaciones portuarias (Código PBIP).

Por su parte, el Comité Legal se abocó, entonces, a la revisión del Convenio SUA y su Protocolo y finalizó dicha labor en el año 2005 con la Conferencia Diplomática celebrada en Londres, que aprobó sendos Protocolos a los instrumentos del año 1988.

Así como en el Convenio del año 1988 las conductas tipificadas eran aquellas que atentaban contra el buque y sus pasajeros y tripulación, en esta ocasión se las tipifica desde una perspectiva diferente: el buque como un medio para la comisión de un acto delictivo, ya sea como su instrumento o como parte de la logística que contribuye a dicho acto.

**El Protocolo 2005 al convenio SUA entró en vigor el 28 de julio del año 2010. En la actualidad fue ratificado por 41 Estados que representan el 39.06% de la flota.**

*En el presente trabajo se abordarán solamente los aspectos centrales de ambos convenios.*

## **2. Convenio SUA 1988**

### **Ámbito de aplicación**

El Convenio adopta una definición amplia de buque al determinar que se aplica a "toda nave del tipo que sea", pero no incluye a aquéllas "sujetas de manera permanente al fondo marino" (artículo 1). Esta exclusión es debido a que estas son objeto del régimen establecido mediante el Protocolo aprobado en la misma Conferencia Diplomática.

Asimismo, no están comprendidos en el Convenio los buques de guerra, de policía o aduanera, y a los retirados de la navegación (artículo 2). Nótese aquí que la CONVEMAR asimila a los actos de piratería cometidos por un buque privado los perpetrados por un buque de guerra (artículo 102).

En cuanto al *ámbito espacial de aplicación* el elemento que lo define no es solo el ámbito geográfico donde se encuentre navegando el buque sino que lo importante es que *el plan de navegación sea internacional*. Esto es, que esté navegando o prevea navegar *más allá del mar territorial de un solo Estado*, no necesariamente del mar territorial del Estado de pabellón (artículo 4 párrafo 1).

Asimismo, si el "delincuente o presunto delincuente" se encuentra en un Estado parte distinto al Estado ribereño señalado en el párrafo anterior, también se aplica el Convenio (párrafo 2).

El Convenio no se aplica, entonces, cuando el delito se comete en el mar territorial de un solo Estado y el buque no tiene un plan de navegación internacional y el presunto autor o autor se encuentra en el territorio de dicho Estado.

Aquí también se marca una diferencia con la piratería contemplada en la CONVEMAR que solo es aplicable cuando ella ocurre en altamar o zona exclusiva económica, conforme a la remisión efectuada en la misma CONVEMAR)

### **Conductas delictivas**

En el artículo 3º se establecen las conductas que se consideran delictivas, en cuya tipificación no se encuentra ningún elemento

motivador o finalidad de naturaleza terrorista, lo cual hubiera sido obstáculo para la concreción del Convenio. Simplemente se describen acciones que atentan contra la seguridad de la navegación marítima, no solamente que produzcan un daño sino que generen peligro, pero que suelen pertenecer o estar asociadas a actividades de aquella naturaleza, tal como se desprende del preámbulo del Convenio.

Ellas son: apoderamiento o ejercicio del control mediante violencia u otra forma de intimidación; acto de violencia contra una persona a bordo; o destrucción o daños al buque o a su carga; o colocación de artefacto o sustancia que produzca los daños señalados *que puedan poner en peligro la navegación segura*; destrucción o daños importantes de instalaciones y servicios de navegación marítima, o difunda información falsa *que puedan poner en peligro la navegación segura*; lesión o muerte persona en relación con los actos anteriores (apartado 1). En todos los casos se requieren que sean "ilícitas e intencionales".

Asimismo, se establece el delito de amenazas de cometer algunos de los delitos señalados para que otro ejecute un acto o se abstenga de hacerlo, *si puede poner en peligro la navegación segura* (apartado 2).

También se prevén las figuras accesorias de la tentativa y la participación (apartado 2).

El Convenio SUA es, por una parte, más amplio que el de piratería de CONVEMAR en cuanto no requiere motivación alguna ni la presencia de dos buques, pero, por la otra, es necesario que la navegación segura se afecte o pueda ser afectada. Esto significa que algunas conductas delictivas del SUA pueden encuadrarse en las previsiones de la CONVEMAR y, viceversa. Los conocidos actos perpetrados fuera de las costas de Somalia en los últimos años podrían encuadrarse en los dos.

### **Obligaciones de los Estados**

**A)** El artículo 5 establece que cada Estado debe prever en su legislación los delitos contemplados en el Convenio SUA y establecer "penas adecuadas en las que se tenga en cuenta la naturaleza de dichos delitos". El ordenamiento penal interno de cada Estado debe tener la tipificación de los delitos y una adecuada pena. Este es el primer requisito para que no queden impunes las conductas previstas en el artículo 3º.

**B)** La segunda obligación impuesta a los Estados es que tome las medidas necesarias para establecer su jurisdicción (artículo 6º).

A este respecto, prescribe la posibilidad de que varios Estados puedan establecer jurisdicción ante un acto determinado, en algunos casos dicha jurisdicción es obligatoria y en otros es facultativa. Esta jurisdicción múltiple se determina en tanto exista un vínculo con el delito. Ello lo diferencia con la piratería prevista en la CONVEMAR donde, haciendo una excepción a la jurisdicción exclusiva del Estado de pabellón en altamar, el Estado del buque que haya efectuado el apresamiento de un buque pirata puede ejercer su jurisdicción. En este caso la jurisdicción es universal.

El artículo 6º determina tres jurisdicciones obligatorias y tres facultativas, sin que su enumeración establezca un orden de prelación entre ellas. La fuente de esta norma son los convenios sancionados en el campo de la navegación aérea y otros convenios de Naciones Unidas antes señalados. Las primeras son a) el Estado de pabellón del buque contra el que perpetró el delito, b) el Estado en cuyo territorio o mar territorial se lo perpetró o c) el Estado de nacionalidad del autor del delito (apartado 1). En la segunda categoría se encuentra a) el Estado de nacionalidad de las víctimas por muerte, lesión o amenazas, b) el Estado al que se intente obligar a hacer o abstenerse de hacer algo y c) el Estado donde tenga residencia habitual el autor cuando sea una persona apátrida (apartado 2).

Pero agrega también que el convenio no excluye ninguna jurisdicción ejercida de conformidad con la legislación interna de cada Estado (párrafo 5). Esto contribuye a dar amplitud a la intervención de los Estados a fin de que ningún acto resulte impune, y, por otro lado, a que no constituya un impedimento para los Estados al momento de su ratificación.

**C)** En el mismo artículo 6º en su apartado 4 se establece la obligación de que si el Estado en cuyo territorio se encuentre el presunto delincuente no concede la extradición a alguno de los Estados que pueden establecer jurisdicción conforme a lo señalado en párrafo anterior, debe, entonces, establecer su jurisdicción. En este caso se amplía el sistema de jurisdicción: no existe vínculo con el delito. Esto es la clave del Convenio SUA: *se extradita o se juzga*.

Esta norma es complementada con el artículo 10 mediante el cual se establece que si no procede la extradición se procederá a someter al presunto delincuente al procedimiento judicial pertinente, "sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido o no cometido en su territorio" (apartado 1) y adoptará las mismas condiciones que sean aplicables a cualquier "otro delito de

naturaleza grave de acuerdo a la legislación de dicho Estado" (apartado 2).

Lo dicho se complementa con las prescripciones del artículo 7º mediante las cuales se impone a los Estados Parte en cuyo territorio se encuentre el presunto delincuente o delincuente a detenerlo y a iniciar investigaciones preliminares o un procedimiento penal o de extradición y el deber de notificación a los Estados para que puedan ejercer jurisdicción.

**D)** El instituto de la extradición es central en el Convenio SUA, es por ello que en el artículo 11 se establecen diversas normas para que las conductas delictivas reprimidas en él sean consideradas como delitos extraditables y no resulten excluidas de los respectivos tratados y acuerdos sobre la materia.

**E)** Finalmente, se establecen obligaciones de cooperación entre los Estados, no solo en cuanto a prestar auxilio respecto a los procedimientos penales pertinentes, sino también en la prevención de los delitos previstos en el Convenio SUA, como intercambiar o brindar información sobre posibles delitos (artículos 12, 13, 14 y 15).

**F)** El Convenio SUA no establece norma alguna respecto de que los Estados deban establecer una excepción al principio de jurisdicción exclusiva del Estado de abanderamiento en altamar ante un delito de los contemplados en el mismo ni prescribe derecho u obligación alguna para visitar, detener o apresar un buque de otra bandera.

### **3. Protocolo 2005 al Convenio SUA**

#### **Ámbito de aplicación**

El Protocolo del 2005 no modifica el ámbito de aplicación espacial ni la definición de buque, como así tampoco, las exclusiones previstas en el Convenio SUA 1988.

Sin embargo, se agrega el artículo 2bis el cual prescribe que las actividades de las fuerzas armadas durante un conflicto armado, conforme al derecho internacional humanitario no estarán sujetas al Convenio, como así tampoco las actividades realizadas por dichas fuerzas en la medida que se rijan por otras normas del derecho internacional.

En dicho artículo se prevé también que el Convenio SUA no afectará los derechos, obligaciones o responsabilidades de conformidad a determinados tratados sobre no proliferación de armas

nucleares, armas bacteriológicas, y sobre armas químicas, respecto solo a los Estados Partes en dichos tratados. Esta cuestión ocasionó arduos debates y posiciones de cierta dureza de aquellos países que no eran Parte en el Tratado de no proliferación de armas nucleares (1968). Como se señalará más adelante, el transporte de ciertas cargas es incluida entre las conductas delictivas.

### **Definiciones**

El artículo 1º del Convenio SUA 1988 es modificado a fin de precisar una diversidad de términos utilizados para describir las nuevas conductas delictivas que se incorporan al convenio.

Entre ellos se encuentran las definiciones de transporte, de daños o lesiones graves, de armas BQN (bioquímicas, químicas y nucleares), sustancia química tóxica y de precursor. Estas definiciones son minuciosas y su sola mención da una orientación de la nueva tipificación de conductas en cuanto a –ya aludido anteriormente– que el buque es considerado como medio que contribuye a alguna acción vinculada a actividades terroristas.

### **Conductas delictivas**

El Protocolo del 2005 no modifica las establecidas en el Convenio de 1988, pero agrega nuevas figuras delictivas relativas al transporte de determinadas sustancias o armas, e incluso si transporta personas que han incurrido en algún delito de los previstos en uno de los convenios de Naciones Unidas que se anexan al Protocolo o si el buque es utilizado como instrumento de otro delito tipificado en el convenio.

A tal efecto se agregan los *artículos 3 bis, 3 ter y 3 quater* mediante los cuales se efectúa una compleja descripción del tipo penal. En algunos casos no solo es suficiente la conducta dolosa sino que se le agregan algunos elementos subjetivos, como cuando se transporta sustancias que pueden tener un uso dual. Esta cuestión fue de preocupación de las representaciones profesionales y gremiales de los tripulantes y otros actores del sector naviero, no solo por las consecuencias penales sino también porque el propio Protocolo prevé algunas disposiciones sobre el procedimiento para abordar buques en altamar que se desarrollarán más adelante.

El examen de dichas conductas excede el alcance del presente trabajo y solo se los referirá en forma resumida:

- Utilización del buque o su carga para intimidar a una población u obligar a un gobierno u organización internacional a realizar o abstenerse de hacer algún acto.
- Transporte de explosivos o material radiactivo *conociendo* que serán usados para causar o intimidar *ídem* anterior.
- Transporte arma BQN *conociendo* que es un arma BQN.
- Transporte de material básico, material fisionable y otros, *conociendo* su destino para la utilización en actividad nuclear explosiva o cualquier otra actividad nuclear no sometida a salvaguardias OIEA, *excepto* que se transporte desde o hacia un estado parte del tratado de no proliferación o bajo su control y cumpla ciertas condiciones.
- Transporte de cualquier equipo, materiales, etc., conexos que contribuya de modo importante al proyecto, fabricación o envío de arma BQN *con la intención* de que se use a tal fin.
- Transporte del autor de un delito SUA u otros previstos en nueve convenios de la misma naturaleza listados en SUA, *si tiene la finalidad* de ayudarlo a evadir el enjuiciamiento.
- Tentativa y participación de los apartados anteriores.

El Protocolo 2005 establece modificaciones sobre quiénes son los responsables penales de las conductas delictivas. En el Convenio 1988 solo las personas físicas se les puede atribuir responsabilidad penal –si bien se debatieron otras cuestiones, como si se incluía a alguien que actuaba en representación de un Estado o de otro tipo de organización– aquí se amplia a *las personas jurídicas* la posibilidad "cuando una persona responsable de su dirección o control, cometa en su calidad, un delito de los enunciados en el Convenio", ello sin perjuicio de la responsabilidad penal de las personas físicas que cometieran el delito. Aquella responsabilidad también podrá ser civil o administrativa (artículo 5bis).

#### ***"Boarding provisions"***

El Convenio SUA de 1988 no contemplaba norma alguna que permitiera a los Estados a intervenir ante uno de los actos delictivos previstos en él, excepto el establecimiento de su jurisdicción para reprimirlos, de conformidad a lo examinado en párrafos precedentes.

A diferencia de los actos de piratería previstos en la CONVEMAR que establece una excepción a la jurisdicción exclusiva del Estado de abanderamiento que todo buque de guerra u otros asimilados

jurídicamente a él de otro Estado puede ejercer el derecho de visita en alta mar (artículo 110), en el Convenio SUA no se establecía ningún procedimiento o mecanismo conducente para ejercer un efectivo control que permitiera prevenir y reprimir los mencionados delitos. Es por ello que en el año 2005 se aprobó *el artículo 8 bis* que estableció un minucioso procedimiento a tal efecto *para ser aplicado a buques que se encuentren fuera del mar territorial de un Estado*.

En sus extensos 15 párrafos determina, sobre la base de la obligación de cooperar de los Estados para prevenir y reprimir los delitos contemplados en el Convenio, un procedimiento que permite interceptar, visitar y registrar un buque, su carga y las personas a bordo, de pabellón de otro Estado.

Este procedimiento no es una excepción a la jurisdicción exclusiva del Estado de pabellón, sino que parte de la autorización de éste para que se actúe en consecuencia. A tal efecto, se establece un mecanismo para obtener dicha autorización similar a los que se adoptaron en otros ámbitos internacionales.

El Estado requerido puede rehusar a dar la autorización, o realizar la inspección y visita conjuntamente con el requirente, o efectuarlo mediante agentes propios, o dar la autorización, la cual deberá ser *expresa*. Asimismo, se prevé que al depositar el instrumento ratificadorio un estado pueda efectuar una notificación mediante la cual se formula una *autorización general* o una *autorización tácita* si transcurridas cuatro horas de efectuado un requerimiento no hubiere respuesta (apartados 1 a 5). Asimismo, los Estados tienen la obligación de designar la entidad/es gubernamental/es que gestionarán dichas autorizaciones y notificar al Secretario General de la OMI (apartado 15).

El mencionado artículo contempla la posibilidad de concretar acuerdos para facilitar las operaciones, como así también, para que se elaboren procedimientos operacionales uniformes para operaciones conjuntas y su armonización con otros Estados (apartados 12 y 13).

*El Estado de abanderamiento mantiene la jurisdicción sobre el buque retenido, las personas, la carga y la acción penal*, aunque puede consentir que otro Estado de los enumerados en el artículo 6 del Convenio ejerza jurisdicción.

Dada la autorización, el Estado requirente tiene la obligación de informar "sin dilación" al Estado de abanderamiento del resultado del procedimiento, no solo respecto de los delitos previstos en el Convenio sino de toda otra conducta ilegal que no estén previstas

en el mismo. De comprobarse las conductas tipificadas en el Convenio se podrán adoptar determinadas medidas si son asentidas por el Estado de abanderamiento, como la retención del buque, la carga y personas a bordo. Cualquier medida adicional requiere una expresa autorización (artículo 6 a 8).

El artículo 8bis contiene una diversidad de normas tendientes a salvaguardar los derechos de los distintos intereses involucrados: buque, carga, tripulación, el Estado abanderamiento y el Estado ribereño. Solo se mencionarán las que se consideran más importantes.

- Los procedimientos solo pueden ser ejecutados por funcionarios gubernamentales autorizados embarcados en buques de guerra o aeronaves militares u en otros al servicio de un gobierno y autorizados a tal fin, los cuales deberán exhibir la respectiva documentación (apartado 10 incs. d y e).

- Durante el procedimiento el uso de la fuerza debe ser evitado y solo se podrá recurrir a ella para garantizar la seguridad de los funcionarios y de las personas o se obstaculice el procedimiento, y solo "en grado mínimo que sea necesario y razonable en las circunstancias" (apartado 9).

- Se establece que todas las personas reciban trato de modo que se garantice la "dignidad humana" conforme al derecho internacional y en particular sobre derechos humanos, que se eviten la demora y retención indebidas, y que el capitán del buque pueda comunicarse con el propietario del buque y el Estado de pabellón a la "mayor brevedad posible" (apartado 10 inc. a).

Finalmente, cabe destacar que este procedimiento "no es de aplicación ni limita a otras visitas a buques" realizadas de conformidad con el derecho internacional fuera del mar territorial, lo cual parecería redundante. Sin embargo se consideró adecuada su inclusión a fin de distinguirlos de otros mecanismos previstos en el derecho internacional, como son el derecho de visita o la asistencia de vidas humanas en peligro (apartado 11).

## REFLEXIONES FINALES

El presente documento ha tenido la finalidad de recordar la actividad de los primeros cincuenta años del Comité Legal de la Organización Marítima Internacional mediante una revisión y breve examen de los instrumentos jurídicos elaborados en su seno.

Se puede afirmar que ha cumplido un ciclo en el cual se abordaron los principales aspectos sobre la responsabilidad civil causados por buques y que esta prolífica labor ha contribuido a la uniformidad del derecho marítimo teniendo en cuenta la cantidad de Estados que son Parte en dichos convenios y el porcentaje de flota alcanzado por ellos.

Esto mismo puede decirse respecto de los instrumentos que han sido objeto de consideración de la problemática de los actos terroristas ocurridos en el ámbito marítimo y cuya solución sectorial ha establecido un plexo normativo que impide que dichos actos resulten impunes.

Nuestro país solo es Parte en unos pocos convenios de los analizados en este documento. Su incorporación significaría una modernización de la legislación nacional acorde con los avances alcanzados en la comunidad marítima internacional y contribuiría a la uniformidad normativa, cuestión destacable debido a la internacionalidad de esta materia.

En este sentido, dicho proceso de incorporación de la normativa internacional implica una revisión de los institutos centrales del derecho marítimo y la búsqueda de un equilibrio de los intereses de los actores de la actividad marítima y de la sociedad en general.

Ello puede resultar un desafío de magnitud pero a la vez necesario e impostergable.

**SECCIÓN  
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**



# **DESAFÍOS ACTUALES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE FAMILIA**

*CURRENT CHALLENGES  
OF FAMILY INTERNATIONAL LAW*

*Relatora: Esp. NIEVE RUBAJA \**

## **RESUMEN**

El Derecho internacional privado de familia en la actualidad está teñido de dos factores que, a su vez, se encuentran en una constante sinergia: a) el reconocimiento de las nuevas realidades familiares y sociales que junto a los avances de la biomedicina han producido un ensanchamiento en el concepto tradicional de "familia"; y, b) un obligado enfoque de derechos humanos. En consecuencia, se identifican desafíos tanto de índole procesal como sustancial. Para hacerles frente el Derecho internacional privado cuenta con las riquezas del pluralismo metodológico, la cooperación interna-

\* Especialista en Derecho de familia, Doctoranda en Derecho internacional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Profesora adjunta en la Universidad de San Isidro Dr. PLÁCIDO MARÍN y en la Universidad Nacional de JOSÉ C. PAZ, Profesora en grado y posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Investigadora UBACyT, Miembro titular de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado y de la Sección de DIPr. del Instituto de Derecho Empresarial de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y del Instituto de Derecho Internacional Privado del Colegio de Abogados de la Capital Federal. Correo electrónico: nieverubaja@derecho.uba.ar.

cional y otros recursos que pueden contribuir al hallazgo de soluciones que garanticen los derechos humanos involucrados en cada temática.

### ABSTRACT

Family International Law is currently characterized by two factors that, in turn, are in constant synergy: a) recognition of new family and social realities that together with advances in biomedicine have broadened in the traditional concept of "family"; and, b) a mandatory human rights based approach. As a result, both procedural and substantial challenges have been identified. To face them, the richness of methodological pluralism, international cooperation and other resources of Private International Law can contribute to find solutions that guarantee the human rights involved in each topic.

### PALABRAS CLAVE

Derecho internacional privado - Derecho de familia - Derechos humanos - Derechos del niño - Código Civil y Comercial.

### KEYWORDS

Private international law - Family law - Human rights - Children's rights - Civil and Commercial Code.

### SUMARIO

**Introducción.** **I. Marco teórico.** **A.** Nuevas realidades familiares y sociales. Avances de la tecnología y la biomedicina. Ensanchamiento del concepto de "familia". Continuo dinamismo. **B.** Enfoque obligado de derechos humanos. **II. Desafíos procesales.** **A.** Aprovechamiento de recursos tecnológicos en procesos de familia: **1.** Redes de cooperación jurídica. **2.** Comunicaciones judiciales directas. **3.** Videoconferencias: entre autoridades e intrafamiliares. **4.** Otros. **B.** Posibilidades de llevar a cabo procesos interjurisdiccionales. **C.** Acuerdos extrajudiciales o de mediación. Reconocimiento y ejecución en otros países: **1.** Complejidad de la problemática desde el enfoque de derecho internacional privado. **2.** La labor de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: los avances del Grupo de Expertos sobre Reconocimiento y ejecución de

acuerdos voluntarios en disputas familiares que involucran niños. **D.** El "drama" que ocasionan las demoras en casos de sustracción internacional de niños: **1.** Algunos avances a nivel nacional. **2.** Interrogantes. **III. Desafíos sustanciales.** **A.** La esencia de la nueva regulación (Código Civil y Comercial de la Nación): **1.** Diálogo de fuentes. Aplicación integral de las disposiciones de derecho internacional privado. **2.** El impacto del sustancialismo en el método conflictual. **3.** Avances de la jurisprudencia nacional. **B.** La situación en Argentina de los niños nacidos en el extranjero mediante el empleo de técnicas de gestación por sustitución: la protección de sus derechos fundamentales. **1.** Soluciones metodológicas del derecho internacional privado argentino. Interrogantes. **2.** La labor de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: los avances del Grupo de Expertos sobre Filiación. **C.** Uniones convivenciales o no matrimoniales y su impacto en casos internacionales. Desafíos del derecho internacional privado. **1.** Situaciones familiares entre los miembros de la unión. Soluciones que ofrece el derecho internacional privado argentino. **2.** Situaciones familiares respecto de los hijos. Viabilidad de las soluciones plasmadas en los convenios internacionales existentes. **3.** Posibles soluciones uniformes a nivel internacional: **a.** Labor de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (1987-2017); **b.** Acuerdo Mercosur/CMC/DEC. N° 58/12 (no vigente). **D.** Ratificación e implementación en la Argentina de Convenciones internacionales existentes para la protección del derecho internacional privado de la niñez. **1.** Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, 1993. Riesgo de tráfico. Interrogantes. Desafíos en su implementación. **2.** Convenio de La Haya sobre Cobro Internacional de Alimentos para los niños y otros Miembros de la Familia, 2007. Desafíos en su implementación. **Conclusiones.**

## Introducción

Cabe, en primer lugar, realizar una aclaración en torno a la elección del tema del Relato, el enfoque metodológico en su abordaje y, consecuentemente, el esquema a plantear.

En el XVIII Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, que se llevara a cabo en la localidad de La Matanza, Provincia de Buenos Aires, surgió la idea de centrar la temática del siguiente Congreso en algún tema del Derecho internacional privado (en adelante, DIPr) de la familia. En razón de los diferentes ejes problemáticos y desafíos pendientes que se presentan en esta área, la decisión se inclinó por plantar un panorama amplio de modo que pudieran incluirse inquietudes y debates sobre diversas aristas. Ello, en modo alguno implicó que no se persiguiera un análisis profundo con el debido debate de tales cuestiones; por el contrario, era un anhelo que las ponencias que se presentaran en ocasión del Congreso en la ciudad de Mendoza abordaran los temas que se presentaron, e incluso otros, y que luego de su tratamiento en la Sección de DIPr se arribaran a conclusiones que resultaran útiles tanto a los fines de posibles mejoras a nivel legislativo como aportes a nivel jurisprudencial y académico. Hoy, luego de dicho evento, podemos aseverar que este objetivo se ha cumplido, ya que en dicha ocasión se recibieron 20 ponencias y, luego de un profundo debate, se arribó a 20 conclusiones.

En dicho afán el recorte metodológico que se efectuará para desarrollar el Relato se basó en los siguientes parámetros u objetivos: detectar los desafíos actuales del DIPr de familia, lo que implicó advertir desafíos novedosos pero, lamentablemente, conllevó a incluir también desafíos aún pendientes; se enfocaron tales desafíos desde la perspectiva del DIPr argentino y de los trabajos que se han desarrollado en la búsqueda de soluciones uniformes en foros internacionales, especialmente la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (en adelante, HCCH) que se ha ocupado activamente de esta labor; se asumió que el Relato no tenía una aspiración a convertirse en un estudio doctrinal ni exhaustivo de cada una de las problemáticas que trata sino, por el contrario, se estimó que el lector poseía un conocimiento previo de cada área y, por lo tanto, el objetivo consistió en ofrecer interrogantes y/o disparadores que invitaran a la reflexión y al debate de modo que condujeran a posibles soluciones superadoras y a conclusiones comunes y consensuadas.

En esta meta, la relatora se hizo cargo de haber tomado una inevitable decisión discrecional en la selección de los desafíos elegidos y fueron estructurados en dos ejes: uno de índole procesal y otro sustancial.

De este modo, el análisis se ancló en un marco que atiende

ineludiblemente a dos factores: a) el reconocimiento de las nuevas realidades familiares y sociales que caracterizan a estos tiempos que junto a los avances de la tecnología y la biomedicina han producido un ensanchamiento en el concepto tradicional de "familia"; y b) un obligado enfoque de derechos humanos.

Los desafíos de índole procesal elegidos tienen su esencia en: a) el aprovechamiento de los avances de la tecnología en esta rama del derecho; b) la cooperación y participación activa y conjunta de autoridades judiciales de distintos Estados de manera simultánea o coordinada; c) los beneficios que ofrecen las soluciones alternativas de disputas en ámbitos familiares en los que los niños se encuentran involucrados y la necesidad de que éstos estén dotados de efectividad; y, d) la necesidad de hallar respuestas en tiempos apropiados para los conflictos derivados de la sustracción internacional de niños.

Los desafíos de índole sustancial se focalizan en: a) captar la esencia de la nueva regulación de fuente interna a la hora de ofrecer soluciones a casos de DIPr de familia; b) la protección en Argentina de los derechos de los niños nacidos mediante la técnica de gestación por sustitución en el extranjero; c) las situaciones que se generan a partir de las uniones convivenciales, tanto entre los miembros de las uniones como respecto de sus hijos, que requieren soluciones del DIPr; d) la posibilidad de ratificar e implementar en Argentina dos convenciones internacionales para la protección del DIPr de la niñez.

## I. MARCO TEÓRICO

### **A. Las nuevas realidades familiares y sociales. Avances de la tecnología y la biomedicina. Ensanchamiento del concepto de "familia". Continuo dinamismo.**

Las nuevas realidades familiares tienen origen en diversos factores, entre ellos: el reconocimiento legal del escenario social; los avances que la tecnología ha implicado en la vida cotidiana de los sujetos; y, particularmente, la biomedicina que ha permitido concretar el proyecto familiar de la procreación en situaciones particulares en las que antes ello no resultaba posible, mediante el desarrollo de las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, TRHA).

Indudablemente, ello ha conllevado al ensanchamiento del concepto de "familia" que sigue siendo protagonista de un continuo

dinamismo<sup>1</sup>. Este contexto, sumado a la constante y creciente internacionalización de las relaciones familiares –a raíz de la flexibilidad en las fronteras nacionales y de las variadas circunstancias por las que hoy en día los sujetos se desplazan y/o se establecen en otros Estados–, ha impactado en el DIPr de familia y ha traído aparejados diversos desafíos tanto de tipo procesal como sustancial a los fines de garantizar la protección de la familia y los derechos de todos sus miembros, especialmente de los niños.

### **B. Enfoque obligado de derechos humanos.**

Este enfoque obligado tiene sustento tanto en los tratados de derechos humanos que tienen rango constitucional en nuestro país (art. 75 inc. 22 CN), especialmente en la Convención sobre los derechos del niño (en adelante, CDN). Asimismo, en los estándares alcanzados en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (Corte interamericana de Derechos Humanos –en adelante, CIDH–, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Opiniones Consultivas, etc.) en su interpretación.

Excede el objeto de este Relato profundizar sobre este aspecto por lo que nos limitaremos a enunciar algunos de los derechos que estimamos se encontrarán en juego en situaciones familiares que requieran del DIPr para restablecer y garantizar su plena satisfacción:

- a) Derecho a formar una familia y a su protección: en el ámbito americano el reconocimiento a la protección estatal de la familia y de los niños surge de varios tratados de derechos humanos. Cabe aludir, primordialmente, a la CDN que parte en su Preámbulo del convencimiento que "la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad". Luego, en el art. 9, los Estados se han obligado a no separar al niño de sus padres "... excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen,

<sup>1</sup> Entre otros, KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, "Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014", *Revista jurídica La Ley*, Vol. 2014-E, p. 1 a 5. URIONDO DE MARTINOLI, AMALIA, *Lecciones de Derecho Internacional Privado. Relaciones de Familia. Código Civil y Comercial de la Nación*, Editorial Lerner, 2017, p. 33 y ss.

de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño"; y, en el art. 10.2 se contempla "...el derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres". Cabe mencionar que esta protección surge también de lo dispuesto en los arts. 20 y 21 a) en relación a la protección que merecen los niños que estén temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio; en tales circunstancias, los Estados garantizarán otros tipos de cuidado, entre ellos, la adopción que deberá ser otorgada en procedimiento serios, transparentes y en garantía plena de sus derechos. Igualmente, en el art. 35 los Estados se obligan a impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma<sup>2</sup>.

En definitiva, de estas fuentes puede inferirse la consagración de la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad que tiene derecho a la protección del Estado.

- b) Derecho a la estabilidad en las relaciones familiares y a que los estados de familia adquiridos no sean claudicantes<sup>3</sup>. Este derecho es resultante de otros tales como la consideración del interés superior del niño, el derecho a la identidad, a mantener contacto con ambos progenitores, entre otros, y adquiere una especial dimensión a partir de la internacionalidad de las relaciones familiares puesto a que se

<sup>2</sup> Cabe recordar que la Argentina es parte del Protocolo facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en pornografía, 25/7/2000 (Resolución A/RES/54/263 de la Asamblea General de la ONU) y del Protocolo Adicional a la Convención de las Naciones Unidas contra la criminalidad organizada que busca prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, en particular de mujeres y niños, 15/11/2000 (Resolución A/RES/55/25 de la Asamblea General de la ONU).

<sup>3</sup> BARATTA, ROBERTO, "La reconnaissance internationale des situations juridique personnelles et familiaires", en *Recueil des Cours*, tomo 348, LEIDEN: BRILL NIJHOFF, 2011, p. 272. La Prof. FRESNEDO DE AGUIRRE, con cita a JAYME sostiene que el DIPr puede y debe desempeñar un rol útil en la estabilidad y continuidad de las relaciones privadas a través de las fronteras. FRESNEDO DE AGUIRRE, CECILIA, "Public policy: common principles in the American States", *Recueil des Cours*, tomo 379, LEIDEN: BRILL NIJHOFF, 2016, p. 200.

enfrenta al desafío que implica su desplazamiento a través de las fronteras estatales<sup>4</sup>.

- c) Derecho a la igualdad: este derecho se pondrá en acción en casos de DIPr de la familia, tanto respecto de los adultos y, especialmente, respecto de los niños. En el primer caso, por ejemplo, mediante la prohibición de discriminación a partir de la orientación sexual de los sujetos o su estado civil; y, en el segundo, por ejemplo, en cuestiones relativas al derecho a cuidados parentales, filiación, etc. En tal sentido, es dable mencionar que al enunciar las bases sobre las que se prohíbe la discriminación el art. 1 del Pacto de San José de Costa Rica culmina con "cualquier otra condición social"; en igual inteligencia, el art. 2 de la CDN reza "cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales". Ello deja un amplio margen interpretativo que deberá ser tenido en cuenta en los casos de nuestra materia, tal como se analizará más adelante.
- d) Derecho a la identidad, a la nacionalidad, y a conocer los orígenes. El derecho a la identidad, en el ámbito americano, está contemplado en diversos tratados de derechos humanos y, específicamente, en la CDN, arts. 7 y 8. Así, en lo relativo a esta temática, corresponde aseverar que los Estados reconocieron y se comprometieron a velar porque se respete el derecho de los niños a su inscripción posterior al nacimiento, a la adquisición de una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos. Igual compromiso asumieron respecto del derecho a la identidad que –en los términos convencionales– incluyen a la nacionalidad y las relaciones familiares dentro de su contenido; específicamente, cuando un niño fuera privado de algún elemento de su identidad los Estados asumieron la obligación internacional de prestar la asistencia y protección apropiadas para restablecer su identidad. El derecho a conocer los orígenes tiene en nuestro país una impronta particular, especialmente

<sup>4</sup> RUBAJA, NIEVE, "El Derecho internacional privado al servicio de los derechos fundamentales de los niños nacidos por el empleo de la gestación por sustitución en el extranjero" en Coord. JOSÉ ANTONIO MORENO RODRÍGUEZ y CLAUDIA LIMA MARQUES, *Los servicios en el derecho internacional privado. Jornadas de la Asadip 2014*, Porto Alegre, Asunción, Gráfica y Editora RJR, 2014.

como consecuencia de las situaciones vividas durante el proceso militar en el que muchos niños fueron sustraídos y sus identidades sustituidas<sup>5</sup>. En el campo de DIPr este derecho se activará especialmente en casos de adopción y de gestación por sustitución.

- e) Derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta, especialmente contenido en el art. 12 CDN. La escucha del niño deviene de fundamental importancia también en los casos de DIPr. En este contexto, deberán considerarse los nuevos recursos que ofrece la tecnología cuando el niño no se encuentra en el mismo lugar que el juez competente y, asimismo, deberá atenderse al alcance de esta opinión en las diferentes áreas del DIPr de familia, por ejemplo, en el esquema o excepciones que prevén los mecanismos convencionales sobre restitución internacional de niños.
- f) Interés superior del niño, este principio es un concepto versátil por varias razones funcionales que hacen a su amplia operatividad. Por un lado, puesto que el interés superior del niño diferirá y, por lo tanto, tendrá una aspiración diferente en cada campo temático (por ejemplo, adopción, sustracción internacional, alimentos, etc.). Además, en cada campo puede delinearse un interés del niño de tipo "genérico" en la meta de concretar los derechos fundamentales que se encuentren en juego en ese tipo de problemática<sup>6</sup>; aunque, a su vez, este concepto cuenta con la virtud de captar este interés en cada caso particular y en cada niño, que puede o no coincidir con esa generalidad. En definitiva, en cada caso de DIPr este interés será el que materialice el contenido de la justicia de su solución permitiendo restablecer y asegurar los derechos fundamentales que se encuentren en juego en tiempo razonable.

<sup>5</sup> Tan así es que el derecho a la identidad deberá ser garantizado en sus dos fases, la dinámica y la estática. Entre otros, FERNANDEZ SESSAREGO, CARLOS, *Derecho a la identidad personal*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 19 y ss.

<sup>6</sup> Un claro ejemplo la previsión de la Ley Modelo interamericana desarrollada en materia de sustracción internacional de niños contenida en el art. 2º, segundo párrafo, en el que define a al interés superior del niño como "...el derecho a no ser trasladado o retenido ilícitamente y a que se dilucide ante el Juez del Estado de su residencia habitual la decisión sobre su guarda o custodia; a mantener contacto fluido con ambos progenitores y sus familias y a obtener una rápida resolución de la solicitud de restitución o de visita internacional".

Es por esto que el reconocimiento de este principio está intimamente vinculado al derecho a la dignidad de los niños y permitirá el pleno desarrollo de su personalidad, explotando sus potencialidades<sup>7</sup>.

g) Derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva. Estos, comprendidos en un sentido amplio, desde la posibilidad de acceder a la jurisdicción –plantear el reclamo y garantizar el debido proceso– e, incluso, hasta la propia efectividad de la sentencia. Todo ello, ineludiblemente, en un plazo razonable<sup>8</sup>. Es decir, que estos principios impactarán en cada área temática y en cada proceso de DIPr, tanto en la determinación del juez competente como en todos los aspectos procesales<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Nótese que en la Opinión Consultiva OC 17-2002 se sostuvo que este principio regulador de la normativa de los derechos de los niños se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades (párr.56). Resulta muy interesante el análisis que efectúa la Prof. FRESNEDO DE AGUIRRE respecto de la jerarquía de los derechos humanos. Allí asevera que "... *a reference to the defence of human personality and dignity exists as a superior principle.*" FRESNEDO DE AGUIRRE, CECILIA, "Public policy: common principles in the American States", cit. p. 198.

<sup>8</sup> La CIDH ha sentado importantes estándares al respecto, así ha manifestado: "El derecho de acceso a la justicia debe asegurar la determinación de los derechos de la persona en un tiempo razonable. La falta de razonabilidad en el plazo constituye, en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales", casos "Fornerón e hija vs. Argentina" 27/04/2012, "Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago, 21/06/2002 y González Medina y familiares vs. República Dominicana", 27/2/2012.

<sup>9</sup> En este sentido se ha sostenido que la complejidad de la noción del derecho de acceso a la justicia se incrementa en el contexto de la vida privada internacional ya que supone el concurso de múltiples jurisdicciones que concurren en un mismo plano de equivalencia o legitimidad. OCHOA MUÑOZ, JAVIER, "Algunas consideraciones sobre el acceso internacional a la justicia. Hacia un derecho internacional privado al servicio de la justicia", en MORENO RODRÍGUEZ, J.A. - LIMA MARQUEZ, C., *Los servicios en el derecho internacional privado. Jornadas de la ASADIP 2014*, cit. p. 235 y ss.

Nótese que el acceso a la justicia quedará especialmente garantizado en asuntos del DIPr de familia mediante el recurso a foros concurrentes de jurisdicción. Es así, que este aspecto se resuelve en el CCyC, incluso habitando el *fórum actoris* (ej. alimentos) y el el foro de necesidad (art.

En definitiva, las soluciones que se ofrezcan desde el DIPr no sólo deben ser previsibles y ajustadas a la naturaleza multinacional del caso, sino que deben favorecer el respeto de los derechos fundamentales (especialmente de los niños), orientar materialmente las soluciones, flexibilizarlas o adaptarlas, en su caso<sup>10</sup>. Los recursos de DIPr deberán ser funcionales a tales derechos<sup>11</sup>.

## II. DESAFÍOS PROCESALES

La búsqueda de soluciones de tipo procesal, para coadyuvar en procesos de DIPr de la familia, deben procurar hallar un balance entre las certezas que resultan necesarias en este ámbito y la celeridad que puede tornarse un elemento vital. En definitiva, las

---

2602, en las condiciones allí indicadas). Todo ello, salvo necesaria excepción –tal como sucede en materia de adopción internacional, ver art. 2635-.

Además, cabe atender a que con el Convenio de La Haya de 1996 se adiciona la posibilidad de transferir la competencia cuando la autoridad competente considere que, en función del interés superior del niño, el juez de otro Estado está en mejor situación para entender en el caso (art. 8); e incluso la posibilidad de solicitar la competencia (o invitar a las partes a que lo hagan) cuando, en función de ese interés, un juez considere que está mejor posicionado para atender en el caso (art. 9).

<sup>10</sup> NAJURIETA, MARÍA SUSANA "Principios y caracteres del Derecho Internacional Privado de la infancia con especial referencia a las disposiciones del Código Civil y Comercial de La Nación", *Revista jurídica de Buenos Aires*, Año 41, nº 93, 2016, p. 145. En mismo este sentido OPERTTI señala que los derechos fundamentales no afectan la estructura del DIPr; por el contrario, introducen contenidos nuevos y ricos en la aplicación de la ley y contribuyen a la necesaria flexibilización del sistema. OPERTTI BADÁN, DIDIER, "Reflexiones sobre un tema esencial: derecho internacional privado y derechos humanos", *Derecho internacional privado y derecho de la integración. Libro Homenaje a ROBERTO RUIZ-DÍAZ LABRANO*, Asunción, Cedep, 2013, p. 73.

<sup>11</sup> Es dable destacar que HANS VAN LOON ha aseverado que los Convenios elaborados por la HCCH complementan la CDN; que deben considerarse como un paquete de herramientas, por lo que promover su incorporación y aplicación es un modo de implementar y dar operatividad a la CDN. VAN LOON, HANS, "Protecting Children across Borders: The Interaction between the crc and the Hague Children's Conventions", en (Ed.) y Ton LIEFAARD, JULIA SLOTH-NIELSE, *The United Nations Convention on the Rights of the Child*, Leiden: Brill Nijhoff, 2007, p. 31-46.

soluciones justas deben llegar y realizarse en tiempos razonables para lograr restablecer o concretar los derechos fundamentales en juego. Presentaremos a continuación cuatro desafíos de tipo procesal que hemos detectado teniendo en miras este objetivo:

### **A. Aprovechamiento de recursos tecnológicos en procesos de familia**

El avance de la tecnología, indudablemente, ha impactado en la tramitación de casos judiciales. La velocidad y el acortamiento de las distancias que supone la intervención de la tecnología en diversos momentos de los procesos que se caracterizan por su contacto con más de un Estado nacional trae innumerables ventajas y viabiliza la concreción de los derechos de los involucrados en tiempo razonable. Señalaremos algunos recursos que se han desarrollado en este ámbito y adelantaremos que hemos detectado un desafío en la difusión, aprovechamiento en la aplicación práctica y optimización de estos recursos.

#### **1. Redes de cooperación jurídica**

Las redes de cooperación jurídica internacional constituyen una herramienta valiosa ya que promueven, mejoran y facilitan el contacto directo entre las autoridades de diferentes Estados, el acceso al conocimiento del derecho extranjero y de los sistemas de protección con que cuentan los otros Estados, entre otros.

A nivel regional diversas redes han sido creadas y puestas en funcionamiento. Entre ellas: a) la Red de Cooperación Jurídica Hemisférica en Materia de Derecho de Familia y Niñez<sup>12</sup>, creada en

<sup>12</sup> Se originó en la "Séptima Reunión de Ministros de Justicia u otros Ministros, Procuradores o Fiscales Generales de las Américas" (REMJA VII, Brasilia 2010). En dicha reunión se encomendó a la Secretaría General la creación de un proyecto interamericano de cooperación jurídica y asistencia mutua en materia de derecho de familia y niñez. La red está disponible en el sitio web de la OEA: [http://www.oas.org/dil/esp/derecho\\_de\\_familia.htm](http://www.oas.org/dil/esp/derecho_de_familia.htm), al 7/5/2018. Cuenta con tres componentes: uno público, que contiene información de libre acceso relativa la protección de los derechos de la familia y la niñez –contiene información de legislación y autoridades competentes del sistema interamericano–; uno privado, allí usuarios determinados por los países cuentan con un espacio en Internet con información privada y de acceso

el ámbito de la Organización de los Estados Americanos (OEA); b) la Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional (IberRed)<sup>13</sup>; c) la Red Internacional de Jueces de La Haya<sup>14</sup> que, entre otros objetivos, busca mejorar la cooperación internacional a través de comunicaciones judiciales directas. Si bien ésta última nació para casos de sustracción internacional de niños, en la actualidad se saca provecho de esta Red también para llevar a adelante otros tipos de procesos<sup>15</sup>.

## 2. Comunicaciones judiciales directas

Este tipo de comunicaciones, cada vez más, resulta conocida para los operadores jurídicos. Se emplean comunicaciones judiciales directas con dos finalidades: por un lado, aquéllas que se efectúan de modo general en relación con la información respecto de la aplicación e interpretación del derecho extranjero, de los mecanismos de protección con los que cuenta cada Estado, etc.; por otra parte,

---

restringido, en el cual se puede intercambiar información relativa a la cooperación en general y/o a casos específicos; y, un sistema de comunicación electrónica segura, que posibilita el intercambio de información auténtica y confidencial entre las autoridades designadas para la Red, a través de un servicio que proporciona un sistema de correo electrónico instantáneo seguro, así como un espacio para reuniones virtuales e intercambio de los documentos pertinentes. La OEA apoyó los trabajos iniciales de la Red mediante la carga de información en el sitio web; sin embargo, el apoyo financiero indispensable para la concreción del tercer componente nunca fue proporcionado por los Estados.

<sup>13</sup> Es una estructura formada por Autoridades centrales y por puntos de contacto procedentes de los Ministerios de Justicia, Fiscalías y Ministerios Públicos, y Poderes Judiciales de 22 países de la región. Fue creada en el año 2004. El Reglamento y la información relativa a esta red se encuentra disponible en: [www.iberred.org](http://www.iberred.org), al 7/5/2018.

<sup>14</sup> Información disponible en el sitio web de la HCCH, [www.hcch.net](http://www.hcch.net), al 7/5/2018. En este ámbito también se ha desarrollado el sistema de gestión electrónica de casos para el cobro internacional de alimentos y de comunicación segura denominado "*iSupport*", ver <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/isupport1/>, al 7/5/2018.

<sup>15</sup> Cabe mencionar que en Argentina se ha creado también la Red nacional de jueces para la protección y restitución internacional de niños que cuenta con uno o dos jueces por provincia con la finalidad de colaborar con el juez competente a nivel nacional y coadyuvar a la tarea de la Juez de la Red Internacional.

aquéllas empleadas en casos específicos, en estos supuestos difiere, en gran medida, las posibilidades de su implementación en los distintos Estados<sup>16</sup>.

Nuestro ordenamiento jurídico las ha incorporado expresamente a partir de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial (en adelante, CCyC)<sup>17</sup>, en el art. 2612, que faculta a los jueces argentinos a establecer comunicaciones directas con jueces extranjeros sujetos al cumplimiento de ciertos requisitos allí enunciados: necesidad de la situación, que el juez extranjero acepte la práctica y que se respeten las garantías del debido proceso<sup>18</sup>. Estimamos que la laguna respecto de la formalidad en el empleo de este recurso ha sido

<sup>16</sup> Pueden apreciarse las distintas perspectivas en torno a las comunicaciones judiciales en el *Boletín de los Jueces sobre la Protección Internacional del Niño*, t. XV, 2009, [www.hcch.net](http://www.hcch.net), disponible al 7/5/2018. Además, para un análisis en profundidad de las particularidades y posibilidades que ofrece el recurso a las comunicaciones judiciales directas se recomienda compulsar el documento "Lineamientos Emergentes, relativos al desarrollo de la Red Internacional de Jueces de La Haya y Principios Generales sobre Comunicaciones Judiciales, que comprende las salvaguardias comúnmente aceptadas para las Comunicaciones Judiciales Directas en casos específicos, en el contexto de la Red Internacional de Jueces de La Haya" elaborado por la HCCH disponible en [http://www.hcch.net/upload/brochure\\_djc\\_es.pdf](http://www.hcch.net/upload/brochure_djc_es.pdf), al 21/7/17. Para profundizar sobre este y otros recursos que ha desarrollado la comunidad jurídica internacional se recomienda compulsar, entre otros: GOICOCHA, IGNACIO, "Los nuevos desarrollos en la cooperación jurídica internacional en materia civil y comercial", en *Derecho Internacional Privado y Derecho de la Integración, Libro homenaje a ROBERTO RUIZ DÍAZ LABRANO*, CEDEP, Asunción, Paraguay 2013, p. 475-496.

<sup>17</sup> Oportunamente sostuvimos que nuestros magistrados se encontraban habilitados para sacar provecho de este recurso incluso en el estado anterior de nuestra legislación, específicamente en materia de restitución internacional de niños; ello, en concordancia con los principios que emanan de los textos convencionales vigentes, la doctrina y la jurisprudencia en torno a esa temática. RUBAJA, NIEVE, "La estabilidad del niño y de los vínculos con sus progenitores luego de emitida la orden de restitución. Recursos judiciales disponibles", *Revista de Derecho de Familia, Jurisprudencia*, Abeledo Perrot, Nº 59, 99-110.

<sup>18</sup> Su análisis detallado puede compulsarse, entre otros, en IUD, CAROLINA y RUBAJA, NIEVE, "Algunas herramientas para mejorar el acceso a la justicia en el nuevo Código Civil y Comercial Argentino", en *El acceso a la justicia en el derecho internacional privado. Jornadas de la ASADIP 2015*, Asunción, Ed. CEDEP-ASADIP y Mizrachi & Pujol, p. 244 y ss.

deliberada en aras de concretar su finalidad, mientras se cumpla con el último de los recaudos aludidos. Asimismo, creemos que la exigencia del carácter jurisdiccional de la autoridad extranjera coadyuva a garantizar la imparcialidad y confiabilidad de la información –aunque ésta no resultará vinculante-. Sin embargo, entendemos que tampoco resulta limitativa a autoridades judiciales, ya que se estima que también puede sacarse provecho de este recurso a nivel administrativo. Finalmente, si bien puede recurrirse a la figura del Juez de la Red para acceder a este tipo de comunicación, los jueces competentes igualmente podrían realizarlas de manera autónoma<sup>19</sup>.

Sin lugar a dudas, la celeridad que este tipo de comunicaciones importan en el caso concreto puede resultar vital a los fines de alcanzar soluciones efectivas en tiempos razonables, el desafío pasa entonces por su difusión e implementación.

### **3. Videoconferencias: entre autoridades e intrafamiliares**

Este recurso puede ser considerado tanto como una vía para concretar la comunicación directa como también como un recurso para concretar el derecho a mantener relaciones personales y contacto periódico con ambos progenitores de modo regular aunque vivan en distintos Estados (art. 9.3, 10.1 y 10.2 CDN). Las ventajas en el empleo de este recurso están comenzando a ser exploradas en procesos de familia, especialmente en casos de sustracción internacional de niños<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 246.

<sup>20</sup> En el sitio web [www.incadat.com](http://www.incadat.com) pueden detectarse algunos de estos casos. Por ejemplo, en "ROD c/ DDMV ", HC/E/PA 1341, en el que un niño había sido desplazado ilícitamente desde Venezuela a Panamá. Allí, a los fines de evaluar el contacto que poseían padre e hijo se tuvieron en los informes de visitas supervisadas y la comunicación vía Skype entre aquéllos, con la presencia de la psicóloga del equipo interdisciplinario del Juzgado que permitieron visualizar una buena comunicación y conexión afectiva entre ambos. A nivel nacional, en la Provincia de Chubut, entre otros, se ha logrado efectivizar acuerdos en el ámbito de mediaciones internacionales por medio de este recurso. Ver: <http://www.foropatagonico.gob.ar/2017/07/07/mediacion-internacional/> (disponible al 7/5/2018). También en otros países de la región se ha comenzado a sacar provecho de este recurso, ver caso Chile Paraguay en <https://eltelegrafo.com/2017/08/realizaron-desde-paysandu-inedita-audiencia-de-restitucion-internacional-entre-uruguay-y-chile/>, al 7/5/2018.

En este contexto, es dable mencionar el Convenio Iberoamericano sobre el uso de la videoconferencia en la cooperación internacional entre sistemas de justicia que favorece el uso de este recurso como un medio concreto para fortalecer y agilizar la cooperación mutua en materia civil, comercial y penal, y en otras materias que los Estados acuerden de manera expresa<sup>21</sup>.

#### 4. Otros

También deben ser tenidos en cuenta los recursos que resultan de utilidad para promover el empleo de los medios electrónicos para agilizar la cooperación internacional en este campo, los instrumentos de *soft law*. Cabe mencionar, entre ellos: i) los Principios de ASADIP sobre Acceso Transnacional a la Justicia<sup>22</sup>, que en el artículo 4.7 dispone: "Siempre que se garantice la seguridad de las comunicaciones, los jueces y demás operadores de justicia procurarán y favorecerán el uso de nuevas tecnologías de información y comunicación, tales como comunicaciones telefónicas y video conferencias, mensajes electrónicos, y cualquier otro medio de comunicación apto para hacer efectiva la cooperación solicitada"; ii) el Protocolo Iberoamericano de Cooperación Jurídica Internacional<sup>23</sup>, en el Principio 6º se refiere a la "Traducción y formas libres para los

<sup>21</sup> Suscripto en la Ciudad de Mar del Plata el 3/12/2010, aprobado en Argentina por ley 27.162. El acuerdo consta de 11 artículos entre los que se prevé la utilización de videoconferencias en audiencias de partes, testigos o peritos (art. 4) y se regulan las normas a seguir en su empleo (art. 5). Conforme información obtenida del Ministerio de Justicia se encuentra en vigor en Panamá, México, España, República Dominicana, Ecuador y Costa Rica; se encuentra en trámite la ratificación por parte de la Argentina tanto del Convenio como del Protocolo Adicional suscriptos en Santiago de Chile en 2014.

<sup>22</sup> Aprobados por unanimidad por las X Jornadas de ASADIP, Buenos Aires, noviembre de 2016, disponibles en [www.asadip.org](http://www.asadip.org), al 7/5/2018.

<sup>23</sup> Aprobado por la XVII Cumbre Judicial Iberoamericana, en Santiago de Chile de 2014; ésta es una organización que vertebría la cooperación y concertación entre los Poderes Judiciales de los 23 países de la Comunidad Iberoamericana de Naciones y reúne en su seno a los Presidentes de las Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia y a los máximos responsables de los Consejos de la Judicatura. Disponible en [http://www.cumbrejudicial.org/c/document\\_library/get\\_file?uuid=0db452e9-4509-43cb-bf2e-629fa183db53&groupId=10124](http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?uuid=0db452e9-4509-43cb-bf2e-629fa183db53&groupId=10124), al 7/5/2018. El anexo 6 cuenta con reglas específicas para casos de sustracción internacional de niños.

actos y documentos necesarios para la prestación jurisdiccional internacional, incluyéndose los medios electrónicos y la videoconferencia".

### **B. Posibilidades de llevar a cabo procesos interjurisdiccionales**

La particularidad del elemento internacional y el contacto del caso con más de un ordenamiento jurídico implicará que, probablemente, al momento de aspirar a la efectividad de las soluciones alcanzadas en una jurisdicción particular resulte necesario que éstas desplieguen efectos en más de un Estado nacional.

Incluso, en algunos supuestos puede acontecer que, a los fines de alcanzar una solución materialmente justa, dotada de la celeridad necesaria para alcanzar la eficacia que hace a la garantía de la tutela judicial efectiva, resulte necesario que intervengan en la toma de dicha decisión más de una autoridad jurisdiccional de manera simultánea. Esta situación puede darse especialmente en casos en que los padres de un niño vivan en diferentes Estados y, por lo tanto, el régimen comunicacional y las obligaciones alimentarias deban cumplimentarse en ambos Estados. Igualmente, en casos de sustracción internacional de niños cuando se llegue a un acuerdo amigable que implique una modificación de la residencia habitual y ello pueda considerarse como excesivo dentro del marco de conocimiento que admiten los mecanismos convencionales (arts. 16 del Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, (en adelante, CH 1980) y de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, (en adelante, Convención Interamericana). También la Dra. Najurieta ha propuesto este tipo de solución para casos de adopciones internacionales que tengan origen en actos de tráfico internacional de niños; allí, mientras que a la autoridad del Estado de origen del niño víctima de un acto ilícito le corresponderá proporcionar las pruebas del delito y solicitar y facilitar los exámenes de ADN a fin de individualizar correctamente al niño, a la autoridad competente del Estado donde el niño se encuentre le corresponderá promover o hacer promover las acciones civiles y penales que sean pertinentes según su propio ordenamiento, implementando un procedimiento que permita, en su caso, la audición del niño y la garantía de los derechos de defensa de todos los involucrados<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> NAJURIETA, MARÍA SUSANA, "Adopción internacional viciada y protección del

En tal inteligencia el Dr. BOGGIANO se ha planteado el siguiente interrogante: "¿Pueden los jueces nacionales participar en aquellos 'acuerdos interjurisdiccionales' en el marco de las competencias que sus soberanías nacionales les confieren?". El propio jurista responde el interrogante en sentido afirmativo con fundamento en que ello es posible en virtud de competencias implícitas en sus respectivas jurisdicciones internacionales para conocer y decidir aquellos casos. Afirma que, por lo tanto, parece razonable entender que si el ordenamiento les confiere poder para decidir esas causas, también los autoriza a ejercer dichas facultades del modo más efectivo y útil posible, ya que la efectividad es uno de los fundamentos esenciales de la jurisdicción internacional<sup>25</sup>. Agregamos a este razonamiento que, cabe tener en cuenta, que la respuesta a varios de los conflictos que se plantean en casos internacionales -sobre todo cuando se afectan los derechos de los niños- han encontrado soluciones uniformes en instrumentos internacionales con sustento en la cooperación internacional (tales como las problemáticas que se suscitan en materia de adopción, alimentos, responsabilidad parental, restitución internacional de niños, tráfico de niños)<sup>26</sup>; por lo tanto, el espíritu de la cooperación que promueven puede servir de fundamento a la posibilidad de tomar decisiones conjuntas o realizar acuerdos interjurisdiccionales<sup>27</sup>. En el nuevo código dicho espíritu emana del art. 2611.

---

niño mediante el despliegue de la cooperación internacional", en (Dir.) E. REY CARO y M.C. RODRÍGUEZ DE TABORDA, *Estudios de derecho internacional en homenaje a la Dra. ZLATA DRNAS DE CLÉMENT*, Córdoba, Argentina, Advocatus, 2014, pp. 591/618.

<sup>25</sup> Concluye el autor que ello implica la efectiva la armonía internacional de las decisiones. BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho internacional privado y derechos humanos*, 7<sup>a</sup> edición, Abeledo Perrot, 2016, p. 160.

<sup>26</sup> Ver: RUBAJA, NIEVE, "Cooperación internacional en conflictos que afectan a niñas y niños. Pluralidad de fuentes normativas. Prácticas más favorables a la cooperación", *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración*, Número 1, Noviembre 2014, Cita IJ LXXIV - 66.

<sup>27</sup> La Dra. NAJURIETA ha sostenido que la cooperación jurisdiccional internacional atinente a los niños no es neutra, sino que tiene por finalidad garantizar la vigencia de los derechos fundamentales. Según la autora, para lograr este objetivo, los Estados facultan a sus autoridades para crear una trama destinada a lograr mayor respeto a la dignidad del niño como sujeto de derechos, mediante la comunicación y solidaridad, aplicando a estos fines el acervo formado durante años de cooperación

---

Luego, el Dr. BOGGIANO plantea la cuestión relativa a la determinación del derecho aplicable en estos casos y sostiene que los jueces podrían examinar directamente la solución sustancial que prevean los respectivos derechos nacionales o afinar esas soluciones armonizando las estructuras de cada sistema con criterio comparativo funcional. Sostiene que "Este modo de armonización material podría evitar la dilucidación de un conflicto de leyes. Se trataría de una decisión basada en un derecho material común a los sistemas jurídicos implicados en el caso"<sup>28</sup>. Creemos que el fondo común de principios que trae aparejado el estado de ratificación de la CDN, al igual que otros tratados de derechos humanos, pueden servir de base para alcanzar este tipo de soluciones. Sin perjuicio de ello, su viabilidad quedará supeditada a la superación del debido control del orden público internacional de los Estados involucrados.

Cabe también considerar que la proximidad geográfica entre los Estados que se encuentren afectados en el caso concreto puede, asimismo, constituir una razón atendible para justificar los procesos interjurisdiccionales en los que la mejor vía para concretar la cooperación internacional sea la toma de decisiones conjuntas o simultáneas. Un caso que ilustra esta situación es el que se ha suscitado entre nuestro país y el Paraguay en materia de restitución internacional de niños, fallado por el Tribunal Especializado en el Fuero de la Niñez y la Adolescencia de la Tercera Circunscripción Judicial de Paraguay<sup>29</sup>. En el supuesto, un niño había sustraído de

---

procesal internacional. NAJURIETA, MARÍA SUSANA, "Cooperación jurisdiccional internacional en conflictos relativos a los niños (desplazamientos y retenciones ilícitos, obstáculos al mantenimiento de relaciones personales con los progenitores, cobro de alimentos)", Relato presentado en las VI Jornadas de Derecho internacional privado dedicadas a la memoria del Dr. Alberto J. Pardo, organizadas por la Asociación Argentina de Derecho Internacional, del 4 al 5/8/2006, Mendoza, especialmente p. 5, <http://www.aadi.org.ar>, al 7/5/2018.

<sup>28</sup> BOGGIANO, ANTONIO, *Tratado de derecho internacional privado*, 6<sup>a</sup> edición, Tomo I, La Ley, 2017, p. 355.

<sup>29</sup> El caso se encuentra comentado por la jueza que lo ha fallado, PERLATA, EVELYN M., "Judicial communications and speed in return proceedings", en *The Judges' Newsletter on International Child Protection*, Vol. XIV/Winter 2008-09, disponible en <http://www.hcch.net/upload/news08-09.pdf>, al 7/5/2018, y en RUBAJA, NIEVE, *Derecho internacional privado de Familia. Perspectiva desde el ordenamiento jurídico argentino*, Abeledo Perrot, 2012, p. 127.

su domicilio en la ciudad de Posadas, República Argentina y trasladado al Paraguay por su madre. El padre del niño, de origen libanés no pudo ingresar al Estado requerido. El tribunal interviniente se encontraba en la ciudad de Encarnación, Paraguay, que a su vez, se une a la ciudad de Posadas por un puente sobre el río Paraná que en ese punto tiene 2,5 km. de ancho. Sin embargo, la Autoridad central de ese país (la Secretaría de la Niñez y la Adolescencia) tiene su sede en Asunción, la ciudad capital, a una distancia muchísimo mayor. En el supuesto, los magistrados de ambos Estados optaron por contactarse mediante comunicaciones directas acordando las estrategias para poner en marcha y aplicar efectivamente las disposiciones de la CH 1980. Así, se ordenaron audiencias e informes respecto de las circunstancias psicológicas y sociales en un corto lapso de tiempo. Finalmente, y como consecuencia de tal proceder, el regreso del niño operó en el lapso de 15 días de iniciado el procedimiento.

En definitiva, dejamos abierto el debate en torno a la posibilidad de llevar adelante procesos interjurisdiccionales, sobre todo en zonas fronterizas<sup>30</sup>. Las ventajas son notorias; sin embargo, deberán analizarse las dificultades que pueden suscitar estas soluciones y su viabilidad en la práctica de nuestro y otros países de la región.

### **C. Acuerdos extrajudiciales o de mediación. Reconocimiento y ejecución en otros países**

#### **1. Complejidad de la problemática desde el enfoque de derecho internacional privado**

En el devenir de las familias suelen suscitarse conflictos en relación a su organización, con especiales características cuando los padres del niño no residen en el mismo Estado. La posibilidad de que dicha organización surja de un acuerdo consensuado entre los padres del niño cuenta con innumerables ventajas frente a aquéllas que, por el contrario, son impuestas por un juez. En tal sentido, se ha sostenido que los padres están, en principio, en mejores condiciones para ordenar los asuntos de su familia, teniendo en cuenta lo que resulte mejor al interés de sus hijos. Asimismo, cabe advertir que hay cada vez una mayor aceptación de un papel

<sup>30</sup> Nótese especialmente que la proximidad geográfica en algunas regiones genera situaciones familiares en las que se convive de manera cotidiana entre ambos Estados, por ejemplo Santiago de Chile y Mendoza.

más amplio de la autonomía de la voluntad en el área del Derecho de familia y que, consecuentemente, ha conllevado a registrar un incremento en el uso y la eficacia de la mediación y otras formas de conciliación para ayudar a las partes a llegar a un acuerdo amistoso en asuntos familiares<sup>31</sup>. Sin embargo, esta posibilidad debe estar dotada de suficiente seguridad jurídica para resultar eficiente y garantizar los derechos de los niños en estas situaciones. Es decir que, probablemente, resulte necesario que estos acuerdos desplieguen efectos en más de un Estado y, por lo tanto, la diversidad de criterios y de tratamiento que proponen los distintos ordenamientos jurídicos en este campo incidan en su eficiencia.

Los acuerdos podrían involucrar temas relativos a la reubicación del niño, a la responsabilidad parental y medidas de protección, al contacto con sus padres, a la percepción de alimentos, e incluso a alimentos o distribución de bienes entre los padres del niño como consecuencia de su separación, entre otros. Sabido es que existen instrumentos internacionales para regular y proteger los derechos de los niños en estos ámbitos (muchos de los cuales están en vigor en nuestro país)<sup>32</sup> y que, incluso, dichos instrumentos promueven los acuerdos de los padres para solucionar estos conflictos. Sin embargo, cabe advertir que estos instrumentos no fueron diseñados para actuar en conjunto y que en muchos casos las dificultades que surgen a los fines de organizar el funcionamiento familiar abarcan varios ámbitos o temáticas de manera simultánea; así, por un lado, las posibilidades que da cada convenio están limitadas a su ámbito de aplicación material y, por el otro, el reconocimiento y ejecución de acuerdos en aplicación de los diversos instrumentos internacionales que los contemplan puede tornarse un proceso muy complejo y, tal vez, éstos no puedan ofrecer una solución integral para todo el acuerdo ("paquete")<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Ver: Prel. Doc. N° 5 "Report of the Experts' Group meeting on cross-border recognition and enforcement of agreements in family matters involving children", disponible en <https://assets.hcch.net/docs/e4ee1bfd-27ab-4e0a-9ab2-9b784db5534a.pdf>, al 7/5/2018, p. 5.

<sup>32</sup> RUBAJA, NIEVE, "El reconocimiento y ejecución de acuerdos transfronterizos como vía para asegurar los derechos de los niños en situaciones familiares internacionales", *Revista de Derecho de Familia*, Abeledo Perrot, 76 – 207.

<sup>33</sup> El término "paquete" obedece a la traducción del término empleado por el Grupo de Expertos de la HCCH, "package agreements". Ver: Prel.

En definitiva, se advierte un doble foco conflictivo: por un lado, la posibilidad de realizar el acuerdo de manera integral en una jurisdicción; por el otro, conseguir el reconocimiento y ejecución del acuerdo en todos los Estados donde éste deba desplegar efectos.

Algunos desafíos en la búsqueda de unificación de criterios que se presenta este escenario se enuncian a continuación:

a. *Jurisdicción directa*. Debe tenerse en cuenta que la determinación de la jurisdicción en este escenario importa una delicada cuestión, sobre todo si se atiende a que en el "paquete" se encontrarán involucradas distintas temáticas<sup>34</sup>. Una opción que se ha considerado para superar esta valla es que se concentre la jurisdicción en determinadas autoridades competentes para entender en estos acuerdos de manera integral<sup>35</sup>. Sin embargo, cabe advertir que este es –y ha sido– un punto muy difícil de consensuar entre los diferentes Estados, sobre todo atendiendo a sus sistemas internos de DIPr. Sumado a ello, la posibilidad de prorrogar la jurisdicción – como así también de ejercer la autonomía de la voluntad para determinar el derecho aplicable– en temas de Derecho de familia trae aparejada una especial sensibilidad que implica una mayor injerencia del Estado que en otras temáticas<sup>36</sup>. Este, sin lugar a dudas, es uno de los principales desafíos a la hora de pensar en un nuevo instrumento internacional.

b. *Participación del niño y del Ministerio Público*. La participación necesaria del niño y del Ministerio Público difiere en los distintos Estados a los fines de otorgarle validez a los términos de un acuerdo, tanto en la etapa extrajudicial como judicial. Deberá, por lo tanto,

---

Doc. N° 5 "Report of the Experts' Group meeting on cross-border recognition and enforcement of agreements in family matters involving children", disponible en <https://assets.hcch.net/docs/e4ee1bfd-27ab-4e0a-9ab2-9b784db5534a.pdf>, disponible al 7/5/2018.

<sup>34</sup> Nótese que incluso en las fuentes convencionales, en los que se unifican algunos criterios atributivos de jurisdicción, éstos difieren entre sí. Por ejemplo, en materia de alimentos o de responsabilidad parental.

<sup>35</sup> Ver: Prel. Doc. N° 5, cit., p. 21 y 22.

<sup>36</sup> En similar sentido, DE ARAUJO, NADIA y TREJOS VARGAS, DANIELA, "The cross-border recognition and enforcement of private agreements in family disputes on debate at The Hague Conference on Private International Law" en (Coord.) JOSE ANTONIO MORENO RODRIGUEZ y CLAUDIA LIMA MARQUES *Los servicios en el Derecho internacional privado. Jornadas de la Asadip 2014*, cit.

atenderse a este recaudo a los fines de no frustrar la ejecutabilidad del acuerdo en otros Estados.

c. *Derechos indisponibles en materia de DIPr de familia en los distintos ordenamientos jurídicos.* Esta es una delicada cuestión a considerar; por ello, cabe identificar tres aspectos deberían tenerse en cuenta a la hora de elaborar un nuevo instrumento en relación al marco de aplicación: i) será de fundamental importancia el ámbito de aplicación material que contemple, es decir se deberían delimitar las materias que podrían incluirse en los acuerdos de parte; ii) debería establecerse o limitarse el margen de disponibilidad de la autonomía de la voluntad de los padres en dicha materias; es decir, el alcance de aquélla (por ejemplo, en el acuerdo se podría contemplar el ejercicio de la responsabilidad parental pero no su renuncia); iii) el control que se efectúe en el Estado de ejecución de lo acordado en el Estado de celebración también debería estar condicionado en función de estos parámetros.

d. *Hard law y/o soft law.* Abordar esta problemática desde un instrumento de *soft law* puede importar una herramienta para impulsar y promover este tipo de soluciones, unificar la interpretación de ciertos criterios y aprovechar los marcos normativos existentes consiguiendo optimizar su empleo. Sin embargo, un instrumento de este tipo no ofrecería las mismas seguridades y garantías que puede brindar un instrumento de *hard law* cuya clave residirá en la posibilidad de tornar ejecutorios los acuerdos. Además, mediante un instrumento de esta naturaleza: i) se unificarían los criterios para el reconocimiento y ejecución de acuerdos en los Estados Parte tornándolos más eficientes y capaces de dar soluciones apropiadas a estos conflictos; ii) se garantizaría el cumplimiento de las responsabilidades y obligaciones que las partes asuman en los acuerdos; iii) las soluciones serían más ágiles y acortarían los tiempos en comparación con las respuestas que los tribunales estatales pueden ofrecer a estos conflictos, probablemente con énfasis en la cooperación internacional. Sin perjuicio de ello, cabe destacar que un instrumento de *hard law* presenta un mayor desafío sobre todo a la hora de lograr consensos, máxime en temáticas que rondan la autonomía de la voluntad y el campo del Derecho de familia donde la presencia de la injerencia estatal puede ser más contundente que en otras áreas.

**2. La labor de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: los avances del Grupo de Expertos sobre Reconocimiento y ejecución de acuerdos voluntarios en disputas familiares que involucran niños**

En este contexto, el interrogante en torno a la necesidad y factible viabilidad de elaborar a nivel global un nuevo instrumento a los fines de lograr la circulación de este tipo de acuerdos a través de las fronteras estatales, asegurando su efectividad y los derechos de los niños que se encuentren en juego tomó lugar en la agenda de la HCCH. A los fines de explorar el tema se ha conformado un Grupo de Expertos que se ha reunido en tres oportunidades (diciembre de 2013, noviembre de 2015 y junio 2017). Luego de las primeras dos reuniones y de haber ahondado en esta temática, entre las recomendaciones que el Grupo de Expertos realizó al Consejo de la HCCH para la reunión anual 2016 se solicitó que continuara el mandato de dicho Grupo para explorar la elaboración de dos instrumentos. Uno, no vinculante, mediante el cual se procuren determinar las mejores prácticas para conseguir que un acuerdo efectuado en el área del Derecho de familia que involucre a niños pueda ser reconocido y ejecutado en otro Estado según los Convenios de 1980, 1996 y 2007 (sustracción internacional, responsabilidad parental y alimentos respectivamente). Otro instrumento, vinculante, para establecer la modalidad "*one-stop shop*" para los acuerdos transfronterizos relativos a cuestiones de custodia, responsabilidad parental, y otros asuntos financieros (incluidas cuestiones patrimoniales) que provea mayor margen a la autonomía de la voluntad brindándole a los padres la posibilidad de elegir la autoridad competente adecuada. Este instrumento permitiría conferir jurisdicción a una corte o autoridad para la aprobación de tales acuerdos y brindaría mecanismos más sencillos para el reconocimiento y ejecución de decisiones de esa corte o autoridad. Funcionaría complementariamente a los Convenios de 1980, 1996 y 2007<sup>37</sup>.

Luego, en ocasión de la reunión anual en marzo de 2016 se extendió mandato a la Oficina Permanente de la HCCH para que, en consulta con el Grupo de Expertos, desarrolle un instrumento no vinculante que provea de buenas prácticas en relación a cómo un acuerdo transfronterizo que involucre a niños puede ser reconocido y ejecutado en el extranjero de acuerdo a los Convenios de La Haya de 1980, 1996 y 2007. Asimismo, se decidió que la

<sup>37</sup> Prel. Doc. N° 5, cit.

necesidad y posibilidad de desarrollar un instrumento vinculante en este campo sería revisada por el Consejo posteriormente en base a la información que surja del trabajo de elaboración del instrumento no vinculante<sup>38</sup>.

De las Conclusiones y recomendaciones del Grupo de Expertos como consecuencia de la reunión del mes de junio de 2017 cabe destacar que<sup>39</sup>: a) se trabajó en el "*navigation tool*" o instrumento no vinculante; b) se confirmó que se alcanzarían varios beneficios si se adiciona a los convenios existentes un nuevo instrumento de *hard law* para facilitar los acuerdos de familia en los Estados Parte en aquél. Entre estos beneficios el nuevo instrumento: i) posibilitaría que los acuerdos fueran ejecutables en un Estado, es decir reconocidos y ejecutados con menor costo y mayor eficiencia; ii) establecería un procedimiento rápido y simplificado, que podría incluir la concentración de jurisdicción para que el acuerdo fuera legalmente vinculante y ejecutable en el Estado de celebración y en otros Estados Parte; iii) en protección del interés superior del niño, permitiría que los padres en ejercicio de la autonomía de la voluntad tuvieran la posibilidad de elegir un sistema legal que tenga una conexión substancial con el niño para tornar ejecutable al convenio. Por ello, el Grupo de Expertos recomendó al Consejo la elaboración de un nuevo convenio que agregará valor a los Convenios de 1980, 1996 y 2007.

Finalmente, en ocasión de la reunión del Consejo en el mes de marzo de 2018, se decidió que se lleve a cabo una cuarta reunión del Grupo de Expertos en el mes de junio de 2018 a los fines de terminar el "*navigation tool*" (especialmente teniendo en consideración la discusión que se llevó a cabo en la Séptima Reunión de la comisión Especial sobre la Aplicación Práctica de los Convenios de 1980 / 1996 sobre el cambio de residencia habitual consecuente de un acuerdo de no retorno. El instrumento no vinculante será presentado al Consejo en la reunión de 2019<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> Las Conclusiones y recomendaciones están disponibles en: <https://assets.hcch.net/docs/55122e44-d132-441f-a1f3-d4c543c99e97.pdf>, disponible al 7/5/2018.

<sup>39</sup> Las Conclusiones y recomendaciones están disponibles en: <https://assets.hcch.net/docs/1c688fd7-631d-4bb3-9597-e2c7a975839a.pdf> al 7/5/2018.

<sup>40</sup> Las Conclusiones y recomendaciones están disponibles en <https://assets.hcch.net/docs/715fc166-2d40-4902-8c6c-e98b3def3b92.pdf>, al 7/5/2018.

### **D. El "drama" que ocasionan las demoras en casos de sustracción internacional de niños**

Los mecanismos que ofrecen tanto el CH 1980 como la Convención Interamericana<sup>41</sup> para combatir el flagelo del desplazamiento ilícito de niños a través de las fronteras estatales han demostrado una alta efectividad a nivel mundial<sup>42</sup>. El éxito de estos mecanismos resulta también del rico aporte del *soft law* que se ha desarrollado a nivel internacional para la correcta aplicación e interpretación de las disposiciones de convencionales y para superar las dificultades que han ofrecido estos procedimientos a lo largo de los años<sup>43</sup>. En el caso de nuestro país puede aseverarse que nuestros tribunales han logrado una apropiada aplicación e interpretación de sus disposiciones e incluso gran uniformidad en tal sentido, máxime a partir de los estándares alcanzados por la Corte Suprema

<sup>41</sup> El CH 1980, a agosto de 2017 se encontraba vigente en 98 Estados (ver estado de ratificaciones en [www.hcch.net](http://www.hcch.net), disponible al 7/5/2018) fue aprobado por Argentina por ley 23.857. La Convención Interamericana a mayo de 2018 se encuentra vigente en 14 Estados (ver estado de ratificaciones en [www.oas.org](http://www.oas.org)), fue aprobada en nuestro país por ley 25.358. Además, en nuestro país está vigente país el Convenio sobre Protección Internacional de Menores entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay, Montevideo 1981 (aprobado por ley 22.456), cuyo sistema de cooperación jurisdiccional difiere del que prevén el CH 1980 y la Convención Interamericana; sin embargo, atendiendo a que tanto la Argentina como Uruguay son parte en la Convención Interamericana, este Convenio carece de aplicación práctica.

<sup>42</sup> Se ha sostenido que durante los años de vigencia del CH 1980 han variado los casos. En un principio el caso típico era en el que el padre era el sustractor, quien en general no tenía el derecho de custodia del hijo. Hoy en día las estadísticas dan cuenta que dos tercios de los casos que se suscitan es la madre la sustractora. Por otra parte, el padre sustraído actualmente, en general, usa el mecanismo convencional para las visitas. VAN LOON, HANS, *"Protecting Children across Borders: The Interaction between the crc and the Hague Children's Conventions"*, cit. p. 37, especialmente nota 38.

<sup>43</sup> Por ejemplo, Guías de Buenas Prácticas, Ley Modelo, recomendaciones, Conclusiones, disponibles en [www.hcch.net](http://www.hcch.net), al 7/5/2018. Nótese que en el nuevo CCyC se hace alusión a esta fuente cuando, en el art. 2642, se refiere a "los principios y la cooperación" y cuando se indica que, fuera del ámbito de aplicación de las convenciones vigentes, "los jueces argentinos deben procurar adaptar al caso los principios contenidos en tales convenios, asegurando el interés superior del niño".

de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN)<sup>44</sup>; sin embargo, lamentablemente, no resulta novedoso que uno de los mayores desafíos que continúan pendientes es reducir los tiempos en los que estos procesos son llevados a cabo.

Para analizar este problema deben tenerse presente dos factores clave: por un lado, el acotado marco de conocimiento que ofrecen los convenios –que puede resumirse en que la decisión a tomar por el juez requerido se concentre en responder al interrogante que se genera en torno a la sustracción y, consecuentemente, que no se aborde la problemática relativa a la custodia que compete al juez de su residencia habitual (conf. art. 16 de ambos convenios)<sup>45</sup>; por el otro, la prontitud o urgencia con la que se debe restituir a los niños al Estado de la residencia habitual anterior al desplazamiento ilícito<sup>46</sup>. Asimismo, de conformidad con los tratados de derechos humanos, estas respuestas necesariamente deben ser brindadas en un plazo razonable para cumplir con la garantía de acceso a la justicia, comprendido en un sentido amplio, tal como sostuviéramos previamente.

Esta doble fuente de obligaciones en la materia –la especial y las de derechos humanos– tienen como fin último la protección de los derechos de los niños y niñas víctimas de estos flagelos, como la de todos los involucrados en estos procesos. Por el contrario, las demoras que se producen en estos procesos inevitablemente implican una nueva vulneración de los derechos del niño y de su interés

<sup>44</sup> RUBAJA, NIEVE, "Restitución Internacional de niños" (Dir.) Dras. AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, MARISA HERRERA, NORA LLOVERAS, *Máximos Precedentes. Derecho de Familia*, La Ley, Buenos Aires, 2014, p. 692 y ss.

<sup>45</sup> Además, este margen acotado requerirá que el interés superior del niño sea captado en el contexto propio de este campo, es decir en recomponer la situación anterior al desplazamiento ilícito o rechazar la restitución si tal interés se encausa en alguna de las causales contempladas convencionalmente; asimismo, que las excepciones admitidas en las convenciones para no restituir al niño se interpreten restrictivamente y que la prueba que conduzca a probar tales excepciones se restrinja al marco de conocimiento de estos procesos. Para ampliar ver: RUBAJA, NIEVE, "Lineamientos de la restitución internacional de niños a partir del nuevo CCyC y de la jurisprudencia reciente", *Revista Jurídica de Buenos Aires*, cit., p. 166 y ss y sus respectivas citas.

<sup>46</sup> Nótese que las convenciones en materia de restitución internacional de niños contienen directivas en relación a la celeridad y la urgencia con la que deben llevarse adelante los procedimientos (especialmente 2 y 11 del CH 1980 y arts. 10, 11, 12 y 13 de la Convención Interamericana).

superior, quien ya ha sido víctima de la sustracción. Ello por cuanto: producen un alejamiento del niño con el progenitor requirente y con el entorno en el que vivía previamente al desplazamiento; probablemente éste se integre al nuevo medio; además, se genera una incertezza que podría afectarlo en su estabilidad y desarrollo; se vulnera su derecho a una tutela judicial efectiva; entre otros. Por otra parte, las demoras afectan la seguridad jurídica que estos mecanismos convencionales procuran instalar y repercutirán negativamente en el efecto disuasivo que se proponen poniendo en riesgo la finalidad convencionales<sup>47</sup>; y, asimismo, pueden generar la responsabilidad internacional de nuestro país por el incumplimiento de las obligaciones internacionalmente asumidas<sup>48</sup>.

<sup>47</sup> En igual sentido GOICOECHEA, IGNACIO y RUBAJA, NIEVE, "Procedimiento de restitución internacional de niños: pautas imprescindibles para la eficiencia del mecanismo convencional. Enseñanzas a partir de un caso fallado por la justicia argentina", *Diario Jurídico La Ley*, 21/8/2015, Buenos Aires, p. 3.

<sup>48</sup> En tal sentido la CIDH ha sentado importantes estándares al respecto, tal como mencionáramos en el punto 1.2. del presente. Cabe señalar que ya se han planteado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos algunos casos en los que las demoras de la justicia se plantea en esta especie. Entre ellos, y específicamente contra la Argentina: "Q., A. v. Argentina" Petición P 1212-12 (2012) y en el caso CSJN, 22/12/2015, "R., M. A. v. F., M. B. s/ Reintegro de hijo" en el que surge de la última resolución de la Corte Suprema que se ha denunciado al país ante la Comisión puesto que luego de cinco años desde que la Corte Suprema ordenara la inmediata restitución del niño a los EE.UU. aún no se había ejecutado. La Corte Europea de Derechos Humanos ha condenado a varios países de la región por las demoras ocasionadas en casos de sustracción internacional de niños: a modo de ejemplo, cabe mencionar los siguientes casos: P.P. v Poland, CEDH, 8/01/2008 en el que el regreso de los niños a Italia demoró 6 años desde el desplazamiento; caso Iosub Caras v. Rumania, CEDH 27/07/06 la Corte entendió se había violado el art. 8 de la Convención Europea puesto que el regreso había demorado 18 meses; H.N. v. Poland, CEDH, 13/09/2005, se ha interpretado que las medidas para asegurar la ejecución de las decisiones, deben contemplarse con la urgencia que impone el art. 11 CH; Ferrari c. Rumania, CEDH, 28/4/2015, la demora de 13 meses permitió concluir que no se había protegido el derecho a la vida familiar (art. 8 Convención Europea de Derechos Humanos. Para ampliar se recomienda compulsar, entre otros: WALKER, LARA Y BEAUMONT, PAUL, "Shifting the balance achieved by the Abduction Convention: The contrasting approaches of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice", en *Journal of Private International Law*, Vol 7 n° 2, Agosto 2011, p 231-249.

Se ha advertido que las demoras suelen tener origen en diversos momentos del procedimiento: cuando se produce prueba inconducente para dilucidar el interrogante en torno a la restitución; cuando se abordan cuestiones que hacen al fondo del derecho de custodia, excluidas expresamente en las convenciones; cuando se admiten diversos niveles recursivos y la decisión es revisada por tres y hasta cuatro instancias<sup>49</sup>; cuando se cursan trasladados por tiempos extensos considerando la urgencia de estos asuntos; cuando la demora se produce en la resolución de los casos; cuando se presenta la necesidad de volver a producir prueba en otras instancias judiciales en razón de las demoras acaecidas desde la prueba anteriormente producida en el expediente<sup>50</sup>; cuando se presentan complicaciones en la ejecución de las sentencias –tanto de tipo prácticas como la compra de pasajes, la organización del viaje de regreso, etc. como legales–, entre otros<sup>51</sup>.

Sabido es que a nivel latinoamericano, desde la comunidad jurídica internacional, se ha elaborado una Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños (en adelante, Ley Modelo)<sup>52</sup> que recoge la

<sup>49</sup> Nótese que en los casos que se sustancian en el ámbito de las provincias las decisiones pueden ser revisadas por las Supremas Cortes provinciales y por la Corte Federal.

<sup>50</sup> Puede advertirse en el caso CNCiv., sala B, 3/11/2014, "H. F. R. L. J. M. v. D.M.F. s/ restitución internacional de menores", en la que la producción de prueba en primera y segunda instancia llevó a que se llegaran a decisiones opuestas en cada una de ellas, ambas debidamente fundadas. El caso ha sido comentado por TAGLE DE FERREYRA, GRACIELA, "¿Aplicar restrictivamente el art. 13 B) del Convenio de la Haya de 1980 equivale a no aplicarlo en ningún caso?", en *Revista de Derecho de Familia*, 2015-III-24, Abeledo Perrot; SCOTTI, LUCIANA B., "Rechazo de la restitución internacional de una niña en resguardo de su interés superior", en *Derecho de Familia y de las Personas*, año VII, N° 6, La Ley, julio 2015, p. 99; GOICOECHEAA, IGNACIO y RUBAJA, NIEVE, "Procedimiento de restitución internacional de niños:...", cit.

<sup>51</sup> RUBAJA, NIEVE, "Lineamientos de la restitución internacional de niños a partir del nuevo CCyC y de la jurisprudencia reciente", cit., p. 184.

<sup>52</sup> Esta Ley Modelo fue desarrollada por un grupo de expertos conformado por la HCCH y el Instituto Interamericano del Niño. Se puede acceder su texto en [http://www.hcch.net/upload/iap28ml\\_s.pdf](http://www.hcch.net/upload/iap28ml_s.pdf), disponible al 7/5/2018. A nivel regional varios países ya han elaborado y/o adoptado normas, directivas o resoluciones a semejanza de esta ley y/o con el objeto de reducir los plazos de estos procesos. Por ejemplo: Uruguay,

trayectoria de la doctrina y la jurisprudencia de los Estados Parte en aplicación de las Convenciones y propone ciertos lineamientos para optimizar los plazos de los procesos. Entre ellos nos gustaría destacar el de la concentración de jurisdicción puesto que ha devenido en una herramienta clave para conseguir mayor especialidad y uniformidad en la aplicación de las convenciones en esta materia. Además, se ha sostenido que, entre otras ventajas, permite alcanzar un grado mayor de confianza entre los jueces competentes de los distintos Estados con los que se interactúe con mayor frecuencia<sup>53</sup>. En un país de gran extensión territorial como el nuestro la concentración de jurisdicción puede devendir en una notable ventaja, máxime cuando en algunos lugares se presentan los casos de restitución de manera aislada. Sin embargo, cabe el pertinente debate en relación a esta posibilidad conforme a las bases y principios de distribución de competencias en nuestro país.

---

mediante la Ley N° 18.895 "Restitución de personas es de dieciséis años trasladadas o retenidas ilícitamente"; El Salvador, la nueva Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia Lepina (en vigencia desde el 16/4/2010 según Decreto Legislativo 839 del 26/3/2009) cuenta con un proceso abreviado -veinte días hábiles- que se ha aplicado a casos de restitución y ha permitido resolver procesos en plazos sumamente acotados. Chile, cuenta con un Acta 205 de 2015 de la Corte Suprema de Justicia que entró en vigor el 16/4/2016); República Dominicana (Resolución 480/2008 de la Suprema Corte de Justicia); y Panamá (Decreto Ejecutivo 222/2001). En Brasil, la Autoridad central creó una comisión especial para discutir y elaborar un borrador de un proyecto de ley federal para establecer procedimientos y plazos para los pedidos de regreso y visitas.

<sup>53</sup> LORTIE, PHILIPE, "Concentration of jurisdiction under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction", *The Judges' Newsletter on International Child Protection*, Vol. XX 2013, disponible en <https://assets.hcch.net/upload/newsletter/nl2013tome20en.pdf> al 7/5/2018. El eje temático de esta publicación es la concentración de jurisdicción en aplicación del CH 1980, para ampliar se recomienda su compulsa.

La concentración de jurisdicción como un recurso apropiado a los fines de optimizar los plazos en los casos de restitución es promovido a nivel internacional; ver, por ejemplo, CARBALLO PIÑEIRO, LAURA, "Unión Europea: Propuesta de revisión del Reglamento en materia matrimonial y por responsabilidad parental", disponible en <https://cartasblogatorias.com/2016/07/21/union-europea-propuesta-revision-del-reglamento-materia-matrimonial-responsabilidad-parental/> al 7/5/2018.

En relación a la fuente interna cabe mencionar que varias de las disposiciones del nuevo CCyC<sup>54</sup> serán funcionales a la resolución de casos en la materia; sin embargo, lograr acortar los tiempos de los procesos continúa siendo una cuenta pendiente y la jurisprudencia nacional da cuenta de ello.

Es en este contexto en el que la CSJN se ha pronunciado sobre esta problemática en los últimos fallos en los que se ha expedido. Así, ha hecho especial referencia a las demoras que se producen en este tipo de procesos y ha entendido que éstas se originan en "múltiples factores". Así, en el caso CSJN, 25/10/2016, "Q., A. c/ C., M. V.", la Corte ha sostenido que: *"la demora en resolver los pedido de restitución es una ... contingencia atribuible en la mayoría de los casos a múltiples factores en los que se encuentran involucrados tanto las partes como todos los agentes que intervienen en el proceso"*; en el caso CSJN, 27/12/2016, "G., L. s/por su hijo G. P., T.", que había tratado ante la justicia mendocina y ya había sido fallado por la Corte Suprema de esa provincia<sup>55</sup> la Corte federal concluyó: *"Habida cuenta que las demoras en el trámite del proceso y el incumplimiento en exceso del plazo fijado por el Convenio de La Haya*

<sup>54</sup> No profundizaremos sobre estas disposiciones para respetar el objetivo propuesto en el presente; sin perjuicio de ello, mencionaremos que se destacan entre aquéllas las contenidas en los arts. 2610, 2612, 2614 y 2642. Para profundizar ver, entre otros: RUBAJA, NIEVE, *"Lineamientos de la restitución internacional de niños a partir del nuevo Código Civil y Comercial y de la jurisprudencia reciente"*, cit. 167 y ss.

<sup>55</sup> Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala Primera, 03/12/2015, "G. L. EN J° 13-00704210-2 (010302-50720) G. L. por su hijo T. G. P. por restitución s/ familia p/ rec.ext.de inconstit-casación. La Corte provincial ya había advertido y se había pronunciado sobre las demoras en elocuentes términos: *"El aparato judicial actuó con poca celeridad y, la dinámica procesal desplegada por la madre y sus abogados, permitió alargar una situación de hecho que debió ser resuelta con urgencia"* y que *"Penosamente, el más perjudicado es un pobre niño, víctima de la pelea de los adultos..."*. Sin embargo, la Corte estimó que el paso del tiempo no había sido un factor decisivo en las decisiones de la CSJN y que se trataba de situaciones que *"deberían ser resueltas con un alto grado de urgencia, no sólo para la protección de los niños involucrados, sino también para no generar responsabilidad del Estado por la falta de razonabilidad en el tiempo que demanda la efectivización de los derechos afectados"* aludiendo a tales efectos a los precedentes de la Corte Europea de Derechos Humanos y al renombrado caso "Fornerón e hija c/ Argentina", del 27/04/2012, fallado por la Corte Interamericana.

*de 1980 son una característica constante en cada una de las causas sobre restitución internacional de menores, lo que perjudica el normal desenvolvimiento del proceso, dado que lo desnaturaliza al afectar en forma directa su finalidad, y provoca un mayor distanciamiento entre el niño y el entorno que tenía en el país de residencia habitual y, viceversa, generando un principio de arraigo en el país requerido, al tiempo que conduce a que en el procedimiento los interesados efectúen planteos ajenos a subjetivo que dificulten la decisión final de la causa y el retorno del menor, la Corte Suprema de Justicia de la Nación entiende imperioso exhortar al Poder Legislativo para que estime la necesidad o conveniencia de hacer uso de sus atribuciones para dictar una ley que se ajuste a la finalidad del Convenio de La Haya de 1980 y permita cumplir con las obligaciones asumidas por nuestro país al suscribir dicho convenio".*

Es también dable mencionar que como consecuencia de las demoras que caracterizan a los casos que se han presentado ante la CSJN y a la delicada situación que se presenta frente a la orden de restitución –puesto que los niños hace mucho tiempo que dejaron de vivir en el Estado al que son restituidos, inevitablemente han desarrollado vínculos y se han establecido en nuestro país y, en muchos casos, han perdido el contacto con el progenitor que solicita la restitución– el Tribunal ha indicado en los últimos casos en los que ha intervenido los pasos que debían seguir los jueces de primera instancia en miras a cumplir con la orden de restitución<sup>56</sup>.

En definitiva, acortar los plazos en los procesos de restitución internacional de niños es un desafío que recae en todos quienes participan en esos procesos: partes, peritos, defensores, representantes del Ministerio Público, asistentes sociales, jueces. Sin embargo, y tal como lo ha señalado la Corte, la sanción de una ley para regular los procesos de restitución internacional de niños continúa siendo un gran desafío pendiente a nivel nacional puesto que este recurso puede ordenar el proceso diseñado convencionalmente de una manera más eficiente.

<sup>56</sup> Especialmente en los casos CSJN, 22/12/15, "R., M. A. vs. F., M. B. s. Reintegro de hijo"; CSJN, 25/10/2016, "Q., A. c/ C., M. V. y otro s/reintegro de hijo"; y CSJN, 27/12/2016, "G., L. s/por su hijo G. P., T.". Se hace notar que la parte del voto a la que hacemos referencia no es un unánime.

### **1. Algunos avances a nivel nacional**

Enumeralaremos algunos de los avances que se han producido en nuestro país a los fines brindar reglas claras para llevar adelante eficientemente procesos de restitución internacional de niños. Podrá apreciarse que éstas se han dado tanto a nivel legislativo provincial como mediante directivas judiciales; además, se han presentado diferentes proyectos de ley ante el Congreso de la Nación:

- a. *Córdoba*: Ley de procedimiento para la aplicación de los convenios sobre restitución internacional de niños, niñas y adolescentes, Ley 10.419, 21/12/2016<sup>57</sup>. Es dable destacar que el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba (TSJ), por medio del Acuerdo Reglamentario 832 Serie A de 2015, creó la Oficina de Cooperación Judicial Internacional, cuya principal función es facilitar las comunicaciones judiciales directas de jueces provinciales con jueces extranjeros<sup>58</sup>. Asimismo, a través del Acuerdo 489 Serie A de 2016 se resolvió aprobar el proyecto de Concentración de Competencia en cinco sedes judiciales de la provincia de Córdoba en base a criterios de funcionalidad para entender en estos procesos<sup>59</sup>.
- b. *Misiones*: Código Procesal Civil, Comercial, de Familia y Violencia Familiar, Capítulo IV "Proceso de restitución de menores y restauración del régimen de visitas" (arts. 679 al 695).
- c. *CSJN*: Protocolo de Actuación para el funcionamiento de los convenios de sustracción internacional de niños, aprobado por la Comisión Nacional de Acceso a la Justicia llevada a cabo el día 28/4/2017<sup>60</sup>.

<sup>57</sup> Para ampliar se recomienda compulsar, entre otros: URIONDO DE MARTINOLI, AMALIA y MARTINOLI UIRONDO, ESTEFANÍA, "Sustracción internacional de niños", en *Lecciones de Derecho Internacional Privado. Relaciones de Familia. Código Civil y Comercial de la Nación*, cit., p. 324 y ss.

<sup>58</sup> Asimismo a través del Acuerdo 119, Serie A de 2016 estableció un Protocolo de actuación en materia de cooperación judicial internacional se reglamentó su actuación. Para ampliar ver: TAGLE DE FERREYRA, GRACIELA, "La finalidad de los Convenios de Restitución Internacional de Menores", en *Restitución internacional de menores. Doctrina de los jueces de la Red nacional y rol de las Autoridades centrales. Visión Práctica*, Editorial Advocatus, Córdoba, 2016, p. 44.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 45.

<sup>60</sup> El protocolo se encuentra disponible en <http://www.cij.gov.ar/adj/pdfs/ADJ-0.305074001493756538.pdf>, al 7/5/2018. Para ampliar se

- d. *Entre Ríos*: Proceso de restitución internacional de menores, Acuerdo Gral. N° 13/15 de 19/05/15<sup>61</sup>.
- e. *Proyecto de Ley en la Cámara de Diputados de la Nación* Expediente Senado: 4738-S-2016, trámite parlamentario 239, 02/12/2016<sup>62</sup>.
- f. *Proyecto de Ley presentado por la Cámara de Senadores de la Provincia de Buenos Aires*, Proyecto de Ley E 324-2017-2018, entrada 27/9/2017.
- g. Anteproyecto de ley de procedimiento para la aplicación de los convenios sobre restitución internacional de niños, niñas y adolescentes y régimen de visitas o contacto internacional, elaborado por la Autoridad central, la Oficina Regional de la HCCH, entre otros, que está próximo a ser presentado al Congreso de la Nación.

Todos los esfuerzos invertidos en regular y/o establecer lineamientos para llevar adelante eficientemente estos procesos resultan sumamente valiosos. Sin embargo, estimamos que deviene necesaria una solución a nivel nacional que, además, trae aparejado el desafío de regular de manera uniforme para todo el país una cuestión que podría considerarse de naturaleza procesal<sup>63</sup>.

---

recomienda compulsar: ALL, PAULA y RUBAJA, NIEVE, "El Protocolo de actuación para el funcionamiento de los Convenios de sustracción internacional de niños", *La Ley* 14/06/2017, p. 1.

<sup>61</sup> <http://www.jusentrerios.gov.ar/resolucion/procedimiento-de-restitucion-internacional-de-menores/>, disponible al 7/5/2018.

<sup>62</sup> Otros proyectos han perdido estado parlamentario. Ej. Expediente 5903-D-2014, trámite parlamentario 95, 05/08/2014.

<sup>63</sup> En este sentido se ha sostenido que el CH 1980, conforme a la legislación vigente, tiene rango constitucional y que, por lo tanto, la obligación de dictar una ley de procedimiento es de cumplimiento ineludible para el Estado nacional que tiene la obligación de hacer cumplir este Convenio a todos los gobiernos provinciales, por eso es que debe legislarse de manera unificada sobre un tema de estricto interés federal. Luego, el procedimiento podrá ser reglamentado por cada una de las jurisdicciones provinciales, respetando el objetivo antes enunciado. TAGLE DE FERREYRA, GRACIELA, "Un proceso que requiere una legislación específica urgente", *Jurisprudencia Argentina* 2014-IV.

## 2. Interrogantes

Se plantearán a continuación una serie de interrogantes con la intención de motivar reflexiones o ponencias que puedan ser debatidas en el próximo Congreso:

a) ¿Es posible y/o viable la sanción de una ley de naturaleza federal en materia de restitución internacional de niños para que en todas las provincias rija el mismo procedimiento?; b) ¿Es factible disponer la concentración de jurisdicción en nuestro país para que la especialidad de los operadores jurídicos impacte positivamente en la duración y certezas de los procesos? En su caso, ¿cómo?; c) ¿Es posible disponer la reducción de instancias recursivas? En su caso, ¿se vulneraría el derecho de defensa en juicio? ¿Cuáles serían las posibles formas de lograr esta reducción?; d) ¿En qué medida el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños de La Haya, 1996 (en adelante, CH 1996)<sup>64</sup> podría contribuir a los procesos de restitución internacional de niños?; e) ¿Existen otras cuestiones que podrían obstruir la viabilidad de una ley de procedimiento a nivel nacional? ¿Cuáles? ¿Podrían superarse tales dificultades?

## III. DESAFÍOS SUSTANCIALES

Estos desafíos tienen origen en las realidades sociales que reclaman soluciones jurídicas, tanto legislativas como judiciales. Asimismo, responden a la pluralidad de fuentes –entre ellas la nueva regulación a nivel nacional– y al impacto sustancialista que trae

<sup>64</sup>Argentina ha firmado el Convenio el 11/06/2015 y que éste ha sido aprobado por ley 27.237(Sanc. 26/11/2015; promul. 22/12/2015; publ. 23/12/2015). Sin embargo, es dable aclarar que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 61.2.a) del CH 1996 éste entrará en vigor en nuestro país el día primero del mes siguiente a la expiración de un periodo de tres meses después del depósito de su instrumento de aprobación, y que a julio de 2017 la Argentina aún no ha efectuado el depósito, esperamos que la ratificación se produzca prontamente. Este instrumento se encuentra vigente en 46 Estados a marzo de 2017. Para conocer el estado de vigencia, las Autoridades Centrales designadas y las reservas o declaraciones efectuadas por los Estados Parte ver: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=70>, disponible al 7/5/2018.

aparejado el Derecho internacional de los derechos humanos, lo que conlleva a un diálogo necesario para hallar el justo balance entre la previsibilidad y seguridad que demandan las soluciones jurídicas y la flexibilidad necesaria para la satisfacción de los derechos humanos que se hallen en juego.

Por otra parte, el principio de la armonía internacional de las soluciones reclama que se alcancen soluciones unificadas a nivel global. Sin embargo, la diversidad de posiciones frente a algunas temáticas sensibles, la injerencia del Estado en su regulación y las particularidades de cada situación familiar y de cada niño, pueden dificultar tal aspiración y deba, por tanto, optarse por otras alternativas tales como la coordinación de los ordenamientos jurídicos y los mecanismos de cooperación.

Para satisfacer tales demandas el DIPr cuenta con las riquezas de su pluralismo metodológico y otros recursos que pueden contribuir en esta búsqueda. En tal inteligencia enunciaremos los siguientes desafíos:

#### **A. La esencia de la nueva regulación (Código Civil y Comercial de la Nación)**

La sanción del nuevo CCyC y la incorporación en el Título IV del libro Sexto de las "Disposiciones de DIPr" ha importado grandes avances para el DIPr de la familia y, a su vez, importantes desafíos.

Ello por cuanto, el proceso de "constitucionalización del derecho privado"<sup>65</sup>, la jerarquía de fuentes a la que refieren los arts. 2594 y 2601 (y la CN, especialmente en el art. 75 inc. 22), las directivas que se imparten en los arts. 1 y 2 del CCyC –entre muchos otros hitos– han traído aparejado un necesario diálogo de fuentes con el que se deberá procurar captar la esencia de esta nueva regulación mediante una aplicación integral de todas las disposiciones contenidas en el Título y de las restantes fuentes de DIPr. Este desafío impactará, especialmente, en la labor de los operadores del derecho a la hora de llevar adelante y resolver los casos que se les presente.

Además, merece ser destacado el notable impacto del sustancialismo en el método conflictual que se advierte, en particular, en

<sup>65</sup> Entre otros: LORENZETTI, RICARDO L. (Dir), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo I, Santa Fe, Rubinzel-Culzoni, 2014, p. 29. RABINO, MARIELA, "La constitucionalización en el derecho internacional privado argentino", *Revista Jurídica de Buenos Aires*, cit., pp. 3/31.

las disposiciones contenidas en el Capítulo 3 producido por la impronta de derechos humanos<sup>66</sup>.

### **1. Diálogo de fuentes. Aplicación integral de las disposiciones de derecho internacional privado.**

Las fuentes que nutren hoy al DIPr argentino son numerosas<sup>67</sup>. Asimismo, las directivas que imparten los arts. 1 y 2 del CCyC invitan a un diálogo entre dichas fuentes<sup>68</sup>, entre las que se mencionan: las leyes que resulten aplicables conforme con la CN; los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte; los usos, prácticas y costumbres; la interpretación que resulta vinculante cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho<sup>69</sup>. Además, deben tenerse presente las directivas que impone la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, arts. 31 y 32, sobre la interpretación de las fuentes<sup>70</sup>.

Por ello, sin perjuicio de las importantes ventajas que trae la sistematización y accesibilidad que caracterizan a las normas de

<sup>66</sup> Conforme se expresó en los Fundamentos "las soluciones aportadas están inspiradas e impregnadas por el derecho internacional de los derechos humanos".

<sup>67</sup> Para profundizar compulsar, entre otros: DREYZIN DE KLOR, ADRIANA, *El Derecho Internacional Privado actual*, Tomo I, Zavalía, 2015, p. 2 y ss.

<sup>68</sup> La Dra. UZAL sostiene que también se suscitará el necesario e imprescindible diálogo entre las fuentes jerárquicas, o de modo horizontal, esto último ocurre, cuando se da entre normas de distintos ordenamientos nacionales y muchas veces se requerirá de la armonización y adaptación de las soluciones cuando esos derechos nacionales se muestren en conflicto. UZAL, MARÍA ELSA, *Derecho internacional privado*, La Ley, 2016, p. 67.

<sup>69</sup> En esta inteligencia se ha sostenido que la jurisprudencia de la CIDH cobra reconocimiento cada vez más significativo en diversos temas de relevancia e interés regional, incluso la CSJN ha señalado la obligatoriedad del cumplimiento para el Estado argentino de dichas decisiones ("Espósito, Miguel por su defensa", 23/12/2004) y que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la CSJN ("Mazzeo, Julio Lilo y otros, recurso de casación e inconstitucionalidad, 12/7/2007). Ver. URIONDO DE MARTINOLI, AMALIA, *Lecciones de Derecho Internacional Privado. Relaciones de Familia. Código Civil y Comercial de la Nación*, cit., p. 28.

<sup>70</sup> Aprobada por ley 19.865.

DIPr del nuevo código<sup>71</sup> y la especificidad de las disposiciones del Capítulo 3 en relación al DIPr de familia –en particular para jueces y otros operadores del derecho que no se encuentran cotidianamente con casos de la materia–, se requiere ineludiblemente una aplicación integral de las disposiciones contenidas en las Secciones 2 a 8 que conlleve al diálogo con las restantes fuentes de DIPr y, en especial, con todas las disposiciones del Título en la meta de alcanzar la justa solución al caso<sup>72</sup>.

Es decir, las soluciones diseñadas por el legislador en materia de DIPr han conferido suficiente certeza y seguridad jurídica, sacando provecho para ello del pluralismo metodológico y otros recursos propios de nuestra materia, sobre todo en aquéllos ámbitos en los que carecíamos de regulación en la fuente interna (filiación internacional, alimentos derivados de la filiación, restitución internacional de niños, responsabilidad parental, tutela y otros institutos de protección, medidas urgentes para la protección de niños). Incluso, las disposiciones han permitido la coordinación con la fuente internacional vigente y han previsto la sintonía con fuentes aún no vigentes en nuestro país<sup>73</sup>.

<sup>71</sup> En este sentido el Dr. MENICOCCI ha aseverado que "El Título IV articula soluciones asimiladas por la cultura jusprivatista argentina, optando por la simplicidad y la flexibilidad...". MENICOCCI, ALEJANDRO, "Codificación de derecho internacional privado: con especial referencia a la parte general y la regulación patrimonial de contratos y responsabilidad civil extracontractual en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", en *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Córdoba, Asociación Argentina de Derecho Internacional, Vol. XXIII.

<sup>72</sup> En los Fundamentos se explica que el hecho de conectar distintos ordenamientos jurídicos y la metodología empleada impone una actitud particular al juez que debe asumir el esfuerzo de la interpretación y de la argumentación y que ello obliga a una lógica del razonamiento distinta a la que se desarrolla generalmente frente al ordenamiento material propio. Así, se ha procurado facilitar la aplicación del sistema jurídico iusprivatista internacional al operador jurídico y a los magistrados, y respetar su carácter de sistema normativo dentro del orden jurídico que integra.

<sup>73</sup> Véase especialmente la solución que brinda el art. 2637 en relación a la adopción internacional y las previsiones del Convenio de La Haya de 1993 en la materia que es la fuente por la que se otorgan gran cantidad de adopciones internacionales en el extranjero. NAJURIETA, MARÍA SUSANA "Principios y caracteres del Derecho Internacional Privado de la infancia con especial referencia a las disposiciones del Código Civil y Comercial de La Nación", cit., p. 160.

Sin embargo, podría suceder que para alcanzar soluciones que resulten materialmente justas en un caso concreto<sup>74</sup>, o a los fines de colmar posibles vacíos que voluntaria o involuntariamente haya dejado el legislador, resulte necesario flexibilizar, integrar o adaptar las soluciones propuestas. A tales efectos, deberán tenerse en cuenta las posibilidades que brinda la aplicación integral de las fuentes y disposiciones vigentes y, en consecuencia, la posible flexibilización que éstas podrían ofrecer al razonamiento que realice el juez.

En definitiva, deberá procurarse hallar un balance apropiado sin pecar por abandonarse a ninguno de los dos extremos: ni respuestas rígidas que no permitan alcanzar o realizar la justicia de la solución; ni soluciones que abandonen el razonamiento propio del DIPr y que pongan en riesgo la previsibilidad y debida defensa de los derechos de las partes. En otras palabras, la flexibilización deberá estar justificada, argumentada razonablemente y deberá procurar proteger y asegurar los derechos humanos de todos los sujetos involucrados en el caso.

Algunos de los recursos sobre los que invitamos a reflexionar como vías para flexibilizar la aplicación de normas del Capítulo 3, cuando ello resultara necesario para alcanzar la justicia de la solución en el caso, podrían ser: el foro de necesidad, art. 2602; el método de adaptación, art 2595 c); las diversas posibilidades de funcionamiento del reenvío, art. 2596 (por ejemplo el reenvío equidad<sup>75</sup> o "in favorem"<sup>76</sup>; la cláusula general de excepción, art. 2597; el juego del orden público internacional y sus matices, art. 2600. También pueden resultar funcionales las herramientas de cooperación: el principio de cooperación jurisdiccional, art. 2611; o las posibilidades que brinda el art. 2642 especialmente en el segundo párrafo, por ejemplo.

<sup>74</sup> Por ejemplo, si el derecho aplicable o los derechos indicados como aplicables no condujeran, en el caso concreto, a una solución que permita satisfacer los derechos afectados o cuya solución no permitiera satisfacerlos plenamente.

<sup>75</sup> Entre otros, BOGGIANO, ANTONIO, *Tratado de derecho internacional privado*, cit., Tomo 1, p. 570.

<sup>76</sup> Entre otros, UZAL, MARÍA ELSA, *Derecho internacional privado*, cit., p. 136.

## 2. El impacto del sustancialismo en el método conflictual

En atención al objeto propuesto en el presente, y a que procuramos no extendernos más allá de lo admitido, no podamos aquí profundizar sobre las características y ventajas de las nuevas disposiciones de DIPr de familia del CCyC; sin embargo, tampoco podemos dejar de destacar el marcado impacto que el sustancialismo ha tenido en el método conflictual como un hito característico de la reforma.

En este punto cabe aludir a las elocuentes palabras del Dr. BOGGIANO en la presentación a la sexta edición del *Tratado de Derecho Internacional Privado*, en donde analiza esta cuestión. Sostiene el autor que, "...El nuevo Código, en sus disposiciones de derecho internacional privado, está imbuido de esta dialéctica conflictual-material". Y, luego, pasa detallada revista de esta circunstancia y analiza cómo el materialismo impregna cada una de las áreas del DIPr y del DIPr de familia en particular<sup>77</sup>.

En tal sentido, puede aseverarse que el materialismo se refleja en tanto en la elección de los puntos conexión (ej. punto de conexión "lugar de celebración del matrimonio" art. 2622) como en la variedad de alternativas para determinar el derecho a aplicar, con indicaciones precisas en cuanto a la orientación de la elección (ej. Arts. 2630, 2632). Además, el materialismo está también determinado en otros recursos, por ej. en la orientación del orden público internacional hacia el interés superior del niño (arts. 2634 y 2637) o en la proximidad que reclaman tanto la cláusula de excepción del art. 2639 o el art. 2637 cuando exige "vínculos estrechos del caso con la República"; incluso, en la finalidad de procurar el "regreso seguro del niño" que promueve el art. 2642. Es igualmente el materialismo el que nutre las normas de jurisdicción internacional y de cooperación internacional<sup>78</sup>.

<sup>77</sup> BOGGIANO, ANTONIO, *Tratado de derecho internacional privado*, cit., Tomo 1, p. XI y ss.

<sup>78</sup> En este sentido se ha sostenido que el impacto de derechos humanos en el DIPr se ejerce sobre variadas materias y en diversas circunstancias para garantizar cuestiones tales como el acceso a la justicia, los derechos de los trabajadores, la protección del medio ambiente o los intereses de niños y adolescentes. "Intimamente ligado a esto, se hace patente desde una perspectiva funcional que el DIPr. puede difícilmente seguir siendo tomado como un mero instrumento "neutral" para la repartición de competencias a poco que se preste atención al rampante proceso de

Indudablemente, el sustancialismo que impregna al espíritu del nuevo CCyC tiene su razón de ser en la constitucionalización del DIPr y en la impronta de derechos humanos que nutre a todo nuestro ordenamiento jurídico. A su turno, serán los jueces los que deberán aplicar estas disposiciones de modo que se tornen una vía para materializar los derechos que se encuentren en juego en cada situación.

En este sentido, entendemos que al haberse abandonado la solución de "favor" que contenía el art. 14.4 del Código Civil se ha intentado evitar una respuesta automática o abstracta; por lo tanto, la inclinación hacia la validez formal de un estado de familia o emplazamiento resultará de la coherencia y respeto de la plenitud de los derechos humanos en juego (así se advierte, por ejemplo, en el art. 2632 CCyC).

### **3. Avances de la jurisprudencia nacional**

Advertimos que de la jurisprudencia de nuestro país, luego de la entrada en vigor del nuevo CCyC, se puede apreciar el esfuerzo realizado por algunos jueces para aplicar apropiadamente y de modo integral las nuevas disposiciones de DIPr en la búsqueda de soluciones dotadas de justicia a los casos que se les presentaron. Enunciaremos algunas de ellas a continuación:

a. *Restitución internacional de niños*: CSJN, 22/12/15 "R., M. A. c. F., M. B. s. Reintegro de hijo"<sup>79</sup>; CSJN, 10/05/16, "E., M. D. c. P., P.F. s. restitución del menor C. D. E. P."<sup>80</sup>; CSJN, 25/10/2016, "Q., A. c. C., M. V. y otro s/ reintegro de hijo"<sup>81</sup>; CSJN, 27/12/2016, "G., L. s/ por su hijo G. P., T. por restitución"<sup>82</sup>; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora,

---

materialización que lo viene animando en las últimas décadas" FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO P., "Algunas reflexiones acerca de las relaciones entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público", en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración*, 22/6/2012 disponible en [www.eldial.com](http://www.eldial.com) al 7/5/2018.

<sup>79</sup> <http://fallos.diprargentina.com/2016/05/r-m-c-f-m-b-s-reintegro-de-hijo-csjn-2.html>, al 7/5/2018.

<sup>80</sup> <http://fallos.diprargentina.com/2016/06/e-md-c-p-pf-s-restitucion-del-menor-c-d.html>, al 7/5/2018.

<sup>81</sup> Publicado en La Ley on line: AR/JUR/70653/2016

<sup>82</sup> Publicado en La Ley on line AR/JUR/85748/2016

Sala I, 12/08/2015, "R. C. A. E. c. G. A. A. s/ exhortos y oficios"<sup>83</sup>. En todos estos casos se aplicó el art. 2642 del CCyC. En tres de los casos fallados por la CSJN se hizo especial referencia al concepto de "regreso seguro" al que alude dicho artículo.

b. *Alimentos*: 1<sup>a</sup> Cámara de Apelaciones, 2<sup>a</sup> Circunscripción Judicial de Mendoza, 19 /08/2015, "F., M.C. c/ K., M. P/ Alimentos Provisorios - Compulsa"<sup>84</sup>; Tribunal Colegiado de Familia N° 5 Rosario, 23/12/2015, "D., C. c/ P., M. s/cesación de cuota alimentaria"<sup>85</sup>; Tribunal de Familia N° 7 de Rosario, 11/ 3/2016, "M.C c/ S.C. s/ Demanda Cobro de Cuotas Alimentarias Adeudadas"<sup>86</sup>.

<sup>83</sup> Disponible en [www.colectivoderechofamilia.com](http://www.colectivoderechofamilia.com), al 7/5/2018.

<sup>84</sup> El caso se trató de un reclamo de alimentos provisорios respecto de un alimentante que se domiciliaba en Alemania. Ello conllevó a que el Tribunal analizara la fuente internacional y la nueva fuente interna –arts. 2629 y 2630 CCyC- en materia de obligación de presentar alimentos con aristas de internacionalidad. Asimismo, se destaca el esfuerzo del Tribunal mendocino para interpretar y establecer el contenido del derecho que consideró aplicable al caso –el alemán– a la luz del nuevo artículo 2595 a) del CCyC. Publicado en *La Ley online*: AR/JUR/27854/2015.

<sup>85</sup> El caso se originó a raíz de una demanda de cese de una obligación alimentaria asumida por un cónyuge en beneficio de su esposa en razón de que, según el alimentante, se habían modificado las condiciones que habían dado origen al acuerdo. El matrimonio se había contraído en Italia, su último domicilio conyugal también se registraba en dicho país. Allí, habían obtenido una sentencia de separación personal y se había homologado un acuerdo alimentario. Luego ambos cónyuges mudaron su domicilio a Rosario, Santa Fe, Argentina. El problema a dilucidar fue, centralmente, el derecho a aplicar para determinar si correspondía o no el cese de la obligación alimentaria. Tanto en el voto mayoritario como en la disidencia se advierte que se detectaron las aristas de internacionalidad del caso y, en función de aquéllas se intentó realizar el razonamiento de DIPr. Publicado y comentado por MENICOCCI, ALEJANDRO, "El régimen de alimentos en el DIPr en fuente interna y un debut previsible de la cláusula de excepción", ED – 268 07/06/2016, nro 13.972 y por RUBAJA, NIEVE, "La consideración de los elementos extranjeros en casos de alimentos: consecuencias favorable al alimentado", *Revista de Derecho de Familia*, Abeledo Perrot, cita on line: AP/DOC/14/2017

<sup>86</sup> La acción se inició a solicitud de una mujer domiciliada en Francia que reclamaba el cobro de las cuotas de alimentos adeudadas a sus hijos por su padre que se domiciliaba en la ciudad de Rosario. El pedido se

c. *Adopción*: Juzgado de Familia de Tupungato, Mendoza., 5/5/2016, "CH.C.; M. P/Adoptabilidad"<sup>87</sup>.

d. *Sucesiones*: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, Sala I, 18/8/2015, "G.J.C. s/ sucesión *ab intestato*"<sup>88</sup>.

En definitiva, entendemos que son diversos los factores que pueden coadyuvar a la labor judicial y a los operadores del derecho a los fines de superar el desafío aquí identificado, entre ellos: el hecho que las nuevas disposiciones de DIPr se encuentren en el mismo cuerpo legal que la regulación de fondo; el diálogo entre la pluralidad de fuentes; la aplicación integral de las disposiciones de DIPr; la impronta de derechos humanos o sustancialismo que tiñe a la nueva regulación; y, los aportes que puedan realizarse desde la doctrina.

**B. La situación en Argentina de los niños nacidos en el extranjero mediante el empleo de técnicas de gestación por sustitución: la protección de sus derechos fundamentales**

La complejidad que plantea para el derecho –y otras ciencias– la situación que la realidad ha impuesto como consecuencia del

---

había cursado por medio de las autoridades centrales en el marco de la Convención de Nueva York y, en virtud de ello, la Defensoría General representaba a la actora. Concretamente se perseguía el reconocimiento y ejecución la sentencia extranjera emanada del Juzgado de Primera Instancia de Libourne, Francia, que había fijado los alimentos. Inédito, comentado en RUBAJA, NIEVE, "La consideración de los elementos extranjeros en casos de alimentos: consecuencias favorables al alimentado", cit.

<sup>87</sup> El caso se trató sobre la determinación del estado de adoptabilidad de una niña de nacionalidad boliviana domiciliada en Argentina. La magistrada en su fallo analiza la fuente internacional vigente y no vigente y las disposiciones en materia de adopción internacional en el nuevo CCyC. Publicado en La Ley on line AR/JUR/64984/2016. Comentado por SCOTTI, LUCIANA, *Manual de Derecho Internacional Privado*, La Ley 2017, p. 480 y ss., y RUBAJA, NIEVE, "Actualidad en Derecho Internacional Privado de Familia", *Revista de Derecho de Familia*, Abeledo Perrot, cita on line AP/DOC/686/2017.

<sup>88</sup> Se trataba de una sucesión en la que el causante poseía último domicilio en Municipio de Leme, Estado de San Pablo, República Federativa de Brasil y había dejado bienes relictos en nuestro país y al que se aplicaron las nuevas disposiciones en materia sucesoria previstas por el CCyC. Disponible en <http://fallos.diprargentina.com/2016/02/g-j-c-s-sucesion-ab-intestato.html> al 7/5/2018.

empleo de esta TRHA es objeto de fuertes debates y posicionamientos. Asimismo, existe cierta variedad y dinamismo en el enfoque y posibilidades que ofrecen los Estados nacionales para admitirla, prohibirla o no regularla. En esta oportunidad, proponemos realizar un recorte de la problemática a abordar teniendo en miras la protección de los derechos fundamentales de los niños que nacen como consecuencia del empleo de la técnica de gestación por sustitución en un Estado distinto de aquél en el que residirán<sup>89</sup>. Concretamente, cuál es la situación en Argentina respecto de estos niños en la actualidad y cuáles son los recursos de DIPr para garantizar sus derechos.

En este contexto, los derechos de los niños que suelen verse vulnerados son el derecho al establecimiento de la filiación, la adquisición de una nacionalidad, en algunas oportunidades se ve obstaculizada la posibilidad de desplazarse a través de los Estados –generalmente a raíz de la falta de nacionalidad y, consecuentemente, de la documentación necesaria para ello–, y a acceder al conocimiento de sus orígenes, tanto en el caso que hubiera un aportante del material genético con el que no se genere vínculo de filiación como respecto a la forma en que fueron gestados<sup>90</sup>.

<sup>89</sup> Nótese que éste es el posicionamiento que ha tomado la Corte Europea de Derechos Humanos para resolver los casos que se han presentado en la especie, ya que en sus decisiones se ha considerado violado el derecho a la vida privada y familiar de los niños (art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, del que se dedujo el derecho a que la persona pueda establecer su identidad como ser humano y que la filiación biológica es un aspecto esencial de la identidad de la persona) pero no el de los adultos o padres intencionales. Especialmente "Mennesson c. Francia" (nº 65192/11) y "Labassee c. Francia" (nº 65941/11). El Tribunal siguió el mismo criterio en los casos: *Foulon y Bouvet c. Francia* (asuntos 9063/14 y 10410/14) y *Laborie c. Francia* (asunto 44024/13). Puede apreciarse el impacto de la doctrina de estos casos en la jurisprudencia europea, entre otros, en: ÁLVAREZ GONZÁLEZ, SANTIAGO, "Gestación por sustitución y orden público" y QUIÑONES ESCAMEZ, ANA, "El contrato de gestación por sustitución no determina la filiación sino la intervención de una autoridad pública conforme a la ley", *Revista InDret*, Barcelona, Abril 2017, ps.165-200 y 201-251 respectivamente. Disponible en [www.indret.com](http://www.indret.com), al 7/5/2018.

<sup>90</sup> Ver RUBAJA, NIEVE, "El Derecho internacional privado al servicio de los derechos fundamentales de los niños nacidos por el empleo de la gestación por sustitución en el extranjero", cit. p. 281 – 336.

La nueva regulación de DIPr contenida en el CCyC ha sacado provecho de las riquezas del pluralismo metodológico que caracteriza a esta disciplina para ofrecer respuestas a las delicadas situaciones que se generan en este ámbito en vías de proteger los derechos fundamentales de los niños.

### **1. Soluciones metodológicas del derecho internacional privado argentino. Interrogantes.**

El nuevo código ha incorporado normas para hacer frente a los problemas derivados de la filiación en su triple fuente, por naturaleza, por TRHA y por adopción, tanto en el derecho de fondo como en las disposiciones de DIPr. Concretamente, para afrontar el desafío aquí planteado –es decir, proteger los derechos de los niños que nacen por gestación por sustitución en el extranjero– se ha sacado provecho de los recursos metodológicos del DIPr en la Sección 5. Allí, se ofrecen soluciones a los conflictos originados tanto al momento de establecer la filiación, de modo tal que se garantice la plenitud de los derechos del hijo, como para reconocer y permitir que la filiaciones ya otorgadas en el extranjero desplieguen plenos efectos en nuestro país. En tal inteligencia, nos concentraremos en el método conflictual que emplean específicamente los artículos 2632 y 2633, por un lado; y, en el método de reconocimiento<sup>91</sup> que introduce de una manera novedosa el nuevo código en el artículo 2634, por el otro.

El primero es un método ya conocido, mediante aquél, en los referidos artículos se designan diferentes puntos de conexión con cortes temporales para precisar su funcionamiento, y de manera alternativa

<sup>91</sup> BARATTA, ROBERTO, "La reconnaissance internationale des situations juridique *personnelles et familiaires*", cit., p.464. El autor asevera que los mecanismos dedicados específicamente al reconocimiento de la situación jurídica de la persona y la familia deben distinguirse por sus objetivos particulares –técnicas destinadas a proteger los derechos humanos de las personas implicadas– puesto que se desarrollaron o evolucionaron desde dicho punto de vista y no sólo para coordinar los puntos de vista de los Estados en términos de justicia distributiva. Sostiene: "La justification primordiale de la reconnaissance ... n'est pas seulement liée à l'harmonisation internationale des solutions, mais surtout au fait qu'elle tend à réaliser les droits fondamentaux des personnes". También se hace referencia a éste como una norma de "conflicto de sistemas". Ver: NAJURIETA, MARÍA SUSANA "Principios y caracteres del Derecho Internacional Privado de la infancia con especial referencia a las disposiciones del Código Civil y Comercial de La Nación", cit., p. 159.

con una clara orientación material a los fines de concretar los derechos fundamentales del hijo. Éstos artículos junto con el art. 2631, que se refiere a la jurisdicción internacional, contemplan los problemas derivados del emplazamiento filiatorio cuando aquél no está aún establecido o cuando lo que se persigue es plasmar un emplazamiento diferente en aras de proteger el derecho a la identidad<sup>92</sup>.

El método empleado por el artículo 2634<sup>93</sup>, por su parte, apunta a permitir la inserción de emplazamientos o situaciones jurídicas creadas de acuerdo a la ley extranjera a los fines de que desplieguen plenos efectos en nuestro país. De este modo, se evita el procedimiento de *exequatur* y se favorece la continuidad y coherencia de las relaciones jurídicas creadas con fundamento en el respeto y plenitud de los derechos humanos involucrados. Este reconocimiento no es automático; por el contrario, está sujeto a determinadas condiciones: en primer lugar, el emplazamiento debe haber sido determinado por una autoridad competente, ya sea judicial o administrativa<sup>94</sup>; en segundo lugar, se exige la compatibilidad de la situación creada en el extranjero con los principios que ordenan el orden público internacional argentino con un importante matiz: el interés superior del niño. Asimismo, la directiva contenida en el art. 2634 se dirige tanto a las autoridades judiciales como administrativas.

<sup>92</sup> Ver comentarios a estos artículos, entre otros, en IUD, CAROLINA, *comentarios a la Sección 7<sup>a</sup> del Título IV Disposiciones de Derecho internacional privado en (Dir.) RIVERA, JULIO C. y MEDINA, GRACIELA, Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Buenos Aires, La Ley, 2014 y RUBAJA, NIEVE, en (Dir.) HERRERA, CARAMELO y PICASSO, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, T. VI, Buenos Aires, 2015.

<sup>93</sup> Nótese que en el art. 2634 introduce en dos párrafos esta cuestión. La diferencia radica en que en el segundo párrafo se focaliza en la filiación por TRHA y se especifica que "los principios que regulan las normas sobre filiación por técnicas de reproducción humana asistida integran el orden público..."; finalmente, la solución propuesta en ambos párrafos es la misma. Resulta muy interesante el análisis que efectúa la Dra. URIONDO DE MARTINOLI sobre la interpretación de esta directiva. URIONDO DE MARTINOLI, AMALIA, *Lecciones de Derecho Internacional Privado. Relaciones de Familia. Código Civil y Comercial de la Nación*, cit., p. 33.

<sup>94</sup> Se ha sostenido que la intervención de la autoridad pública extranjera permite presumir que la filiación del menor ha sido legalmente establecida, en su mejor interés, con audiencia de partes, y con respecto a unos determinados padres intencionales. QUIÑONES ESCAMEZ, ANA, "El contrato de gestación por sustitución no determina la filiación sino la intervención de una autoridad pública conforme a la ley", cit.

Cada una de estas metodologías ofrece una forma de operar que le es propia, incluso puede considerarse que el funcionamiento del control del orden público internacional impacta de diferente modo en cada uno de ellos y podría tener un diferente alcance. En el conflictualismo el control se hará respecto de la solución a la que se arribe luego de aplicar el derecho extranjero; mientras que en el método de reconocimiento la confrontación deberá realizarse directamente respecto de la situación creada, sin perjuicio del derecho que se haya aplicado o de las disposiciones que aquél contenga. Así, podría suceder que el efecto del orden público difiera en ambos métodos, aunque el interés superior del niño será un parámetro común. Es más, en el art. 2634, en ambos párrafos, el matiz o prisma con que debe efectuarse el control viene impuesto y condicionado por el legislador<sup>95</sup>.

Estas diferentes soluciones que ha empleado legislador conllevan a algunos interrogantes y/o reflexiones que hoy nos podemos hacer de manera teórica o abstracta pero que, seguramente, las conclusiones y debates que se generen a raíz de aquéllos puedan coadyuvar en la búsqueda de soluciones a casos que tengan que decidir nuestros magistrados.

Así, algunos ejes sobre los que proponemos reflexionar son:

a. ¿La metodología que ofrecen las disposiciones del CCyC en materia de filiación dan respuestas a las mismas situaciones? ¿Son suficientes estos métodos para cubrir la totalidad de los casos que se pueden plantear en el especie para la protección de los derechos de los nacidos? Para este análisis cabe, especialmente, atender a la división de categorías que se efectúa en la respectiva Sección del CCyC y a las respectivas soluciones previstas, tal como hemos adelantado.

b. ¿Cuál es el alcance o el contenido "genérico"<sup>96</sup> que puede asignarse al interés superior del niño en esta materia a los fines de interpretar la directiva del art. 2634 CCyC? En tal sentido deberá atenderse especialmente a los derechos del niño que se encuentran

<sup>95</sup> Ver, entre otros: FRESNEDO DE AGUIRRE, CECILIA, "Public policy: common principles in the American States", cit.; IUD, CAROLINA, "Los matices del orden público internacional en las relaciones de familia", *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, año V, N° 8, septiembre 2013, pp. 43/51.

<sup>96</sup> Ver punto I.B. g) del presente.

en juego en estas situaciones y, en cada caso particular, al interés superior del niño de que se trate.

c. ¿Es funcional el control del orden público internacional a los fines de detectar el tráfico de niños? Incluso aunque se detecte en un caso concreto alguna ilicitud, ¿puede continuar siendo el interés superior del niño permanecer en la filiación respecto de los padres intencionales? Entendemos que en tal sentido, el art. 18 de la Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores<sup>97</sup>, puede considerarse un parámetro a considerar.

d. ¿Podría asegurarse el derecho del niño a conocer sus orígenes en los nacimientos por TRHA? En su caso, ¿cómo?

## **2. La labor de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: los avances del Grupo de Expertos sobre Filiación<sup>98</sup>**

La preocupación que genera el creciente número de personas que recurre a estas técnicas en el extranjero, la falta de regulación y/o las incertezas que ello ocasiona y, como consecuencia, la

<sup>97</sup> Aprobada por Ley 25479. El art. 18 establece "Las adopciones y otras instituciones afines constituidas en un Estado Parte serán susceptibles de anulación cuando su origen o fin fuere el tráfico internacional de menores. En la respectiva acción de anulación, se tendrá en cuenta en todo momento el interés superior del menor. La anulación se someterá a la ley y a las autoridades competentes del Estado de constitución de la adopción o de la institución de que se trate".

<sup>98</sup> Es dable también destacar que en el ámbito del Servicio Social Internacional se ha convocado a un Grupo de Expertos que se reunió en mayo de 2017 en la Universidad de Verona, Italia. El Grupo reconoció que los dispares enfoques nacionales en relación a la GS conllevan a conflictos tales como la potencial explotación de los niños, las mujeres y los padres intencionales. El Grupo de Expertos acordó en particular que los derechos de los niños deben ser protegidos, sin perjuicio de las circunstancias de su nacimiento. Además, que los Estados deben prohibir la venta de niños en el contexto de la GS, con particular referencia al Protocolo Facultativo sobre la venta de niños. Como consecuencia de esta reunión se concluyó en la necesidad urgente de elaborar principios universales e integrales que consideren a la GS desde un enfoque centrado en la internacionalidad y en el niño, basado en los instrumentos legales de protección de derechos humanos y los estándares alcanzados, especialmente a partir de la CDN. Ver: <http://www.iss-ssi.org/index.php/en/news1>, al 7/5/2018.

afectación de los derechos de los niños nacidos ha conllevado a que el tema sea incorporado a la agenda de la HCCH<sup>99</sup>.

En 2013 la HCCH envió a los Estados miembro, a operadores jurídicos, a los profesionales de la salud y a las agencias de subrogación cuestionarios sobre cuestiones relacionadas con la situación de los niños nacidos por estas técnicas. Las respuestas recibidas sirvieron de base para preparar un informe sobre el establecimiento e impugnación de la filiación en el derecho interno e internacional privado, con especial atención a los problemas derivados de la gestación por sustitución internacional, para la atención del Consejo de Asuntos Generales de la HCCH para el 2015. En esa oportunidad, se decidió que resultaba conveniente formar un Grupo de Expertos para explorar la viabilidad de seguir avanzando en el tema de la filiación (incluida, pero no exclusivamente, la gestación por sustitución).

El Grupo se ha reunido, a la fecha en tres oportunidades: 2016, 2017 y 2018. Como consecuencia de esas reuniones, en atención a la complejidad del tema y a la diversidad de enfoques de los distintos Estados, se concluyó, en la primera ocasión, que la viabilidad del proyecto debía centrarse en el reconocimiento de la filiación y que, al momento, no podía arribarse a conclusiones definitivas<sup>100</sup>.

En la segunda ocasión, para el mejor abordaje del tema de la filiación se escindió la discusión entre: 1. La filiación que surge de pronunciamientos judiciales; en este campo se advirtieron mayores consensos porque, en definitiva, se trata del reconocimiento decisiones extranjeras que es un trámite conocido por los distintos ordenamientos jurídicos. Se analizó separadamente el reconocimiento de las decisiones judiciales en torno a la impugnación de la filiación. Se concluyó que ambas situaciones (reconocimiento e impugnación)

<sup>99</sup> En el sitio web de la HCCH ([www.hcch.net](http://www.hcch.net)) se encuentran disponibles diferentes instrumentos que son el resultado de una profunda investigación y estudio que viene realizando la Oficina Permanente desde el año 2010.

<sup>100</sup> 'Report of the February 2016 Meeting of the Experts' Group on Parentage / Surrogacy, Preliminary Document No 3', disponible en <https://assets.hcch.net/docs/f92c95b5-4364-4461-bb04-2382e3c0d50d.pdf>, al 7/5/2018. En la reunión del Consejo de marzo de 2016 se extendió el mandato del Grupo de Expertos, las Conclusiones y recomendaciones están disponibles en <https://assets.hcch.net/docs/679bd42c-f974-461a-8e1a-31e1b51eda10.pdf>, al 7/5/2018.

podrían ser abordadas del mismo modo aunque con consideración especial del derecho de defensa en juicio del demandado. 2. La filiación que deriva de documentos públicos: se advirtió que los efectos que producen los documentos públicos (partidas de nacimiento) pueden diferir notablemente entre los distintos Estados. Asimismo, se distinguió entre el posible reconocimiento de la filiación que surja del documento de las cuestiones relativas a su validez formal. Por todo ello, se consideró que no puede darse un tratamiento similar a estos instrumentos que aquél propuesto para las decisiones judiciales<sup>101</sup>. 3. Por separado se analizó la cuestión relativa a la filiación con origen en el empleo de TRHA y de la gestación por sustitución, en atención a las particulares problemáticas que presentan. El énfasis en el análisis estuvo en la continuidad de los emplazamientos que nacen por el empleo de estas técnicas. Se advirtió el diferente tratamiento que dan los Estados a esta temática, aunque a nivel internacional se reconoció una preocupación común en torno de la explotación que sufren algunas mujeres. Además, algunos expertos señalaron la importancia del derecho a la identidad y a conocer información respecto del origen de los niños nacidos por el empleo de estas técnicas. Se evaluó la posibilidad de que se apliquen a todas las filiaciones (naturaleza y por TRHA y gestación por sustitución) las mismas normas de DIPr, aunque se advirtió que en estos casos debería evaluarse la necesidad de establecer mayores salvaguardas y/o estándares mínimos. En esa segunda reunión se concluyó que: 1. en principio, sería viable un instrumento vinculante para el reconocimiento de decisiones judiciales; 2. se necesita discutir en mayor profundidad el reconocimiento de la filiación que surge de documentos públicos; 3. Por la complejidad y diversidad de tratamiento para la filiación que tiene origen en el empleo de técnicas y de la gestación por sustitución, es necesario continuar la discusión para analizar la viabilidad de un instrumento general de DIPr aplicable también en estos supuestos y, en su caso, si resultan necesarias salvaguardas adicionales<sup>102</sup>.

<sup>101</sup> Una forma en la que podría superarse este inconveniente, especialmente si se consideran aquellos Estados en los que las partidas de nacimiento establecen la filiación de pleno derecho, podría ser crear un documento uniforme o sellado para garantizar su circulación ("certificado internacional de filiación"), tal como lo sugirieron algunos expertos.

<sup>102</sup> Ver "Report of the Experts' Group on the parentage / surrogacy project (meeting of 31 january - 3 february 2017)", <https://assets.hcch.net/docs/ed997a8d-bdcb-48eb-9672-6d0535249d0e.pdf>, disponible al 7/5/2018.

En 2017, el Consejo advirtió sobre el progreso del Grupo en la segunda reunión y reconoció la necesidad de seguir con el trabajo. En consecuencia se decidió que se efectuara una tercera reunión en Febrero de 2018<sup>103</sup>.

Luego de la tercera reunión y siguiendo sus recomendaciones el Consejo decidió que debían llevarse a cabo dos reuniones más antes de la siguiente reunión del Consejo: a) una cuarta reunión en septiembre de 2018 para profundizar en la discusión acerca de la uniformidad del derecho aplicable a la filiación, incluyendo si tales reglas pueden aplicarse también a los documentos públicos; y b) una quinta reunión en febrero de 2019, especialmente para abordar la problemática de los acuerdos sobre gestación subrogada y la posibilidad de que las reglas generales para el tema de la filiación se apliquen también a estos casos. Incluso analizar la posibilidad de crear reglas adicionales y salvaguardas, analizando también la posibilidad de elaborar un Protocolo para estos casos<sup>104</sup>.

### **C. Uniones convivenciales o no matrimoniales y su impacto en casos internacionales. Desafíos del derecho internacional privado.**

Es notable el incremento de las uniones no matrimoniales a nivel global. En el derecho comparado se advierte una variedad tanto en la denominación de este tipo de uniones como en relación a los derechos y deberes que se generan entre los miembros de aquéllas (por ejemplo, derecho de propiedad, cuestiones impositivas y de la seguridad social<sup>105</sup>, derechos hereditarios, etc.) y frente a terceros

<sup>103</sup> Las Conclusiones y recomendaciones están disponibles en <https://assets.hcch.net/docs/77326cfb-ff7e-401a-b0e8-2de9efa1c7f6.pdf>, al 4/5/2018.

<sup>104</sup> Las Conclusiones y recomendaciones están disponibles en <https://assets.hcch.net/docs/715fc166-2d40-4902-8c6c-e98b3def3b92.pdf>, al 4/5/2018.

<sup>105</sup> Es dable destacar un reciente caso fallado por la CIDH, "*Ángel Alberto Duque v. Colombia*", fallado el 26/2/2016, suscitado a raíz de que Colombia le negara al Sr. Ángel Alberto Duque el derecho a pensión como consecuencia de una unión homosexual. En el caso se analizan especialmente la violación de los derechos a la igualdad ante la ley y a la no discriminación, a las garantías judiciales y a la protección judicial y a la integridad personal y el derecho a la vida. En un voto dividido (cuatro a dos) se concluyó que sólo el primero de los aludidos derechos

(por ejemplo, el derecho de adoptar o de acceder a TRHA, responsabilidad parental, etc.)<sup>106</sup>. Asimismo, hay legislaciones que exigen su registro y otras que admiten o no que las uniones estén conformadas por personas del mismo sexo<sup>107</sup>. Varía también el margen que se otorga a la autonomía de la voluntad para reglar estas relaciones, ya sea las cuestiones relativas a los miembros de la unión como los asuntos relacionados con los hijos comunes (por ejemplo, reubicación, alimentos, contacto, etc.)<sup>108</sup>. Igualmente, las soluciones que

---

se había violado toda vez que no se le permitió acceder en condiciones de igualdad a la pensión de sobrevivencia establecida en la normatividad interna colombiana. La Corte sostuvo que el art. 24 de la Convención protege el derecho a "igual protección de la ley" y que "*el instrumento interamericano proscribe la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención*" (párr. 104).

<sup>106</sup> Para profundizar sobre esta categoría, su naturaleza jurídica y el posicionamiento de distintos Estados se recomienda compulsar, entre otros, BOGGIANO, ANTONIO, *Tratado de derecho internacional privado*, cit., Tomo 1, p.807 y ss.; SCOTTI, LUCIANA, *Manual de Derecho internacional privado*, cit. p 374 y ss.

<sup>107</sup> Por ejemplo, a nivel latinoamericano las uniones homosexuales están reguladas en: Chile (Ley 20038/2015), allí se regulan los acuerdos patrimoniales y se reconocen derechos hereditarios entre los miembros de la unión, también se incluye un título para las uniones celebradas en el extranjero –que deben ser reconocidas si cumplen los recaudos de la ley chilena y en el que se estipula que los matrimonios celebrados en el extranjero entre personas del mismo sexo serán consideradas como uniones civiles–; México, sólo en algunos Estados puesto que no hay uniformidad en la regulación; Uruguay (Ley 18246/2007); Ecuador (por modificación del Código Civil en 2015); Panamá y Guatemala por disposiciones en sus constituciones; y, Brasil, desde una decisión de la Corte Federal en 2011. Otros países sólo admiten las uniones hetero-sexuales, entre ellos: Paraguay, Bolivia, Perú, Honduras, Nicaragua, El Salvador y Venezuela.

<sup>108</sup> Cabe destacar que en los Fundamentos del Anteproyecto al CCyC argentino se ha sostenido que desde la obligada perspectiva de derechos humanos, encontrándose involucrados el derecho a la vida familiar, la dignidad de la persona, la igualdad, la libertad, la intimidad y la solidaridad familiar, resulta necesaria al menos una mínima regulación de las convivencias de pareja y que, por lo tanto, se advierte una tensión entre autonomía de la voluntad (la libertad de optar entre casarse y no casarse, cualquiera sea la orientación sexual de la pareja) y orden público (el respeto por valores mínimos de solidaridad consustanciales a la vida familiar). Sin embargo, se reconoce que la posición puede variar en los distintos Estados.

se ofrecen desde el DIPr de algunos Estados también es variable, mientras en algunos se carece de regulación en otros se regulan algunos aspectos.

En este contexto, cuando estas uniones se desplazan a través de los Estados nacionales, y frente a los posibles conflictos que surjan entre sus miembros o respecto de terceros, nacen los interrogantes propios del DIPr en torno al juez con jurisdicción internacional para atender a estos asuntos, al derecho se aplicará a tales situaciones y cuáles serán las posibilidades de reconocer tanto las uniones como las decisiones o acuerdos que las afectan en otros Estados<sup>109</sup>. Indudablemente, las familias conformadas por uniones civiles o no matrimoniales merecen la protección estatal; en consecuencia, mientras que los Estados a nivel interno van regulando de modo dinámico estas situaciones, algunos de los cuestionamientos que subyacen son: ¿es posible consensuar soluciones uniformes a los conflictos que se originen en este campo? ¿Puede alcanzarse un fondo común de principios para armonizar la diversidad de efectos que éstas poseen? ¿Qué recursos o métodos con los que cuenta el DIPr pueden resultar funcionales a estas situaciones a pesar de las notables diferencias entre los ordenamientos jurídicos?

Plantearemos a continuación algunos de los desafíos que se generan para el DIPr en relación a las situaciones familiares entre los miembros de la unión y respecto de sus hijos; luego, se destacará el esfuerzo de la comunidad jurídica por hallar soluciones uniformes.

### **1. Situaciones familiares entre los miembros de la unión. Soluciones que ofrece el derecho internacional privado argentino**

En el caso de nuestro país, la fuente internacional vigente no ofrece respuestas uniformes que regulen las situaciones familiares y sus efectos respecto de los miembros de estas uniones<sup>110</sup>; aunque debe destacarse que han sido reguladas en el nuevo CCyC en los

<sup>109</sup> Nótese que frente a la falta de reconocimiento algunas parejas deben registrarse en más de un Estado para que estas uniones desplieguen efectos en ambas jurisdicciones.

<sup>110</sup> Sin embargo, algunos instrumentos dejan abierta la posibilidad a que los Estados amplíen el ámbito de aplicación personal: por ejemplo, CIDIP IV en materia de obligaciones alimentarias, art. 3 (véase el caso de Colombia); Convenio de La Haya de 2007 sobre obligaciones alimentarias.

arts. 2627 a 2628<sup>111</sup>. En el primero, se regula la cuestión relativa a la jurisdicción internacional y se dispone que los jueces argentinos resultarán competentes para entender en acciones que surjan como consecuencia de las uniones convivenciales cuando se encuentre en el país el domicilio efectivo común de las personas que la constituyen o el domicilio del demandado o su residencia habitual. En el segundo, se regula el derecho aplicable optando por una tendencia cual es designar el derecho del lugar en que deban producirse los efectos de estas relaciones<sup>112</sup>. Ello, sin perjuicio del margen de reconocimiento y despliegue de efectos de este tipo de uniones en el Estado en que se domicilien o residan –o en cualquier otro–, ya sea que se hubieran registrado o no. En este contexto cabe aseverar que, cuando estas uniones pretendan desplegar efectos en nuestro país, serán aplicables las reglas del derecho de fondo con el alcance allí establecido (arts. 509 a 528).

Cabe preguntarse: ¿la solución prevista por el art. 2628 puede conducir a soluciones meramente territorialistas y afectar derechos adquiridos al amparo del derecho extranjero? ¿Es posible flexibilizar

<sup>111</sup> Las obligaciones relativas a los alimentos entre los convivientes en situaciones internacionales se encuentran reguladas en los arts. 2629 y 2630.

<sup>112</sup> Se ha sostenido que la determinación de la ley aplicable se ha realizado a fin de evitar indeseables planteos de orden público al tiempo de la judicialización de estos casos. UZAL, MARÍA ELSA, "Lineamientos de la reforma del Derecho Internacional Privado en el Código Civil y Comercial de la Nación", *Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014* (Noviembre), 17/11/2014, 247 Cita Online: AR/DOC/3843/2014. Otras opciones que se detectan en otros Estados como puntos de conexión para determinar el derecho aplicable son la *lex loci registrationis* o de la *lex loci celebrationis* para regir la formación, efectos, y disolución de las uniones no matrimoniales; la nacionalidad, el domicilio o la residencia para determinar la ley aplicable a las condiciones de fondo respecto de su formación y efectos, y su disolución; otra alternativa que se presenta, sobre todo en países de *common law*, es el recurso a la *lex fori* para determinar los efectos de las uniones registradas –se exige que las uniones extranjeras cumplan con los requisitos requeridos para las uniones nacionales, en cuyo caso se le reconocen idénticos efectos–. Ver SCOTTI, LUCIANA, *Manual de Derecho Internacional Privado*, cit, p. 377. Nótese que el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de 2003 regulaba las uniones no matrimoniales, sometiéndolas al derecho del domicilio común de las partes (art. 107).

esta respuesta a partir de otras disposiciones del CCyC, si se justificara en el caso concreto, por ejemplo, arts. 2597 y 2595 c)?<sup>113</sup>.

## **2. Situaciones familiares respecto de los hijos. Viabilidad de las soluciones plasmadas en los convenios internacionales existentes**

En relación a estas situaciones es dable considerar que en la Argentina no existe discriminación entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales desde la sanción de la ley 23.264 del año 1985. Sumado a ello, en la reforma del CCyC se ha incorporado desde el derecho de fondo la figura del progenitor afin (art. 672 y ss.). En igual sentido, tampoco en las disposiciones que regulan el DIPr de la niñez en el nuevo código se hace distinción alguna en tal sentido (por ejemplo, arts. 2632<sup>114</sup> y 2633, 2636 y 2637, 2639, 2642). Por lo tanto, estimamos que a nivel nacional la protección de las familias en este contexto estará dotada de suficientes certezas; incluso, en principio, podrían desplegar efectos situaciones creadas en el extranjero en tanto no vulneren los principios de orden público internacional argentino y respondan al interés superior de los niños involucrados.

En la fuente internacional vigente difiere el tratamiento que otorgan los Tratados de Montevideo de Derecho Civil de Montevideo de 1889 y 1940 del resto de los instrumentos. Los primeros distinguen entre la filiación legítima, la ilegítima y la legitimada por subsiguiente matrimonio<sup>115</sup>. Respecto del resto, cabe aseverar que

<sup>113</sup> Imaginemos, por ejemplo, si en un supuesto una persona sólo pretendiera que la vocación sucesoria que posee al amparo del derecho donde se domicilió la unión sea suficiente para heredar en la Argentina y que, en caso contrario, la herencia quedara vacante.

<sup>114</sup> En este artículo entre los puntos de conexión alternativos se contempla "el derecho del lugar de celebración del matrimonio"; la orientación material de la norma justifica esta conexión sin que pueda ser considerada como una discriminación respecto del hijo.

<sup>115</sup> Estas disposiciones pueden ser entendidas simplemente como categorías que contemplan distintos supuestos de hecho y no como discriminativas de acuerdo a los principios contenidos en los tratados de derechos humanos vigentes en nuestro país y a los principios que nutren nuestro orden público internacional. En este sentido nos expresamos en RUBAJA, NIEVE, "Filiación internacional. Los problemas de Derecho Internacional Privado en materia de filiación. Cooperación internacional. Producción

en lo que respecta a las relaciones entre padres e hijos no realizan distinción alguna en relación a si los padres están o no casados o si se tratara de uniones o matrimonios entre personas del mismo o diferente sexo; la única vía posible para que los Estados tomen un posicionamiento particular frente a estas situaciones es en la medida que los instrumentos contengan cláusulas de excepción de orden público internacional<sup>116</sup> y que se estime que, mediante el reconocimiento o despliegue de efectos de una situación familiar determinada, se conculcan los principios del Estado de que se trate.

---

de prueba anticipada. Análisis de un caso argentino-mexicano", en *Microjuris*, 1/7/2005, MJ-DOC-2739-AR | MJD2739, disponible en: [www.microjuris.com](http://www.microjuris.com), al 7/5/2018, p. 9.

<sup>116</sup> Por ejemplo, el CH 1996 (arts. 22 y 23). Sin embargo, otros instrumentos no contienen previsiones en tal sentido, por ejemplo el CH 1980 o la Convención Interamericana sobre restitución internacional de niños ya que en los arts. 20 y 25 respectivamente se prevé una excepción al principio restitutorio que contempla un margen más estrecho. En el caso del Convenio de La Haya sobre Adopción Internacional de 1993, pese a que no contiene ninguna especificación o recaudo en relación a esta cuestión cabe considerar que, de acuerdo al procedimiento que contempla, las posibilidades de adopción por miembros de uniones no matrimoniales recaerá en las posibilidades que prevean tanto en el Estado de origen como en el Estado de recibimiento. Además, de acuerdo al art. 23 de este Convenio, el certificado de adopción expedido por autoridad competente debe ser reconocido de pleno derecho en los otros Estados Parte; si bien se permite que se rechace el reconocimiento con base en la contrariedad en los principios de orden público internacional, deberá atenderse al interés superior del niño. Ver: VAN LOON, HANS, "Hague Conventions on Private International Law, Same-Sex Marriage and Non-Marital Institutions". In Piers and others (eds), *Liber Amicorum Johan Erauw*, Intersentia, 2014, p. 290-294; ALBORNOZ, MERCEDES y RUBAJA, NIEVE, "The challenge of the new social and scientific realities in Private International Family Law – the Latin American experience", en Dirs. RUIZ ABOU-NIGM, VERÓNICA – NOODT TAQUELA, MARÍA BLANCA, *Diversity & Integration: Exploring Ways Forward. Essays on Private International Law in Europe and the Americas*, Edinburgh University Press, Edimburgo, 2017, en prensa; "Update on the developments in internal law and private international law concerning cohabitation outside marriage, including registered partnerships (Prel. Doc. N° 5 of March 2015)", párr. 79, disponible en <https://assets.hcch.net/upload/wop/gap2015pd05en.pdf>, al 7/5/2018.

**3. Posibles soluciones uniformes a nivel internacional:****a. Labor de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (1987 – 2017)**

La HCCH decidió incluir en su agenda esta temática y se ha ocupado de aquélla desde 1987. En un principio el foco estuvo puesto solamente en las cuestiones relativas al derecho aplicable pero en el año 1995 se incluyeron los aspectos de la jurisdicción internacional y del reconocimiento y ejecución de sentencias.

En abril de 2013 el Consejo de Asuntos Generales invitó a la Oficina Permanente a continuar con esta labor. En consecuencia, se actualizó el estudio que se había realizado en 2008 atendiendo a la mayor cantidad de individuos que convivían sin casarse o en parejas registradas y a la evolución de la ley y la jurisprudencia a nivel nacional e internacional<sup>117</sup>. Entre las principales conclusiones se señalan: a) un número creciente de Estados permiten a los individuos registrar uniones otorgándoles un marco de protección y derechos y obligaciones entre los miembros de la pareja y respecto de sus hijos; b) cuando estas parejas / familias se desplazan a otros Estados surgen cuestiones relativas a la competencia, a la ley aplicable y al reconocimiento de las uniones; sólo algunos Estados cuentan con normas de derecho aplicable a estas situaciones; c) la inseguridad jurídica en esta área responde tanto al diferente enfoque de los ordenamientos jurídicos estatales como a las diferentes normas de DIPr que han adoptado; d) las incertezas afectan tanto a los miembros de la pareja como a los niños de dichas familias; e) en algunos casos las parejas se registran en más de un Estado para superar estas dificultades; f) en este contexto surge el interrogante sobre la necesidad de un instrumento global para afrontar estas dificultades. En consecuencia, se propuso elaborar un cuestionario para que sea respondido por diferentes Estados para recabar información y luego discutir la viabilidad de un instrumento en esta área.

En el año 2016, a pedido del Consejo de Asuntos Generales de la HCCH, se elaboró el pertinente cuestionario y varios Estados han brindado sus respuestas<sup>118</sup>.

En marzo de 2017 el Consejo decidió remover la temática de la agenda, sin perjuicio de autorizar a la Oficina Permanente a

<sup>117</sup> El estudio está disponible en HCCH, Prel. Doc. N° 5 of March 2015", cit.

<sup>118</sup> El cuestionario y las respuestas están disponibles en: <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/cohabitation>, al 7/5/2018.

continuar monitoreando la temática e informar al Consejo las novedades pertinentes<sup>119</sup>.

**b. Acuerdo Mercosur/CMC/DEC. N° 58/12 (no vigente)<sup>120</sup>**

Es dable destacar el esfuerzo llevado a cabo en el ámbito de Mercosur a los fines de unificar cuestiones relativas a los asuntos matrimoniales y de uniones no matrimoniales. Así, se ha elaborado el Acuerdo entre los Estados Parte del Mercosur y asociados sobre jurisdicción internacionalmente competente, ley aplicable y cooperación jurídica internacional en materia de matrimonio, relaciones personales entre los cónyuges, régimen matrimonial de bienes, divorcio, separación conyugal y unión no matrimonial. Si bien este Acuerdo no se encuentra vigente, merecen ser destacadas sus disposiciones e, incluso, consideradas a los fines de posibles futuras reformas de tipo legislativo.

<sup>119</sup> Las conclusiones y recomendaciones están disponibles en: <https://assets.hcch.net/docs/77326cfb-ff7e-401a-b0e8-2de9efa1c7f6.pdf>, disponible al 7/5/2018.

<sup>120</sup> Es dable señalar que a nivel europeo se aprobó el Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas (DOUEL del 8 de julio de 2016). Nótese que en el ámbito de aplicación sólo se incluyen las uniones registradas; se admite el ejercicio de la autonomía de la voluntad para celebrar pactos, e incluso en ausencia de aquéllos podrán elegir la ley aplicable a sus relaciones patrimoniales en cualquier momento (limitada a ciertas opciones según art. 22, incluso podrían designar una ley que no sea de la UE); en defecto de elección de ley por las partes, se incorpora como única conexión subsidiaria la ley del Estado conforme a cuya ley se haya creado la unión registrada (art. 26.1). También se admite la elección por las partes del tribunal competente. Además de la tradicional cláusula de orden público internacional expresada ampliamente en el art. 31, se prevé que los jueces competentes podrán inhibirse si su derecho no contempla la institución. Ver: VINAIXA MIQUEL, MÓNICA, "La autonomía de la voluntad en los recientes reglamentos UE en materia de regímenes económicos matrimoniales (2016/1103) y efectos patrimoniales de las uniones registradas (2016/1104)", en *"El orden público interno, europeo e internacional civil Acto en homenaje a la Dra. NÚRIA BOUZA VIDAL, catedrática de Derecho internacional privado"*, Revista InDret, Abril, 2017. Disponible en [www.indret.com](http://www.indret.com), al 7/5/2018.

Respecto a la jurisdicción internacional establece que serán competentes para entender en los juicios sobre nulidad y disolución de las uniones no matrimoniales y relaciones patrimoniales vinculadas a ellas, a opción de la parte actora: I) Los jueces del Estado de reconocimiento o registro de la unión; II) Los jueces del domicilio del demandado, o III) Los jueces del domicilio de la parte actora. No obstante ello, para resolver las cuestiones que surjan entre convivientes que afecten los bienes en materia de estricto carácter real, serán competentes los jueces del lugar en donde estén ubicados dichos bienes (art. 4). Además, se establece la competencia para las acciones referidas a los efectos personales de las uniones no matrimoniales, indicándose que serán competentes los jueces del Estado Parte donde se pretendan hacer valer (art. 5); y, para adoptar medidas de urgencia relativas a las relaciones personales entre los cónyuges o convivientes, señalándose a tales efectos a los jueces del Estado Parte donde el actor se encuentre (art. 6).

En relación al derecho aplicable se distinguen dos aspectos a regular: a) la capacidad de las personas para constituir una unión de igual o distinto sexo, para regir su forma, existencia y validez, así como su disolución, pudiéndose optar tanto por la ley del lugar de reconocimiento o de registro; b) los efectos derivados de las uniones no matrimoniales que se rigen por la ley del Estado donde se pretendan hacer valer (art. 8). Sin embargo, es dable mencionar que el artículo culmina con una solución flexible, considerando la posición que mantiene Paraguay respecto de las uniones homosexuales, que indica que el reconocimiento de las uniones no matrimoniales celebradas entre personas del mismo sexo no será obligatorio para el Estado Parte donde se lo pretenda hacer valer, si su ordenamiento jurídico no lo admite.

#### **D. Ratificación e implementación en la Argentina de Convenciones internacionales existentes para la protección del derecho internacional privado de la niñez**

No pretendemos presentar ni analizar las convenciones internacionales vigentes que no han sido ratificadas por nuestro país con exhaustividad. Ello, puesto que la extensión del presente no nos lo permite y porque el interrogante en torno de su posible ratificación e implementación no resulta novedoso aunque estimamos que sigue constituyendo un desafío actual, máxime si

se tiene en cuenta el estado de su vigencia. En consecuencia, nos proponemos inducir a la reflexión sobre la conveniencia, viabilidad y pertinencia de su aprobación y ratificación, como así también de los desafíos que implicará su incorporación a la fuente internacional argentina. Todo ello, teniendo especialmente en miras las obligaciones internacionalmente asumidas por nuestro país en materia de protección de la familia y la niñez, la nueva regulación de fondo y la realidad que se presenta en torno a estas problemáticas.

**1. Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, 1993<sup>121</sup>. Riesgo de tráfico. Interrogantes. Desafíos en su implementación.**

El problema que suscita en nuestra materia y la posición de rechazo a la adopción internacional por parte de nuestro país ya ha sido objeto de otros encuentros de la Sección de DIPr de la AADI y tratada con excelencia por la doctrina nacional especializada en la materia<sup>122</sup>.

Por ello, en esta oportunidad nos limitaremos a destacar que el desfavor que se ha manifestado desde la legislación y la jurisprudencia se da respecto de la posibilidad de que niños oriundos de nuestro país para que sean adoptados para desplazarse y residir en el extranjero; por el contrario, la adopción de niños oriundos del extranjero para residir en nuestro país ha sido aceptada y receptada en iguales fuentes<sup>123</sup>. En este último supuesto, la cooperación

<sup>121</sup> El Convenio está en vigor en 98 estados a marzo de 2017. Se puede consultar el estado de ratificación en <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=69>, al 7/5/2018.

<sup>122</sup> Cabe destacar la publicación del reciente Curso de la Academia de Derecho Internacional: NAJURIETA, MARÍA SUSANA, "L'adoption internationale des mineurs et les droits de l'enfant", *Recueil des Cours*, tomo 376, Leiden: Brill Nijhoff, 2016. Además, las publicaciones desde el ámbito de la AADI: STRAZIUSO, ANDREA, "La codificación del derecho internacional privado argentino: necesidad y modalidades en el ámbito del derecho de familia", en *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Córdoba, Asociación Argentina de Derecho Internacional, Vol. XXIII, p. 225-280; URIONDO DE MARTINOLI, AMALIA, "Adopción internacional en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial 2012. Jurisdicción y derecho aplicable" en el *Anuario Argentino de Derecho Internacional* XXII, 2013, Córdoba, Argentina, p. 93.

<sup>123</sup> Recuérdese que la reserva de la ley 23.849, art 2, ha rechazado la incorporación de las disposiciones relativas a la adopción internacional

internacional de las autoridades nacionales resultará de fundamental importancia, al menos para cumplir las siguientes metas: por un lado, para contribuir al objetivo de que la adopción que se otorgue en el extranjero responda al interés superior del niño de que se trate (por ejemplo, cuando se solicitan a jueces locales que expidan informes que acrediten la idoneidad de los pretensos adoptantes residentes en nuestro país para adoptar en el extranjero); por el otro, para que al momento del reconocimiento de dicho emplazamiento en nuestro país aquél despliegue efectos plenos, si se supera el control de los debidos requisitos, garantizando así su estabilidad. Simultáneamente en el cumplimiento de estos objetivos, el Estado argentino deberá velar por la protección del derecho a la identidad de cada niño. Será mediante el respeto de este derecho que el adoptado en el extranjero podrá desarrollar plenamente su personalidad.

En este contexto, cabe atender a las obligaciones asumidas internacionalmente por nuestro país: i) arts. 20 y 21 a) CDN, el Estado nacional se obligó a velar por la priorizar la permanencia del niño con su familia de origen y sólo cuando ello no se condiga con el interés superior del niño a recurrir a otro tipo de cuidado. Asimismo, a que los procesos de adopción se efectúen de manera transparente,

---

contenidas en los incs. b), c), d) y e) del art. 21 de la CDN que hacen referencia a la colocación de niños en estado de adoptabilidad "en otros países". El fundamento de la reserva se justificó en que no regirían en nuestra jurisdicción por entender que, para aplicarlos, debía contarse previamente con un riguroso mecanismo de protección legal del niño en materia de adopción internacional, a fin de impedir su tráfico y venta. Por lo tanto, estos incisos no constituyen derecho vigente en nuestro país y se ha entendido que, en consecuencia, la reserva sólo alcanza a los casos de adopción de niños argentinos en el extranjero, mas no a la posibilidad de que la Argentina funcione como país de recepción de niños. Entre otros: GOICOECHEA, IGNACIO - CASTRO, FLORENCIA, "Adopción internacional: la Argentina como país de recepción de niños. El Convenio de La Haya de 1993 y la reserva al art. 21 de la Convención sobre los derechos del niño", SJA del 3/10/2010; NAJURIETA, MARÍA SUSANA, "Inserción de adopciones internacionales en el ordenamiento jurídico argentino" en DREYZIN DE KLOR, ADRIANA - ECHEGARAY DE MAUSSION, CARLOS E., *Nuevos paradigmas de familia y su reflejo en el derecho internacional*, Advocatus, Córdoba, 2011 - 111; IÑIGUEZ, MARCELO D., "Adopción Internacional", *Revista de Derecho de Familia*, 58-215, SCOTTI, LUCIANA, "Perspectivas en materia de adopción internacional en Argentina", [www.eldial.com](http://www.eldial.com), 23/11/2012; HERRERA, MARISA, "El régimen adoptivo en el Anteproyecto de Código Civil: más sobre la trilogía: Blanc", JA, 2012-II-1361.

segura y en consideración de dicho interés; ii) art. 35 CDN, se asumió el compromiso de tomar todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma<sup>124</sup>; iii) arts. 7 y 8 CDN, velar por la protección al derecho a la identidad.

Estimamos que el procedimiento especial creado por el Convenio de La Haya en materia de adopción es una vía idónea para cumplir con estas metas y obligaciones. Ello por cuanto del mecanismo diseñado convencionalmente y de la experiencia en su aplicación práctica cabe concluir que este instrumento: a) se erige sobre el principio de doble subsidiariedad<sup>125</sup> que exige que para recurrir a la adopción internacional se deba descartar la posibilidad de que el niño sea emplazado en una adopción nacional, luego que se constate que el niño no puede permanecer en su familia de origen; b) implementa un sistema dotado de transparencia para decidir la pertinencia de cada adopción; c) permite velar por el interés superior de cada niño a adoptar; d) garantiza la creación de un emplazamiento de filiación entre el niño y sus padres adoptivos y su consecuente responsabilidad; e) asegura la inserción del emplazamiento otorgado en los otros Estados Parte; f) permite constatar la situación del niño en el Estado de recibimiento; g) contiene herramientas que persiguen la protección del derecho a la identidad; entre otros<sup>126</sup>.

Para ello, en su operatividad se asignan obligaciones a cargo de los Estados de origen y de recepción de niños para cada adopción que se tramite en el marco creado convencionalmente y, luego, se prevé una etapa de coordinación entre aquéllas –denominada "matching"– que resulta crucial, puesto que es la oportunidad en la que cada uno de aquéllos podrá evaluar la viabilidad de la adopción en función de las disposiciones de su ordenamiento jurídico, y sobre todo, si ésta resulta apropiada a la luz de su orden público internacional<sup>127</sup>. Esta etapa del procedimiento culmina con la constatación

<sup>124</sup> Asimismo, las que surgen de los Protocolos referidos en la nota 2.

<sup>125</sup> LAMMERANT, ISABELLE, *L'adoption internationale et les droits de l'homme en droit comparé*, Bruylant-L.G.D.J, Bruselas, Paris, 2001, ps. 666.

<sup>126</sup> La Dra. NAJURIETA ha sostenido que todas estas etapas que prevé el Convenio para la protección de los derechos de los niños en materia de adopción internacional permiten considerarla como un tratado de derechos humanos. NAJURIETA, MARÍA SUSANA "L'adoption internationale des mineurs et les droits de l'enfant", cit., p. 482.

<sup>127</sup> Se ha interpretado que ello abarca la evaluación de la totalidad del

que deberá efectuar la Autoridad del Estado de origen respecto de que el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en el Estado de recepción. Aprobada esta fase por ambos Estados, comienza la correspondiente al desplazamiento del niño al Estado de recepción, ya sea antes o después de la adopción según lo requiera el Estado de origen del niño.

En relación con el reconocimiento de los vínculos adoptivos constituidos en el marco de la Convención y a los efectos que éstos producen, el art. 23 dispone que deberán ser reconocidos de "pleno derecho" en los demás Estados contratantes. A tales fines, se prevé la expedición de un certificado por la autoridad judicial o administrativa competente del Estado donde aquélla tuvo lugar, en el que constará que se han cumplido con los recaudos del Convenio y que se otorgaron las aceptaciones correspondientes.

Por su parte, el Estado en donde pretenda hacerse efectivo el reconocimiento deberá controlar la validez formal del certificado y sólo podrá denegarlo si la adopción es manifiestamente contraria a su orden público, teniendo en cuenta el interés superior del niño, art. 24.

En este contexto invitamos a reflexionar sobre los siguientes interrogantes en torno a su posible ratificación e implementación en nuestro país:

- a. ¿Es viable la ratificación del Convenio aún en vigencia de la reserva al art. 21 inc., b), c), d) y e) de la CDN? Nótese que, aunque también puede pensarse en la posibilidad de derogar la ley por la que se efectuó la reserva, la aprobación de los incisos mencionados de la CDN requeriría una mayoría especial a nivel parlamentario.
- b. ¿Es factible que la Argentina funcione sólo como Estado de recepción de niños? En tal caso, entendemos que debe atenderse tanto al mecanismo propuesto en el Convenio como a los límites impuestos por los arts. 600 y 2635 CCyC. Asimismo, a la posible

---

ordenamiento: reglas sustanciales, reglas de conflicto de leyes, condiciones de eficacia de una decisión extranjera, principios constitucionales, derecho administrativo, etc. NAJURIETA, MARÍA SUSANA, *Coordinación de ordenamientos jurídicos en materia de adopción internacional*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Advocatus, Córdoba, 2004, p. 192 y ss.

mejora que ello implicaría en la protección de los derechos de los niños adoptados, de la familia biológica y de la familia adoptiva.

c. Entre los desafíos para su implementación, debería considerarse: a) la necesidad de designar una Autoridad central a los fines del cumplimiento de las funciones asignadas, b) la posibilidad de efectuar las escasas declaraciones admitidas – por ejemplo, la del art. 22.2. que prevé la posibilidad de delegar en determinadas personas u organismos funciones atribuidas a la Autoridad central bajo la responsabilidad de esta última<sup>128</sup>–; c) la necesidad, o no, de adaptar o modificar la fuente interna de DIPr en función de las disposiciones convencionales.

Por último, cabe recordar que entre las conclusiones arribadas por la Sección en el marco del XXVI Congreso Argentino de Derecho Internacional, en la Universidad Nacional de Tucumán, los días 4 y 5 de septiembre de 2014 se consensuó en: "8. Insistir en la conveniencia de que la Argentina adhiera a la Convención relativa a la Protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, suscripta en La Haya el 29 de mayo de 1993"<sup>129</sup>.

## **2. Convenio de La Haya sobre Cobro Internacional de Alimentos para los niños y otros Miembros de la Familia, 2007<sup>130</sup>. Desafíos en su implementación.**

Son numerosas las ventajas que plantea este Convenio, sobre todo si se tiene en cuenta que a los fines de su elaboración la HCCH

<sup>128</sup> Recuérdese que en el art. 40 se prohíben las reservas.

<sup>129</sup> En igual sentido el Comité de los derechos del niño sistemáticamente ha recomendado que los Estados Parte de la CDN adhieran a esta convención, e incluso que recurran a la HCCH para su implementación y operación práctica. Ver: VAN LOON, HANS, *"Protecting Children across Borders: The Interaction between the crc and the Hague Children's Conventions"*, cit. p. 41.

<sup>130</sup> A la fecha se vinculan por este Convenio 39 Estados, ver estado de ratificación en <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=131>, al 7/5/2018. Cabe destacar que recientemente han ratificado este Convenio EE.UU (7/9/2016) y Brasil (17/7/2017). Nótese que EE.UU. no es parte ni en el Convenio de Nueva York en materia de alimentos ni en el de CIDIP. También se ha elaborado en el marco de la HCCH el Protocolo sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimentarias en 2007 por el que se vinculan 30 Estados a marzo de

realizó un estudio de las fuentes internacionales vigentes en la materia y atendió a las dificultades que aquéllas devengaban en la aplicación práctica procurando superarlas mediante este nuevo instrumento<sup>131</sup>.

En resumidas cuentas, el Convenio se estructura sobre un sistema de cooperación para conseguir el cobro internacional de alimentos, asegurar su cumplimiento y el reconocimiento y ejecución de las decisiones alcanzadas en la materia y, para ello, exige de los diferentes Estados Parte las herramientas suficientes para poder realizar estas metas. A tales fines, incorpora disposiciones de tipo material, calificaciones de términos fundamentales para agilizar la interpretación y aplicación de las directivas, implementa la utilización de formularios tipo para reducir los conflictos prácticos o "burocráticos" que puedan entorpecer, injustificadamente, el engranaje propuesto, entre otros. Además, la HCCH ofrece una estructura de seguimiento respecto de la aplicación práctica de los Convenios a los fines de analizar su efectividad y, simultáneamente, posee una meta superadora puesto que la labor continúa desde el desarrollo de instrumentos de *soft law* (Guías de Buenas Prácticas, documentos explicativos, etc.) que coadyuven a las virtudes de estos. En este contexto, también se ha desarrollado una base de datos interactiva entre las Autoridades centrales "iSupport" que agilizará el sistema y permitirá advertir fallas, obtener estadísticas, controlar el procedimiento y plazos a distancia<sup>132</sup>.

A su vez, la cooperación se erige mediante la figura de Autoridades centrales. Para ello, se definen ampliamente sus funciones, que abarcan el ámbito judicial como el extrajudicial, entre ellas: prestar asistencia jurídica (que deberá ejecutarse conforme al principio de gratuidad que promueve la Convención en casos de niños, art. 15.1); ayudar a localizar al deudor o acreedor; facilitar la obtención de información pertinente a los ingresos, bienes y demás

---

<sup>131</sup> 2017, ver estado de ratificación en <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=133>, al 7/5/2018.

<sup>132</sup> Elaborado por el Prof. WILLIAM DUNCAN, Secretario General Adjunto de la HCCH, "Hacia un nuevo instrumento global sobre el cobro internacional de alimentos con respecto a los menores y otras formas de manutención", Documento preliminar N° 3, disponible en [https://assets.hcch.net/upload/wop/maint\\_pd03s.pdf](https://assets.hcch.net/upload/wop/maint_pd03s.pdf), al 7/5/2018

<sup>132</sup> Para ampliar ver Sección iSupport en [www.hcch.net](http://www.hcch.net), al 7/5/2018.

circunstancias económicas del deudor; promover la solución amistosa de diferencias; facilitar la ejecución, cobro y transferencia rápida de los pagos de alimentos, y proporcionar asistencia para la determinación de la filiación cuando sea necesario para el cobro de alimentos –incluso ADN– (arts. 5º y 6º).

Resulta también ventajoso el procedimiento diseñado para el reconocimiento y ejecución de decisiones en la especie, comprensivo de las decisiones adoptadas por autoridades judiciales o administrativas y de las transacciones o acuerdos celebrados ante dichas autoridades o aprobados por aquéllas, además de las solicitudes que se presenten a tales efectos por las propias partes ante la autoridad competente del Estado requerido. A tales efectos en el Convenio, en primer lugar, se definen las bases para el reconocimiento y ejecución de decisiones, es decir se determina la jurisdicción indirecta (art. 20)<sup>133</sup>; luego, se contempla la posibilidad del reconocimiento o ejecución parcial de una decisión (art. 21); y, se establecen taxativamente los motivos para denegar el reconocimiento acotando las posibilidades en miras a su efectividad: incompatibilidad con el orden público del Estado requerido, debido proceso, derecho de defensa en juicio del demandado (art. 22). A los fines de regular el reconocimiento y ejecución de decisiones se ofrecen dos mecanismos: como primera opción, un procedimiento simplificado, rápido y económico que establece el registro o declaración de ejecución de una decisión extranjera permitiendo sólo una revisión de oficio y sin alegaciones de parte (art. 23); como alternativa, se ofrece un procedimiento que, además, permite la alegación de parte y la consecuente carga de probar ciertas objeciones al deudor (art. 24).

<sup>133</sup> Se enumeran los siguientes foros: a) residencia habitual del demandado al tiempo de la solicitud; b) prórroga *post litem natam* residencia habitual del acreedor alimentario al tiempo de la solicitud; c) foro del actor; d) foro del actor cuando el niño para el que se ordenaron alimentos tuviera su residencia habitual en el Estado de origen en el momento en que se inició el procedimiento, a condición de que el demandado hubiere vivido con el niño en ese Estado o hubiere residido en ese Estado y proporcionado en el mismo alimentos para el niño; e) prórroga de jurisdicción *ante litem natam* en asuntos que no involucren a niños como acreedores alimentarios; f) el foro que entendiera en un asunto de estado civil o responsabilidad parental, cuando los alimentos tramitaron incidentalmente, excepto si se basara únicamente en la nacionalidad de una de las partes. Si, en cambio, se basara en la nacionalidad común de las partes, no estaría excluida. El art. 63 permite realizar reservas sólo sobre los incisos c) e) y f).

Conjuntamente con estas posibilidades deberá estarse a lo dispuesto en el art. 52 que establece una regla de máxima eficacia, que permite que un Estado adopte procedimientos simplificados y más rápidos, a condición de que sean compatibles con la protección otorgada a las partes por los arts. 23 y 24.

Sumado a ello, el Convenio contiene otras disposiciones de gran importancia en las que se prohíbe la revisión de fondo de las decisiones (art. 28), se dispensa de legalizaciones a la documentación –sea que medie o no la intervención de las Autoridades centrales (art. 41)–, se incorporan previsiones en materia de traducción (arts. 44/45); se prevé el intercambio de información sobre la legislación de cada Estado, procedimientos, aplicación del Convenio (art. 57); se insta a los Estados a promover la utilización de medios menos costosos y más eficaces para la transferencia de fondos y a conceder la máxima prioridad al pago de alimentos cuando la ley imponga restricciones a las transferencias de fondos (art. 35), entre otras.

Por último, nos gustaría destacar la previsión respecto de los acuerdos en la especie entre los progenitores. Sabido es que las soluciones arribadas por las propias partes gozan de importantes ventajas; por ello, es fundamental que este tipo de soluciones hayan sido contempladas y promovidas en este instrumento de cooperación, resultando más comprensivo y próximo a la realidad en esta materia. Específicamente, el art. 30 dispone que este tipo de acuerdos podrá ser reconocido y ejecutado como una decisión extranjera, siempre que sea ejecutorio como una decisión en el Estado de origen. Asimismo, fija restrictivamente los motivos por los que tales acuerdos no podrían ser reconocidos y ejecutados (incompatibilidad con el orden público del Estado requerido, si se hubiera obtenido por fraude o falsificación y/o si fuese incompatible con una decisión dictada entre las mismas partes y con el mismo objeto, ya sea en el Estado requerido o en otro Estado, siempre que esta última decisión cumpla los requisitos necesarios para su reconocimiento y ejecución en el Estado requerido).

En este contexto cabe recordar que, el Estado nacional ha asumido la obligación interacional de velar por el derecho del niño a percibir alimentos, especialmente en situaciones de internacionalidad, en el art. 27.4 CDN.

Sin perjuicio de todas las ventajas que esta Convención traería aparejadas para el ordenamiento jurídico argentino destacaremos

algunos desafíos a los que podría conllevar su ratificación e implementación, sobre los que proponemos reflexionar<sup>134</sup>:

a. Evaluación en torno de las reservas expresamente admitidas: i) Art. 2.2 permite realizar reservas al tope de edad a los 21 años; ii) Art. 20.2 permite realizar reservas respecto a las bases para la jurisdicción indirecta contempladas en el art. 20.1 incisos: c) *fórum actoris*, e) prórroga *ante litem natam* –si bien en el artículo se excluyen los casos de alimentos para niños resulta atendible que no quedan excluidos los casos de personas vulnerables<sup>135</sup>-, f) cuando resultó competente una autoridad en un asunto de estado civil o responsabilidad parental, salvo que dicha competencia se basara únicamente en la nacionalidad de una de las partes<sup>136</sup>, iii) Art. 30.8, permite a los Estados realizar reservas respecto de la posibilidad de reconocer o ejecutar un acuerdo en materia de alimentos; iv) el 44.3. permite reservas a la utilización del francés o del inglés; y, v) 55.3 se refiere a la posibilidad de modificar formularios. Estimamos que, en principio, nuestro país no necesitaría efectuar estas reservas, salvo en cuanto a lo mencionado respecto al art. 20.1.e).

b. Evaluación en torno a las declaraciones admitidas en el art. 63, entre ellas señalaremos: i) art.2.3 permite ampliar el ámbito

<sup>134</sup> Hemos tomado contacto con autoridades de los Ministerios de Justicia y Derechos Humanos y de Relaciones Exteriores y Culto y nos han informado que el análisis y trámite para la aprobación de este Convenio se encuentra en un estadio avanzado.

<sup>135</sup> HERZ, MARIANA, "Algunas Reflexiones en torno a las soluciones de la Nueva Convención de La Haya sobre Cobro Internacional de Alimentos y el Protocolo Adicional sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimentarias de 2007 y su compatibilidad con el sistema jurídico argentino", *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración*, 27/11/2009 disponible en [www.eldial.com](http://www.eldial.com) al 7/5/2018. Se recomienda también el análisis comparativo y sobre la viabilidad de este Convenio en: CERDEIRA, JUAN JOSÉ, "Jurisdicción, ley aplicable y cooperación internacional en materia de obligaciones alimentarias", en *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Asociación Argentina de Derecho Internacional, Vol. XXIII XVIII, 2009, p. 191-213.

<sup>136</sup> Nótese que EE.UU. ha realizado las reserva respecto del art. 20.1. y respecto al uso del idioma Francés. Ver: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/notifications/?csid=1016&disp=resdn> disponible al 7/5/2018. Brasil, por su parte ha efectuado las reservas admitidas por los artículos 20.1.e) y 30.8 (conf. Decreto Legislativo 146/2016).

de aplicación a otras relaciones, por ejemplo, uniones convencionales<sup>137</sup>; ii) art. 16.1. permite realizar una declaración para limitar la asistencia jurídica gratuita en algunos supuestos según los recursos económicos del niño; iii) art. 24.1 mediante el cual los Estados podrán declarar que se aplicará el sistema de reconocimiento y ejecución previsto en ese artículo<sup>138</sup>; iii) art. 30.7 permite declarar que las solicitudes de reconocimiento y ejecución de acuerdos en materia de alimentos sólo podrán presentarse por intermedio de Autoridades centrales.

c. Estructura de Autoridades Centrales: si bien la designación y puesta en marcha de una estructura de este tipo implica un importante desafío, en el caso de nuestro país es dable considerar que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos<sup>139</sup>, Dirección General de Asuntos Jurídicos, Departamento de cooperación internacional, desempeña su función como Autoridad central para la Convención de las Naciones Unidas para la obtención de alimentos en el extranjero<sup>140</sup>. La especialidad, experiencia y el óptimo funcionamiento que ha demostrado esta Autoridad, sumado a la descentralización que posee a nivel nacional, ofrece la estructura necesaria a los fines de superar este desafío<sup>141</sup>.

<sup>137</sup> Tal sería el caso de Brasil puesto que al aprobar el convenio ha establecido que el alcance de la obligación debe compatibilizarse con los derechos consagrados en el derecho constitucional y civil de ese país (conf. Decreto Legislativo 146/2016). En el caso de nuestro país debería atenderse a las previsiones del CCyC (especialmente arts. 432, 519, 537, 538, 664, 665, 1559 y ccdtes.).

<sup>138</sup> Nótese que los países de la región (EE.UU. y Brasil) no han hecho esta declaración.

<sup>139</sup> Designado mediante decreto del PEN 6382/1972 y ley 8204.

<sup>140</sup> Suscripta el 20 de junio de 1956 y aprobada por Ley 17156. El Convenio se aplica actualmente entre 64 Estados, ver estado de vigencia en <http://treaties.un.org>, al 7/5/2018.

<sup>141</sup> Según estadísticas actualizadas (a diciembre de 2016), que generosamente nos ha facilitado la Autoridad central, respecto de la tendencia en la aplicación del Convenio de Nueva York se puede advertir: a) los Estados destinatarios de peticiones de alimentos desde Argentina son: Chile 43%, España 28%, Italia 6%, México 6%, Colombia 5%, Alemania 4%, Francia 4%, Brasil 2%, Suiza 2%, Bélgica 1% y Noruega 1%; b) las provincias en las que mayormente se originan estos pedidos son: Buenos Aires 42 %, Mendoza 28%, CABA 13%, Rio Negro 3%, etc., c) los Estados originarios de peticiones que ingresan a nuestro país

- d. Medidas efectivas de ejecución: en el art. 34 del Convenio los Estados se comprometen a prever en su derecho interno medidas efectivas para ejecutar las decisiones en la especie<sup>142</sup>. En nuestro país, en atención al sistema federal de organización éstas dependerán de la regulación procesal de cada provincia y en gran medida de la creatividad de los jueces, por lo que estas medidas podrían no estar uniformadas. ¿Se puede igualmente considerar cumplida la exigencia que impone el Convenio?
- e. Necesidad de capacitaciones y recursos (económicos, humanos, etc). La puesta en marcha de un Convenio siempre traerá necesidad de capacitación por los operadores y, paralelamente, necesidad de recursos para su óptimo funcionamiento.
- f. Necesidad de difusión. Además, será necesaria la difusión del Convenio entre todos quienes participan en procesos de cobro de alimentos: abogados, asesorías gratuitas, mediadores, jueces, etc.
- g. Compatibilidad con otros instrumentos vigentes en la materia. En nuestro país se encuentran vigentes otros instrumentos que regulan el cobro internacional de alimentos<sup>143</sup>. Sin embargo,

---

son: Chile 62%, España 8%, Brasil 7%, México 5%, Colombia 4%, Alemania 3%, Francia 3%, etc.; d) las provincias destinatarias de las peticiones que provienen del extranjero son: Buenos Aires 33%, Mendoza 22%, CABA 14%, Córdoba 9%, Rio Negro 4%, Neuquén 3%, San Luis 3%, La Rioja 2%, Santa Fe 2%, Misiones 2%, Tierra del Fuego 2%, etc.; e) el objeto de las peticiones que tramitan en el marco de este convenio son: inicio de demanda de alimentos 67%, ejecución de sentencia 15%, ejecución de acuerdo 3%, exhortos 2%, ejecución de sentencia y aumento de cuota 2%, pedidos devueltos para encuadre 1%, expedientes archivados 9%, otros 0,4%.

<sup>142</sup> En el art. 34.2. se enumeran una serie de medidas a tener en consideración.

<sup>143</sup> Especialmente, la Convención de Nueva York y la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, Montevideo 1989 (aprobada por ley 25.593); recuérdese que los Tratados de Derecho Civil de Montevideo de 1889 y 1940 solo brindan soluciones tangenciales a esta problemática. Ver, entre otros: RAPALLINI, LILIANA ETEL, "Cobro de alimentos en el extranjero: Perspectivas de la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias", disponible en [https://www.oas.org/dil/esp/seminario\\_derecho\\_internacional\\_documentos\\_liliana\\_rapallini.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/seminario_derecho_internacional_documentos_liliana_rapallini.pdf), al 7/5/2018 y RUBAJA, NIEVE, "Proceso de cobro internacional de alimentos en favor de niños, niñas y adolescentes" en FERNANDEZ EUGENIA SILVIA (Dir.), *Derechos de niñas, niños y adolescentes. Visión constitucional, legal y jurisprudencial*, Abeledo Perrot, 2015.

entendemos que ello no conduciría a un posible conflicto de convenciones puesto que el espíritu de estos todos los instrumentos es la realización de los derechos de los alimentados. Por otra parte, tal como mencionáramos el art. 52 del Convenio contiene una regla de máxima eficacia. Finalmente, coincidimos con la Prof. Noodt Taquela que sostiene que, en tales casos, debe primar la aplicación del instrumento más favorable a la cooperación puesto que sería lo más apropiado a la luz de la naturaleza de la materia a proteger<sup>144</sup>.

Entendemos que la ratificación por parte de la Argentina de este Convenio implicará un progreso en el cumplimiento de las obligaciones asumidas internacionalmente por la Argentina en protección de la familia y de los derechos del niño, especialmente en el art. 27.4 CDN). Sin lugar a dudas, su puesta en marcha e implementación traerán nuevos desafíos y obligaciones a nuestro país pero el objeto y los derechos a proteger justifican la medida de dichos esfuerzos.

### Conclusiones

A continuación se enuncian las conclusiones preliminares en base al Relato; sin embargo, son ilustrativas del rico debate que se produjo en la Sección de DIPr en ocasión del Congreso en Mendoza las "Conclusiones" resultantes de dicha labor. Confiamos en que aquéllas resultarán de utilidad tanto a los fines de posibles mejoras a nivel legislativo como aportes a nivel jurisprudencial y académico

Por ello, aquí nos limitaremos a afirmar que existen dos factores en los que se encuadra el DIPr de familia en la actualidad, cuyo orden de exposición no debe considerarse ni jerárquico, ni como causa y efecto, sino que ambos se encuentran en una constante sinergia: por un lado, las nuevas realidades familiares y sociales que caracterizan a estos tiempos que junto a los avances de la tecnología y la biomedicina han producido un ensanchamiento en el concepto tradicional de "familia"; y por otro, un obligado enfoque de derechos humanos en protección de la familia, de sus individuos y, especialmente de los niños.

<sup>144</sup> NOODT TAQUELA, MARÍA BLANCA, "Applying the Most Favourable Treaty or Domestic Rules to Facilitate Private International Law Cooperation", *Recueil des Cours*, tomo 377, Leiden: Brill Nijhoff, 2015, p. 216 y 304.

Este marco tiñe la impronta del DIPr de familia en la actualidad y, a su vez, conlleva a que se presenten nuevos desafíos a los que dar respuestas o soluciones. Estos desafíos pueden agruparse en dos categorías: a) procesales, que nacen en la búsqueda de un balance necesario entre las certezas que resultan imprescindibles en este ámbito y la celeridad que puede tornarse un elemento vital. En definitiva, las soluciones justas deben llegar y realizarse en tiempos razonables para lograr restablecer o concretar los derechos fundamentales en juego; b) sustanciales, que son el resultado de: las nuevas realidades sociales que reclaman soluciones jurídicas, tanto legislativas como judiciales; la pluralidad de fuentes que propone un diálogo en la búsqueda de la justa solución al caso de DIPr de la familia; el impacto sustancialista que trae aparejado el derecho internacional de los derechos humanos; la aspiración a concretar el principio de la armonía internacional de las soluciones mediante soluciones unificadas o, al menos, coordinadas.

Para hacer frente a estos desafíos el DIPr cuenta con las riquezas de su pluralismo metodológico, la cooperación internacional y otros recursos que pueden contribuir en el hallazgo de soluciones satisfactorias que permitan garantizar los derechos humanos involucrados en cada temática y en cada caso en particular y, a su vez, a que nuestro país cumpla con las obligaciones asumidas internacionalmente.

Existe una diferencia sustancial entre los tiempos que caracterizan a la familia y, sobre todo, a la infancia y el tiempo en que llegan las respuestas jurídicas. Asimismo, el paso del tiempo agrava la vulneración de los derechos que no encuentran debida protección. Es por ello, que el DIPr debe proveer e intensificar los recursos para hallar justas soluciones en tiempo razonable.

**SECCIÓN  
RELACIONES INTERNACIONALES**



## **LOS ACTORES NO ESTATALES EN LA COMUNIDAD INTERNACIONAL**

*NON-STATE ACTORS I  
IN THE INTERNATIONAL COMMUNITY*

*Profesor FERNANDO OLTRA SANTA CRUZ\**

### **RESUMEN**

En el marco de la evolución de la comunidad internacional, luego de considerar superada la etapa donde se pensaba al estado como único actor o como el actor por excelencia, surgieron las organizaciones internacionales que fueron aceptadas ampliamente, quizás por ser justamente creación de los mismos estados. Por ello, las ampliaciones del concepto de actor han tenido que enfrentar con una visión estatocéntrica. En verdad, a partir de la segunda guerra mundial la escena internacional ha verificado una multiplicación y diversificación de los actores que intervienen en ella. De esta manera, se concluye que la Comunidad Internacional actual ha sufrido cambios considerables en cuanto a sus actores,

\* *Abogado, egresado de la Universidad de Buenos Aires, Magíster en Acción Política y Participación Ciudadana en el Estado de Derecho por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, la Universidad Francisco de Vitoria y la Universidad Rey Juan Carlos (España) –Profesor a cargo de la Cátedra de Derecho Internacional Público en la Universidad Nacional de la Matanza, Profesor Adjunto de Derecho Internacional Público en la Universidad Católica Argentina. Miembro de la AADI y de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales.*

analizando también la mentada "crisis del estado" y el accionar de las "*ong internacionales*". Estos nuevos actores ejercen notoria influencia en el desarrollo del Derecho Internacional, muchas veces en forma mediata, ya que en verdad, salvo los individuos y las Organizaciones internacionales, no cuentan con una real subjetividad internacional. También se examina el particular caso de la Iglesia Católica, que escapa a los parámetros de análisis típicos de la subjetividad internacional.

### **PALABRAS CLAVE**

Subjetividad Internacional - ONG - Iglesia Católica - Actores no estatales.

### **ABSTRACT**

Within the framework of the evolution of the International Community, after overcoming the stage where the state was thought of as the sole actor or as the actor par excellence, International Organizations emerged and were widely accepted, perhaps because they were precisely the creation of the same states. Therefore, the extensions of the actor concept have had to face a statocentric vision. In fact, since the Second World War, the international scene has verified a multiplication and diversification of the actors that intervene in it. In this way, it is concluded that the current International Community has undergone considerable changes in terms of its actors, also analyzing the so-called "crisis of the state" and the actions of the "International NGOs". These new actors have a notorious influence on the development of International Law, often meditately, except individuals and International Organizations who do not have a real International Legal Subjectivity. It also examines the particular case of the Catholic Church, which escapes the analysis parameters typical of international legal subjectivity.

### **KEYWORDS**

Internatiponal legal subjectivity - NGO´s - Catholic Church - Non - State Actors.

### **SUMARIO**

**I.- Introducción: II.- Una comunidad internacional más allá de los estados: las organizaciones internacionales y el**

individuo. **a.** Las organizaciones internacionales **b.** Las personas. **III.-** Una comunidad internacional más allá de los estados, de las organizaciones internacionales y del individuo: los llamados "nuevos actores". **a.** Introducción. La crisis del Estado y los "nuevos actores" **b.** los "nuevos actores": Las ONG internacionales **c.** Un actor especial: el caso de la Iglesia Católica, sujeto del Derecho Internacional. **IV.-** Conclusiones.

## **I. Introducción**

Tal como lo recuerda el profesor PASTOR RIDRUEJO en la última editorial de la Revista Española de Derecho Internacional, "las luces y las sombras en el Derecho internacional han sido y siguen siendo tan abundantes que su tratamiento y análisis podrían dar lugar a un trabajo muy largo y complejo"<sup>1</sup>. Así, el reconocido catedrático español continúa motivándonos a pensar y debatir este Derecho Internacional del siglo XXI. Por ello, dentro de ese trabajo complejo procuraré aquí ocuparme de la cuestión de los "sujetos"/"actores", que dentro del Derecho Internacional, siempre ha sido motivo de estudio y debate, especialmente con los cambios producidos en la comunidad internacional ante el surgimiento de las Organizaciones Internacionales.

Luego, mientras se arraigaban esos nuevos sujetos **creados por los estados**, el debate se amplió al individuo que, inicialmente con la consolidación de distintos sistemas de protección de derechos humanos, comenzó a actuar por sí mismo en la órbita internacional.

En la actualidad la discusión es aún mayor y por eso, incluso en el Derecho Internacional se ha comenzado a utilizar el término "actores", muchas veces en reemplazo del tradicional uso del vocablo "sujetos", que quizás es más preciso, por cuanto reduce el campo de análisis a aquellos que tienen capacidad para actuar en base a la normativa internacional<sup>2</sup>. Sin embargo, este tópico resulta arduamente complicado en nuestros días, por cuanto son muy

<sup>1</sup> *Redi Vol. 69 -1, 2017*, editorial del catedrático JOSE A. PASTOR RIDRUEJO.

<sup>2</sup> Por ejemplo, desde el ángulo de la responsabilidad internacional, también se puede dar la utilización del término "actores no estatales", como se trata en una reciente publicación: "Actores no estatales y responsabilidad internacional del Estado", BALLESTEROS MOYA, V. Bosch edit, Madrid 2016.

variados los actores que actúan en la comunidad internacional, que sobrepasan en mucho la catalogación clásica que solíamos hacer al hablar de los "sujetos del derecho internacional".

También es cierto que el uso de estos diferentes términos encuentra su origen en la distinción entre el estudio de las relaciones internacionales y el Derecho Internacional propiamente dicho. No obstante, aprecio que esta división tan tajante entre términos y disciplinas está hoy superada por la vorágine de los profundos cambios que con marcada celeridad operan en el escenario internacional; aunque como se verá luego no puede otorgarse la categoría de sujetos a todos los actores internacionales.

Por otra parte, si bien esta cuestión ha variado en las últimas décadas, podemos afirmar que en algunos casos, también encontramos ejemplos históricos de actores que intervinieron en la esfera internacional sin ser un estado, como es el caso de la Iglesia Católica que trataremos aquí. En ese ejemplo se visualiza claramente que existen otros factores a tener en cuenta al analizar la actuación de un auténtico sujeto del derecho internacional, que sobrepasan las típicas normas de estatalidad.

Como lo señala la doctrina, los actores no estatales son considerados como de reciente participación en el sistema internacional, como por ejemplo el caso de las Organizaciones No Gubernamentales, que surgen con mayor fuerza en la década del ochenta, pero algunas ya existían desde mucho antes. Asimismo, desde otro ángulo de actuación en cuanto a sus fines, encontramos también a las empresas transnacionales que influyen considerablemente en lo internacional. Claro que estos actores no fueron inicialmente visibilizados, ya que hasta hace unas décadas atrás aún era muy fuerte la tendencia a considerar a los Estados como casi únicos artífices de las relaciones internacionales<sup>3</sup>.

A partir de la clásica pregunta, referida a quienes son los que ejercen influencia suficiente como para ser considerados actores de la comunidad internacional, podemos avanzar en un camino de análisis auténticamente objetivo, a los fines de determinar el eventual alcance de la ampliación de los sujetos ya mencionada. MARCEL MERLE, desde una concepción sociológica sostenía que podía ser considerado como un actor internacional toda autoridad, todo organismo, grupo

<sup>3</sup> BARBE, *Los actores internacionales*, en *Relaciones Internacionales*, Tecnos, Madrid 1995, pág. 172 y ss.

o incluso toda persona capaz de desempeñar una función en la escena internacional<sup>4</sup>.

Así, luego de superada la etapa donde se pensaba al estado como único actor o como el actor por excelencia, surgieron las organizaciones internacionales que fueron aceptadas ampliamente, quizás por ser justamente creación de los mismos estados. Por ello, como lo refiere GARCÍA SEGURA, las extensiones del concepto de actor se han tenido que enfrentar con la visión estatocentrica<sup>5</sup>. Sin embargo, a partir de la Segunda Guerra Mundial **la escena internacional ha verificado una multiplicación y diversificación de los actores que intervienen en ella**, que ya es difícil de refutar. Por ello, desde cierta doctrina de las relaciones internacionales se criticó a la corriente del realismo por su incapacidad para analizar e interpretar justamente ese contexto internacional tan cambiante. Con esa perspectiva, algunos sostuvieron una visión "trasnacional" mientras que otros añadieron una ampliación hacia las entidades subestatales<sup>6</sup>.

Aquí, en este breve análisis, se intentará describir una comunidad internacional más allá de los estados, con la actuación de las organizaciones internacionales (calificadas también como "gubernamentales") y el individuo. Pero además vislumbrando el accionar internacional de otros actores, como ser la Iglesia Católica (con independencia de su carácter actual de "estado del Vaticano"), las "ONG" internacionales, las Empresas transnacionales y las Empresas Militares de Seguridad Privada.

## **II. Una comunidad internacional más allá de los estados: las organizaciones internacionales y el individuo.**

### **a. Las organizaciones internacionales**

Si bien podemos encontrar algunos ejemplos históricos más lejanos, fue principalmente desde fin de del siglo XIX, con la aparición

<sup>4</sup> MERLE, MARCEL, *Sociología de las relaciones internacionales*, Madrid, Alianza 1978, pág. 146 y ss.

<sup>5</sup> Cfr. GARCÍA SEGURA, CATERINA, *La evolución del concepto de actor en la teoría de las relaciones internacionales*, Papers Revista de sociología, nº 40. Pag. 15.

<sup>6</sup> Para ampliar este aspecto en cuanto a los entes subnacionales y también una visión parcialmente distinta de la subjetividad internacional, puede verse el relato de ANAHI PRIOTTI en el XXV Congreso de la AADI. Cfr. *Anuario AADI XXII*, 2013, Pág. 121 y ss.

de organismos interestatales, que el mundo presenció el nacimiento de estos nuevos sujetos. Luego, su número se incrementó notoriamente luego de la 2<sup>a</sup> Guerra Mundial. Así, CARRILLO SALCEDO señalaba que esta proliferación de organizaciones "*constituye una de las notas más características de las relaciones internacionales contemporáneas. Las Organizaciones Internacionales, en efecto, expresan uno de los hechos políticos más relevantes de la comunidad internacional de nuestro tiempo en tanto que cauces para la diplomacia multilateral y la acción colectiva de los Estados ya que, consideradas en su conjunto, encuadran prácticamente casi todos los sectores de la vida internacional y han facilitado la participación de los pequeños y medianos Estados en las relaciones internacionales*"<sup>7</sup>.

Se trata entonces de una suerte de asociación voluntaria, establecida por un acuerdo entre estados y formada por órganos propios, distintos a los estados y con carácter permanente, con una autonomía jurídica diferente a la de los estados. Consecuentemente pueden expresar también una voluntad diversa a la de los estados que le dieron vida.

Las organizaciones internacionales nacen ante la necesidad de satisfacer intereses colectivos de cooperación internacional que los estados no pueden hacer de manera aislada. Como lo recuerda SOBRINO HEREDIA, "*irrumpen así, a comienzos del siglo XIX en la escena internacional las primeras Organizaciones Internacionales que, rudimentarias y principalmente técnicas en un principio van a ir luego, a lo largo del siglo XX, afirmándose y proliferando de tal modo que su número actual (existen aproximadamente 350 organizaciones) es muy superior al de los propios estados*"<sup>8</sup>.

MERLE observa que las Organizaciones internacionales constituyeron un refugio y protección para los "estados pequeños" que frecuentemente obtienen mayor legitimidad y capacidad por su participación en las Organizaciones internacionales<sup>9</sup>.

Sin perjuicio de ello, conviene recordar que las atribuciones de estos actores están limitadas por el objeto de su creación, determi-

<sup>7</sup> CARRILLO SALCEDO, JUAN ANTONIO "*Soberanía de los estados y organización Internacional: una tensión dialéctica*", *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas (España)*, Año 2007 N° 84, pág 403. (sesión del día 27 de Febrero de 2007).

<sup>8</sup> SOBRINO HEREDIA, JOSÉ MANUEL, *La subjetividad internacional de las organizaciones internacionales*, cap. XIV de la obra de DIEZ DE VELASCO, "*Derecho Internacional*", pág. 332.

nado en los tratados que le dan nacimiento. Y que justamente son los mismos estados quienes fijan sus funciones. Se entiende así, que la capacidad de las organizaciones internacionales va a estar vinculada al principio de especialidad. Como lo señaló en 1996 la Corte Internacional en la Opinión consultiva sobre el empleo de armas nucleares, las Organizaciones Internacionales *están dotadas por los Estados que las crean de competencias de atribución cuyos límites dependen de los intereses comunes cuya promoción esos Estados les han encomendado.*

En este sentido, la doctrina suele definir a la subjetividad de las organizaciones internacionales, como "funcional", en concordancia con la ya expuesta limitación de su accionar, que se determina en el tratado constitutivo respectivo<sup>10</sup>.

### **b. Las personas**

La constante evolución del Derecho Internacional permitió un cambio profundo en este campo, al considerar a los individuos como sujetos de la comunidad internacional. Desde un punto de vista estrictamente jurídico ello se debe a la existencia de normas internacionales que regulan directamente su conducta, tanto sea para reconocerles derechos que pueden ser reclamados en la esfera internacional, como para tipificar penalmente conductas que podrían ser juzgadas por un tribunal penal internacional.

Actualmente, la titularidad jurídica internacional del ser humano, es una realidad que puede constatarse en forma clara en el ordenamiento internacional. Así, en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tanto en el sistema europeo

<sup>9</sup> MERLE, MARCEL, op. cit. pág. 386.

<sup>10</sup> En lo referente a los actos emanados de las organizaciones (que tienen diversas denominaciones: como resoluciones, declaraciones, recomendaciones, reglamentos, etc...), cabe señalar los requisitos elementales que hacen a su validez. Deben, en primer término, ser dictados por el órgano correspondiente de la Organización a quien el Tratado constitutivo le atribuye la competencia. A su vez, debe cumplirse con el procedimiento establecido para la toma de una decisión, es decir el sistema de votación respectivo y también debe estar dentro de las competencias de la Organización. En ciertas oportunidades la Corte Internacional se ha pronunciado en estas cuestiones, como por ejemplo cuando se cuestionó la validez de la Resolución 284 (1970) del Consejo de Seguridad, que carecía de la "unanimidad" de votos de los miembros permanentes.

como en el interamericano de protección hoy se reconoce sin lugar a dudas la capacidad procesal internacional de los individuos.

Por otra parte en una faz pasiva, las personas pueden ser sometidas a una jurisdicción internacional, como es el caso de la Corte Penal Internacional, que juzga a individuos acusados de crímenes de importante gravedad: delitos de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión.

En alusión a esta ampliación de la subjetividad internacional, el jurista brasileño ANTONIO CANÇADO TRINDADE ha sostenido que el reconocimiento de los individuos como sujetos, "*representa una verdadera revolución jurídica, a la cual tenemos que contribuir*". Añade también que se trata de capacitar a cada ser humano para que sepa sus derechos plenamente y pueda así "*enfrentar por sí mismo a la opresión y las injusticias del orden establecido...*" puesto que esta "*revolución jurídica viene, en fin, a dar un contenido ético a las normas tanto del derecho público interno como del Derecho Internacional*"<sup>11</sup>.

En varios de sus votos como juez de la Corte Interamericana de DDHH, CANÇADO TRINDADE también expresó que "*El Derecho innegablemente ha evolucionado, en su trayectoria histórica, al abarcar nuevos valores, al jurisdiccionalizar la justicia social, y al extender protección a grupos sociales o colectividades humanas, salvaguardando, en realidad, no dichos grupos per se, sino más bien los individuos que los componen*"<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> CANÇADO TRINDADE, ANTONIO AUGUSTO, "*A humanização do Direito Internacional*", Edit. Del Rey, Belo Horizonte, 2006, Brasil, pág 122 y 123. En otro artículo suyo también cita como un importante antecedente en la materia al *dictum* de la CPJI en su opinión consultiva sobre la *jurisdicción de los tribunales de Danzing* (1928) "*al efecto de que los tratados pueden otorgar derechos directamente a individuos*"... y concluye que "*la Corte así anunció la emergencia de la persona humana como beneficiaria directa de las normas internacionales de los derechos humanos*" CANÇADO TRINDADE, ANTONIO AUGUSTO, *Los derechos no susceptibles de suspensión en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia*, en "*Estudios básicos de DDHH*", Tomo VI, IIDH, Costa Rica 1999.

<sup>12</sup> Voto concurrente del juez A.A. CANÇADO TRINDADE en *Medidas Provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de Colombia Caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó*. Cita allí también la postura del juez TANAKA de la CIJ.

**III. Una comunidad internacional más allá de los estados, de las organizaciones internacionales y del individuo: los llamados "nuevos actores".****a. Introducción. La crisis del Estado y los "nuevos actores"**

La crisis del estado tiene una estrecha relación con el surgimiento de otros nuevos actores no estatales, más allá de los ya descriptos en el punto anterior.

SABINO CASSESE analiza la crisis del estado y la vincula con la existencia de poderes más allá del mismo. Así, describe una realidad que vemos cotidianamente: *"Una organización militar multinacional interviene en un conflicto étnico interno de un estado. Un tribunal de Naciones Unidas juzga y condena a personas responsables de crímenes de guerra y contra la humanidad cometidos en el interior de sus países. Una corte inglesa considera que el ex jefe de un estado extranjero puede ser extraditado y sometido al juicio de una corte española por delitos contra la humanidad cometidos en su país. Una empresa francesa se dirige a la unión europea para asegurarse que las autoridades italianas le den una licencia de telecomunicaciones. Estos y otros ejemplos demuestran que el mundo, hasta el siglo XIX poblado de estados, está ahora colmado de ordenamientos ultraestatales y que los estados han perdido aquella exclusividad que les era propia..."*<sup>13</sup>.

De esta manera, puede afirmarse que la crisis del estado se da con una pérdida de su soberanía y que esto se plantea en dos planos diferentes, uno externo y otro interno.

En lo referente al ámbito interior, en muchos casos el estado no ejerce un control sobre la totalidad de su territorio y el fenómeno de los movimientos políticos genera un desafío importantísimo al monopolio de la coacción que ostentaba el estado como una de sus características más típicas<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> CASSESE, SABINO, *La crisis del Estado*, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Bs. As., 2003. Pág.81.

<sup>14</sup> Sin entrar a desarrollar este tema, piénsese el claro ejemplo de la Argentina y los grupos de manifestantes de grupos políticos que a diario toman por la fuerza los espacios públicos, cortando calles o rutas sin que el gobierno del estado (en ninguna de sus funciones) pueda garantizar el orden público y el pleno ejercicio del derecho de todos los ciudadanos, como ser el de circular libremente por el territorio nacional.

En cuanto al plano externo, la constante cesión de soberanía se da principalmente en los procesos de integración regional y también en la incorporación de los estados a los organismos de vocación universal. JESSICA MATHEWS afirmaba que: *"El fin de la guerra fría no ha traído únicamente ajustes entre los Estados, sino una novedosa redistribución del poder entre los Estados, los mercados y la sociedad civil. Los gobiernos nacionales no sólo pierden autonomía en una economía que se globaliza, sino que comparten los poderes –incluidas las funciones políticas, sociales y de seguridad, que constituyen los elementos básicos de su soberanía–, con empresas, organizaciones internacionales y una multitud de grupos ciudadanos, conocidos como organizaciones no gubernamentales (ONG). La progresiva concentración de poder en manos de los estados, iniciada en 1648 con la Paz de Westfalia, ha terminado, al menos por el momento"*<sup>15</sup>.

En las relaciones internacionales, la esencia de ese poder mencionado se relaciona íntimamente con la idea de fuerza, de la posibilidad de poseer una capacidad tal como para imponer la propia voluntad sobre los otros. Como lo recuerda DIEZ DE URDANIVIA FERNANDEZ, *"en el estado, esa capacidad –que desde BODIN se conoce como soberanía– entraña la posibilidad instrumental de hacer valer coactivamente los mandatos legítimos que los órganos del estado emiten para conducir a la comunidad por él comprendida, por el rumbo que ella misma decide, conforme lo establece el propio orden jurídico..."*<sup>16</sup>. Luego, añade en lo que aquí nos interesa, siguiendo a DRUCKER: *"el quid de la cuestión para el estado en la Era Post contemporánea no es tanto qué debe hacer, sino si puede hacerlo, dice él; lo que a mi juicio procede es definir qué debe hacer para cumplir con su cometido, para después dilucidar si es que, frente a las condiciones de hoy puede hacerlo..."*<sup>17</sup>. Este autor mexicano, en su interesante obra sobre el estado en el contexto global, cita también a SUÑÉ quien vincula a la crisis del estado con la crisis de la soberanía, y que avizora una crisis estructural profunda del poder de los estados.

<sup>15</sup> MATHEWS, JESSICA "Power Shift", *Foreign Affairs*, vol. 76, nº 1, enero-febrero de 1997, citado por SANAHUJA, *¿Un mundo unipolar, multipolar, o apolar? La naturaleza y distribución del poder en la sociedad internacional contemporánea*.

<sup>16</sup> DIEZ DE URDANIVIA FERNANDEZ, XAVIER, *El estado en el contexto global*, Edit. Porrúa, México, 2008, pág 55.

<sup>17</sup> *Ídem* ant.

Sin embargo no todos coinciden en esa descripción de la pérdida del poder estatal y menos aún en la elección de la mejor salida ante estos cambios de estructuras internacionales. MESSNER sostiene que no hay ningún consenso en la discusión sobre el futuro del Estado y de la política, ni sobre la mejor estrategia para la configuración política de los diferentes procesos de globalización<sup>18</sup>. Dicho autor analiza y encuadra las distintas, posturas en cuatro vertientes: desde los que auguran el fin del estado hasta quienes sostienen que a falta de alternativas viables y en vista de la debilidad de las estructuras supranacionales, el Estado sigue siendo el lugar central de la política. Así, MESSNER avizora que *"Los proyectos de integración regional ganarán importancia en todo el mundo y asumirán tareas que hasta ahora se adjudicaban a los Estados o a la ONU. La arquitectura de la gobernabilidad global debe construirse sobre "núcleos regionales" eficientes"*. Más en relación con el tema de este relato, afirma que *"Simultáneamente los niveles locales y regionales ganan significación dentro de la nación y los actores no estatales asumen funciones que hasta ahora se adjudicaban al Estado. En muchas áreas políticas el Estado debe trabajar con grupos de la sociedad (como asociaciones sociales, cámaras, sindicatos, científicos) con el fin de desarrollar estrategias comunes para la solución de problemas, porque el conocimiento sobre las conexiones para la acción, así como las capacidades de implementación y de control, están sumamente diseminados. Surgen los contornos de una sociedad en red en la que el Estado nacional cumple funciones de articulación e integración hacia adentro y hacia afuera, y en el que también las instituciones no estatales y las empresas privadas deben asumir la responsabilidad por el desarrollo estatal, cuando haya que aminorar y resolver conflictos y crisis"*<sup>19</sup>. (El destacado no está en el original).

En concordancia, esta crisis estatal se da también ante el notorio incremento de los poderes públicos internacionales. En efecto, si bien es en la segunda mitad del siglo XX donde se inicia este proceso, a fines del mismo siglo se robustece el poder de los organismos internacionales con tareas que conllevan poderes de regulación más significativos para la comunidad internacional. CASSESE cita como ejemplo a la Organización Mundial del Comercio, con su poder regulatorio en materia de derechos aduaneros, de subvenciones para

<sup>18</sup> MESSNER, DIRK. *La transformación del Estado y la política en el proceso de globalización*. Nueva sociedad, 1999, vol. 163, p. 71-91.

<sup>19</sup> *Idem* ant, pág 77.

la industria, los servicios o la agricultura por ejemplo. Así la OMC dicta decisiones interpretativas de normas estatutarias y decide en cuanto a controversias aplicativas<sup>20</sup>.

En lo referente a la influencia que esos poderes públicos supranacionales tienen sobre los estados, podemos mencionar varias consecuencias. La primera es que el accionar soberano de los estados es condicionado por instituciones superiores que establecen determinados estándares o criterios ya impuestos por el ámbito internacional. De esta manera los órganos internos de un estado deben cumplir también con el derecho que se origina fuera del propio estado<sup>21</sup>.

En segundo término los estados pierden "*la exclusividad de sus funciones, debiendo compartirlas con otros organismos. La circunstancia de que esto suceda con la colaboración de los estados mismos, como resultado de su autolimitación, no disminuye la importancia de la pérdida*"<sup>22</sup>.

Finalmente, otra consecuencia es la que le da a los órganos estatales el carácter de organismos de ejecución de decisiones de entidades supranacionales distintas a las del estado del que forman parte<sup>23</sup>.

A su vez, también puede añadirse como un tópico interesante para tener en cuenta, los novedosos cambios acaecidos en torno a las contrataciones públicas, ámbito típico de las funciones estatales exclusivas. En un interesante artículo titulado "*La transformación del Estado en un nicho de mercados: disciplinas globales de la contratación pública*", ZAPATERO sostiene que el apogeo de las políticas de libre mercado, impulsa a escala global la liberalización progresiva de múltiples ámbitos de la vida en sociedad: "*Los Estados se encuen-*

<sup>20</sup> Además, el jurista italiano agrega otro factor que incide en esta pérdida de poder de los estados: el mercado. CASSESE afirma "*el vaciamiento de los estados que ceden sus poderes al mercado, reduciendo el ámbito de su acción y retrayéndose (así por ejemplo para garantizar el valor de la moneda, la corrección de los ciclos económicos, la tutela de las fronteras, etc...).*

<sup>21</sup> También conviene advertir, como lo hace PEDRO DE VEGA GARCÍA, que a consecuencia de la mundialización económica, los poderes políticos reales que la Constitución debía controlar se convierten en poderes ocultos.

<sup>22</sup> CASSESE, SABINO, op cit, pag. 89.

<sup>23</sup> CASSESE ilustra el caso con el ejemplo de los órganos estatales de intervención en el sector agrícola en los países de europa, que son al mismo tiempo instrumentos de la política agrícola comunitaria.

*tran inmersos, hoy en día, en un proceso de apertura de sus economías a la competencia internacional por medio de un conjunto cada vez más complejo de instrumentos regulatorios. Las normas internacionales que hacen posible este proceso limitan de forma progresiva las herramientas y objetivos de las políticas públicas en diversos campos; la contratación pública es uno de ellos*<sup>24</sup>.

En definitiva, puede afirmarse sin ambages que el estado como actor internacional no es el mismo que el del siglo XIX, pero tampoco es el mismo que el que vivió casi todo el siglo XX. Seguidamente veremos estos nuevos actores que han aparecido en la escena internacional no sólo erosionando la capacidad del estado, sino muchas veces substituyéndolo en su inacción.

Sin embargo, debemos precisar que, si bien la temática tiene ahora nuevos enfoques, no es algo tan novedoso. ESTHER BARBE, hace unas décadas, ya señalaba: "el tema de los actores internacionales ha conocido un desarrollo teórico importante, vinculado a la creciente complejidad del sistema internacional. Así, los años setenta y ochenta fueron el escenario de numerosos trabajos sobre la crisis del estado como actor internacional en un mundo cada vez más transnacional y más interdependiente. Crisis provocada por el desafío de múltiples actores públicos y privados -firmas multinacionales, organizaciones supranacionales, unidades políticas subestatales, etc.- que llevaron a los teóricos a centrar su interés en los fenómenos de integración y globalismo en terrenos técnico-económicos, en detrimento de la función político-militar(propia de los estados). Sin embargo, la sociedad internacional de los años noventa está viviendo, tras el fin de la guerra fría, la reaparición de tendencias fragmentadoras nacionalismos, particularismos étnicos y religiosos, etc.) que refuerzan la lógica estatal y que han venido a unirse a la lógica transnacional dominante"<sup>25</sup>.

En concordancia con GARCÍA SEGURA, podemos concluir que ya no se trata de cuestionar el protagonismo del estado, sino de afirmar la presencia de los llamados "nuevos actores"<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> ZAPATERO MIGUEL, PABLO, *La transformación del Estado en un nicho de mercados: disciplinas globales de la contratación pública*, Revista Electrónica de Estudios Internacionales, N° 27, España 2014.

<sup>25</sup> Cfr. *Revista Papers* nro 41 editorial pág 7/9. Barcelona, 1993.

<sup>26</sup> GARCÍA SEGURA, Op. cit, pág. 15.

### **b. los "nuevos actores": Las ONG internacionales**

Si bien las llamadas Organizaciones Internacionales No Gubernamentales han tomado mayor significación para los estudios internacionales en forma reciente, su existencia no es tan nueva. Pero sin efectuar aquí un pormenorizado estudio de sus orígenes, vale destacar que muchos autores las vinculan con los movimientos y asociaciones religiosas. Así, en el estudio realizado por ENRIQUETA SERRANO, menciona diferentes autores que señalan distintas organizaciones como las primeras ong internacionales: LISSNER reconoce a las "*hermanas de la Congregacion de Notre Dame*" fundada en Montreal en 1653, STOCIC menciona a la *British an foreing Anti slavery Society* (1893) mientras que otros autores reconocen a la "*alianza Evangélica Universal*" creada en 1846 o a la *Alianza Mundial de Asociaciones cristianas de jóvenes*" de 1855 como las primeras Organizaciones Internacionales No Gubernamentales.

Esta falta de consenso, como bien lo destaca SERRANO, se debe "*al hecho de que el término ONG se aplica realidades diversas, lo que plantea evidentes problemas a la hora de identificar el origen de las ong internacionales, y la definición de las mismas*"<sup>27</sup>.

No obstante esa falta de anuencia doctrinaria, en una aproximación a un concepto de las ONG internacionales, CALDUCH –siguiendo a MERLE– las define como "*Todo grupo, asociación o movimiento constituido de forma duradera por particulares pertenecientes a diferentes países, con la finalidad de alcanzar objetivos no lucrativos*"<sup>28</sup>. Se trata de un concepto a mi juicio bastante amplio, pero que nos permite determinar al menos los elementos esenciales: internacionalidad, estructuración orgánica permanente, funcionalidad y relevancia jurídica. A ellos, habría que añadir luego el principio característico de exclusión de los actores estatales, que hace a la membresía privada (o no exclusivamente estatal). Por otra parte, quizás como una paradoja es dable destacar que en contraposición a ello, las ONG se constituyen en base a la normativa interna de los estados<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> SERRANO CABALLERO, ENRIQUETA, *Las ong como actores de las relaciones internacionales*, Madrid 1999. Se trata de su tesis doctoral en la Universidad Complutense de Madrid.

<sup>28</sup> CALDUCH, R., *Relaciones Internacionales*. Edit. Ciencias Sociales, Madrid 1991, capítulo 11.

<sup>29</sup> *Ídem* ant. CALDUCH cita a VELLAS, que las define como "*organizaciones de derecho privado con vocación internacional*".

Sin perjuicio de ello, CALDUCH sostiene que "*aun cuando las ONG por hallarse reguladas por el derecho nacional carecen de una plena subjetividad y capacidad jurídicas en el plano internacional, y por tanto no pueden ser equiparadas, desde esta perspectiva, con los estados y las OIG, tampoco cabe desconocer la realidad de que su marco de actividades rebasa ampliamente los límites jurídicos y políticos de un determinado país, es decir, que su actuación se desarrolla en el plano internacional, y por consiguiente, el Derecho Internacional Público ha ido generando de forma paulatina una serie de normas reguladoras de algunas de sus actividades o de sus efectos...*"<sup>30</sup>.

A la ausencia de una conceptualización normativa, debe añadirse la gran riqueza de matices que representa la realidad de la ONG, acentuado ello en últimos años, como bien lo destaca SONIA GÜELL PERIS<sup>31</sup>. Dicha profesora añade que en la búsqueda de una definición de ONG debe además tenerse en cuenta que, desde un punto de vista práctico, existe una gran variedad de vestiduras jurídicas en las que se estructuran. Ello muestra un escenario de actores con características propias de una ONG, pero designadas en virtud de términos distintos tales como asociaciones, organizaciones benéficas, fundaciones, corporaciones sin ánimo de lucro, sociedades e instituciones fiduciarias; incluso, "*como reconoció el propio Comité de Ministros del Consejo de Europa, la denominación de una entidad particular como "pública" o "para-administrativa" no debería impedir que fuera tratada como una ONG si es un reflejo exacto de sus características esenciales*"<sup>32</sup>.

La cuestión medular que cabe debatir es, previo a verificar la trascendencia de su condición ya aceptada de actor en las relaciones internacionales, si puede dársele también la categoría de sujeto internacional. Antes de avanzar en una eventual respuesta, conviene analizar un poco más la actuación de estos nuevos actores.

Las ONG operan como verdaderos actores de cambio de la estructura internacional a través de una influencia ejercida tanto

<sup>30</sup> *Ídem* ant. También disponible en <https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-55159/lib1cap11.pdf>

<sup>31</sup> GÜELL PERIS, SONIA *El papel de las ONG, ETN y EMSP en la resolución de crisis relacionadas con la seguridad internacional: una perspectiva desde el derecho internacional* en Cuadernos de estrategia, N°. 147, 2010 págs. 25/73.

<sup>32</sup> *Ídem* ant.

en los estados como en su actuación en las mismas Organizaciones Internacionales. Bien vale recordar que su accionar es receptado por la misma Carta de las Naciones Unidas, en su artículo 71.

Allí faculta al Consejo Económico y Social para realizar los arreglos adecuados con objeto de hacer consultas con las ONG<sup>33</sup>. En virtud de dicho artículo, poco tiempo después de la creación de la ONU, más de cuarenta organizaciones no gubernamentales fueron reconocidas como entidades consultivas por el Consejo. En 1992 más de setecientas organizaciones no gubernamentales habían logrado recibir reconocimiento como entidad de carácter consultivo general<sup>34</sup>. El número ha ido aumentando constantemente hasta sumar en la actualidad más de tres mil ONGs con carácter consultivo. El ECOSOC estableció una triple lista de categorías para las ONG de acuerdo a sus respectivas competencias y valorando especialmente la distinta importancia de las mismas en las actividades económicas y sociales que desempeñan a escala internacional.

Más allá del ejemplo de recepción de las ONG en la carta de la ONU y en el ámbito del ECOSOC, las Organizaciones Internacionales No Gubernamentales se desenvuelven en un ámbito más amplio, pues en verdad, actúan como auténticos grupos de presión internacional. MESSNER nos muestra un caso: *Un ejemplo interesante de nuevas formas de política global son las negociaciones internacionales para la prohibición de las minas antipersonales. En esencia el proceso*

<sup>33</sup> *Artículo 71:El Consejo Económico y Social podrá hacer arreglos adecuados para celebrar consultas con organizaciones no gubernamentales que se ocupen en asuntos de la competencia del Consejo. Podrán hacerse dichos arreglos con organizaciones internacionales y, si a ello hubiere lugar, con organizaciones nacionales, previa consulta con el respectivo Miembro de las Naciones Unidas.*

A su vez, el ECOSOC, en su Reglamento Interno establece un Comité especial para las ONG. Así en el artículo 80 del mismo consigna que *El Comité encargado de las Organizaciones no Gubernamentales estará integrado por 19 Miembros de las Naciones Unidas que serán elegidos por cuatro años sobre la base de una representación geográfica equitativa.* Añade también que *El Comité desempeñará las funciones que le confiera el Consejo en relación con los arreglos para celebrar consultas con las organizaciones no gubernamentales adoptados por el Consejo de conformidad con el Artículo 71 de la Carta.* <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=E/5715/Rev.2>

<sup>34</sup> En su X<sup>a</sup> sesión, aprobó la Resolución 288 B por la que se establecieron las condiciones y el marco en el que se desarrollarían tales consultas.

*de negociación fue impulsado por ONGs norteamericanas que hicieron una campaña internacional para que la opinión pública mundial se interesara en el tema. En un primer momento, gobiernos importantes (p. ej., EEUU y Rusia) no suscribieron el documento concluido a fines de 1997, en el marco de negociaciones a nivel gubernamental, en el que se establecía la prohibición de las minas. El otorgamiento del premio Nobel de la Paz a los impulsores de la campaña privada contra las minas incrementó la legitimidad de las ONGs y su influencia política. Al tiempo, CLINTON y YELTSIN se vieron en la necesidad de declarar que reconsiderarían sus decisiones. Eso no garantizaba el éxito del proceso, pero marcó una nueva clase de política en la sociedad mundial" <sup>35</sup>.*

Un caso paradigmático en cuanto al rol de las ONG, fue su destacada influencia en la creación de la corte Penal Internacional. Es más, en ese caso se formó una "Coalición" de Organizaciones No Gubernamentales. Dicha Coalición lideró las iniciativas de la sociedad civil que promovieron exitosamente la adopción del Estatuto de Roma en 1998.

La Coalición, al explicar su historia en su página web, refiere que trabajaron especialmente durante esos años para asegurar que "los Estados negociaran: Un tratado fuerte con disposiciones capaces de asegurar una Corte independiente de las Naciones Unidas; Magistrados independientes y un Fiscal independiente; Que no exista inmunidad para los presidentes, generales u otros funcionarios gubernamentales; Derechos fuertes para la defensa y juicios justos; Que las víctimas sean capaces de participar en los procedimientos y recibir reparaciones".

Actualmente *La Coalición por la CPI* es una red global de la sociedad civil que reúne a más de 2.500 organizaciones en 150 países. Reconocen su inicio en 1995 cuando un grupo de más de veinte organizaciones de Derechos Humanos iniciaron un trabajo de promoción para la creación de una Corte Penal internacional, con carácter permanente, capaz de llevar ante la justicia a responsables de crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio. Durante el proceso de gestación de la Corte, la Coalición estableció estrechos vínculos de trabajo con las delegaciones de los estados, organizando instrucciones para los participantes en la Conferencia y publicando informes y estudios sobre distintos tópicos

<sup>35</sup> MESSNER, op. cit. pág. 78.

vinculados a la materia. Ese aporte fue trascendental para el mismo trabajo de la Conferencia y para lograr el éxito final de las negociaciones.

Pues bien, retomando el análisis de las ong como actores dentro de la comunidad internacional, aprecio que su importancia en tal sentido no puede ser minusvalorada. Sin embargo, no se encuentra un sustento normativo suficiente que permita reconocerlas como auténticos "sujetos". Pero ello no implica que no deban ser tenidos en cuenta por el Derecho Internacional.

Con acierto, SONIA GÜELL PERIS precisa que *"A tal efecto es necesario partir de la afirmación que ninguna de ellas posee capacidad decisoria formal en el transcurso de los procesos de creación y aplicación de las normas jurídicas internacionales a las que se ha aludido anteriormente. En otras palabras, no legislan, no ejecutan y no juzgan porque siguen siendo éstas esferas de competencia exclusiva del Estado y de algunas Organizaciones Internacionales. Ahora bien, ello no es óbice para reconocer que su presencia en el contexto internacional, aunque solo sea por el mero hecho de ejercer actividades transnacionales adscritas a ámbitos en los que confluyen intereses multidimensionales, hace que se encuentren en posición de captar la atención del Derecho internacional en forma de atribución de algunos derechos y/u obligaciones. En algunos casos será la atención de normas internacionales asociadas a las operaciones económicas, en otros atraerán normas relacionadas con los derechos humanos o incluso concernidas con la limitación de los medios y métodos de combate. De ahí que resulte pertinente afirmar que, desde la perspectiva del Derecho internacional, las tres entidades objeto de estudio constituyen actores formalmente extraños, en distinta medida influyentes y parcialmente vinculados a sus normas de tal modo que ocupan posiciones de diversa índole y naturaleza con trascendencia jurídico internacional"*<sup>36</sup>.

Desde otra perspectiva, algunos autores han analizado el desempeño de estos actores no estatales en casos puntuales, como en Colombia, calificando su actuación como "diplomacia ciudadana". Así LUIS TREJOS concluye afirmando su capacidad de inserción internacional, al ejercer notoria influencia en las decisiones de otros actores de la comunidad internacional<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> Op. cit, pág. 29. Se refiere a las ONG, a las Empresas Transnacionales y alas EMSP (empresas militares y de seguridad privada).

<sup>37</sup> Cfr. TREJOS ROSERO, LUIS F. *"los actores no estatales en la sociedad interna-*

**c. Un actor especial: el caso de la Iglesia Católica, sujeto del Derecho Internacional**

La Iglesia Católica posee una historia de dos mil años de vida, actuando en todos los rincones de la tierra y sin medir fronteras en su proceder; lo que demuestra claramente su internacionalidad.

Si bien en la actualidad la Iglesia, como sujeto del derecho internacional puede ser identificada con el Estado del Vaticano; ello no cuadraría con la realidad de las relaciones internacionales, ni con la influencia que la religión cristiana ejerce en la comunidad internacional, con independencia del juicio personal que cada uno pueda hacer sobre el contenido de la misma.

Como podremos ver seguidamente, se trata de un sujeto especial pues si bien actúa muchas veces como un estado, incluso allí persigue fines que son sustancialmente distintos a los que normalmente podría tener un estado, basados más que nada en cuestiones atinentes a su soberanía o a su comercio.

Desde su historia, la Iglesia siempre procuró "pensar" globalmente, y en el medioevo se constituyó la "cristiandad medieval", donde el factor religioso fue lo central de tal sociedad<sup>38</sup>. Se trató de una suerte unión de naciones cristianas, donde según VERDROSS el Papa era como el "órgano central de la comunidad internacional medieval"<sup>39</sup>. Allí el Papado comenzó su actuación como supremo árbitro y mediador entre los conflictos de los príncipes cristianos. Por ello muchos autores reconocen a la Iglesia Católica como una suerte de primer tribunal de paz y arbitraje. Así, por ejemplo TRUYOL Y SERRA señala que *"entre los rasgos distintivos de este derecho de Gentes Cristiano Medieval, ha de mencionarse en primer lugar el esfuerzo de la Iglesia por atenuar y refrenar las luchas..."*<sup>40</sup>. La unidad referida va a entrar en decadencia con la Reforma, que implicó el

---

cional: una aproximación a la diplomacia ciudadana en Colombia", en Rev. Investigación y desarrollo, Vol. 24 (2016), pág. 90.

<sup>38</sup> GONZALEZ CAMPOS, JULIO, SANCHEZ RODRIGUEZ, LUIS y ANDRES SÁENZ DE SANTA MARIA, PAZ; *Curso de Derecho Internacional Público*, pág. 64 Civitas, Madrid 1998.

<sup>39</sup> VERDROSS, ALFRED, *Derecho Internacional Público*, edic. Aguilar, Madrid 1969, pág. 34.

<sup>40</sup> TRUYOL Y SERRA, ANTONIO, *Historia del Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid 1998. pág. 32 y ss. Agrega luego que era frecuente el recurso al arbitraje.

quiebre de la Cristiandad y por lo tanto de la consideración del Papado como una autoridad superior a los distintos entes políticos de Europa.

Sin embargo la influencia de la Iglesia permaneció en el plano internacional, no solo en su condición de "estados pontificios" sino también a través de la doctrina de sus miembros. Entre ellos vale la pena destacar a FRANCISCO DE VITORIA, profesor de la Universidad de Salamanca, quien es considerado como el padre del Derecho Internacional Público<sup>41</sup>. CANÇADO TRINDADE destaca la figura de VITORIA, expresando que *"dió un aporte pionero y decisivo para la noción de la prevalencia del Estado de Derecho: fue el quien sostuvo con lucidez, en sus Reelecciones Teológicas (1539-1539)... que el ordenamiento jurídico obliga a todos(gobernantes y gobernados), y la comunidad internacional (Totus orbis) prima sobre el arbitrio de cada estado individual"*<sup>42</sup>.

Al perder su territorio con la unificación de Italia, la Iglesia continuó actuando en el plano internacional, sin ser un "estado"<sup>43</sup>. Así, durante el pontificado de LEÓN XIII (el famoso papa de la "cuestión social") aún sin territorio, logró desarrollar una intensa actividad diplomática, estableciendo relaciones con Rusia y con Japón y también al designar un delegado apostólico en Estados Unidos.

<sup>41</sup> JIMENEZ DE ASUA, LUIS, *Los grandes juristas españoles*, Abeledo Perrot, Bs.As. pág. 28.

<sup>42</sup> CANÇADO TRINDADE, op. cit. pág 119. También BENEDICTO XVI al hablar ante la Asamblea de la ONU, recordó a VITORIA: *"El principio de la "responsabilidad de proteger" fue considerado por el antiguo ius gentium como el fundamento de toda actuación de los gobernadores hacia los gobernados: en tiempos en que se estaba desarrollando el concepto de Estados nacionales soberanos, el fraile dominico FRANCISCO DE VITORIA, calificado con razón como precursor de la idea de las Naciones Unidas, describió dicha responsabilidad como un aspecto de la razón natural compartida por todas las Naciones, y como el resultado de un orden internacional cuya tarea era regular las relaciones entre los pueblos. Hoy como entonces, este principio ha de hacer referencia a la idea de la persona como imagen del Creador, al deseo de una absoluta y esencial libertad"*(discurso del 18 de abril de 2008).

<sup>43</sup> En 1871 el Parlamento aprobó la "Ley de las Garantías", que consideraba inviolable a la persona del Papa, reconocía su capacidad de legación activa y pasiva, y le concedía el uso de los palacios del Vaticano, Letrán y de las villas de Castelgandolfo.

Posteriormente, sucedieron a LEÓN XIII los papas Pío X y BENEDICTO XV quienes tuvieron que enfrentar la problemática de la Gran Guerra. En lo que hace a la materia internacional, merece destacarse la figura de BENEDICTO XV<sup>44</sup>. Este Papa, estableció relaciones con Polonia, Irlanda y los nuevos Estados bálticos, con quienes firmó concordatos. También tuvo especial trascendencia la normalización de relaciones con Francia en 1922<sup>45</sup>.

Pero es su actuación frente a la contienda bélica la que merece especial consideración, como verdadero actor en las relaciones internacionales de la época. Así el 1º de agosto de 1917 dirige una "Nota de paz" a los gobernantes de las naciones en guerra. Dicho escrito contenía afirmaciones concretas sobre las condiciones de paz. Donde expresaba siete puntos y proponía unas bases de negociación muy concretas: evacuación del norte de Francia y Bélgica y restitución a Alemania de sus colonias; negociaciones que desde sus inicios debían llevarse "con disposiciones conciliadoras que tuviesen en cuenta, en la medida de lo posible, las aspiraciones del pueblo"; examen de las cuestiones territoriales pendientes entre Francia y Alemania, Austria e Italia, y de los problemas relativos a Armenia, Estados balcánicos y Polonia; renuncia reciproca a las indemnizaciones de guerra; Independencia de Bélgica aceptación de un principio que asegurase la libertad y la utilización conjunta de los mares; desarme simultáneo; Institución del arbitraje internacional obligatorio, restableciendo la fuerza suprema del derecho. BENEDICTO XV procuró en varias oportunidades alcanzar a paz, escribiendo y mediando con los contendientes.

Sin embargo, sólo logró éxitos en cuestiones humanitarias. Así, se creó la Oficina Provisional a Favor de los Prisioneros de Guerra, a cargo de Monseñor FEDERICO TEDESCHINI. Su objetivo era recabar datos sobre combatientes desaparecidos y trasladar la información a sus familias. Todas estas iniciativas del Papa se llevaron a cabo sin excluir a nadie por motivos de religión o nacionalidad. Se logró que miles de prisioneros de guerra heridos fueran trasladados a países neutrales.

<sup>44</sup> El 3 de septiembre de 1914, fue nombrado sucesor de Pío X el entonces arzobispo de Bolonia, cardenal GIACOMO DELLA CHIESA, que eligió llamarse BENEDICTO XV. Le tocó en suerte conducir a la Iglesia en un tiempo donde no contaba con el poder temporal de un territorio y con una guerra mundial apenas iniciada.

<sup>45</sup> Previamente, el 16 de mayo de 1920, el Papa canonizó a JUANA DE ARCO, día que se convirtió en fiesta nacional.

Posteriormente, al finalizar la guerra, BENEDICTO XV emitió una encíclica donde convocaba a la reconciliación de las naciones, cuestión que no fue receptada por el Tratado de Versalles.

Ya con otro pontificado, años más tarde, en 1929 se firma el Tratado de Letrán<sup>46</sup> entre el reino italiano y la Santa Sede. El Pacto, que incluía un concordato, puso fin a la "cuestión romana" y reguló las relaciones entre ambas partes, naciendo así el Estado de la Ciudad del Vaticano.

En cuanto a la Segunda guerra Mundial, es importante destacar que antes de que se desate la misma, la Iglesia fue la primera gran voz en condenar la doctrina del nazismo alemán. En efecto, en 1937 el papa Pío XI, a iniciativa de los obispos alemanes emitió la Encíclica *Mit Brennender Sorge*, expresando que "*Solamente espíritus superficiales pueden caer en el error de hablar de un Dios nacional, de una religión nacional, y emprender la loca tarea de aprisionar en los límites de un pueblo solo, en la estrechez étnica de una sola raza, a Dios, creador del mundo, rey y legislador de los pueblos, ante cuya grandeza las naciones son como gotas de agua en el caldero*"<sup>47</sup>.

El accionar de la Iglesia como actor internacional no puede ser resumido en estas líneas, pero para marcar su incidencia en las relaciones internacionales y también en la formación del derecho internacional, procuraré señalar algunos aspectos como muestra de ello. Por un lado, formalmente el Vaticano sostiene relaciones diplomáticas con más de 170 países y por más que no es miembro de las Naciones Unidas, participa de la misma en su calidad de observador permanente. Varios pontífices hablaron en la Asamblea General: PABLO VI en 1965; JUAN PABLO II en 1979 y en 1995; BENEDICTO XVI en 2008 y FRANCISCO en 2015.

Su intervención en las relaciones internacionales ha procurado dirimir controversias, especialmente ante situaciones de crisis que amenazaban con producir un conflicto armado. Un claro ejemplo lo encontramos en el conflicto por el Beagle, entre Argentina y Chile, donde JUAN PABLO II designó al cardenal ANTONIO SAMORÉ como mediador.

Por otra parte, ante la creación de Corte Penal Internacional, su participación en la conferencia de Roma, tuvo importante

<sup>46</sup> Firmaron, a nombre del Papa, el cardenal PIETRO GASPARRI y, a nombre del rey Víctor MANUEL III, BENITO MUSSOLINI.

<sup>47</sup> Encíclica *Mit Brennender Sorge*, nº 15.

influencia en la redacción de determinados artículos del Estatuto de la Corte. Así, en algunos temas sensibles para su doctrina, la Iglesia logró que en las aclaraciones de "términos" en el art. 7 se aprobara el siguiente texto: "2.f) Por "embarazo forzado" se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo"<sup>48</sup>.

Asimismo, en otro apartado que aclara los términos empleados, también obtuvo la aprobación del siguiente texto contrario a la "perspectiva de género": "3. A los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término "género" se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término "género" no tendrá más acepción que la que antecede".

Así, vemos que la Iglesia ha estado presente como un actor fundamental en el desarrollo de la comunidad internacional, no sólo cuando tuvo "poder temporal" como soberano de los estados pontificios. En el periodo donde no contó con territorio, vimos su importante accionar con BENEDICTO XV. Entre los ejes principales o fines de su acción es dable destacar los siguientes: búsqueda de la Paz, respeto por la dignidad humana y libertad religiosa, derecho a la vida y contra la perspectiva de género.

#### **IV. Conclusiones**

Hace unos meses en Oeiras (Lisboa) se efectuó un encuentro Luso-español de profesores de derecho internacional y relaciones internacionales<sup>49</sup>. Allí se debatió el tema de "Los sujetos no estatales en el Derecho internacional". En esa oportunidad el profesor CARLOS FERNÁNDEZ LIESA<sup>50</sup> en la conferencia inaugural destacó el papel de la globalización cultural y su impacto en el Derecho internacional y afirmó la ampliación de los sujetos no estatales en el derecho internacional. Mencionó como trascedente la inclusión de las "víctimas"

<sup>48</sup> Para ello contó con el apoyo de Argentina, Irlanda, Andorra y Guatemala.

<sup>49</sup> VII Encuentro Luso-Español de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Oeiras, Lisboa (Portugal) 2-3 de junio de 2017.

<sup>50</sup> Catedrático de Derecho Internacional Público en la Universidad Carlos III de Madrid.

en el proyecto que la Comisión de Derecho Internacional aprobó en 2016 sobre "desastres internacionales y sus víctimas"<sup>51</sup>. De esa manera. El profesor español resaltó el fenómeno de la "desterritorialización del derecho" junto con la ampliación y diversificación de los sujetos, criticando la teoría de la subjetividad por su carácter formalista que no da cuenta de la realidad internacional. A su vez, destacó también el importante papel de los sujetos no estatales como "motor" de los Tratados Internacionales. Si bien gran parte de las afirmaciones del profesor FERNANDEZ LIESA son ciertas, el debate producido luego me dejó algunas incertidumbres A ello contribuyó la intervención del profesor emérito MANUEL PÉREZ GONZALEZ, quien asistió a las jornadas y al final de las mismas se permitió leer un párrafo por él escrito años atrás, reafirmando la postura clásica: *"algunas entidades que actúan en la escena internacional, como las empresas transnacionales o las organizaciones internacionales no gubernamentales, cualquiera que pueda ser su relevancia como actores internacionales, carecen por lo general de subjetividad internacional al no depender en cuanto a su estatuto jurídico del Derecho. Internacional sino del derecho de uno o varios estados"*<sup>52</sup>.

En virtud de lo expuesto, podemos concluir que la Comunidad Internacional actual ha sufrido cambios considerables en cuanto los actores que se desenvuelven en la esfera internacional. Así, estos nuevos actores ejercen notoria influencia en el desarrollo del Derecho Internacional, muchas veces en forma mediata, ya que en verdad, salvo los individuos y las Organizaciones internacionales, no cuentan con una real subjetividad internacional. También hemos analizado el particular caso de la Iglesia Católica, que escapa a los parámetros de análisis típicos de la subjetividad internacional.

Por otra parte, en el caso de las ONG y las ETN, la doctrina actual no duda en afirmar que inciden, cada vez con mayor intensidad, en los procesos de elaboración y aplicación del Derecho Internacional. Como lo refiere SONIA GÜELL PERIS *"Se trata de un papel dinamizador visible en variados ámbitos entre los que destaca la aportación de servicios de consultoría en diversos órganos principales de Naciones Unidas, su presencia y capacidad de presión en procesos*

<sup>51</sup> <http://legal.un.org/ilc/reports/2016/spanish/chp4.pdf>

<sup>52</sup> PÉREZ GONZALEZ, MANUEL, *La subjetividad Internacional*, en la obra de DIEZ de VELAZCO.

*negociadores de importantes tratados internacionales y por su contribución en ámbitos relacionados con la aplicación de las normas jurídicas e incluso en el marco de la solución de controversias internacionales*<sup>53</sup>. A continuación las diferencia de las empresas militares de seguridad privada: "No puede en cambio decirse lo mismo de las EMSP. En este caso es un actor cuya presencia en los conflictos armados y en el marco del uso de la fuerza ejercida más allá del Estado del cual es nacional, le ubica necesariamente en una posición de sujeto receptor de obligaciones y prohibiciones contenidas en ciertas normas de Derecho Internacional. Sin embargo carece de un papel de implicado dinámico en su desarrollo y aplicación semejante al referido en los dos casos anteriores. A mayor abundamiento las EMSP constituyen un fenómeno relativamente reciente que presenta algunos problemas jurídicos..."<sup>54</sup>.

En definitiva, asistimos a una importante ampliación y diversificación de los actores internacionales, sin poder aún otorgarles a todos ellos la categoría de sujetos del derecho internacional. Sin embargo, no existentes mayores impedimentos que impidan en el futuro cercano que esta perspectiva cambie, especialmente en el plano de los sistemas de protección de Derechos Humanos. Es más, actualmente en lo que respecta a las Ong's, las mismas pueden presentar un petición ante la Comisión Interamericana. Así lo prevé expresamente el artículo 44 de la Convención americana de Derechos Humanos: "Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte"<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> Op cit. pág. 30.

<sup>54</sup> Dicha autora concluye que en lo que respecta a los tres actores objeto de análisis, no hay duda de que en el caso de las ONG y las ETN se trata de sujetos de las relaciones internacionales porque es innegable su participación en el llamado plano sociológico del sistema. Pero reduce la importancia de las empresas militares de seguridad privada.

<sup>55</sup> En igual sentido el artículo 23 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, prescribe: "cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la OEA puede presentar a la Comisión peticiones en su propio nombre o en el de terceras personas, referentes a la presunta violación de alguno de los derechos humanos reconocidos,

En el caso Interamericano, la puerta está abierta especialmente para las organizaciones no gubernamentales, de manera franca<sup>56</sup>. En los otros, como ya se señaló, actúan de forma mediata. Pero no hay óbice de magnitud imperativa para que, la constante evolución de nuestra disciplina hacia una mayor institucionalización impida, en un futuro cercano, ampliar los sujetos en el sentido indicado.

---

según el caso, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos".

<sup>56</sup> Cfr. Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de DDHH (OC-22/ 16 de 26 de febrero de 2016 solicitada por la República de Panamá).

**SECCIÓN  
DERECHO DE LA INTEGRACIÓN**



## **CRISIS DEL MERCOSUR EN EL NUEVO ESCENARIO MUNDIAL: IDENTIDAD, PROYECTOS Y ALTERNATIVAS DE LA INTEGRACIÓN REGIONAL**

*MERCOSUR CRISIS IN THE NEW WORLD SCENARIO:  
IDENTITY, PROJECTS AND ALTERNATIVES OF  
REGIONAL INTEGRATION*

*Relator: Prof. JORGE RAÚL MURILLO\*/\*\**

*Se inició aquí, en estas tierras mendocinas,  
en el mes de enero, hace exactamente doscientos años...*

*Los Andes majestuosos en sus cumbres heladas,  
en sus quebradas profundas, en sus senderos pedregosos,  
fueron testigos del cruce glorioso,  
portador de liberación para medio continente...*

*Contra toda esperanza,  
el Pueblo Cuyano y su Gran Capitán,  
comenzaban a hacer realidad  
aquella idea maravillosa, profética y superadora:  
"Mi país es toda la América"...*

*¡¿Quién no querrá,  
en adelante,  
trabajar con todas las fuerzas  
por la integración de la Patria Grande y su gente?!*

\* Agradezco a la Asociación Argentina de Derecho Internacional (AADI) –en especial, a los Dres. OSCAR CÉSAR BENÍTEZ y ANDREA ALEJANDRA STRAZIUSO, Director y Secretaria de la Sección de Derecho de la Integración, respectivamente–, por confiarne la tarea de brindar el presente Relato. Naturalmente, lo expresado es responsabilidad absoluta del autor y en

## RESUMEN

El presente relato trabaja sobre tres ejes: i) el contexto internacional; ii) la crisis del MERCOSUR; iii) la identidad, los proyectos y las alternativas del bloque regional. El mismo se realiza a la luz de la teoría de la autonomía de JUAN CARLOS PUIG.

En el actual contexto de una comunidad internacional que transita un verdadero cambio epocal se abordan, sucintamente, los fenómenos de: a) globalización y des-globalización y b) integración, des-integración y reintegración (en particular, se hace referencia al *Regionalismo del siglo XXI*, representado en los *mega-acuerdos regionales de comercio*, y asimismo, al *Brexit*).

En la actualidad crítica del MERCOSUR se considera la dimensión existencial/estructural del bloque, incluyendo la "situación" institucional de Venezuela. Igualmente, se hace referencia a su agenda externa (negociaciones comerciales con la Unión Europea, con China y la eventual convergencia con la Alianza del Pacífico).

A fin de hallar posibles caminos para superar la crisis se recurre a las ideas de identidad y proyectos regionales, explicitados al hilo de sus distintas formulaciones histórico-institucionales. Luego se presentan las principales alternativas. El autor opta por la vía de la integración inclusiva (con desarrollo integral) y se sugieren tareas prioritarias. Finalmente, se acercan conclusiones.

## PALABRAS CLAVE

(Des)globalización – (Des)integración – Regionalismo del Siglo XXI - Crisis del MERCOSUR – Alternativas – Teoría de la Autonomía

## ABSTRACT

The present paper is organized on three axes: i) international context; ii) Mercosur crisis; iii) identity, projects and alternatives of the regional block. The Theory of Autonomy, authored by Juan Carlos Puig, is used as a framework for the analysis.

---

nada compromete a la AADI y/o a las demás instituciones a las que el mismo pertenece.

\*\* Profesor de Derecho Internacional Público en la Universidad Nacional de Rosario, la Universidad Católica Argentina y la Universidad del Centro Educativo Latinoamericano y de Derecho de la Integración en la primera de ellas. Director del Programa de Derecho al Desarrollo –del Centro de Estudios Interdisciplinarios– y Subdirector del Centro de Investigaciones sobre Derecho y Economía (CISDE) –de la Facultad de Derecho–, ambos de la Universidad Nacional de Rosario.

The current context of the international community is going through an epochal change. The paper succinctly addresses the phenomena of: a) globalization and de-globalization and b) integration, disintegration and reintegration (in particular, it refers to the XXI Century Regionalism, represented in the mega-regional trade agreements, and the Brexit).

On the critical present of Mercosur, the paper takes into account the existential/structural dimension of the block, including the institutional "situation" of Venezuela. Likewise, it analyses its external agenda (trade negotiations with the European Union, with China and the eventual convergence with the Pacific Alliance).

In order to find possible ways to overcome the crisis, this investigation resorts to the ideas of identity and regional projects, explained in the light of their different historical-institutional formulations. It presents the main alternatives, and chooses the inclusive integration (with integral development). The paper also suggests priority tasks and presents conclusions.

## KEY WORDS

(De)globalization - (Dis)integration - 21st Century Regionalism  
- Mercosur Crisis - Alternatives - Theory of Autonomy

## SUMARIO

**I.** Parte I: Introducción. **1.** Presentación y plan de trabajo. **2.** Marco Teórico. **II.** Parte II: Desarrollo. **II.I.** Capítulo I: Del escenario internacional actual. **1.** Globalización y des-globalización en el cambio de época. **2.** Integración, des-integración y re-integración. **2.1.** Las relaciones (y el debate) entre multipolaridad y regionalismo. **2.2.** El regionalismo del siglo XXI. **2.3.** Des-integración. **II.II.** Capítulo II: Del MERCOSUR. **1.** MERCOSUR *ad intra*. **1.1.** Actualidad crítica de la integración regional. **1.1.1.** Dimensión de la esencialidad estructural: *animus integrationis*. **1.1.1.1.** Principios estructurales/estructurantes del sistema jurídico de la integración. **1.1.1.1.1.** Consideración de la situación de Venezuela en el MERCOSUR. *Affectio societatis*, lógica comunitaria (no contractualista) y enfoque *iusintegram* (no *iusinternacionalista*). **1.1.1.1.2.** Consideración sobre el PARLAMENTO DEL MERCOSUR y "su lugar" en el bloque. Participación ciudadana y vigencia del principio democrático.

**1.1.1.1.3.** Consideración sobre la Participación social y la representación política. **1.1.1.1.4.** Consideración sobre la institucionalidad: "*tenemos una letra pero vamos por otro camino*". **1.1.2.** Dimensión de la interdependencia. **1.1.3.** Dimensión de la convergencia. **1.1.4.** Dimensión del liderazgo. **1.1.5.** Dimensión del sentido estratégico de la integración (y de un enfoque autonómico incremental). **2.** MERCOSUR *ad extra*. **2.1.** Negociaciones comerciales entre el MERCOSUR y la Unión Europea. **2.2.** Negociaciones comerciales entre el MERCOSUR y China. **2.3.** Negociaciones comerciales entre el MERCOSUR y la Alianza del Pacífico. **II.III.** Capítulo III: De la identidad, los proyectos y las alternativas regionales. **1.** Identidad regional. **2.** Proyectos institucionales (y perfiles históricos del bloque). **2.1.** Confrontando proyectos/perfiles históricos y doctrina. **2.2.** Acervo comunitario. **3.** Alternativas. **3.1.** Alternativa 1: vía conclusiva (dar por terminada la integración). **3.2.** Alternativa 2: vía involutiva (mantener el *statu quo*). **3.3.** Alternativa 3: vía del retroceso a zona de libre comercio (y reducción de la integración a lo económico). **3.4.** Alternativa 4: vía de la integración globalista (por medio de tratados de libre comercio del siglo XXI). **3.5.** Alternativa 5: vía de la integración inclusivista (con desarrollo integral, afirmando – cuanto menos– la idea de unión aduanera). **3.5.1.** Tareas prioritarias para una integración inclusiva. **III.** Parte III: Conclusiones.

## PARTE I

### I. Introducción

#### **1. Presentación y plan de trabajo<sup>1</sup>.**

Los debates sobre la actualidad del MERCOSUR y su futuro adquieren mayor intensidad y necesidad a partir de dos realidades: *ad extra*, las transformaciones sistémicas que conlleva un cambio de época; *ad intra*, las diferencias profundas que han surgido en el bloque y que están revelando que el problema no es ya, únicamente, qué tipo de integración puede preferirse sino, también, saber si la integración misma vale la pena.

<sup>1</sup> Las referencias fáctico-temporales del presente trabajo comprenden hasta el día 7 de agosto de 2017.

Con ese contexto, el presente relato trabaja, básicamente, sobre tres ejes: i) el *contexto internacional*; ii) la *crisis del MERCOSUR*; iii) la *identidad, los proyectos y las alternativas del bloque regional*.

En esa inteligencia, la primera parte presenta el *actual contexto de un comunidad internacional que transita un verdadero cambio epocal*, signado por una transformación profunda en el sistema y en el protagonismo de los actores principales. En ella se abordan, sucintamente, los fenómenos de: a) *globalización y des-globalización* y b) *integración, des-integración y reintegración*; en particular, se hace referencia al surgimiento de lo que se denomina *Regionalismo del siglo XXI* (representado en los *mega-acuerdos comerciales*–, su importancia geoestratégica y sus consecuencias jurídico-políticas en la actual realidad mundial/regional) y, asimismo, al *Brexit* que se manifiesta como fenómeno des-integrador.

*Ese marco será imprescindible* para introducirnos en el estudio de (y tratar de comprender, en parte) la actual *crisis del MERCOSUR*. Buscaremos, por tanto, describirla, señalar sus causas y sus eventuales derivaciones; nuevamente, remitiéndonos a consideraciones de derecho, de hecho y de política internacional. Inevitablemente, la actual "situación" institucional de Venezuela en MERCOSUR, será abordada. Al propio tiempo, se repasarán los principales ámbitos en el relacionamiento externo del bloque: aquí se hará referencia a la *actual negociación entre el MERCOSUR con la Unión Europea*, a la presencia de China y a la eventual convergencia del bloque regional con la *Alianza del Pacífico*, evaluando sus viabilidades y/o sus consecuencias.

Todo ello nos habrá de conducir a buscar posibles *caminos para superar la crisis*. Allí aparecerán las reflexiones vinculadas a la *identidad del bloque regional y sus proyectos* (al hilo de sus distintas formulaciones histórico-institucionales) y las *alternativas* que se presentan.

Finalmente, se acercarán conclusiones relativas a las exposiciones desarrolladas y propuestas de futuro.

## 2. **Marco Teórico**

A fin de abordar la presente tarea seguiremos, en buena medida, la *concepción holística de la autonomía latinoamericana* de JUAN CARLOS PUIG<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Recordemos que la *teoría de la autonomía latinoamericana* encuentra sus producciones teóricas más elaboradas con JUAN CARLOS PUIG, en Argentina, y HELIO JAGUARIBE, en Brasil, a fines de la década de los setenta y principios de los ochenta.

Para el *iusinternacionalista* argentino, por *autonomía* debe entenderse "la máxima capacidad de decisión propia que se puede tener, teniendo en cuenta los condicionamientos objetivos del mundo real"<sup>3</sup> y deviene una problemática ineludible para las naciones periféricas, como las latinoamericanas, que requiere "partir de una adecuada comprensión de la estructura y funcionamiento del sistema internacional para poder desentrañar los reales condicionamientos que de él fluyen"<sup>4</sup>.

Para la tarea será menester un abordaje integral, *holístico*. Por tanto, será preciso recurrir tanto al derecho internacional cuanto a la teoría de las relaciones internacionales<sup>5</sup>.

Al propio tiempo, la *teoría puigiana* asume una visión realista y estructural de la política y del poder e importa, a su vez, una *aproximación trialista* al mundo de las relaciones (jurídicas y políticas) internacionales<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> PUIG, JUAN CARLOS, *Doctrinas internacionales y autonomía latinoamericana*, Caracas, Instituto de Altos Estudios de América Latina en la Universidad Simón Bolívar, 1980; p. 145.

<sup>4</sup> PUIG, JUAN CARLOS, "Introducción", en: PUIG, JUAN CARLOS [compilador], *América Latina: políticas exteriores comparadas*, Tomo 1, Buenos Aires, Grupo Editor Latinoamericano, 1984, p. 43.

<sup>5</sup> A todo evento, consultar: PUIG, JUAN CARLOS, *Malvinas y régimen internacional*, Buenos Aires, Depalma, 1983; en particular, págs. 29-37 y, también, su artículo: "Integración y autonomía de América Latina en las postprimerías del siglo XX", *Integración Latinoamericana*, N° 109, enero-febrero 1986, INTAL, pp. 40-62.

<sup>6</sup> La teoría trialista fue formulada por el profesor WERNER GOLDSCHMIDT (1910-1987) alrededor de 1960 dentro de la corriente filosófica tridimensional del Derecho que reconoce a éste constituido por hechos, normas y valores, y que puede definirse como: un orden de repartos de potencia e impotencia (*dimensión sociológica*), descriptos e integrados por normas (*dimensión normológica*) y, a su vez, valorados (repartos y normas) por la justicia (*dimensión axiológica-dikelógica*). A mayor abundamiento, consultar su obra *Introducción filosófica al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, 6<sup>a</sup> ed., Bs. As., Buenos Aires, 1987. Entre los principales referentes del trialismo en el plano de las relaciones *jusinternacionales* pueden citarse al propio JUAN CARLOS PUIG (1928-1989) y, en la actualidad –y desde una perspectiva constructivista–, al profesor MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI.

Nuestro doctrinario presenta cuatro etapas del camino autonómico: 1) dependencia para-colonial, 2) dependencia nacional, 3) autonomía heterodoxa y 4) autonomía secesionista<sup>7</sup>.

Ahora bien, el tránsito "de la dependencia a la autonomía sólo se puede lograr, según PUIG, en la medida que los países avancen en materia de su propia viabilidad, lo cual supone, no sólo recursos suficientes mínimos, sino también, y sobre todo, *élites funcionales*, o sea, decididas a emprender el camino de la autonomía"<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Brevemente, repasemos cada una de ellas, en palabras del autor:

**I. Dependencia para-colonial.** En este escalón, el Estado posee formalmente un gobierno soberano (o sea, órganos nacionales de decisión) y no es una colonia, pero en realidad los grupos que detentan el poder efectivo en la sociedad nacional no constituyen otra cosa que un apéndice del aparato gubernativo y de la estructura del poder real de otro Estado (la 'metrópoli', la 'potencia dominante', el centro imperial). (...)

**II. Dependencia nacional.** La dependencia es nacional cuando los grupos que detentan el poder real (que ya asumen, aunque parcialmente, características de supremos repartidores nacionales) racionalizan la dependencia y, por tanto, se fijan fines propios que pueden llegar a conformar un 'proyecto nacional' compartido globalmente rasgos esenciales. Por eso la expresión 'racionalizar la dependencia' significa en la práctica que la situación dependiente se acepta, pero sometida a la aspiración de sacar el máximo provecho de ella (...)

**III. Autonomía heterodoxa.** En este estadio, los supremos repartidores nacionales del Estado que forman parte integrante de un bloque siguen aceptando la conducción estratégica de la potencia dominante, pero discrepan abiertamente con ella por lo menos en tres cuestiones importantes: a) en el modelo de desarrollo interno, que puede no coincidir con las expectativas de la metrópoli; b) en las vinculaciones internacionales que no sean globalmente estratégicas; y c) en el deslinde entre el interés nacional de la potencia dominante y el interés estratégico del bloque (...)

**IV. Autonomía secesionista.** La secesión significa desafío global. El país periférico corta el cordón umbilical que lo unía a la metrópoli: sus repartidores supremos deciden sin tener en cuenta, espontánea u obligadamente, los intereses estratégicos globales de la potencia dominante como conductora del bloque del cual se retira" (PUIG, JUAN CARLOS, "Introducción"..., pp. 74 y ss.)

<sup>8</sup> BOLOGNA, ALFREDO BRUNO, *Teorías y propuestas de relaciones internacionales para los países del Sur*, Cuadernos de Política Exterior Argentina, Serie "Documento de Trabajo" N° 1, Rosario, CERIR, Septiembre 1987, pp. 21 y ss.; disponible en el sitio: [http://www.cerir.com.ar/serie\\_docente.php?id=0000138](http://www.cerir.com.ar/serie_docente.php?id=0000138) (consulta: 01/09/16). La cursiva es nuestra.

Si en la *formulación tradicional* la teoría supone la centralidad del Estado, su *versión moderna* entiende que, en el contexto actual de interdependencia mundial, sólo es posible aumentar el "margen de maniobra" de cada Estado en una *dimensión regional*<sup>9</sup>.

## PARTE II

### II. Desarrollo

#### II.I. Capítulo I

##### **Del escenario internacional actual.**

"Re-Orientar" es la consigna con que ANDRÉ GÜNDER FRANK intitula su obra póstuma y en la cual demuestra la existencia de una economía global previa a la hegemonía de Occidente, en el siglo XV, centrada en Oriente (que tiene por centro a China y, en su margen, a Europa), desafiando, por tanto, "la historiografía eurocéntrica y la teoría social que hemos heredado"<sup>10</sup> y proponiendo una explicación holística para comprender la estructura y el funcionamiento del sistema mundial.

La hoja de ruta sugerida por el economista y sociólogo alemán conocedor de América Latina, aun cuando focalice la investigación en el pasado, se constituye en valiosa brújula de navegación para el presente y el futuro de un mundo que, al hilo del nuevo milenio, experimenta un "cambio epocal".

El *novum ordo ineunte* transita de la *unipolaridad hegemónica* a la *multipolaridad de centros decisarios* y, consecuentemente, a la redistribución del poder global<sup>11</sup>, planteando serios interrogantes

<sup>9</sup> Conf. COLACRAI, MIRYAM, "La marcha de la integración en América Latina. El rol de las ideas, instituciones y políticas en el MERCOSUR", en: BORÓN, ATILIO A. y LECHINI, GLADYS (compiladores), *Política y movimientos sociales en un mundo hegemónico. Lecciones desde África, Asia y América Latina*, 1<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, CLACSO, 2006, pp. 381-397.

<sup>10</sup> Ver: FRANK, ANDRÉ GÜNDER, *Re-Orientar. La economía global en la era del predominio asiático*, trad. de PABLO SÁNCHEZ LEÓN, Valencia, Universidad de Valencia, 2008, pág. 15 (El original en inglés data del año 1998).

<sup>11</sup> Incluso, dado el nivel de fragmentación del orden global, se ha formulado el concepto de *no-polaridad (non-polarity)*; ver: HAASS, RICHARD, "The age of nonpolarity: what will follow U.S. dominance", *Foreign Affairs*, Vol. 87, N° 3, mayo/junio 2008, pp. 44-56.

sobre el orden y la estabilidad futuros del sistema. Más aún, los actuales esquemas políticos-institucionales de la comunidad internacional son insuficientes para dar respuesta a los nuevos retos globales que conlleva la complejidad de un mundo que se mueve hacia un escenario post-hegemónico<sup>12</sup>.

Varios son los indicadores de esta *nueva realidad mundial*; entre ellos cabe mencionar<sup>13</sup>: i) el lento declinar del liderazgo occidental de la comunidad internacional; en particular, de Estados Unidos; junto a ii) el ascenso de potencias regionales, en especial, Rusia, China e India, cuyo protagonismo deviene innegable en la arena política, militar, económica y diplomática; iii) la consecuente emergencia del Sur global acompañada del resurgimiento de la idea y la práctica de la Cooperación Sur-Sur (CSS), durante la primera década del siglo XXI<sup>14</sup>; iv) el desplazamiento creciente de los flujos comerciales hacia el Asia-Pacífico, donde los lazos Norte-Sur son reemplazados por relaciones Este-Sur; y v) el paso del dogma de la globalización neoliberal de los noventa, guiada y promovida por las instituciones económicas internacionales, a un "no consenso Post-Washington".

Esta transformación profunda también revela, en distintos lugares del planeta, su dimensión inhumana y trágica, en escaladas generalizadas de conflictos armados, atentados terroristas, migraciones y desplazamientos forzados, pobreza estructural, desnutrición, carencia de agua potable, transgresión del derecho internacional, contaminación creciente de la "Casa Común"…; en definitiva, graves violaciones a la dignidad de las personas y de los pueblos.

<sup>12</sup> Ver: ROJAS ARAVENA, FRANCISCO, "Transformaciones globales y cambios en las relaciones de poder. Impactos en América Latina y el Caribe", en *Nueva Sociedad*, N° 246, julio-agosto de 2013, pp. 129-143.

<sup>13</sup> Seguimos, en general, lo expresado por PELFINI, ALEJANDRO, FULQUET, GASTÓN y BIDASECA, KARINA, "Introducción. Los BRICS en el orden global: ¿construyendo nuevos cimientos o negociando con las estructuras existentes?; en: PELFINI, ALEJANDRO, FULQUET, GASTÓN (Compiladores), *Los BRICS en la construcción de la multipolaridad: ¿reforma o adaptación?*, 1<sup>a</sup> ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, CLACSO, 2015, pp. 9-17.

<sup>14</sup> Conf. LECHINI, GLADYS y MORASSO, CARLA, "La cooperación Sur-Sur en el Siglo XXI. Reflexiones desde América Latina", Anuario de la Integración Regional de América Latina y el Caribe, N° 11, 2015, pp. 114-133.

En cualquier caso, el cambio sistémico es constante e irrefutable, aunque incierto e imprevisible...

Algunas de las principales dimensiones que presenta esta **nueva realidad podemos caracterizarlas en: i) globalización y des-globalización en el cambio de época; y ii) integración, des-integración y re-integración. A ellas pasamos a referirnos a continuación.**

### **1. Globalización y des-globalización en el cambio de época.**

El declive de Occidente, tras cinco siglos de dominación mundial, parece ser su característica peculiar<sup>15</sup>; no obstante, continúa prevaleciendo a escala global pero evidenciando posturas más defensivas.

En esa inteligencia puede explicarse el surgimiento de tendencias socio-políticas de *des-globalización* –básicamente, en los países centrales– que, al tiempo que buscan contener los efectos de la interdependencia y la integración mundial, hacen esfuerzos por proteger los propios intereses, utilizando el poder estatal en defensa de las industrias locales y los trabajos nacionales que se consideran amenazados por los flujos financieros, productivos y migratorios de otras latitudes. De esta manera, se hacen eco de posturas proteccionistas extremas, en el ámbito económico, y de ideologías nacionalistas y ultra-conservadoras, en el socio-político.

Estas últimas, en particular, pivotan sobre el sentimiento del miedo y avivan actitudes de discriminación, racismo y xenofobia aunque, en rigor –y como bien enseña ADELA CORTINA–, correspondería hablar de *aporfobia* (del griego *áporos*, pobre, y *phobos*, miedo) que es el temor, rechazo o desprecio por los pobres, los desamparados, los vulnerables, no necesariamente por los extranjeros<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Conf. RAMONET, IGNACIO, "Las 10 claves que explican el Nuevo Sistema Mundo", en: GENTILI, PABLO y TROTTA, NICOLÁS, *América Latina: la democracia en la encrucijada*, 1<sup>a</sup> ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, CLACSO/UMET/Página 12/Editorial Octubre, 2016, pp. 131-144.

<sup>16</sup> Incluso pueden ser bien recibidos sin ser "capaces de comprar equipos de fútbol o de traer lo que en algún tiempo se llamaban 'petrodólares' (...) Por el contrario, lo cierto es que las puertas se cierran ante los refugiados políticos, ante los inmigrantes pobres, que no tienen que perder más que sus cadenas... El problema no es entonces de raza, de etnia ni tampoco de extranjería. El problema es de pobreza. Y lo más sensible en este caso

De modo que no será casual la ocurrencia, en 2016 –y con pocos meses de diferencia–, de dos fenómenos contestatarios de la cultura globalizante como son el triunfo de Donald Trump, en las elecciones a presidente de Estados Unidos, y la decisión de la población del Reino Unido, *referendum* mediante, de abandonar la Unión Europea –hecho conocido como *Brexit* (de "Britain" y "exit")–. Previsiblemente, en ambos casos el discurso anti-inmigración fue una consigna importante que, sin embargo, pesó relativamente menos que el deterioro del poder adquisitivo de los salarios de las clases medias y bajas y el miedo a la pérdida del empleo.

Dicho sea al paso, el presidente norteamericano electo, como había anticipado durante la campaña, decidió congelar las negociaciones del *Acuerdo Transpacífico* (en inglés, *Trans-Pacific Partnership* o *TPP*), renegociar el *Tratado de Libre Comercio de América del Norte* (*TLCAN*; o *NAFTA*, por sus siglas en inglés) con Canadá y México, rediscutir el *Tratado de la Organización del Atlántico Norte* (*OTAN*) –básicamente, en relación a los aportes de defensa de los países europeos–, retirar a Estados Unidos del *Acuerdo de París sobre cambio climático*, firmado en diciembre de 2015<sup>17</sup>, y levantar un muro en la frontera sur... *Cinco nuevos ejemplos del repliegue defensivo...*

Sólo bastaría agregar que, en un lapso de meses, el mundo pasó de escuchar al ex mandatario BARACK OBAMA impulsar "*un mundo sin fronteras*" a la tajante definición de TRUMP en su discurso inaugural ante la Asamblea Legislativa, en febrero de 2017: "*Mi trabajo no es representar al mundo. Mi trabajo es representar a los Estados Unidos de América*"<sup>18</sup>.

Por primera vez en la historia de los últimos cinco siglos, la expansión arrolladora de la civilización occidental no coincide con

---

*es que hay muchos racistas y xenófobos, pero aporófobos, casi todos..."*  
(CORTINA ORTS, ADELA, *Aporofobia, el rechazo al pobre: Un desafío para la democracia*, 1<sup>a</sup> edición, Barcelona, Paidós, 2017, p. 21)

<sup>17</sup> No llama la atención, por tanto, que el abandono del *Acuerdo de París* pueda afectar la economía, la posición diplomática y el liderazgo global de Estados Unidos; una idea que, entre otros, sostiene BRIAN DEESE (consultar su artículo: "Paris isn't burning. Why the climate agreement will survive Trump", *Foreign Affairs*, del 22 de mayo de 2017).

<sup>18</sup> Conf. ARGÜELLO, JORGE, "Oportunidades para el siglo XXI", en *Diario "La Nación"* de Argentina, viernes 2 de junio de 2017; disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/2029604-oportunidades-para-el-siglo-xxi>

los intereses del *hegemón*. Paradójicamente, si la bandera de la *globalización* comienza a ser arriada por la tradición nor-atlántica, súbitamente, será rescatada y enarbolada por China, cuyo presidente, XI JINPING, decía a inicios del 2017:

*"Debemos adaptarnos y guiar la globalización, amortiguar su impacto negativo, y entregar sus beneficios a todos los países y todas las naciones (...)"*

*"La crisis financiera internacional es otro ejemplo, no es un resultado inevitable de la globalización económica, sino que es la consecuencia de la persecución excesiva de los beneficios por el capital financiero y un gran fracaso de la regulación financiera (...)"*

*"La economía global es el gran océano del que no puedes escapar (...)"*

*"Nadie resultará el ganador en una guerra comercial (...)"*

*"Debemos comprometernos a desarrollar una economía global abierta (...)"<sup>19</sup>*

De modo que la posta del liderazgo global, cuanto menos discursivamente, parece estar pasando de manos. La *milenaria potencia*, en su "*ascenso pacífico*", ofrece al mundo la propuesta de una convivencia armónica entre las naciones –conforme postula la tradicional cosmovisión del *Tianxia*; "Todo-bajo-el-Cielo"), la cual presupone la unidad de un orden internacional (que incluye a todos) y que se funda en el principio de relaciones y mejoras recíprocas (*Guan xi*), bajo inspiración china<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> XI, JINPING, (parte del) "Discurso" en el *Forum Económico mundial*, Davos, Suiza, 17 de enero de 2017; disponible en el sitio: <https://www.weforum.org/agenda/2017/01/chinas-xi-jinping-defends-globalization-from-the-davos-stage/>. La traducción nos pertenece.

<sup>20</sup> Una aproximación al sistema sino-céntrico del *Tianxia* en relación con la visión occidental del orden mundial puede consultarse en: WANG, FEI-LING, "From *Tianxia* to Westphalia: The evolving chinese conception of sovereignty and world order", en: IKENBERRY, G. JOHN, FENG, ZHU Y JISI, WANG [Editores], *America, China, and the struggle for world order. Ideas, traditions, historical legacies, and global visions*; New York, NY, Palgrave Macmillan, 2015, pp. 43-68. La traducción es nuestra). Si bien la tradicional concepción de China importa desafíos para las relaciones internacionales actuales en la medida que su poder aumenta, no es menos cierto que conlleva oportunidades para el mundo del siglo XXI (ver, del mismo autor: "Between *Tianxia* and Westphalia: China searches for its position in the world", 2011, APSA 2011, Annual Meeting Paper; Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=1902722>) (fecha de consulta: 07/08/17).

Resulta convincente, entonces, la afirmación de FRED BERGSTEN: "*[Si miramos hacia atrás dentro de cinco años a partir de ahora, dentro de 10 años, se podría decir que este fue un punto de inflexión, en el cual China avanzó en la dirección de afirmar el tipo de liderazgo global que Estados Unidos ha tenido durante un siglo y del que podría estar abdicando voluntariamente]*"<sup>21</sup>.

La presencia de las potencias emergentes<sup>22</sup>; en especial, de China, Rusia, India, Brasil y Sudáfrica (grupo conocido con el acrónimo "BRICS"), plantea serios interrogantes en relación a las bases mismas del orden normativo global. *Grosso modo*, las respuestas sobre el particular, dentro de la teoría de las relaciones internacionales, podrían encuadrarse en tres grandes perspectivas, a saber: el *pesimismo realista*, el *optimismo liberal* y el *eclecticismo*.

Para la primera, las potencias emergentes no sólo importan un desafío al sistema inter-estatal westfaliano dominado por Occidente (Estados Unidos y sus aliados) sino que constituyen el paso inicial de la des-legitimación del orden global y de las instituciones multilaterales que el mismo sustenta<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> Citado en EHRENFREUND, MAX, "World leaders find hope for globalization in Davos amid populist revolt", *The Washington Post*, wonkblog, 17 de enero de 2017; disponible en: [https://www.washingtonpost.com/news/wonk/wp/2017/01/17/chinese-president-warns-against-trade-war-in-davos/?utm\\_term=.c5b69e9dd744](https://www.washingtonpost.com/news/wonk/wp/2017/01/17/chinese-president-warns-against-trade-war-in-davos/?utm_term=.c5b69e9dd744)

<sup>22</sup> Para un estudio basado en distintos datos cuantitativos que reflejan una nueva distribución del poder a nivel internacional, consultar: LAFFAYE, SEBASTIÁN, LAVOPA, FEDERICO Y PÉREZ LLANA, CECILIA, "Los cambios en la estructura del poder económico mundial: ¿hacia un mundo multipolar?", *Revista Argentina de Economía Internacional*, N° 1, Febrero 2013, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Centro de Estudios Internacionales (CEI)/Ministro de Relaciones Exteriores y Culto, pp. 10-28; disponible en: <http://www.cei.gov.ar/userfiles/Revista%20Argentina%20de%20Econom%C3%ADA%20Internacional%20-20N%C3%BAmero%201.pdf>

<sup>23</sup> Aquí pueden encontrarse autores vinculados a la tradición realista; entre otros, RANDALL L. SCHWELLER, XIAOYU PU, PHILIP STEPHENS, STEPHEN KRASNER O ROBERT GILPIN (Ver, por caso: STUENKEL, OLIVER, "Institutionalizing South-South Cooperation: Towards a New Paradigm?", Documento de Investigación presentado al *UN High Level Panel on the Post-2015 Development Agenda*, mayo 2013; disponible en: <http://ri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/Institutionalizing-South-South-Cooperation-Towards-a-New-Paradigm.pdf> [fecha de consulta: 07/08/17]. Ver también, del mismo autor: *Post-Western World: how emerging powers*

*La segunda*, en cambio, entiende que el sistema mundial actual brinda a las potencias emergentes incentivos suficientes para su integración al mismo; más aún, ellas representan la última confirmación del orden liberal global: lejos de cuestionar sus bases estructurales, más bien, estarían reforzándolas<sup>24</sup>. He aquí la vigencia triunfante del *derecho internacional económico* que lega la tradición occidental a la humanidad y que se constituye, ahora, en eje vertebrador del *nuevo orden constitucional mundial* que comienza a cernirse sobre una miríada de pueblos y culturas.

Por *último*, las *tesituras más eclécticas* reconocen un esquema híbrido o mixto de gobernanza global.

Una versión de las mismas supone que las potencias emergentes buscan preservar el orden global actual pero están contestes en la necesidad de reencauzar el enfoque liberal ortodoxo del mismo. Ello estaría en sintonía con la mayor importancia que tales países otorgan al rol del Estado y, consecuentemente, a una concepción económica que atribuye menor valor al impulso exclusivo del mercado<sup>25</sup>.

---

*are remaking global order*, 1<sup>a</sup> ed., Cambridge, Polity, 2016). Quizá no este de más de recordar que, para el realismo, los sistemas bipolares son más proclives a la paz que los sistemas multipolares. (Conf. SODUPE, KEPA, *La estructura de poder del sistema internacional: del final de la Segunda Guerra Mundial a la posguerra fría*, 1<sup>a</sup> ed., Madrid, Fundamentos, 2002, p. 184).

<sup>24</sup> En esta tesitura encontramos autores como G. JOHN IKENBERRY para quien, pese a que la posición de Estados Unidos en el sistema global está cambiando, la disputa en el orden internacional liberal actual no es por sus principios fundamentales; al contrario, China y las demás potencias emergentes no desean impugnar los principios y reglas básicas del orden actual, desean ganar mayor liderazgo y autoridad dentro de él, beneficiándose de sus reglas, prácticas e instituciones (entre ellas, la Organización Mundial de Comercio o el G-20). Por tanto, *la actual transición de poder no representa la derrota del orden liberal sino su última supremacía* (Ver su artículo: "The future of the liberal world order. Internationalism after America", *Foreign Affairs*, Vol. 90, N° 3, mayo/junio, pp. 56-68).

<sup>25</sup> Entre las distintas posturas intermedias puede señalarse, por caso, la del enfoque materialista histórico de MATTHEW D. STEPHEN (consultar su trabajo: "Rising powers, global capitalism and liberal global governance: A historical materialist account of the BRICs challenge", *European Journal of International Relations*, Vol. 20, N° 4, pp. 912-938).

Otra perspectiva que, no obstante, implica una "tercera vía", entiende que no habrá superpotencias (*super-powers*) sino sólo grandes potencias y poderes regionales (*great powers*). El capitalismo –en distintas versiones– seguirá siendo la forma aceptada en la economía política internacional, los órdenes regionales serán más fuertes que el nivel global y la sociedad internacional será más pluralista –si bien será, principalmente, un sistema de coexistencia, contendrá significativos elementos de cooperación en torno a problemas o proyectos colectivos (por ejemplo, control de armamentos, medio ambiente, comercio)– y, naturalmente, existirá una distribución más equitativa del poder a nivel mundial en un sistema global densamente integrado e interdependiente. Esta realidad podría denominarse *globalismo descentrado* (*decentred globalism*) ya que contrasta con el "globalismo centrado" en el cual, bajo el sistema de relaciones centro-periferia una civilización, un poder, se imponía masivamente sobre todos los demás<sup>26</sup>.

Ahora bien, en relación a los BRICS, conviene precisar que realizan reuniones cumbres periódicas, poseen intereses similares o complementarios en la Organización Mundial de Comercio (OMC) y en Naciones Unidas, y han proyectado un Banco de Desarrollo que aspira a reemplazar al Banco Mundial, pero no constituyen –en sí mismos– un bloque geopolítico o geoeconómico. De ellos, sólo China, como adelantáramos, y Rusia parecen encaminarse a tener un rol global importante, y Brasil es el menor de todos, en términos militares y económicos; sin embargo, junto a India y Sudáfrica (los tres países forman IBSA que, en la práctica, implica un reconocimiento de que no tienen el mismo poder que el resto) amplifican las acciones de China y Rusia en Sudamérica, sur de Asia y África Subsahariana, respectivamente<sup>27</sup>.

En cualquier circunstancia, pareciera que no buscan modificar sustancialmente las reglas y normas establecidas, las cuales les han proporcionado beneficios con escasos costos, sino socializar un orden liberal que ha fortalecido su notable crecimiento y recurren al multilateralismo para la resolución de los principales problemas

<sup>26</sup> Conf. BUZAN, BARRY, "The inaugural Kenneth N. Waltz annual lecture. A world order without superpowers: decentred globalism", *International Relations*, Vol. 25, N° 1, pp. 3–25.

<sup>27</sup> Conf. GIACALONE, RITA, *Geopolítica y geoeconomía en el proceso globalizador*, Bogotá, Universidad Cooperativa de Colombia / Centro de Pensamiento Global (CEPEG), 2016, p. 116.

globales<sup>28</sup> (cabe tener presente, empero, que Brasil a partir de la asunción presidencial de TEMER, en agosto de 2016, parece no considerar en un lugar destacado a los BRICS; ello conlleva, naturalmente, una postura que importa resignar la inserción activa brasileña a nivel internacional, que va de la mano con los intereses de Washington<sup>29</sup>).

Aun aceptando el supuesto de que cuestionan y desafian la visión occidental de liderazgo, en general, reafirman la vigencia del *espíritu de Bandung* que fuera propuesto, ya en 1954, por China, India y Myanmar al formular los *Cinco Principios de Coexistencia Pacífica*: respeto a la soberanía e integridad territorial de cada país, no agresión, no injerencia en los asuntos internos de otros Estados, igualdad en las relaciones y beneficio mutuo; es decir, *principios estructurales propios del derecho internacional contenidos en la Carta de Naciones Unidas*<sup>30</sup>.

En cualquier caso, y como bien enseña la historia, es indudable que los países que se transforman en poderes hegemónicos, como posiblemente resulte el caso de China, siempre han influenciado el sistema global a nivel económico, político, militar y cultural. De tal suerte, es difícil resistirse a la idea de que, a medida que avance la centuria, la versión occidental del orden mundial no sea reemplazada –siquiera parcialmente– por una nueva<sup>31</sup>.

En definitiva, el Sur plantea ora una "reestructuración" de la economía mundial y la conformación de un mundo auto-gobernado, participativo, equitativo y descentralizado, que tiende a democratizar las relaciones internacionales en todos los niveles, en un marco de reciprocidad e interdependencia –este es el reclamo desde distintos movimientos sociales– ora un "reequilibrio del poder global" –que es la postura de las élites dominantes en India, China y la mayoría de los países emergentes–<sup>32</sup>.

<sup>28</sup> Conf. STUENKEL, OLIVER, *op.cit.*

<sup>29</sup> Conf. FÁVARO MARTINS, MARCOS ANTÔNIO, PEREIRA PENNAFORTE, CHARLES Y DE OLIVEIRA, FABIANA, "El 'no regionalismo': primeros apuntes sobre la nueva política comercial de Brasil", *Comillas Journal of International Relations*, N° 08, 2017, pp. 39-50.

<sup>30</sup> Téngase presente, aquí, el Artículo 2 de la Carta de Naciones Unidas.

<sup>31</sup> Sobre el impacto del ascenso de China en relación al sistema internacional actual, consultar también: JACQUES, MARTIN, *When China rules the world: the rise of the Middle Kingdom and the end of the Western World*, London, Allen Lane, 2009.

<sup>32</sup> Conf. LECHINI, GLADYS Y MORASSO, CARLA, *op. cit.*

Llegados a esta altura, podemos concluir de modo preliminar: "[L]a Multipolaridad en curso pone en tensión dos geopolíticas y tipos de capitalismo diferentes: ...[u]na proveniente de la nueva alianza occidental y su pretensión de recuperar el liderazgo regional junto a un capitalismo con tendencias recesivas, especulativas y de carácter concentrador con menos Estado y más iniciativa del sector privado y de las corporaciones multinacionales; frente a otra, la de los Estados emergentes y la de la promoción de la cooperación Sur-Sur"<sup>33</sup>.

## **2. Integración, des-integración y re-integración.**

El cambio del sistema internacional conlleva, necesariamente, transformaciones a nivel regional que se manifiestan en un abanico nutrido de nuevas realidades y perspectivas; por caso, en: *a) las relaciones (y el debate) entre multipolaridad y regionalismo; b) el regionalismo del siglo XXI; y c) des-integración*. Nos referiremos, a continuación, a cada una de ellas.

### **2.1. *Las relaciones (y el debate) entre multipolaridad y regionalismo***

Uno de los debates intensos, en la actualidad, es *saber cuáles serán las consecuencias de un mundo multipolar para el regionalismo*<sup>34</sup>; esto es, si coadyuvará a su fortaleza o, por el contrario, a su debilidad.

Los que sostienen que saldrá fortalecido (entre otros, BUZAN, ACHARYA, HURRELL) consideran, en lo fundamental, que el sistema internacional "no será de superpotencias sino de varios poderes", dando lugar a una estructura *regio-céntrica*; es decir, una arqui-

<sup>33</sup> GARCÍA DELGADO, DANIEL y RUIZ DEL FERRIER, CRISTINA, «Introducción», en: GARCÍA DELGADO, DANIEL y RUIZ DEL FERRIER, CRISTINA (Compiladores), «Estado y desarrollo inclusivo en la multipolaridad: desafíos y políticas públicas», Documento de Trabajo N°2, 2<sup>a</sup> edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, FLACSO, 2015, pp. 10-18. Disponible en el sitio: [http://politicaspublicas.flacso.org.ar/files/produccion\\_academica/1446152296\\_documento-viernes-j-web.pdf](http://politicaspublicas.flacso.org.ar/files/produccion_academica/1446152296_documento-viernes-j-web.pdf) (fecha de consulta: 07/08/17).

<sup>34</sup> Ver GARZÓN, JORGE F., "Multipolarity and the future of regionalism: Latin America and beyond", Working Paper N° 264, enero 2015, German Institute of Global and Area Studies (GIGA), Leibniz Institut für Globale und Regionale Studien; disponible en: [https://www.giga-hamburg.de/en/system/files/publications/wp264\\_garzon.pdf](https://www.giga-hamburg.de/en/system/files/publications/wp264_garzon.pdf)

tectura de regiones que sustituirá al esquema de Estados-naciones como actores principales, ya que varias de esas economías emergentes son poderes regionales *per se* (Brasil en Sudamérica, Rusia en la región de Eurasia central, India en el sur asiático, Sudáfrica en el África sub-sahariana). Este escenario puede definirse como "multilateralismo regional" o, también, de *regio-polaridad* como un paradigma que brindaría paz y estabilidad al sistema global<sup>35</sup>.

En esa inteligencia, se habla de "*mundos-regionales*" (*regional-worlds*) –concebidos en sí y desde sí–, en lugar de un "*mundo de regiones*" (*world of regions*) –que denota todavía una regionalización del mundo bajo la hegemonía céntrica de Estados Unidos<sup>36</sup>. *De modo que cabe a las regiones desempeñar un papel central en la próxima lucha por la legitimidad política del poder global*<sup>37</sup>.

A contrario sensu, y dado que el orden multipolar generará fuerzas centrífugas en las regiones porque la emergencia de nuevos actores globales producirá cambios en el análisis costo-beneficio de los Estados pequeños, otra postura entiende que los lazos económicos y políticos no convergirán en los poderes regionales sino que trascenderán la región en todas direcciones, en virtud de dos incentivos: la emergencia de nuevos polos de poder en otras regiones y la necesidad de los Estados menores de una región a minimizar el costo de acceso a recursos externos (mercados, inversiones), manteniendo cierta autonomía política. Incluso, los propios Estados centrales de una región pueden desarrollar proyecciones extra-regionales (por caso, por el interés de acceso a recursos naturales y/o a nuevos mercados) o no necesitará apoyo de otras regiones en organizaciones multilaterales (en gran medida, parte de la estrategia de los países miembros del BRICS).

De consiguiente, esta "*multipolaridad decentralizada*" (*decentered multipolarity*), que presenta GARZÓN, puede hacer que Estados pequeños de una región respondan positivamente a fuerzas centrí-

<sup>35</sup> Conf. GIACALONE, RITA, *op. cit.*, p. 120. Ver, asimismo, GARZÓN, JORGE F., *op. cit.*

<sup>36</sup> Conf. ACHARYA, AMITAV, "Global governance in a multiplex world", Working Paper RSCAS 2017/29, European University Institute, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, Junio 2017; disponible en el sitio: <https://ssrn.com/abstract=2987838>

<sup>37</sup> Conf. HURRELL, ANDREW, "One world? Many worlds? The place of regions in the study of international society", *International Affairs*, Vol. 83, N° 1, 2007, pp. 151 170.

fugas que provengan de otras, sin abandonar –por ello– los lazos con su poder regional, aunque estos ya no serán exclusivos<sup>38</sup>.

## 2.2. *El regionalismo del siglo XXI*

En correlación con la transformación del orden mundial, el sistema internacional de comercio presenta cambios sustantivos en relación al pasado reciente.

El *regionalismo* se exterioriza, ahora, a través de *mega-acuerdos regionales de comercio*. Los mismos se caracterizan por: 1) el número y el tamaño de las economías involucradas que representan proporciones importantes del producto, la población, el comercio y la inversión extranjera directa mundiales; 2) el objetivo de crear espacios económicos integrados de vasto alcance; 3) la agenda temática de los acuerdos de libre comercio incluye temas no abordados en la OMC<sup>39</sup>.

Esta nueva realidad que descubre un intenso flujo comercial, se despliega en torno a *tres grandes espacios geoeconómicos*: transpacífico, euroasiático y transatlántico y, básicamente, sobresalen cuatro *proyectos mega-regionales*, a saber<sup>40</sup>:

1) En el primer caso, aparece el *Acuerdo Transpacífico* (TPP: *Trans-Pacific Partnership*<sup>41</sup>), negociado en 2015;

<sup>38</sup> Las potencias regionales, con la excepción de China, ya no estarán absorbiendo los productos de los Estados vecinos más pequeños para transformarlos en bienes finales dirigidos hacia los mercados mundiales, como lo hacían antaño. *Esta situación aplicaría a la realidad de Sudamérica y del Mercosur*: Paraguay, Uruguay, Venezuela, Ecuador y Argentina redujeron su participación comercial en el mercado de Brasil (*vide*: GARZÓN, JORGE F., *op. cit.*; y GIACALONE, RITA, *op. cit.*; p. 120).

<sup>39</sup> Conf. ROCHA PINO, MANUEL DE JESÚS, "Los proyectos de integración megarregional de China: el caso de la iniciativa Cinturón y Ruta (CYR)", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XVII, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), enero-diciembre 2017, pp. 547- 589.

<sup>40</sup> *Ibidem*.

<sup>41</sup> Los integrantes del TPP son: Australia, Brunei, Canadá, Chile, Japón, Malasia, México, Nueva Zelanda, Perú, Singapur y Vietnam. Estados Unidos se retiró en enero de 2017. Sumando este último país, el mega-acuerdo representaba el 40 del Producto Bruto Mundial y el 20% del comercio internacional.

2) En el segundo, el *Acuerdo Transatlántico sobre Comercio e Inversión (TTIP: Trans-Atlantic Trade and Investment Partnership<sup>42</sup>)*; y

3) En la región euroasiática cabe distinguir dos ámbitos: i) la zona de Asia Central donde aparece la *Unión Económica Euroasiática (UEEA)*, que es una organización, creada en 2015, y que agrupa a países del antiguo bloque soviético como Armenia, Bielorrusia, la Federación Rusa, Kazajistán y Kirguistán; y ii) el Asia Oriental donde corresponde señalar la *iniciativa de la nueva ruta de la Seda*, denominada *Cinturón y Ruta (CYT)* –que es impulsada por China a partir de 2013– y, en relación con ella merece mencionarse, a la *Asociación Económica Integral Regional (RCEP: Regional Comprehensive Economic Partnership<sup>43</sup>)*.

Naturalmente, en cada uno de las instancias referidas aparecen jugando un rol decisivo las grandes potencias: Estados Unidos (en el TPP y el TTIP), la Unión Europea (en el TTIP), Rusia (en la UEEA) y China (en CYT y RCEP) que tenderían a establecer, a través de estos *mega-acuerdos regionales*, un sistema de ejes y rayos (*hub-and-spokes*) en el cual los centros se reservarían las principales áreas de innovación y la dirección de conjunto<sup>44</sup>.

Si bien estos acuerdos poseen características diferentes, en general –y a salvo las particularidades de cada caso, por ejemplo, CYR– son *tratados de libre comercio (FTA: Free Trade Agreements)* que, sin embargo, ya no refieren exclusivamente al comercio; en particular, el TPP, el TTIP y el RCEP.

En esta lógica de *Regionalismo del siglo XXI* deben considerarse, asimismo, el *Acuerdo sobre el Comercio de Servicios (TISA: Trade in*

<sup>42</sup> El TTIP es un mega-acuerdo de libre comercio entre la Unión Europea y Estados Unidos, en proceso de negociación desde junio de 2013.

<sup>43</sup> La RCEP se trata de un mega-acuerdo regional que cubrirá un mercado de 3.400 millones de personas (casi la mitad del total del planeta) y cerca del 30 % del Producto Bruto Mundial. Está siendo negociado por los diez países que conforman la *Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN, por sus siglas en inglés)*, es decir, Brunei, Camboya, Filipinas, Indonesia, Laos, Malasia, Myanmar, Singapur, Tailandia y Vietnam, y los seis países con los que la ASEAN posee tratados de libre comercio, a saber: Australia, India, Japón, Corea del Sur, Nueva Zelanda y China.

<sup>44</sup> Ver: CALLENS, STÉPHANE y CHERFI, SOFIANE, "The Intensive Exchanges Flows: About a 'New Regionalism': OBOR ('One Belt, One Road')", *Universal Journal of Management*, Vol. 5, N° 3, 2017, pp. 124-132.

*Services Agreement*<sup>45</sup>) y los distintos tratados firmados –por ejemplo– por: Estados Unidos, la Unión Europea, China, Japón y la ASEAN (Asociación de Naciones del Sudeste Asiático) entre ellos y/o con distintos países y/o bloques regionales<sup>46</sup>.

Sus orígenes se encuentran en las décadas de los ochenta y los noventa, al hilo del *nuevo regionalismo* y la firma de *acuerdos preferenciales de comercio* (incluyendo en ellos, *grosso modo*, los tratados *bilaterales de inversión* (TBI). Vale la pena aclarar, que el *regionalismo abierto* (denominación que daba la CEPAL a ese *nuevo regionalismo*)<sup>47</sup> fue un fenómeno global que reconoce ejemplos en América (por caso, con el MERCOSUR, en 1991, o con el *Tratado de Libre Comercio de América del Norte* [TLCAN o *North American Free Trade Agreement* – NAFTA], en vigor desde 1994), en Asia y el Pacífico

<sup>45</sup> Los Estados participantes en la negociación del TISA son: Australia, Canadá, Chile, China Taipéi, Colombia, Costa Rica, Hong Kong, Islandia, Israel, Japón, Liechtenstein, México, Nueva Zelanda, Noruega, Pakistán, Panamá, Paraguay, Perú, República de Corea, Suiza, Turquía y la Unión Europea (que representa a sus 28 estados miembros –naturalmente, habría que hacer una salvedad, en lo sucesivo, respecto al Reino Unido). A ellos se sumaba Estados Unidos, hasta la llegada de la actual administración.

<sup>46</sup> De forma meramente enunciativa pueden citarse, por caso: i) Los acuerdos firmados Estados Unidos con, entre otros Estados (o grupos de países): República Dominicana y Centroamérica –Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua–(CAFTA-DR, por sus siglas en inglés), CARICOM (*Acuerdo Marco de Promoción de Inversiones y Comercio o Trade and Investment Framework Agreement*, TIFA), Australia, Singapur, Corea, Colombia, Chile, Jordania, Marruecos, Panamá y Perú); ii) Entre algunos de la Unión Europea, cabe mencionar, los suscriptos con: Argelia, Canadá, Centroamérica (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras Nicaragua, y Panamá), la Comunidad Andina, Corea, Egipto, Israel, Líbano, México, Siria, Túnez, el Acuerdo de asociación económica con CARIFORUM de 2008, el Acuerdo de Libre Comercio con la ASEAN, con el Consejo de Cooperación de los Estados del Golfo; iii) China, a su vez ha firmado tratados de libre comercio, entre otros, con: ASEAN, Chile, Costa Rica, Nueva Zelanda, Pakistán, Perú, Singapur; iv) ASEAN tiene acuerdos con, por ejemplo: Canadá, China, Corea, Estados Unidos, Japón, Pakistán, Rusia, Unión Europea.

<sup>47</sup> Sobre *nuevo regionalismo* y *regionalismo abierto*, consultar, entre otros: BOUZAS, ROBERTO, "El 'nuevo regionalismo' y el área de libre comercio de las Américas: un enfoque menos indulgente", *Revista de la CEPAL*, N° 85, abril de 2005, pp. 7-14; SÁEZ, RAÚL E., *Del regionalismo abierto al regionalismo segmentado: desafíos de la integración de América Latina y el Caribe*, 1<sup>a</sup> ed., Santiago, Chile, CIEPLAN, 2016.

(a partir de los pactos preferenciales que firmaran Japón, la República de Corea y Singapur).

No obstante, en la actualidad, ese *nuevo regionalismo* adquiere protagonismo, *en el siglo XXI*, a partir de la crisis financiera/económica mundial de 2008, que viene a sumarse al estancamiento que desde comienzos de siglo padecían las negociaciones multilaterales en la OMC.

Para entender su nueva dinámica –en especial, en el caso del TTP, el TTIP y la RCEP–, cabe considerar: i) la transformación progresiva de la naturaleza misma del *comercio internacional*; ii) el *sistema de producción* mundial prevalente en la actualidad, iii) los *actores, el contenido y el uso estratégico* de los *nuevos acuerdos comerciales*.

i) En relación al *comercio internacional*, corresponde referir que las negociaciones internacionales en el *regionalismo moderno* (surgido en la posguerra) tenían por finalidad principal –partiendo del ámbito multilateral– la reducción arancelaria: la premisa básica sería "mi mercado por el tuyo" ("my market for yours")<sup>48</sup>.

De allí que todo el sistema de construcción de las relaciones comerciales tuviera por base al *Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio* de 1947 (GATT, por sus siglas en inglés, y que se encuentra incorporado a la normativa de la OMC) cuya lógica es imponer al comercio internacional no la liberalización sino la imposibilidad del cierre de la misma; vale decir, un criterio análogo al de la jurisprudencia francesa llamada "*du cliquet*"<sup>49</sup>, que prohíbe la regresión pero que no obliga, necesariamente, a la progresión<sup>50</sup>.

<sup>48</sup> Conf. BALDWIN, RICHARD, "Multilateralising 21st century regionalism", en: "Global forum on trade reconciling regionalism and multilateralism in a post-Bali world", París, OECD, 2014, p. 29; disponible en: <https://www.oecd.org/tad/events/OECD-gft-2014-multilateralising-21st-century-regionalism-baldwin-paper.pdf> (fecha de consulta: 07/08/17).

<sup>49</sup> Ver: MURILLO, JORGE RAÚL, "Derecho Internacional Económico. Una aproximación sistemática", en: FEUILLADE, MILTON Y OTROS, *Temas de Derecho internacional Público*, Rosario, Zeus, 2011, pp. 333/408.

<sup>50</sup> Por eso, ninguno de los dos primeros artículos del GATT –que son fundamentales y estructurantes del Acuerdo– pretende abrir la espiral de la liberalización: el objetivo del artículo II, en concreto, es radicalmente distinto –en cierto modo, casi opuesto– ya que se trata de establecer un límite al posible cierre de dicha espiral (es decir, se consolida un cierto nivel de liberalización libremente aceptado por un

A su vez, desde el punto de vista económico, el *regionalismo moderno* nacía a través del *artículo XXIV* del propio *GATT*, como también, con el surgimiento de la *Comunidad Económica Europea* y de la *Asociación Latinoamericana de Libre Comercio* (ALALC). En rigor, era una excepción legalmente autorizada en el marco del *multilateralismo*. Por eso, en el *plano regional* (Comunidad Económica Europea, *MERCOSUR*) la lógica es principalmente política: los Estados de un bloque regional se conceden ventajas comerciales que no otorgan al resto del mundo y, por tanto, el grado de avance en la liberalización, difiere de un bloque a otro<sup>51</sup>.

Repárese que el *Acuerdo del GATT* trata sobre "mercaderías"; esto es, el producto central de las relaciones comerciales de posguerra que buscaban impulsar los "países centrales".

A contrario sensu, el *sistema comercial del siglo XXI* finca, según *BALDWIN*, en la idea de *cadena de suministros* que refiere a flujos internacionales complejos en la medida que requiere de bienes, servicios, ideas, capital y personas. En pocas palabras, si antes se trataba de bienes "hechos-aquí-para-ser-vendidos-allí" (*made-here-sold-there*), siguiendo la lógica del producto terminado de fabricación nacional, ahora se trata de mercancías (que van incorporando valor a medida que "cruzan fronteras") que responden al criterio "hechas-en todas partes-vendidas-allí" (*made-everywhere-sold-there*)<sup>52</sup>.

Dada esta "tendencia creciente a que los bienes finales ya no se produzcan en un solo país, [l]as actividades de investigación y desarrollo, producción, servicios de apoyo, distribución, comercialización, finanzas, servicios posventa y reciclaje del producto se realizan en varios países. En consecuencia, más que especializarse en la producción integral de bienes o servicios finales, los países se especializan en determinadas tareas o segmentos del proceso productivo"<sup>53</sup>.

---

Estado); en tanto, el artículo I garantiza que ese piso sea común para todos los miembros del *GATT* (conf. *TORRENT, RAMÓN*, "Las distintas 'lógicas' de los planos multilateral, bilateral y regional de las relaciones comerciales internacionales"; *LATN Nexos*, Año 1, N° 1, septiembre-octubre de 2006, pp. 3-5).

<sup>51</sup> *TORRENT, RAMÓN*, *op. cit.*

<sup>52</sup> Conf. *BALDWIN, RICHARD*, *op. cit.*, p. 6.

<sup>53</sup> *TEJEDA RODRÍGUEZ, AGUSTÍN, ILLESCAS, NELSON Y JORGE, NICOLÁS*, *Mega-regionalismo y comercio agroindustrial. Impactos para Argentina*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Fundación Instituto para las Negociaciones Agrícolas Internacionales (INAI), marzo de 2015, p. 6. La cursiva es nuestra.

En otras palabras, *el comercio internacional del siglo XXI* se estaría volviendo más complejo y sería el resultado del *nexo comercio/inversión/servicios*; esto es, del entrelazamiento de: i) el comercio de bienes; ii) la inversión internacional (*v.gr.*, en instalaciones de producción, tecnología y relaciones comerciales a largo plazo); y iii) el uso de servicios (de infraestructura, de telecomunicaciones, de transporte, finanzas relacionadas con el comercio, despacho de aduanas, etc.).<sup>54</sup>

ii) A su vez, el cambio en la lógica del comercio deviene de la creciente transformación del *sistema de producción internacional*.

La clave para el nuevo siglo parece fincar en el despliegue de las *cadenas globales de valor (global value chains)* mediante la *recombinación de la tecnología y otros factores de elaboración* a nivel transfronterizo. El *sistema productivo* implica empresas de alta tecnología (de naciones con salarios altos) que demandan combinar sus conocimientos de gestión, comercialización y técnica con mano de obra barata de los países en desarrollo (*high-tech firms from high-wage nations and low-wage labours in developing nations*); de esta manera, las exportaciones de un país se vuelven más competitivas basadas no tanto en la lógica arancelaria (que facilita el movimiento de bienes) sino en el movimiento (a través de los países) de bienes, tecnología, trabajo y capital en el contexto de las redes de producción internacionalizadas. Este "préstamo tecnológico" se verifica a través de distintas formas (y/o denominaciones) jurídicas, a saber: filiales extranjeras, *joint ventures*, des-localización (*offshoring*), re-importación, plataformas de exportación, etc.<sup>55</sup>

iii) El *nuevo regionalismo* conlleva una alta dosis de *geo-política* y un *uso estratégico* de los *mega-acuerdos regionales* en un contexto de parálisis de las negociaciones multilaterales<sup>56</sup>. En esa actividad

<sup>54</sup> Conf. BALDWIN, RICHARD, "21<sup>st</sup> century Regionalism: Filling the gap between 21<sup>st</sup> century trade and 20<sup>th</sup> century trade rules", Staff Working Paper ERSD-2011-08, Economic Research and Statistics Division, World Trade Organization, Ginebra, mayo 2011, p. 5. Disponible en el sitio: [https://www.wto.org/english/res\\_e/reser\\_e/ersd201108\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201108_e.pdf) (fecha de consulta: 07/08/17).

<sup>55</sup> Conf. BALDWIN, RICHARD, "Multilateralising...", p. 17.

<sup>56</sup> Ver: BOUZAS, ROBERTO Y ZELICOVICH, JULIETA, "La Organización Mundial de Comercio, los acuerdos mega-regionales y los usos estratégicos del regionalismo", *Estudios de economía aplicada*, Vol. 32, N° 3, 2014, pp. 963-994.

cabe mencionar a las principales potencias del mundo actual (básicamente, Estados Unidos, pero también, la Unión Europea, Rusia y China) pero, en modo alguno, cabe excluir el rol decisivo de las corporaciones trasnacionales.

En relación a las primeras, es evidente que el ascenso de las potencias emergentes, en especial, de China y su creciente influencia sobre el sistema internacional y, en particular, en el Asia Pacífico, sumado a la necesidad de la alianza nor-atlántica de asegurar su protagonismo en un orden mundial en transformación<sup>57</sup>, como señaláramos, produjo la necesidad de la diplomacia comercial americana de firmar tratados consistentes con el *template* de los acuerdos asimétricos Norte-Sur los que, inicialmente, fueron bilaterales y, posteriormente, se "plurilateralizaron", profundizando los resultados plasmados en los acuerdos pre-existentes. De este modo, se instalan modelos regulatorios (*poderosos instrumentos jurídicos*) como herramientas destinadas a producir gobernanza en el comercio internacional que, eventualmente, pueda extenderse al resto de la comunidad internacional, en virtud del peso relativo de sus miembros<sup>58</sup>.

En particular, la estrategia comenzó por el despliegue del NAFTA y otros acuerdos bilaterales de libre comercio y, en una lógica incremental, se despliega hacia el Pacífico con el TPP, hacia la Unión Europea con el TTIP y hacia el resto del mundo con el TISA.

En el caso del TPP, que involucra a doce países con litoral sobre el Pacífico (entre ellos a Japón), se deja fuera, al menos de inicio, a China y a India. De este modo puede "diseñarse" la regulación del comercio mundial hacia el futuro sin la presencia de los dos países asiáticos. Queda claro que Washington busca consolidar un círculo propio, evitando –en particular– el poder influyente de China de modo que, de ser admitida con posterioridad, tendría escasa capacidad de modificar sustancialmente la normativa acordada.

Asimismo, el TTIP –en tanto se negocia entre países desarrollados; esto es, entre Estados Unidos y la Unión Europea (y en esto difiere del TPP)– parece menos probable llegar a un acuerdo en el corto plazo– la intencionalidad regulativa es similar.

Los *nuevos acuerdos comerciales (mega)regionales* (en particular, respecto al TPP y al TTIP) despliegan en relación a los acuerdos

<sup>57</sup> Ver, entre otros: TEJEDA RODRÍGUEZ, A., ILLESCAS, N. y JORGE, N., *op. cit.*, p. 4.

<sup>58</sup> Ver: BOUZAS, ROBERTO y ZELICOVICH, JULIETA, *op. cit.*

negociados a nivel *multilateral* en la OMC, una regulación más profunda (temas OMC+) y más extensa (temas OMCx)<sup>59</sup> que suele

<sup>59</sup> Las *disposiciones "OMC plus"* (OMC+) importan la profundización de compromisos o temas ya acordados a nivel multilateral; entre ellas, cabe mencionar: \*Comercio de productos industriales y productos agrícolas (reducción arancelaria y eliminación de barreras para-arancelarias); \*Administración aduanera (provisión de información, publicación en internet de nuevas leyes y regulaciones, capacitación); \*Impuestos a la exportación; \*Medidas Sanitarias y Fito-Sanitarias (reafirmación de derechos y obligaciones en el acuerdo específico de GATT, armonización de medidas); \*Obstáculos técnicos al comercio; \*Empresas comerciales del Estado; \*Medidas antidumping; \*Medidas compensatorias; \*Subvenciones; \*Contratación pública; \*Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (TRIMs, por sus siglas en inglés; regulación sobre requerimientos de componente local, posibilidad de exportación de beneficios de la inversión extranjera directa); \*Comercio de Servicios (GATS, siglas en inglés; liberalización del comercio); \*Aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (TRIPs, siglas en inglés; armonización de estándares; obligatoriedad, trato nacional, principio de la nación más favorecida).

Las *disposiciones "OMC extra"* (OMCx) constituyen compromisos relativos a cuestiones no negociadas a nivel multilateral; entre ellas, merecen señalarse: \*Medidas Anti-corrupción (adopción de medidas penales relativas al comercio internacional y la inversión); \*Política de competencia (armonización normativa referente a derecho de la competencia; establecimiento de una autoridad independiente en la materia); \*Protección del consumidor (armonización de leyes); \*Protección de datos; \*Política Ambiental (desarrollo y adopción de estándares ambientales; establecimientos de sanciones; publicación de leyes y regulaciones); \*Inversión (desarrollo de marcos legales; armonización y simplificación de procedimientos; trato nacional; establecimiento de mecanismos de solución de diferencias); \*Movimientos de capital (liberalización de movimientos; prohibición de nuevas restricciones); \*Reglamentación del mercado laboral; \*Salud; \*Cooperación cultural; \*Derechos humanos; \*Asuntos sociales; \*Inmigración ilegal; \*Drogas ilícitas; \*Cooperación industrial; \*Educación y capacitación; \*Sociedad de la información; \*Impuestos; \*Minería; \*Energía; \*Blanqueo de dinero; \*Terrorismo; \*Seguridad nuclear; \*Asistencia financiera; \*Diálogo político; \*Visados y asilo; \*Producción audiovisual; \*Cooperación regional; \*Investigación y tecnología; \*Estadísticas (armonización); \*Pequeñas y medianas empresas (PYMEs).

Sobre las temáticas "OMC+" y "OMCx" hemos seguido lo referido en: HORN, HENRIK, MAVROIDIS, PETROS C. Y SAPIR, ANDRÉ, *Beyond the WTO? An anatomy of EU and US preferential trade agreements*, Bruselas, Bruegel, 2009, pp. 14, 15 y ss.

establecer el criterio de "listas negativas", en virtud de la cual sólo quedan excluidas las materias que expresamente hubieran sido enumeradas en las listas de excepciones (con ello, se cambia la lógica imperante a nivel multilateral). Un punto clave lo constituye la protección de la inversión extranjera a través del establecimiento de Mecanismos de Arbitraje para dirimir las controversias Inversionista-Estado (no al revés), con la intención de "saltar" la revisión judicial de los mismos; entre otras características.

Esta mayor cobertura temática se debe, como se adelantara, a que *el enfoque ha cambiado*: antes se buscaba maximizar la ventaja comparativa de un país (en el que las empresas producían, o se instalaban para producir); ahora se intenta aumentar la competitividad de la cadena de valor acrecentando su rentabilidad y disminuyendo sus costos. *Antes el comercio tenía una lógica –preferentemente– estatal (aunque comerciaran mayormente las empresas, se pensaba a partir de la frontera de los Estados; es decir, de manera trans-fronteriza); ahora es –mayormente– corporativa (des-localizada; vale decir, va más allá de una única frontera; es plurifronteriza")*.

Incluso más, en los *nuevos acuerdos comerciales* el criterio básico de negociación internacional pareciera condensarse en la fórmula "fábricas del Norte por reformas (para acoger a dichas fábricas) en los países del Sur" (*Northern factories for Southern reform*) y, en buena medida, tiene una dimensión bilateral (dentro de cada acuerdo regional) puesto que las empresas provienen de una nación industrializada (*v.gr.*, Estados Unidos, Japón, la Unión Europea) y la reforma es realizada por un país en desarrollo (*v.gr.* Tailandia, Filipinas) que permite la *des-localización de la corporación* y su establecimiento, con bajos salarios, en ese país<sup>60</sup> (ahora receptor de alguna/s de las etapas de la cadena)<sup>61</sup>.

<sup>60</sup> Conf. BALDWIN, RICHARD, "Multilateralising...", p. 29.

<sup>61</sup> Por eso, los aranceles que se aplican sobre los productos intermedios importados son "sólo una parte" de la negociación comercial. También resultan necesarias garantías en relación a: transporte de mercaderías, telecomunicaciones, despacho en aduanas, traslado de personal especializado (gerentes y técnicos), acceso a mercados, protección de la propiedad intelectual, apertura del capital y de los mercados financieros a los flujos de inversión interna y externa, libre repatriación de réditos y menores "costos laborales" para aumentar la competitividad de la cadena (Ver: BOUZAS, ROBERTO Y ZELICOVICH, JULIETA, *op. cit.*)

STIGLITZ Y HERSH, en relación al TPP, han hecho notar que el resultado real de tal regulación permitiría a las empresas farmacéuticas extender por largo tiempo sus monopolios sobre los medicamentos patentados, excluyendo del mercado a los genéricos (que son más baratos) e impidiendo a los competidores introducir nuevas medicinas durante años; todo lo cual conspira contra la sana competencia y aumenta los precios para los consumidores en todo el mundo. De allí que, en severa crítica al acuerdo, lo tildaran de *farsa que nada tiene que ver con el "libre comercio"*<sup>62</sup>.

De consiguiente, no pareciera incorrecto sostener que los *mega-acuerdos comerciales resultan funcionales a las estrategias corporativas trasnacionales* en tanto permiten "asegurar" mercados y, a su vez, influir en la "administración del comercio mundial", con riesgo de sustentabilidad para las empresas más pequeñas y los derechos laborales y disminución de potestades soberanas de los países, incluso de los más poderosos. Un hecho que no ha dejado de ser preocupante ha sido el acceso restringido al público para consultar el texto del tratado durante el proceso de elaboración y negociación, trato diferente al otorgado a las grandes empresas<sup>63</sup>.

Además de los recaudos detallados, el *MERCOSUR* deberá tomar en consideración que los Estados poderosos utilizan la "estrategia de fragmentación" al negociar los acuerdos comerciales. En línea con el argumento de BENVENISTI, al evitar (o al salir de) las negociaciones multilaterales, que son más amplias e integradoras y optar por acuerdos más exclusivos (más reducidos en número de países) y funcionalmente definidos (TPP, TTIP, etc.), las naciones más poderosas pueden limitar gravemente las posibilidades de los Estados más débiles y afectar la toma de decisiones democráticas porque carecen de voz y poder para negociar en condiciones de igualdad. De este modo se benefician de la asimetría de poder sin

<sup>62</sup> Debido a que "se trata de un acuerdo para gestionar las relaciones comerciales y las inversiones... en nombre de los grupos de presión empresariales más poderosos de cada país" (STIGLITZ, JOSEPH E., HERSH, ADAM S., "The Trans-Pacific Free-Trade Charade", Project Syndicate, 2 de octubre de 2015; disponible en: <https://www.project-syndicate.org/commentary/trans-pacific-partnership-charade-by-joseph-e-stiglitz-and-adam-s-hersh-2015-10>) (fecha de consulta: 07/08/17).

<sup>63</sup> Ver, entre otros: BESSON, JUAN FACUNDO, "El TPP: ¿El nuevo plan global?", 20 de junio de 2016; disponible en el sitio: <http://ceiep.org/el-tpp-el-nuevo-plan-global/> (fecha de consulta: 07/08/17)

asumir responsabilidad algunas por las deficiencias del sistema jurídico global y, a su vez, los inversionistas extranjeros se benefician de los resultados del proceso<sup>64</sup>.

Otro aspecto, igualmente sensible y estratégico, lo constituye la prohibición de establecer los denominados "requisitos de desempeño" (u obligaciones de resultado) que implican exigencias de distinto tipo que se imponen a los inversionistas extranjeros con la finalidad de contribuir al desarrollo económico del país receptor, por ejemplo, a través de la obligación de exportación de un porcentaje de su producción de bienes o servicios, o un contenido de componentes o servicios nacionales en su producción, o la obligación de transferencia de tecnología<sup>65</sup>.

Del otro lado del Pacífico, China (*Zhong Guo*: "Reino del Centro", en mandarín) como parte de su estrategia geo-política y, a la vez, como alternativa al TPP y al TTIP impulsados por Estados Unidos, desarrolla la *integración mega-regional* (en el espacio euroasiático y en la cuenca del Océano Índico) a través del denominado *Cinturón y Ruta* (CYR-*yidai-yilu*). A ello habrá que sumar la *Asociación Económica Integral Regional* (RCEP: *Regional Comprehensive Economic Partnership*), propuesta en 2012, el *Área de Libre Comercio de Asia Pacífico* (ALCAP), basada en un proyecto previo de la APEC, propuesta en 2014<sup>66</sup> y la *Organización para la Cooperación de Shangai* (*The Shanghai Cooperation Organization*, SCO)<sup>67</sup>.

<sup>64</sup> Ver: BENVENISTI, EYAL, "Democracy captured: The mega-regional agreements and the future of global public law", Working Paper 2016/2 - Institute for International Law and Justice(IILJ), New York University School of Law, p. 4. Disponible en el sitio: [https://wp.nyu.edu/megareg/wp-content/uploads/sites/3134/2016/03/Benvenisti\\_IILJ-MegaReg\\_2016-2.pdf](https://wp.nyu.edu/megareg/wp-content/uploads/sites/3134/2016/03/Benvenisti_IILJ-MegaReg_2016-2.pdf) (fecha de consulta: 07/87/17)

<sup>65</sup> Ver: VICENTE BLANCO, DÁMASO JAVIER, "Las normas sobre inversiones en la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversiones (TTIP). El riesgo de inseguridad jurídica de una regulación imprecisa", en: *Revista de Estudios Europeos*, N° 67, enero-junio 2016, pp. 25-46. Disponible en <http://www.ree-uva.es/> (fecha de consulta: 07/08/17)

<sup>66</sup> Conf. ROCHA PINO, MANUEL DE JESÚS, "Los proyectos de integración megarregional de China: el caso de la iniciativa Cinturón y Ruta (CYR)", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XVII, México D.F., UNAM, enero-diciembre 2017, pp. 547- 589; y también: MÜLLER-MARKUS, CHRISTINA, "One Belt, One Road: el sueño Chino y su impacto sobre Europa", *Notes internacionales CIDOB*, N° 148, mayo 2016, pp. 1-6.

<sup>67</sup> La *Organización de Cooperación de Shangai* reúne a China, Rusia,

La *iniciativa CYR*, también conocida como *One Belt, One Road* (OBOR; "Una Franja, Una Ruta") o "Nueva Ruta de la Seda" –fue formulada por el gobierno de XI Jinping en 2013 y se basa en un proyecto-marco para la construcción de una red de conectividad desplegada a través de corredores terrestres y marítimos que unen a China con Eurasia, Oriente Medio, Europa y África, comprendiendo programas de cooperación y proyectos en las áreas de infraestructura, inversión y comercio. También abarca temas de ciencia y tecnología, investigación, intercambio cultural y educativo.

La principal institución financiera de CYR es el *Banco Asiático de Inversión en Infraestructura* (AIIB: *Asian Infrastructure Investment Bank*)<sup>68</sup>. Otra entidad es el *Fondo de la Ruta de la Seda* (*Silk Road Fund*).

Específicamente –y en tanto acuerdo de libre comercio– la RCEP puede entenderse como competidora del TPP. De este modo China busca consolidar su posición en Asia y, junto a los países de ASEAN, lograr expandir la política comercial externa, principalmente, a partir de la reducción de aranceles y la eliminación de barreras no arancelarias. A diferencia del TPP, la RCEP parece no implementar reglas específicas para empresas estatales ni grandes avances en la liberalización del comercio de servicios<sup>69</sup>.

De manera que, hay dos modelos de mega-integración comercial, con enfoques bastante diferentes: de un lado, la "RCEP sigue un modelo de consenso del estilo ASEAN, centrado en recortes arancelarios y con una mayor flexibilidad para que los miembros procedan de acuerdo con su nivel de confort, mientras que el TPP propone una mayor integración con disposiciones más profundas"<sup>70</sup>.

---

Kazajistán, Kirguistán, Tayikistán y Uzbekistán, a los que se suman –desde junio–, India y Pakistán. Es una organización intergubernamental de alcance continental, gestada en 2001, que tiene por objetivo la cooperación económica y cultural y el fortalecimiento de la seguridad en la región. A todo evento, consultar el sitio: <http://eng.sectsco.org/>

<sup>68</sup> China tiene poco más del 27% de votos y entre sus miembros (no asiáticos) cabe mencionar al Reino Unido, Francia, Alemania y trece países europeos más.

<sup>69</sup> Ver: RUIZ, LEONARDO, "RCEP: el acuerdo de libre comercio que lidera China en respuesta al TPP", *Pulso*, 5 de febrero de 2016; disponible en el sitio: <http://s1.pulso.cl/wp-content/uploads/2016/02/2250502.pdf> (fecha de consulta: 07/08/17)

<sup>70</sup> KOTSHWAR, BARBARA, "Los mega-acuerdos: Nuevos actores y nuevas reglas", en *Boletín Informativo Techint*, N° 345, pp. 7-20.

Resumiendo: de cara al posicionamiento geo-estratégico en un mundo en transformación, Occidente apuesta por la *ultra-regulación* del comercio internacional (que excede, en mucho, a la materia comercial); en rigor, es *una ultra-regulación que conlleva una des-regulación* (de un pléyade de materias: laboral, fiscal, financiera; etc.) y que persigue la aplicación de técnicas "disciplinarias" incluso frente a los países desarrollados limitando o neutralizando, en definitiva, el propio poder normativo del Estado<sup>71</sup>.

Más aún, no es verdad que se defiende el libre comercio; al contrario, el mismo se vuelve un concepto limitado y bastante retórico desde que "el comercio intra-empresa... llega a alcanzar el 60% del comercio mundial"<sup>72</sup>.

Específicamente y *en relación -ahora- al plano multilateral*, cabe decir que el principal problema que plantean los *mega-acuerdos regionales*, es que se concreten sin que se hubiere restablecido la fortaleza del sistema multilateral global (OMC) puesto que, siendo preferenciales, "incluyen compromisos que generan ventajas sólo para los países participantes y tienen por ende un alcance discriminatorio con respecto a aquellos países que en ellos no participan. Tienen por lo tanto un potencial efecto de fragmentación del sistema comercial internacional"<sup>73</sup>, que es el único nivel donde –al menos en lo formal– todos los países tienen un voto.

<sup>71</sup> Ver: VICENTE BLANCO, DÁMASO JAVIER, *op. cit.*

<sup>72</sup> GUIMARÃES, SAMUEL PINHEIRO, "Integración regional y acuerdos de libre comercio", en Portal "Amersur"; disponible en: <http://www.amersur.org/integracion/integracion-regional-acuerdos-libre-comercio/>. El original en portugués se encuentra disponible en el sitio "Carta Maior", 26/04/2014: <http://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Internacional/A-Uniao-Europeia-e-o-fim-do-Mercosul/6/30799>

<sup>73</sup> PEÑA, FÉLIX, "Una mirada hacia el futuro. Posibles escenarios en las negociaciones comerciales internacionales", en: DELICH, VALENTINA, LÓPEZ, DOROTEA Y MUÑOZ, FELIPE (Editores), *20 Años de la OMC. Una perspectiva latinoamericana*, e-book, FLACSO-sede académica Argentina / Programas de Cátedra OMC / Universidad de Chile, 2016, pp. 337 a 347. Disponible en: <http://flacso.org.ar/wp-content/uploads/2016/07/Libro-20-Anos-de-la-OMC.pdf>

### 2.3. *Des-integración.*

El *Brexit*<sup>74</sup> importa un *punto de inflexión* para la Unión Europea, una instancia de *des-integración regional*. Más allá de la previsión de salida del bloque europeo (cuya reglamentación está prevista en el artículo 50 del Tratado de la Unión Europea) y, cualquiera sea el resultado que arroje la negociación entre el Reino Unido y los "representantes de Bruselas", es indudable que se constituye en uno de los *signos de los tiempos*, a nivel sistémico.

Constituye el primer caso de retiro del bloque y, necesariamente, implicará un proceso con dificultades técnico-jurídicas puesto que requerirá, entre otros aspectos: la elaboración de normativa interna que replique los contenidos de reglamentos y directivas que son directamente aplicables, la renegociación de los acuerdos internacionales del Reino Unido con la propia Unión Europea y con los países de Asia, América Latina y África con los cuales el bloque tiene asumidos compromisos, la negociación sobre los vínculos que habrán de existir con la "Unión" dada la pérdida de los privilegios que derivan de la membresía comunitaria<sup>75</sup>.

Por lo pronto, no sólo se resquebraja el viejo *criterio de irreversibilidad del proceso integrador*<sup>76</sup>, también se plantean serios desafíos para Europa en un triple dimensión: la permanencia de algunos Estados miembros, su relevancia e influencia internacional como bloque, en el mediano y largo plazo, y la realización efectiva de los derechos humanos de sus ciudadanos que contribuye, decididamente, a la adhesión y al respaldo de las sociedades nacionales a la empresa integradora.

<sup>74</sup> El *referendum* (sobre si el Reino Unido debía continuar siendo miembro de la Unión Europea o, por el contrario, debía abandonarla) arrojó un resultado ajustado: 51,9 % de votantes se pronunciaron a favor de la salida contra un 48,1 % que lo hizo por la permanencia.

<sup>75</sup> Conf. STAIANO, MARÍA FRANCESCA, "BREXIT. ¿Hacia la Desintegración europea?", *Opiniones en el IRI*, <http://www.iri.edu.ar/index.php/2015/10/31/opiniones-iri/> (fecha de consulta: 07/87/17)

<sup>76</sup> Sobre la irreversibilidad del proceso integrador, consultar, entre otros: BALAGUER CALLEJÓN, FRANCISCO, "Derecho y Derechos en la Unión Europea", en: CORCUERA ATIENZA, FRANCISCO JAVIER (Coord.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Madrid, Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati/Dykinson, 2002, pp. 39-60; y RUEDA-JUNQUERA, FERNANDO, "La integración económica de Europa y América Latina en perspectiva comparada", *Nueva Sociedad* N° 219, enero-febrero de 2009, pp. 59-75.

De los aspectos referidos, el último es clave y explica en buena medida –como señaláramos–, la desilusión respecto al "proyecto integrador" y/o a la "burocracia comunitaria". Es que la concepción misma de la integración, forjada en la visión sabia y estratégica de los padres fundadores de Europa (ADENAUER, SCHUMANN, MONET, DE GASPERI, SPAAK; entre otros) ha perdido dirección, consistencia y espíritu.

Indudablemente, el sueño de una Unión Europea concebida como zona de paz, económicamente desarrollada y socialmente incluyente parece no corresponder, en su totalidad, a la realidad actual. Los valores de tolerancia y de solidaridad junto a la divisa superadora de la "unidad en la diversidad" se encuentran sometidos a un duro escrutinio.

Desde hace décadas pero, particularmente, con el *nacimiento del euro* (que estableció un sistema rígido, privando a los países del Sur, menos desarrollados, de la posibilidad de ejercer la soberanía monetaria como una de las posibles herramientas para adecuarse con flexibilidad a los niveles de los más prósperos), primero, y con la *crisis financiera internacional del 2008* (que terminó prefiriendo el salvataje del sistema bancario a expensas de la salvaguarda de las condiciones fundamentales de trabajo y seguridad social de los ciudadanos –esto es, nacionalizar las pérdidas de entidades crediticias; una solución radicalmente distinta a la implementada en Estados Unidos–), después, es indudable que se resquebrajaron las dimensiones sustantivas del proyecto integrador: la igualdad de los socios, la promesa de prosperidad, la democracia material –no sólo formal–.

A ello habrá que sumar, la creciente disparidad de distribución de poder en la toma de decisiones; básicamente, a favor de Alemania, la preferencia por la lógica de la austeridad económica y la pauperización progresiva de los sectores sociales más postergados. Al mismo tiempo, la gente siente que "Bruselas queda demasiado lejos": el Parlamento europeo no es una Asamblea Nacional.

En particular, en relación al euro, resulta esclarecedor el pensamiento de STIGLITZ para quien la moneda común no logró ninguno de sus dos principales objetivos, a saber: prosperidad e integración política. Por el contrario, ha aumentado la desigualdad al interior del espacio europeo. En esa inteligencia, quizá no resulte ilusorio pensar que la salvación del proyecto integrador pueda tener por precio su moneda; vale decir, su profunda readecuación y/o su

final<sup>77</sup>. Huelga decir que las decisiones gubernamentales nunca son asépticas: toda decisión política favorece algún interés<sup>78</sup>.

Igualmente, *conviene tener presente dos claudicaciones jurídico-políticas en la génesis de la actual crisis*, íntimamente vinculadas al *enfoque neoliberal comunitario*: léanse; la transformación del Estado de bienestar en régimen liberal y la consagración del federalismo económico sin unidad política (esto es: moneda y banca centralizadas sin poder político unificado).

La respuesta es clara: *la lógica del mercado prevalece de modo sostenido sobre la democracia efectiva*. Allí puede reconocerse, entonces, la presencia gravitante del Banco Central Europeo, de la Comisión Europea y de, incluso, el Fondo Monetario Internacional (denominados, en conjunto, "la troika") como el poder excluyente en el manejo de las situaciones de crisis ante la ausencia de una clara conducción política regional. *Los teóricos del federalismo europeo no podrían haber imaginado jamás escenario semejante*.

No obstante, *la dimensión jurídica humanista* es crucial –y la que más urgentemente requiere cumplimiento– ya que Europa, como entidad política donde rige la democracia y el estado de derecho, edificó buena parte de su camino munida de la fiel observancia del *Convenio Europeo sobre Derechos Humanos*, el cual "se sustenta en una política de integración europea y a su vez la sustenta a ella"<sup>79</sup>.

Por eso "los electores dejan de ver a Europa como una salvación y la perciben ahora como una amenaza para sus respectivas sociedades: ... Europa ya no es sinónimo de paz y prosperidad sino

<sup>77</sup> A mayor abundamiento, consultar su obra: STIGLITZ, JOSEPH E., *El euro. Cómo la moneda común amenaza el futuro de Europa*, traducción de Inga Pellisa y María Luisa Rodríguez Tapia, Taurus, 2016.

<sup>78</sup> La solución a los problemas de la zona euro brindados por la *troika* (conformada por Banco Central Europeo, la Comisión Europea y el FMI) reconocen el *enfoque económico por el lado de la oferta (supply-side economics)* lo cual conlleva: priorizar la reducción del déficit fiscal y los costos de producción para aumentar la competitividad –por tanto, ajustes con flexibilidad del mercado de trabajo–, mínima intervención estatal y auto-regulación de los agentes económicos.

<sup>79</sup> VASAK, KAREL, *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, traducción del inglés de Hernan Sabaté y María José Rodellar, vol. III, Barcelona, Serbal/UNESCO, 1984, p. 620.

de miedo al desempleo, de pérdida de soberanía y de inseguridad cultural<sup>80</sup>.

De manera que el *euroescepticismo parece haber devenido en resistencia a la integración*<sup>81</sup>. Si bien a lo largo de toda la historia del Parlamento Europeo ha habido partidos o facciones partidarias euroescépticas, el salto del ámbito político nacional al parlamentario regional se manifiesta claramente a partir de la Cuarta Legislatura (1994-1999), cuando ingresan por primera vez representantes de partidos políticos anti-integración; vale decir, el euroescepticismo no es un fenómeno reciente pero ha devenido significativo desde los inicios de la crisis<sup>82</sup>.

Un espacio integrado que se ha vuelto más desigual, con reducción y privatización de los servicios públicos y desregulación de los factores de producción, encuentra posturas contestatarias tanto en los partidos de derecha como en los de izquierda que se hacen eco del miedo y la desesperanza<sup>83</sup>. De tal guisa, el proyecto europeo deviene contradictorio y estancado; prueba de ello es que a partir de la crisis de la deuda, los países del Sur culpan a Berlín de lo que les ocurre, mientras que los países del Norte señalan a Bruselas como la responsable de financiar a los del Sur<sup>84</sup>.

Sin embargo, uno de los mensajes más profundos del *Brexit* radicaría en su *rechazo al derecho trasnacional*. Este aspecto ha

<sup>80</sup> FEBBRO, EDUARDO, "Europa, crisis e inconformismo", *Nueva Sociedad*, N° 252, Buenos Aires, pp. 15-28.

<sup>81</sup> Consultar, entre otros: CRESPY, AMANDINE Y VERSCHUEREN, NICOLAS, "From euroescepticism to resistance to european integration: An interdisciplinary perspective", *Perspectives on European Politics and Society*, Vol. 10, N° 3, septiembre 2009, pp. 377-393.

<sup>82</sup> Hemos seguido en este punto a: ÁLVAREZ, MARÍA VICTORIA, "El euroescepticismo en una Unión Europea en crisis: ¿viejo fenómeno en nuevos odres?", *Revista Integración y Cooperación Internacional*, N° 3, octubre/diciembre 2012, CERIR, pp. 3-17. En cualquier caso, interesa poner de relieve como lo hace la autora que: "La gran paradoja para los diputados euroescépticos en el Parlamento Europeo es que han conseguido ser elegidos como miembros de una institución a la que se oponen y, habiendo asumido sus cargos, están obligados a operar dentro de la misma".

<sup>83</sup> Conf. ANDERSON, PERRY, "Combatir la Unión Europea", traducción de BÁRBARA POEY SOWERBY, *Le Monde Diplomatique*, N° 213, Año XVIII, Buenos Aires, marzo de 2017, pp. 22-24.

<sup>84</sup> FEBBRO, EDUARDO, *op. cit.*

sido explicitado por MICHAELS, quien entiende que *la Unión Europea es un arquetipo definitivo de orden legal trasnacional*, que responde a las características sustantivas de la tradicional definición brindada por JESSUP (que lo concibe como aquel que regula las acciones o eventos que trascienden las fronteras nacionales y que, por tanto, *incluye tanto aspectos civiles como penales, el derecho internacional público y el privado y, asimismo, el derecho nacional –público y privado–*. Naturalmente, los sujetos jurídicos no son ya únicamente los Estados sino, igualmente, las organizaciones internacionales, las corporaciones y los individuos)<sup>85</sup>.

Los votantes a favor de abandonar el bloque *rechazan, por tanto, el carácter trans-estatal del derecho comunitario europeo* idealizando, de consiguiente, la *soberanía estatal* propia del *derecho internacional del siglo XIX*; vale decir, reivindicando una población nacional sin extranjeros, un territorio firmemente controlado, con fronteras cerradas, y un gobierno británico que no necesita compartir autoridad alguna con Bruselas<sup>86</sup>.

Si la idea primigenia y optimista fue la de prever un *orden legal internacional abierto*, sin límites precisos entre lo doméstico y lo internacional (el *fenómeno de la globalización* es prueba de ello), es indudable que, tanto para el antiguo magistrado de la Corte de La Haya como para la Unión Europea, la *centralidad de la autonomía de la voluntad de los individuos* está íntimamente relacionada con la competencia en el mercado, propia del sistema capitalista, y conlleva, inevitablemente, un *criterio elitista* de las relaciones internacionales y del poder. El derecho trasnacional produce, de este modo, una nueva estratificación de la sociedad mundial<sup>87</sup>.

Pues bien, el *Brexit* implicaría la sublevación de la gente contra un proceso de toma de decisiones (*decision-making process*) en el que no se siente representada. Más aún, si existen problemas trasnacionales, sus soluciones no necesitan del nivel supranacional; al contrario, reclaman un enfoque nacional que defienda los valores de la comunidad. De este modo, también el *Brexit* estaría señalando que *el derecho tiene una dimensión simbólica (no meramente pragmática)* y que, quizás, la trasnacionalidad jurídica –al menos en

<sup>85</sup> Conf. MICHAELS, RALF, "Does Brexit spell the death of trasnational law?", *German Law Journal*, Vol. 17 ("Brexit Supplement"), 2016, pp. 51-61.

<sup>86</sup> *Ibidem*.

<sup>87</sup> *Ibidem*.

su actual formulación- es parte del problema, no de la solución<sup>88</sup>.

A los efectos del *Brexit* sobre la realidad regional y mundial<sup>89</sup>, habrá que sumar la elección de Trump en Estados Unidos, a la cual nos hemos referido *supra*.

Ambas circunstancias han paralizado, en lo inmediato, la negociación de los *mega-acuerdos regionales* (TPP y TTIP), produciendo una suerte de "hibernación" o ralentización de la misma, conforme lo expresado por DA MOTTA VEIGA y RIOS. Este extremo, por el momento, produce cierta distensión en los efectos negativos que el eventual establecimiento de dichos tratados podrían conllevar para la competitividad de los productos del MERCOSUR. Al mismo tiempo, el bloque debería aprovechar la oportunidad de repensar su presencia internacional, básicamente, a través del despliegue de una estrategia de convergencia *ad intra* y hacia América Latina<sup>90</sup> (un tema sobre el que volveremos más adelante).

En cualquier caso habrá que tener presente que la lógica de la *ultra-regulación* comercial no ha concluido. Al contrario, dado el fuerte impulso de los intereses trasnacionales corporativos (los gobiernos nacionales tienen cada vez menor peso para enfrentar los *lobbies* internos, en las negociaciones internacionales<sup>91</sup>) y las actuales negociaciones de otros tratados (entre ellos, por caso, el de

<sup>88</sup> *Idem*.

<sup>89</sup> Si bien el tema excede este trabajo, quizá pueda sugerirse –filosóficamente hablando, claro está– que una postura de *re-torno* hacia la *insularidad* anglosajona en tiempos de crisis, también pueda encontrar causas en la necesidad de revitalizar el *acervo identitario* significado en la inveterada casuística del *Common Law* (que, en lo sucesivo –y con adaptaciones– volverá a primar en el Reino) o en la permanente presencia del *nominalismo* que formulara hacia el siglo XIV un monje franciscano, Guillermo de *Ockham* (Sobre su influencia en la cultura occidental, en general, y anglosajona, en particular, consultar: CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, "Análisis cultural de la internacionalidad, la globalización y la integración", *Revista del Centro de Investigaciones en Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, Vol. 24, Rosario, 2000, pp. 41-56).

<sup>90</sup> Ver: DA MOTTA VEIGA, PEDRO Y RIOS, SANDRA POLÓNIA, "A política comercial brasileña em tempos de Brexit e Trump: há espaço para negociações comerciais?", *Revista Brasileira de Comércio Exterior*, N° 129, Año XXX, octubre-diciembre 2016, pp. 40-54.

<sup>91</sup> Ver: BARTESAGHI, IGNACIO, "Las negociaciones entre el Mercosur y la unión Europea: la visión desde un país pequeño", en: TREMOLADA ÁLVAREZ, ERIC [ed.], *Repensando la integración y las integraciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 71-112.

Libre Comercio de la Unión Europea con Canadá, con Japón y, en su caso, con MERCOSUR) previenen de la importancia de reflexionar sobre la trascendencia de los nuevos desafíos para el mundo, para la región y para el bloque mercosureño.

## Capítulo II

### Del MERCOSUR

A partir del marco de un escenario mundial transformado –y en transformación–, con profundas consecuencias a nivel regional, pasamos a abordar la realidad del bloque regional en su actualidad crítica.

De inicio corresponde dejar asentado que, a partir de su creación, el MERCOSUR produjo aspectos altamente positivos: consolidó la situación democrática de sus Países Miembros, aumentó el intercambio entre distintos sectores de las sociedades nacionales<sup>92</sup>, incrementó el comercio regional en términos absolutos y contribuyó en la consolidación de una idea –simbólica y discursiva– de un espacio regional.

Transcurrido más de un cuarto de siglo de vida, generó –con sus retrocesos, estancamientos y relanzamientos, con "sus luces y sombras"– una presencia y una proyección que sus países no hubieran alcanzado de manera individual y aislada<sup>93</sup>.

Sin embargo, *nunca como hasta hoy la integración –la existencia misma del bloque– estuvo tan críticamente cuestionada*.

El problema parece fincar en *lo estructural/existencial*; es decir, no ya en *qué tipo de integración* puede preferirse, sino en saber *si la integración misma vale la pena*<sup>94</sup>.

<sup>92</sup> Conf. HIRST, MÓNICA, "Veinte años de MERCOSUR: Más sumas que restas", Diario "Clarín", 28/11/2005.

<sup>93</sup> Conf. MURILLO, JORGE RAÚL, ponencia presentada al "XXVIII Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional", 8, 9 y 10 de septiembre de 2016, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de La Matanza, San Justo, Partido de La Matanza, Provincia de Bs. Aires, Argentina.

<sup>94</sup> MURILLO, JORGE RAÚL, "La encrucijada existencial en 'el jardín de los senderos que se bifurcan'. Algunas reflexiones al transcurrir un cuarto de siglo del MERCOSUR", en: CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL Y OTROS (Directores), *25 años del Tratado de Asunción* (E-book), IJ Editores, 2016; disponible en: <http://www.ijeditores.com.ar/index.php?option=publicacion&idpublicacion=177>

El presente no puede ser más desconcertante; a los serios desafíos que plantea el nuevo orden mundial habrá que sumar también, lamentablemente, el tremendo impacto político que produjo la amañada destitución de DILMA ROUSSEFF (que alteró radicalmente no solo la política brasileña sino toda la dinámica regional sudamericana de la última década: el cimbronazo regional fue institucional, ideológico y aritmético; sólo Brasil representa la mitad del PBI regional<sup>95</sup>) y la ríspida relación entre los Estados fundadores del MERCOSUR y Venezuela.

En esta situación crítica, *verdadera encrucijada* para todos los integrantes del proceso integrador, las respuestas no pueden esperarse –básicamente– del ámbito económico/comercial (aun cuando sea crucial e insoslayable), sino –definitivamente– de la dimensión política/estratégica; en una palabra, *arquitectónica* de la integración.

Queda claro que, como sugiere FÉLIX PEÑA, el problema no es únicamente "metodológico" (cómo trabajar juntos) sino, también ahora, "existencial" (si debemos trabajar juntos)...<sup>96</sup>.

### **1. Mercosur ad intra.**

#### **1.1. Actualidad crítica de la integración regional.**

A fin de abordar esta infausta dinámica en la cual ha extraviado la región buena parte su derrotero integrador en los últimos tiempos, realizaremos un *análisis de factores cualitativos concretos* de la integración<sup>97</sup>, que serán:

<sup>95</sup> Conf. VAZQUEZ, FEDERICO, "Brasil: la crisis de un proyecto nacional y regional", *Nueva Sociedad*, julio-agosto de 2016, opinión; disponible en el sitio: <http://nuso.org/articulo/brasil-la-crisis-de-un-proyecto-nacional-y-regional/> (consulta: 01/09/16).

<sup>96</sup> Conf: PEÑA, FÉLIX, "Aportes al debate sobre el futuro del MERCOSUR: ¿Cómo lograr ganancias de flexibilidad y de previsibilidad, y que ellas sean creíbles?", diciembre de 2016; disponible en: <http://www.felixpena.com.ar/index.php?contenido=negociaciones&neagno=informes/2016-12-flexibilidad-previsibilidad-credibilidad-mercosur> (fecha de consulta: 07/08/17)

<sup>97</sup> Un estudio de factores cualitativos para analizar la realidad del bloque regional, lo hemos realizado igualmente –aunque de modo más acotado y para otro momento histórico– en: MURILLO, JORGE RAÚL, "¿Hay un futuro para el MERCOSUR? Algunas reflexiones a partir del presente internacional

- i. *esencialidad estructural* (principios del "animus integrationis"); luego, en correspondencia con BOUZAS, DA MOTTA VEIGA Y RIOS, se abordarán tres aspectos, a saber<sup>98</sup>:
  - ii. *intensidad y carácter de la interdependencia* de los socios del bloque;
  - iii. *grado de convergencia* de los incentivos nacionales y de los *trade offs* al interior de la región;
  - iv. capacidad y efectividad de la *provisión de "liderazgo"* por parte de uno o más miembros;
- finalmente, en línea con la teoría de la autonomía latinoamericana de PUIG:
- v. (in)existencia de *sentido estratégico de la integración* (y de un *enfoque autonómico incremental*)<sup>99</sup>.

Pasamos a considerar cada uno de ellos.

#### **1.1.1. Dimensión de la esencialidad estructural: *animus integrationis*.**

Una de la maneras de abordar los problemas "existenciales" es sopesando la dimensión de la *esencialidad* del proceso integrador en sí.

Allí aparece, pues, el enfoque que refiere al *animus integrationis* o *espíritu de la integración* y que se pregunta por la intensidad y el grado de *vocación real por la integración* tanto en relación a los demás Estados Parte (*affectio societatis*) cuanto a la *creencia en el proceso* en sí. Es decir que, básicamente, se verifica al hilo de la observancia de los *principios estructurales/ estructurantes de la integración*.

---

y del pasado reciente", disponible en el sitio-web del Instituto de Desarrollo Regional, en: <http://www.fidr.org.ar/index.php/produccion/informes-especiales/item/89-%C2%BFhay-un-futuro-para-el-mercosur> (consulta: 07/08/17).

<sup>98</sup> Conf.: BOUZAS, ROBERTO, DA MOTTA VEIGA, PEDRO Y RIOS, SANDRA, "Crisis y perspectivas de la integración en América del Sur", en: LAGOS, RICARDO (comp.), "América Latina ¿integración o fragmentación?", Buenos Aires, Edhasa, 2008, pp. 319 y ss.

<sup>99</sup> Ver: MURILLO, JORGE RAÚL, "¿Hay un futuro para el Mercosur?..."

### **1.1.1.1. *Principios estructurales/estructurantes del sistema jurídico de la integración.***

Como todo *sistema jurídico*, y el *derecho de la integración* lo es<sup>100</sup>, posee una lógica interna; esto es, la integración misma descansa sobre ciertos *principios configurantes* o *estructurantes* que le dan encarnadura al sistema, que le suministran sentido al proceso, lo hacen tal<sup>101</sup>.

Claro está, el derecho de la integración tiene *principios estructurales generales* (que son análogos a todo proceso de integración)<sup>102</sup> y *específicos* (que resaltan la particularidad de uno respecto de otros, su especificidad)<sup>103</sup>. Ellos se imponen como necesarios e insustituibles para la existencia misma del sistema so pena de transformarlo en otra realidad: son cualitativamente ordenatorios y significantes; determinan su sentido.

<sup>100</sup> Conf. PIZZOLO (h), CALOGERO, *Pensar el Mercosur*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1998; págs. 294 y ss. le reconoce –con reservas– carácter *ius-sistemático*, a partir de ideas de NINO, ALCHOURRÓN Y BULYGIN.

<sup>101</sup> Sobre *principio configurante* de la estructura, ver: GARCÍA BÁRCENA, RAFAEL, "Estructura de la estructura (esquema para la filosofía de la estructura)", *Revista Cubana de Filosofía*, Vol. 1, N° 2, La Habana, abril/mayo/junio de 1947, pp. 25-34.

<sup>102</sup> Como bien se ha señalado, la pluralidad de proyectos regionales "no es óbice para la extracción de principios comunes que conformen una teoría general del Derecho de la Integración" (MONSANTO, ALBERTO EDUARDO, "Derecho internacional y derecho de la integración: a propósito del derecho comunitario", en revista "Ponencias", Año II, N° 5, Rosario, 1996, pp. 5-18).

<sup>103</sup> "Como cada esquema de integración tiene sus peculiaridades genera en la práctica un derecho de integración específico y necesario para su desarrollo. Esto obedece a que los países miembros... tienen su propia idiosincrasia y modalidades que se reflejan en los objetivos que fijan para el proyecto y en los instrumentos que eligen para llevarlo adelante" (BOLDORINI, MARÍA CRISTINA Y CZAR DE ZALDUENDO, SUSANA, "La estructura jurídico-institucional del MERCOSUR después del Protocolo de Ouro Preto", en *Boletín informativo Techint*, N° 283, julio-septiembre 1995, pp. 73-90. En sentido coincidente: VILLAMARÍN, JOSÉ JAVIER, "El posicionamiento del derecho internacional y la gravedad de la jurisprudencia en el orden comunitario. Apuntes sobre la posible creación de un tribunal de justicia supranacional en el MERCOSUR", en *Foro. Revista de derecho*, N° 2, 2003/2004, Quito, Cuador, Universidad Andina Simón Bolívar, 2003-2004, pp. 157-189).

Por eso, también para el derecho de la integración, "el problema del 'sentido' antecede al problema del desarrollo teórico"<sup>104</sup>. Todo el edificio de la integración se *in-forma* (toma forma, adquiere expresión) a partir de ellos. A contrario sensu, su desconocimiento y su negación, *de(s)-forma* el proceso (de integración).

De modo que este *animus integrationis* en el Mercosur se expresará, necesariamente, por medio de estos *principios estructurantes*, entre los cuales cabe considerar: la *idea de obra común* (que contiene los criterios de *finalidad de la integración* [criterios teleológico e incremental], de *conservación del patrimonio comunitario* [vinculado a la idea acervo comunitario], de *affectio societatis* [que importa mucho más que la buena fe y la reci-procidad entre las partes])<sup>105</sup>, *igualdad* (no discriminación), *vigencia del Estado de Derecho y del orden democrático, respeto a los derechos humanos, desarrollo económico con justicia social, protección del medio ambiente, transparencia del mercado*<sup>106</sup>. A ellos cabe agregar, otros (que algunos autores consideran *principios procedimentales*), como ser: *gradualidad, reciprocidad y solidaridad*<sup>107</sup> e, incluso, *flexibilidad, cooperación, previsibilidad y convergencia*.

Sin perjuicio de otras consideraciones *infra*, resulta oportuno recordar aquí, para introducirnos a la *lógica principal comunitaria*, lo referido en el primer laudo del TRIBUNAL ARBITRAL *AD HOC DEL MERCOSUR*:

<sup>104</sup> CASSIRER, ERNST, *Antropología filosófica. Introducción a una filosofía de la cultura*, Trad. Eugenio Imaz, 5<sup>a</sup> ed. en español, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1968, p. 62.

<sup>105</sup> Sobre las *ideas de obra común* y de *finalidad* en la integración, ver: PESCATORE, PIERRE, *Derecho de la integración: nuevo fenómeno de las relaciones internacionales*, trad. de INÉS CARMEN MATARESSE, Buenos Aires, Banco Interamericano de Desarrollo (BID)/Instituto para la Integración de América Latina (INTAL), 1973, pp. 33 y ss.

<sup>106</sup> Ver: LORENZETTI, RICARDO LUIS, "Mercosur. Una introducción", en *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Vol. 17, 1999; págs. 235-266 y, asimismo, NEGRO, SANDRA, "La adhesión de Estados a los esquemas de integración: los casos de la Unión Europea y el Mercosur", en *Densidades*, N° 2, octubre de 2008, pp. 43-55. Consultar, igualmente, PEROTTI, ALEJANDRO D., "Estructura institucional y derecho en el MERCOSUR", en *Revista de derecho internacional y del Mercosur*, Año 6, N° 1, febrero de 2002, pp. 63-137.

<sup>107</sup> Ver: LORENZETTI, RICARDO LUIS, *op. cit.*; y, asimismo, NEGRO, SANDRA, *op. cit.*

"57. El *enfoque teleológico* resulta más patente aún en los tratados e instrumentos que conforman organismos internacionales o configuran procesos o mecanismos de integración. A diferencia de otros instrumentos en cierto modo estáticos, donde los derechos y obligaciones se agotan en algunos pocos actos de ejecución, en aquellos casos constituye un marco, una estructura, para desarrollar actividades variadas y múltiples, donde la valoración teleológica de las obligaciones y de las actividades ocupa un lugar central so pena de perder todo sentido. Es que no se trata de "un derecho acabado" al decir de LECOURT ..., sino de un proceso dinámico, dentro de una realidad en cambio... El *método teleológico*, como enseña FAUSTO QUADROS, procura garantizar que las normas 'sean eficaces en relación con su fin último, que es el de dar satisfacción a las exigencias de la integración' (...)

58. Apreciación que vale no sólo para las formas institucionales más avanzadas y profundas con elementos de supranacionalidad sino también para las demás, incluso cuando los parámetros son todavía tenues. **Los fines y objetivos no son un adorno de los instrumentos de integración sino una guía concreta para la interpretación y para la acción. Aun sin llegar a una aplicación absoluta de la regla** que QUADROS define como '*in dubio pro communitate*', y en tanto no haya contradicción con textos expresos, la interpretación de las disposiciones en un conjunto normativo cuyo fin es la integración debe guiarse por este propósito y hacerlo posible. Especialmente pertinente resulta este criterio cuando se presentan situaciones dudosas o existen lagunas o vacíos en parte de la estructura jurídica y se hace necesario colmar las insuficiencias (...)

61. Como corolario de la interpretación teleológica y en relación con la misma, la jurisprudencia comunitaria, señala QUADROS (...), aplica el concepto de *efecto útil* o de *eficacia mínima de las normas*. BROTONS (...) a su vez, glosando los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional, concluye que el efecto útil significa '*escoger entre las varias soluciones posibles según los términos del tratado en su contexto, aquella que mejor sirve a la satisfacción de su objeto y fin*'<sup>108</sup>.

<sup>108</sup> TRIBUNAL ARBITRAL *AD HOC* DEL MERCOSUR, "Laudo en la controversia presentada por la República Argentina a la República Federativa del Brasil para decidir sobre 'Comunicados N° 37 del 17 de diciembre de 1997 y N° 7 del 20 de febrero de 1998 del Departamento de operaciones de comercio exterior (DECEX) de la Secretaría de Comercio Exterior

De consiguiente, bajo este *primer enfoque cualitativo* abordaremos algunos temas críticos actuales: a) Venezuela; b) PARLASUR; c) Participación social y representación política regional; d) consideración sobre la institucionalidad.

**1.1.1.1.1. Consideración de la situación de Venezuela en el MERCOSUR. Affectio societatis, lógica comunitaria (no contractualista) y enfoque iusintegracionista (no iusnacionalista).**

Es indudable que la asunción de los nuevos gobiernos de Argentina, en diciembre de 2015, y Brasil, en agosto de 2016, marca el fin del predominio de gobiernos "progresistas" en el MERCOSUR y, consecuentemente, una redefinición del lugar de Venezuela en el bloque regional. A ello contribuye, asimismo, la propia situación interna del país, su creciente deterioro a nivel institucional, social, económico y humanitario.

Un relato sucinto de los sucesos nos retrotrae al *traspaso polémico* de la conducción del bloque, en julio de 2016: Uruguay da por finalizado su mandato pues entendía que "*habiendo vencido el período de seis meses consagrado en los arts. 12 del Tratado de Asunción y 5 del Protocolo de Ouro Preto - ha finalizado su Presidencia Pro Témpore del MERCOSUR*", y entiende que "*no existen argumentos jurídicos que impidan el traspaso de la Presidencia Pro Témpore a Venezuela*"<sup>109</sup>.

---

(SECEX): aplicación de medidas restrictivas al comercio recíproco", Montevideo, República Oriental del Uruguay, 28/04/99; disponible en: <http://www.mercosur.int/innovaportal/v/375/2/innova.front/laudos>. La cursiva y el **resaltado** nos corresponden.

<sup>109</sup> REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY, MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, DIRECCIÓN DE PRENSA, "Comunicado de Prensa N° 82/16: 'Finalización de la Presidencia Pro Témpore uruguaya del MERCOSUR'".

El Gobierno de la República Oriental del Uruguay informa que - habiendo vencido el período de seis meses consagrado en los arts. 12 del Tratado de Asunción y 5 del Protocolo de Ouro Preto -ha finalizado su Presidencia Pro Témpore del MERCOSUR (...). Uruguay entiende que al día de hoy no existen argumentos jurídicos que impidan el traspaso de la Presidencia Pro Témpore a Venezuela. (...) Montevideo, 29 de julio de 2016". Disponible en: <http://www.mrree.gub.uy/frontend/page?1, inicio,ampliacion-ppa12,O,es,0,PAG;CONC;1961; 15;D;finalizacion-de-la-presidencia-pro-tempore-uruguaya-del-mercosur;1;PAG> (fecha de consulta: 07/08/17). La cursiva es nuestra.

Naturalmente, se suscitó una diferencia entre Uruguay y los restantes miembros originarios del bloque<sup>110</sup>.

A partir de esta situación, Venezuela, en fecha 1 de agosto, se proclamó a cargo de la Presidencia *Pro Tempore* y emitió un comunicado oficial por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores. El texto condena en términos muy graves el accionar de la "nueva Triple Alianza" y expresa la supuesta falsedad del vacío en la Presidencia del bloque, que ejerce legalmente a partir del día 29 de julio<sup>111</sup>.

Aquí surge una polémica jurídica entre quienes consideran que *no es necesario un traspaso formal, pues no es habitual* en estos casos<sup>112</sup> y los que argumentan que si bien el *Protocolo de Ouro Preto* señala el método del ejercicio de la presidencia, respetando cada seis meses el orden alfabético, la *costumbre* del bloque es que la asunción de la presidencia se perfeccione a través de la reunión de los cancilleres en la Cumbre del MERCOSUR y que, esta situación aplicaría como costumbre, en tanto fuente del derecho internacional<sup>113</sup>.

Por su parte, Brasil expresa que el MERCOSUR deberá decidir las "medidas jurídicas" aplicables a Venezuela, a quien responsabiliza

<sup>110</sup> Ver, por ejemplo: "Argentina y Paraguay rechazan la presidencia pro tempore de Venezuela", 1 de agosto de 2016, <http://www.gaceta-mercantil.com/notas/106192/> (fecha de consulta: 07/08/17).

<sup>111</sup> REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, MINISTERIO DEL PODER POPULAR PARA RELACIONES EXTERIORES, "Comunicado oficial. Caracas, 01 de agosto de 2016". Puede consultarse en: [http://rusia.embajada.gob.ve/index.php?option=com\\_content&view=article&id=629%3Avenezuela-rechaza-falso-supuesto-de-vacio-en-la-ppt-de-mercosur&catid=5%3Acomunicados-embajada&Itemid=21&lang=es](http://rusia.embajada.gob.ve/index.php?option=com_content&view=article&id=629%3Avenezuela-rechaza-falso-supuesto-de-vacio-en-la-ppt-de-mercosur&catid=5%3Acomunicados-embajada&Itemid=21&lang=es) (fecha de consulta: 07/08/17).

<sup>112</sup> Conf. PASTORINO, ANA MARÍA, "Algunas reflexiones sobre el ingreso de la República Bolivariana de Venezuela al MERCOSUR, su desempeño como socio pleno y su actual situación de ¿cesación? en sus derechos como tal", *Análisis del C.U.R.I.* N° 5/17, Consejo Uruguayo para las Relaciones Internacionales, 19 de abril de 2017; disponible en: <http://www.curi.org.uy/archivos/An%C3%A1lisis%20del%20CURI%205.pdf> (fecha de consulta: 07/08/17).

<sup>113</sup> Ver: GÓMEZ, LUCIANO BENJAMÍN, "Venezuela y el MERCOSUR: 'crónica de una crisis anunciada'. Cronología de los hechos", en *Informe Integrar*, N° 101, febrero de 2017, La Plata, Instituto de Integración Latinoamericana; págs. 23-35. Disponible en el sitio: <http://www.iil.jursoc.unlp.edu.ar/textos/informe/integrar101.pdf> (fecha de consulta: 07/08/17)

de haber incumplido de manera "unilateral" algunos compromisos esenciales del Protocolo de su Adhesión al MERCOSUR (en particular, entre las normas y los acuerdos que no fueron incorporados se encuentra el *Acuerdo de Complementación Económica N° 18* [de 1991, que es de particular importancia en el ámbito comercial pues iguala su situación al resto del bloque en el marco de la *Asociación Latinoamericana de Integración – ALADI*], el *Protocolo de Asunción sobre compromiso con la promoción y protección de los Derechos Humanos en el MERCOSUR* [2005] y el *Acuerdo sobre residencia para nacionales de Estados Parte del MERCOSUR* [2002]]), que "los miembros fundadores del MERCOSUR tendrán por delante la compleja tarea de decidir las medidas jurídicas aplicables frente a esta realidad" y que el gobierno de Brasil "evaluará detenidamente en los próximos días la situación, a la luz del derecho internacional, y mantendrá la debida coordinación con los demás Estados Parte fundadores del MERCOSUR (Argentina, Paraguay y Uruguay)"<sup>114</sup>.

Paraguay, a su turno, reclama respecto del *Protocolo de Adhesión de Venezuela al MERCOSUR*, una *revisión jurídica al amparo del derecho internacional* por los Estados fundadores del MERCOSUR<sup>115</sup>.

Con fecha 15 de agosto, la respuesta venezolana no se hace esperar<sup>116</sup>.

A su vez, la mesa directiva del PARLASUR decidió conformar un grupo de "alto nivel", para mediar en la crisis por la Presidencia *Pro Tempore* con la finalidad de "resguardar la integración regional" y

<sup>114</sup> REPÚBLICA FEDERATIVA DE BRASIL, MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, Nota 296, "Estado da Implementação do Protocolo de Adesão da Venezuela ao MERCOSUL", 13 de agosto de 2016 <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/14596-estado-da-implementacao-do-protocolo-de-adesao-da-venezuela-ao-mercosul>. (fecha de consulta: 07/08/17). La cursiva nos pertenece.

<sup>115</sup> La nota del canciller Eladio Loizaga puede consultarse en el sitio de "Noticias de América Latina y el Caribe" (NODAL): <http://www.nodal.am/2016/08/brasil-advierte-que-el-mercosur-tomara-medidas-juridicas-contra-venezuela/> (fecha de consulta: 07/08/17).

<sup>116</sup> Consultar: NODAL, "Venezuela rechaza acusaciones sobre incumplimiento en el Protocolo de Adhesión del MERCOSUR", 16 de agosto de 2016; disponible en el sitio: <http://www.nodal.am/2016/08/comunicado-del-ministerio-del-poder-popular-para-las-relaciones-exteriores-de-venezuela-en-el-que-se-rechazan-las-acusaciones-de-que-el-pais-incumplio-el-protocolo-de-adhesion-del-mercosur/> (fecha de consulta: 07/08/17).

confiando que la "acción de diplomacia parlamentaria será un gran paso para buscar consenso entre las partes", pues espera "realizar las gestiones necesarias para evitar retrocesos y parálisis en el MERCOSUR"<sup>117</sup>.

El 13 de septiembre de 2016 los Cancilleres de los cuatro Estados fundadores del proceso de integración adoptaron la "Declaración conjunta relativa al funcionamiento del MERCOSUR y al Protocolo de Adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al MERCOSUR"<sup>118</sup>, por la cual, habiendo verificado el no cumplimiento por parte de la Venezuela de lo acordado en el *Protocolo de Adhesión* en cuanto a la adopción del acervo normativo vigente del bloque y su no adhesión al *Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica N° 18* (de ALADI), dan cuenta de un *plazo perentorio para que Venezuela adopte el acervo jurídico del bloque, al 1º de diciembre, so pena de perder los "derechos inherentes a la condición de Estado parte del MERCOSUR*, hasta que los Estados parte signatarios del Tratado de Asunción convengan con la República Bolivariana de Venezuela las condiciones para restablecer el ejercicio de sus derechos como Estado parte" (art. 4)<sup>119</sup>.

Asimismo, "a fin de asegurar el funcionamiento del MERCOSUR, los cuatro Estados Partes signatarios del Tratado de Asunción definirán los cursos de acción y adoptarán las decisiones necesarias en materia económica y comercial y otras materias esenciales" (Art. 1) y se establece que: "Las negociaciones externas con terceros países y grupos de países serán coordinadas por los cuatro Estados" (Art. 2).

Cabe resaltar que en los Considerandos se expresa: "Que la presente Declaración se aprueba por consenso de los cuatro Estados partes signatarios del Tratado de Asunción, con el apoyo expreso de la República Argentina, de la República Federativa de Brasil y de la República del Paraguay y con la abstención de la República Oriental del Uruguay".

<sup>117</sup> Conf.: "El Parlasur conformará un grupo para mediar en la crisis por la presidencia del Mercosur; disponible en: <http://www.telam.com.ar/notas/201608/158836-parlasur-grupo-crisis-presidencia-mercosur.html>

<sup>118</sup> Se puede consultar en: <https://www.mrecic.gov.ar/userfiles/13-09-2016%20Declaraci%C3%B3n%20sobre%20Venezuela%20y%20el%20MERCOSUR.pdf> (fecha de consulta: 07/08/17).

<sup>119</sup> Ver, asimismo, PASTORINO, ANA MARÍA, *op. cit.*; allí expresa que el tiempo otorgado "fue producto de la propuesta uruguaya de dar un mayor plazo a Venezuela para ponerse al día con la incorporación de las normas del bloque regional."

Efectivamente, Venezuela no había incorporado buena cantidad de acervo normativo del bloque (incluso algunas decisiones no pudieron entrar en vigor por dicha mora); una conducta de la cual no quedan exceptuados los demás miembros del MERCOSUR, aunque en menor grado.

En fecha 2 diciembre, cumplido el plazo establecido y considerando que persistía el incumplimiento, los Cancilleres de los Estados fundadores decidieron:

*"el cese del ejercicio de los derechos inherentes a la condición de Estado Parte del MERCOSUR de la República Bolivariana de Venezuela.*

*Dicha medida, que tiene su fundamento en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, tanto en carácter de principio general del derecho como en su condición de norma consuetudinaria (...)*

*Cabe destacar que Venezuela contó con cuatro años para incorporar la normativa vigente del MERCOSUR y que se le otorgó un plazo adicional para honrar sus obligaciones, que finalizó el 1 de diciembre de 2016 y que la medida adoptada regirá hasta que los Estados Partes signatarios del Tratado de Asunción convengan con ese país las condiciones para restablecer el ejercicio de sus derechos como Estado Parte"<sup>120</sup>.*

Poco antes, Venezuela había convocado a las demás Estados del MERCOSUR para iniciar negociaciones directas mediante notas enviadas el 30 de noviembre y el 2 de diciembre, en las que expresa que lo hace "en ejercicio pleno de sus derechos como Estado Parte". A la reunión en la sede de la Secretaría no acudió ninguno de los miembros plenos<sup>121</sup>. Asimismo, el 5 de diciembre de 2016, Venezuela dispuso activar el *Protocolo de Olivos*.

Sí cabe resaltar que, ante la situación planteada, el PARLASUR –con fecha 1 de diciembre de 2016– emitió la *Declaración sobre Reafirmación del respeto a las normas y a la institucionalidad del MERCOSUR*<sup>122</sup>.

<sup>120</sup> REPÚBLICA ARGENTINA, MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO, "Información para la Prensa N° 419/16: Situación de Venezuela en el MERCOSUR", 02 Diciembre 2016; disponible en: <https://www.mrecic.gov.ar/situacion-de-venezuela-en-el-mercosur>. (fecha de consulta: 07/08/17).

<sup>121</sup> Conf. PASTORINO, ANA MARÍA, *op. cit.*

<sup>122</sup> Ver: MERCOSUR/PM/So/DECL.23/2016: *Reafirmación del respeto a las normas y a la institucionalidad del MERCOSUR*. Disponible en el sitio:

En fecha 14 de diciembre de 2016, en la *XI Reunión Extraordinaria del CONSEJO DEL MERCADO COMÚN* (CMC), se le negó el acceso a la Canciller venezolana, que se presentó sin ser convocada; previamente había sido agredida físicamente<sup>123</sup>. Asimismo, Argentina asume la conducción del bloque. Venezuela, por su parte, anuncia que hizo "formal entrega de la presidencia de MERCOSUR a la República Argentina, tal como corresponde a la legalidad y los tratados constitutivos de este bloque regional"<sup>124</sup>.

Por último, el CONSEJO DEL MERCADO COMÚN (CMC), considerando la notificación efectuada Venezuela el 2 de diciembre de 2016, decide:

*"Art. 1 - Instruir al GRUPO MERCADO COMÚN a reglamentar los aspectos operativos derivados del cese del ejercicio de los derechos inherentes a la condición de Estado Parte del MERCOSUR de la República Bolivariana de Venezuela"*<sup>125</sup>.

El 15 de diciembre, en Montevideo, en el marco del *Protocolo de Olivos*, se reunió la COMISIÓN DE COORDINADORES NACIONALES, quedando establecida la existencia de la controversia entre las partes. Venezuela acompañó su lista de árbitros.

---

<https://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/file/13014/1/decl-23-2016.pdf> (fecha de consulta: 07/08/17).

<sup>123</sup> Consultar, por caso, artículo de CALLONI, STELLA (corresponsal), "Golpean en Argentina a canciller de Venezuela", en "La Jornada", miércoles, 14 dic 2016; disponible en: <http://www.jornada.unam.mx/ultimas/2016/12/14/agreden-en-argentina-a-canciller-de-venezuela> (fecha de consulta: 07/08/17). Allí puede leerse: "Ante manifestantes y periodistas, la canciller de Venezuela DELCY RODRÍGUEZ fue agredida y golpeada fuertemente en el antebrazo por fuerzas de seguridad cuando intentaba entrar al Palacio San Martín, sede de la cancillería, donde se celebraba la reunión de ministros de Relaciones Exteriores del MERCADO COMÚN DEL SUR (MERCOSUR), y lo mismo sucedió con su colega de Bolivia, David Choquehuanca, quien la acompañaba. Además hubo empujones y malos tratos a las delegaciones de ambos países, entre ellos algunos ministros, en un hecho inédito en la historia diplomática, lo que originó mensajes de repudio de diversos sectores políticos, sindicales y sociales ...".

<sup>124</sup> *Vide*: "Venezuela traspasó la presidencia a Argentina", 31/12/2016; disponible en: <http://www.elpais.com.uy/informacion/venezuela-traspaso-presidencia-argentina-mercrosur.html> (fecha de consulta: 07/08/17).

<sup>125</sup> MERCOSUR/CMC/DEC. N° 10/16: "Reglamentación de los aspectos operativos derivados de la Declaración Conjunta del 13 de septiembre de 2016", XI CMC EXT. – Buenos Aires, 14/XII/16; disponible en: <http://www.mercosur.int/innovaportal/v/7834/2/innova.front/2016>. (fecha de consulta: 07/08/17). La cursiva nos pertenece.

A fines del mismo mes, Bolivia advirtió que no se sumaría al MERCOSUR (como Estado pleno) si Venezuela era expulsada<sup>126</sup>.

El 20 de febrero de 2017, la MESA DIRECTIVA DEL PARLASUR aprobó la permanencia de la Representación Venezolana en el cuerpo legislativo regional y decidió elaborar una Propuesta de Disposición para ser votada en la próxima Sesión Plenaria para ser notificada al CMC debido a que la sanción a Venezuela carece de base jurídica y elevar una consulta al TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN DEL MERCOSUR sobre el particular<sup>127</sup>.

De consiguiente, en fecha 27 de marzo, el PARLASUR –en el curso de la *XLV Sesión Ordinaria*– aprobó la permanencia de los Parlamentarios de Venezuela en el bloque<sup>128</sup>.

En linea con lo afirmado por la profesora ANA MARÍA PASTORINO, un cambio de enfoque –en lo que se refiere a la unidad de criterios y a la contundencia de las apreciaciones por parte de los miembros originarios, sobre la situación política venezolana– ocurrió a partir de las medidas que adoptara el Supremo Tribunal de Justicia de Venezuela con el objetivo de vaciar de poderes a la Asamblea Nacional, en la cual la oposición política ostenta la mayoría<sup>129</sup>.

Así, ya en la *Declaración de los Cancilleres* de los cuatro Estados fundadores, adoptada el 1 de abril de 2017, se reafirma que "la plena vigencia de las instituciones democráticas es condición esencial para la existencia y el desarrollo del MERCOSUR" y se describe la situación venezolana como "ruptura del orden democrático", por ello deciden, entre otras disposiciones:

*"1.- Instar al Gobierno de Venezuela a adoptar inmediatamente medidas concretas con la oposición, de acuerdo a las disposiciones de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y*

<sup>126</sup> Ver, por caso, la nota: "Bolivia advirtió que no se sumará al Mercosur si Venezuela es expulsada", en "Infonews", 23/12/16; disponible en el sitio: <http://www.infonews.com/nota/304660/bolivia-advirtio-que-no-se-sumara-al-mercosur> (fecha de consulta: 07/08/17)

<sup>127</sup> Conf.: <https://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/v/13304/1/parlasur/mesa-directiva-aprueba-permanencia-de-la-representacion-venezolana-en-el-parlasur.html> (fecha de consulta: 07/08/17).

<sup>128</sup> Conf.: <https://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/v/13399/1/parlasur/parlasur-aprueba-permanencia-de-parlamentarios-de-venezuela-en-el-bloque.html> (fecha de consulta: 07/08/17).

<sup>129</sup> Conf. PASTORINO, ANA MARÍA, *op. cit.*

*demás normas aplicables, para asegurar la efectiva separación de poderes, el respeto al estado de derecho, a los derechos humanos y a las instituciones democráticas.*

*2.- Exhortar al Gobierno de Venezuela a respetar el cronograma electoral que se deriva de su normativa institucional, restablecer la separación de poderes, garantizar el pleno goce de los derechos humanos, las garantías individuales y las libertades fundamentales y liberar a los presos políticos.*

*3.- Continuarlas entre sí y promover consultas con la República Bolivariana de Venezuela tendientes al restablecimiento de la plena vigencia de las instituciones democráticas en ese país, acompañado de dicho proceso (...)*

*5.- Reiterar su solidaridad al pueblo hermano de Venezuela, a las víctimas de persecución política y de violación de derechos humanos (...)<sup>130</sup>.*

Inmediatamente, responde la Cancillería venezolana rechazando la "injerencia que pretende socavar la soberanía de Venezuela" y expresando:

*"su categórico rechazo a la reunión de Cancilleres de Argentina, Uruguay y Paraguay, y el Canciller de facto de Brasil, celebrada hoy en Buenos Aires, quienes excediendo sus competencias y atribuciones, y persistiendo en la ilegalidad de vulnerar la condición de Venezuela como Estado Parte del MERCOSUR, han tomado decisiones contra Venezuela al margen de la legalidad e institucionalidad de esta organización y del Derecho Internacional (...)"<sup>131</sup>.*

Consultada por la prensa, la Canciller argentina aseguró que: "Esto es un proceso iniciado que está lanzado en el cumplimiento del Tratado de Asunción y sus Protocolos. La Carta Democrática de la OEA, al igual que la Cláusula Democrática del MERCOSUR, no implica

<sup>130</sup> REPÚBLICA ARGENTINA, MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO, "Información para la Prensa N° 104/17: Cancilleres del MERCOSUR se reunieron en Buenos Aires por la situación en Venezuela", 01 Abril 2017; disponible en: <https://www.mrecic.gov.ar/cancilleres-del-mercosur-se-reunieron-en-buenos-aires-por-la-situacion-en-venezuela> (fecha de consulta: 07/08/17).

<sup>131</sup> Se puede consultar el texto en: [http://www.eluniversal.com/noticias/politica/venezuela-rechaza-decision-del-mercosur-por-considerarla-injerencista\\_646494](http://www.eluniversal.com/noticias/politica/venezuela-rechaza-decision-del-mercosur-por-considerarla-injerencista_646494) (fecha de consulta: 07/08/17).

*la expulsión del Estado involucrado* sino que implica un seguimiento de cerca de la situación, un acompañamiento, la búsqueda de soluciones, un diálogo, una contribución y una ayuda para asegurar que los principios democráticos estén totalmente vigentes (...) Por eso, *discutir estas cuestiones no es 'injerencismo'*"<sup>132</sup>.

Como bien recuerda PASTORINO: "[T]odo ello en el marco de un proceso de solución de controversias..."<sup>133</sup>.

Por otra parte, la MESA DIRECTIVA DEL PARLASUR acordó, en fecha 24 de abril, crear "un grupo de alto nivel de negociación, en el marco de la mesa directiva que pueda propiciar el diálogo político en Venezuela" para reunirse con el presidente, la canciller, el presidente de la Asamblea Nacional (de mayoría opositora) y el presidente del Tribunal Supremo de Justicia. De este modo, se intenta "buscar un camino de diálogo entre las partes... que pueda allanar el conflicto político que existe en Venezuela"<sup>134</sup>. De tal guisa, el grupo se constituiría en una instancia de mediación política, dado que la OEA –en palabras del Vicepresidente uruguayo del Parlamento regional– "no puede mediar en la situación porque el Secretario General Luis Almagro hoy es parte del conflicto"<sup>135</sup>.

Ya en fecha 1 de mayo de 2017, el Presidente de Venezuela, Nicolás Maduro, convocó, para fin de julio, la elección para elegir una Asamblea Nacional Constituyente, con la finalidad de disponer una nueva Carta Magna para el país y como medio de alcanzar la paz y vencer "el golpe fascista" de Estado. A su vez, la oposición llamó a desobedecer la convocatoria debido a que constituye "la consumación del golpe de Estado continuo" a la Constitución<sup>136</sup>.

<sup>132</sup> REPÚBLICA ARGENTINA, MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO, "Información para la Prensa N° 104/17: Cancilleres del MERCOSUR se reunieron en Buenos Aires por la situación en Venezuela", 01 Abril 2017; disponible en: <https://www.mrecic.gov.ar/cancilleres-del-mercosur-se-reunieron-en-buenos-aires-por-la-situacion-en-venezuela>. (fecha de consulta: 07/08/17). La cursiva es nuestra.

<sup>133</sup> Conf. PASTORINO, ANA MARÍA, *op. cit.*

<sup>134</sup> <http://www.telesurtv.net/news/Parlasur-crea-grupo-de-alto-nivel-y-pide-dialogo-en-Venezuela-20170425-0018.html> (fecha de consulta: 07/08/17).

<sup>135</sup> CAGGIANI, DANIEL, en: <https://www.parlamentomercosur.org/innova/portal/v/13527/1/parlasur/daniel-caggiani—se-crea-grupo-de-alto-nivel—de-la-mesa-directiva-que-pueda-propiciar-el-dialogo—politico-en-venezuela.html> (fecha de consulta: 07/08/17).

<sup>136</sup> Consultar, por caso: <http://www.huffingtonpost.es/2017/05/03/venezuela>

Por su parte, el PARLASUR, con fecha 8 de junio, instaló una audiencia pública en la Asamblea Nacional venezolana para evaluar el respeto a los derechos humanos en el país y, posteriormente, elaborar un informe que luego será presentado en plenaria de la Cámara subregional<sup>137</sup>.

A su vez, los JEFES DE ESTADO DEL MERCOSUR, de los Estados Asociados de Chile, Colombia y Guyana, y de México, en ocasión de la *L Reunión Ordinaria del CMC*, realizada en Mendoza –con fecha 21 de julio de 2017–, aprobaron la *Declaración sobre la Situación en la República Bolivariana de Venezuela* a través de la cual:

*"(...) reiteran su profunda preocupación por el agravamiento de la crisis política, social y humanitaria en la República Bolivariana de Venezuela. Hacen un urgente llamado al cese de toda violencia y a la liberación de todos los detenidos por razones políticas, instando al restablecimiento del orden institucional, la vigencia del Estado de derecho y la separación de poderes, en el marco del pleno respeto de las garantías constitucionales y los derechos humanos. Exhortan al Gobierno y a la oposición a no llevar a cabo ninguna iniciativa que pueda dividir aún más a la sociedad venezolana o agravar conflictos institucionales. (...)"*<sup>138</sup>

El 30 de julio tuvo lugar la elección de la Asamblea constituyente de Venezuela.

Los cancilleres de los cuatro Estados originarios del bloque, reunidos en la ciudad de San Pablo, Brasil, el día 5 de agosto de 2017, "sin hacer mención alguna al proceso de la Asamblea Nacional Constituyente"<sup>139</sup>,

[zuela-convoca-su-asamblea-nacional-constituyente-eso-que-s\\_a\\_22066765/](http://www.el-nacional.com/noticias/mundo/zuela-convoca-su-asamblea-nacional-constituyente-eso-que-s_a_22066765/) (fecha de consulta: 07/08/17).

<sup>137</sup> Ver: [http://www.el-nacional.com/noticias/mundo/parlasur-instalo-audiencia-publica-para-tratar-venezuela\\_186688](http://www.el-nacional.com/noticias/mundo/parlasur-instalo-audiencia-publica-para-tratar-venezuela_186688) (fecha de consulta: 07/08/17).

<sup>138</sup> MERCOSUR, "Declaración sobre la situación en la República Bolivariana de Venezuela", Mendoza, 21/07/17; disponible en: [http://www.mercosur.int/innovaportal/file/4506/1/declaracion-sobre-situacion-de-venezuela\\_es.pdf](http://www.mercosur.int/innovaportal/file/4506/1/declaracion-sobre-situacion-de-venezuela_es.pdf) (fecha de consulta: 07/08/17).

<sup>139</sup> Conf. NODAL (Noticias de América Latina y el Caribe), "La decisión de excluir a Venezuela del MERCOSUR de manera "indefinida" y el rechazo del Gobierno nacional", 6 agosto de 2017; disponible en: <https://www.nodal.am/2017/08/la-decision-excluir-venezuela-del-mercosur-manera-indefinida-rechazo-del-gobierno-nacional/> (fecha de consulta: 07/08/17).

adoptan la "Decisión sobre la suspensión de la República Bolivariana de Venezuela en el MERCOSUR en aplicación del Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR" que expresa:

*"La República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay,*

**CONSIDERANDO**

*Que, de acuerdo a lo establecido en el Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR, suscripto el 24 de julio de 1998, la plena vigencia de las instituciones democráticas es condición esencial para el desarrollo del proceso de integración;*

*Que toda ruptura del orden democrático constituye un obstáculo inaceptable para la continuidad del proceso de integración;*

*Que, en las consultas realizadas entre los Cancilleres de los Estados Partes del MERCOSUR, se constató la ruptura del orden democrático de la República Bolivariana de Venezuela, consignada en la 'Declaración de los Estados Partes del MERCOSUR sobre la República Bolivariana de Venezuela' del 1º de abril de 2017 y, desde entonces, celebraron consultas entre sí y solicitaron al Estado afectado la realización de consultas;*

*Que las consultas con la República Bolivariana de Venezuela resultaron infructuosas debido al rechazo de este Gobierno a la celebración de las mismas en el marco del Protocolo de Ushuaia;*

*Que no se han registrado medidas eficaces y oportunas para la restauración del orden democrático por parte del Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela;*

*Que el espíritu del Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR es el restablecimiento de la institucionalidad democrática en el Estado afectado;*

*Que la aplicación del Protocolo de Ushuaia no debe interferir en el funcionamiento del MERCOSUR y de sus órganos, ni producir perjuicio alguno al pueblo venezolano;*

*Que los Estados Partes del MERCOSUR se comprometen a trabajar en favor del restablecimiento del orden democrático en la República Bolivariana de Venezuela y en la búsqueda de una solución negociada y duradera en pro del bienestar y el desarrollo del pueblo venezolano.*

**DECIDEN:**

*1) Suspender a la República Bolivariana de Venezuela en todos los derechos y obligaciones inherentes a su condición de Estado*

*Parte del MERCOSUR, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 5° del Protocolo de Ushuaia.*

*La suspensión a la que se refiere el párrafo anterior tendrá efectos a partir de la fecha de la comunicación de la presente Decisión a la República Bolivariana de Venezuela, de acuerdo a lo previsto en el artículo 6° del Protocolo de Ushuaia.*

*2) Los Estados Partes definirán medidas con vistas a minimizar los impactos negativos de esta suspensión sobre el pueblo venezolano.*

*3) La suspensión cesará cuando, de acuerdo a lo establecido en el artículo 7° del Protocolo de Ushuaia, se verifique el pleno restablecimiento del orden democrático en la República Bolivariana de Venezuela.*

*4) Mientras dure la suspensión, lo previsto en el inciso iii) del artículo 40 del Protocolo de Ouro Preto se producirá con la incorporación que realicen Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, en los términos del inciso ii) de dicho artículo.*

*São Paulo, 5 de agosto de 2017.*

*Jorge Marcelo Faurie – República Argentina – Aloysio Nunes Ferreira- República Federativa del Brasil – Eladio Loizaga – República del Paraguay – Rodolfo Nin Novoa – República Oriental del Uruguay*<sup>140</sup>.

Inmediatamente, comunicado oficial mediante del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, Venezuela protesta y rechaza la Declaración mediante la cual pretenden aplicar(le) ilegalmente el Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en MERCOSUR. La misma manifiesta:

*"La República Bolivariana de Venezuela protesta y rechaza enérgicamente la Declaración emitida en São Paulo, Brasil, de fecha 05 de agosto de 2017... mediante la cual pretenden aplicar ilegalmente a Venezuela el Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en MERCOSUR.*

<sup>140</sup> Conf. REPÚBLICA ARGENTINA, MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO, "05 Agosto 2017. Información para la Prensa N° 316/17: Decisión sobre la suspensión de la República Bolivariana de Venezuela en el MERCOSUR en aplicación del Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR"; disponible en: <http://www.cancilleria.gob.ar/decision-sobre-la-suspension-de-la-republica-bolivariana-de-venezuela-en-el-mercosur-en-aplicacion> (fecha de consulta: 07/08/17).

*La República Bolivariana de Venezuela alerta a los pueblos del mundo ante la grosera injerencia de quienes tuercen los caminos legales para provocar intervenciones erráticas, violatorias de los más elementales principios del derecho internacional. Nefastos intereses anti integracionistas han convertido a MERCOSUR en un órgano de persecución política contra Venezuela al procurar avanzar en una senda de ilegalidad e intolerancia política semejante a la que fue sometida la República de Cuba en los años 60 del pasado siglo (...)*

*Es la segunda vez, en menos de un año, que se pretende arbitrariamente suspender a Venezuela de la organización mediante argumentos artificiales, lo cual es una clara muestra del tenor intervencionista, y alejado del Derecho, de estos Cancilleres de la nueva Triple Alianza, así como de la verdadera intención política que los motiva. Quedarán marcados por la historia los nombres de los Presidentes y Cancilleres que han tomado esta aberrante e ilegal decisión.*

*La utilización de la declaración de los cuatro Cancilleres del 01 de abril de 2017 ... constituye una corrupción a la integridad del sistema legal organizacional que busca posicionar una matriz mediática para excusar sanciones injustas, carentes de sustento jurídico e incluso inexistentes dentro del ordenamiento constitutivo de la organización...*

*Si en torno a principios y protección de la democracia se abriera un debate, serían los gobiernos que hoy condenan a Venezuela los que tendrían que 'justificar' por qué no han ratificado su compromiso con el acervo democrático regional, a través de los Protocolos de Ushuaia I y de Ushuaia II... El único gobierno al que legalmente debería aplicarse el Protocolo de Ushuaia es al que hoy mal gobierna al Brasil, encabezado por una tragicomedia de mafias económicas y parlamentarias que ni siquiera gozan de la legitimidad del voto (...)*

*Nada ni nadie puede suspendernos ilegalmente del MERCOSUR. Venezuela es MERCOSUR porque está sembrada en el corazón de sus pueblos y no podrán evitar que sigamos latiendo como la esperanza de liberación y justicia de millones.*

*Caracas, 05.08.17<sup>141</sup>.*

<sup>141</sup> REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, MINISTERIO DEL PODER POPULAR PARA LAS RELACIONES EXTERIORES, "Venezuela protesta y rechaza Declaración mediante la cual pretenden aplicar ilegalmente a Venezuela el Protocolo

a) Seguidamente, realizaremos *algunas consideraciones* de lo expuesto *desde dos perspectivas*:

a).1. *Desde la dimensión jurídica* se advierte un problema de enfoque (en el diagnóstico y en la solución) del problema: todo el asunto ha girado "invariablemente" al compás de la lógica del derecho internacional tradicional, no de la del derecho de la integración.

Para precisar la consigna conviene recordar lo que enseñaba el profesor MIGUEL ÁNGEL EKMEKDJIAN:

"... surgen claramente las fundamentales diferencias que deben separar al derecho comunitario del derecho internacional público.

**Ése es el único medio por el cual el derecho comunitario puede cumplir su misión: servir al proceso de integración supranacional. De otra manera, esto, si queda atado al derecho internacional público, para nada sirve a tal proceso**<sup>142</sup>.

Resulta, cuanto menos, paradójico que se postule una defensa del proceso integrador y de su derecho, al tiempo que se reivindica una lógica que, en los hechos, lo posterga.

Este extremo se advierte, incluso, para el órgano que impone sanciones a Venezuela, las que son decididas y adoptadas por los *Cancilleres "reunidos"* de los Estados Parte fundadores del bloque (al menos, las de fechas 13/09/16, 02/12/16 y 05/08/17). Ahora bien, *no existe la mentada "Reunión de Cancilleres" como órgano regional*: no ha sido creada en ningún tratado fundamental del bloque.

El hecho no es menor puesto que un mínimo criterio de competencia (y validez jurídica de los actos de gobierno "comunitarios") reclamará facultades suficientes de parte del órgano de una persona jurídica internacional (MERCOSUR) que es distinta de la de sus miembros (arg. a tenor art. 34 *Protocolo de Ouro Preto*).

El acto sería, técnicamente inexistente; a menos, claro está, que se diga que se está en presencia del exclusivo campo del derecho internacional donde los gobiernos pueden modificar lo pactado. Pues bien, en este caso, le sería inoponible a Venezuela porque no participó del "nuevo" acuerdo producido "de hecho".

---

de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en MERCOSUR", Caracas, 5 de agosto de 2017; disponible en: <http://mppre.gob.ve/?p=10637> (fecha de consulta: 07/08/17).

<sup>142</sup> EKMEKDJIAN, MIGUEL ÁNGEL, "Introducción al derecho comunitario latino americano (con especial referencia al MERCOSUR)", Buenos Aires, Depalma, 1994, p. 258. El **resaltado** nos pertenece.

Asimismo, es una técnica inadecuada (el enfoque *iusinternacionalista* excluyente) puesto que desconoce la naturaleza y finalidades diversas de los órdenes jurídicos internacional y de la integración: el primero finca en la "cooperación", el último, en el carácter "asociativo"<sup>143</sup>. En concreto, la carencia de idoneidad del derecho internacional para solucionar problemas de integración se debe al hecho de que el derecho de gentes fue concebido para satisfacer las necesidades de una sociedad con una estructura muy diferente al de la integración (que contiene una lógica comunitaria)<sup>144</sup>.

Tal inteligencia ha sido resaltada expresamente en la propia jurisprudencia regional, que ha establecido que:

"Al hacer esta aseveración el TPR [TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN] es consciente de que no obstante de que **los principios y disposiciones del derecho internacional** están incluidos en el Protocolo de Olivos como uno de los referentes jurídicos a ser aplicados (Art. 34), **su aplicación siempre debe ser solo en forma subsidiaria (o en el mejor de los casos complementaria) y solo cuando fueren aplicables al caso. Nunca de manera directa y primera, como desde luego corresponde en un derecho de integración (que ya lo tiene el MERCOSUR)** y en un derecho comunitario al cual se aspira (que todavía no lo tiene el MERCOSUR) por la ausencia de la tan anhelada supranacionalidad. **En suma, el derecho de integración tiene y debe tener suficiente autonomía de las otras ramas del Derecho. El no considerar ello contribuirá siempre de manera negativa al desarrollo de la institucionalidad y normativa mercosureña**<sup>145</sup>.

<sup>143</sup> Conf. FERNÁNDEZ REYES, JORGE E., "El orden jurídico del MERCOSUR", en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, N° 9, 2006, pp. 27-51.

<sup>144</sup> Ver: PESCATORE, PIERRE, "International Law and Community Law. A Comparative Analysis", *Common Market Law Review*, Vol. 7, N° 2, 1970, pp. 167-183.

<sup>145</sup> TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN, MERCOSUR, Asunción del Paraguay, 20/12/05, "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'", Considerando 9; disponible en el sitio: <http://www.mercosur.int/innovaportal/v/375/2/innova.front/laudos>. (fecha de consulta: 07/08/17). El **resaltado** nos pertenece.

En segundo lugar, en relación a la decisión adoptada en fecha 02/12/16, que dispone: "*el cese del ejercicio de los derechos inherentes a la condición de Estado Parte del MERCOSUR de la República Bolivariana de Venezuela*" y que "[*Dicha medida, ... tiene su fundamento en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, tanto en carácter de principio general del derecho como en su condición de norma consuetudinaria (...)*]"

En primer término debe precisarse que "*el cese del ejercicio de los derechos inherentes a la condición de Estado Parte del MERCOSUR*" es exactamente eso: cese, conclusión, terminación; por tanto, no hay lugar aquí para entender "suspensión". Como recuerda el adagio latino "*in claris non fit interpretatio*".

Asimismo, y como bien hace notar la profesora PASTORINO, "[*La*] razón esgrimida para el apartamiento de Venezuela de su condición de miembro pleno, fue la falta de incorporación de la normativa mercosuriana, de acuerdo al cronograma establecido. Aunque pueda ser de recibo, la misma no tiene anclaje en el orden jurídico vigente en el MERCOSUR"<sup>146</sup>.

Igualmente, en la notificación a Venezuela de fecha 2 de diciembre de 2016 se invocó, continúa puntualizando la jurista uruguaya, "*a la Convención de Viena 'tanto en carácter de principio general del derecho como en su condición de norma consuetudinaria', expresión no adecuada técnicamente, aunque queda claro que fue incluida debido a que Venezuela no se encuentra vinculada convencionalmente por la misma*"<sup>147</sup>. Incluso más, "[*Para la aplicación de las normas sustantivas, el Convenio de Viena prevé un procedimiento específico, que no se ajusta a los pasos dados por los países fundadores del proceso de integración regional*]"<sup>148</sup>.

Por ello, la sanción es a todas luces improcedente: principiando por la inexistencia de la sanción misma en el acervo normativo comunitario. Nuevamente, resulta evidente la improcedencia de recurrir al derecho internacional clásico. Asiste razón al profesor ANTONIO CANTARO cuando –en relación al proceso de integración europeo, plenamente aplicable al caso *sub examine*– expresaba:

**"... no se prevé que el procedimiento sancionatorio pueda concluir, como ocurre en los procedimientos de derecho**

<sup>146</sup> PASTORINO, ANA MARÍA, *op. cit.*

<sup>147</sup> *Ibidem.*

<sup>148</sup> *Ídem*

**internacional, con la exclusión y la expulsión del Estado que incurra en incumplimiento**<sup>149</sup>.

Cabe mencionar, igualmente, la gravedad que supone para la vivencia de la integración, para el derecho internacional y comunitario, como también, para la historia de las relaciones diplomáticas latinoamericanas, el hecho inédito de la agresión física a un/a canciller de un país hermano (en cualquier caso; incluso, si se alegare que su presencia hubiera sido considerada improcedente o incorrecta). Huelga manifestar que no es esa la forma de resolver los problemas en un proceso de integración, por insuperables que fueran las diferencias personales, políticas o ideológicas entre los funcionarios de los Estados Parte.

Es que la idea de *calidad (institucional)* no desdeña la *calidez (en el trato y la negociación)*, que *no supone resignar firmeza y convicción*; al contrario. Quizá no resulte de vicio recordar que para una comunidad de integración resulte indudablemente más productivo hacer constante honor a un viejo refrán (aunque alterando, ahora, sus factores): "*lo valiente no quita lo cortés*".

No obstante, debe quedar claramente establecido que la *observancia de los principios estructurantes de vigencia del Estado de Derecho y del orden democrático y de respeto a los derechos humanos* hacen parte del **ordre public communautaire**.

Por tanto, los Estados Parte están suficientemente autorizados a resolver sobre el particular cuando alguno de sus miembros lo transgrediera. En tal caso, deberá procederse a imponer las sanciones que prevé, por caso, el *Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile* de 1998<sup>150</sup>.

<sup>149</sup> CANTARO, ANTONIO, *Europa soberana. La constitución de la Unión entre guerra y derechos*, Barcelona, El Viejo Topo, 2006, p. 116; y agregaba, citando a TIZZANO, que no se trata sino "de la inevitable consecuencia de la peculiar naturaleza del proceso de integración, que reconduce los componentes individuales a un conjunto unitario y coherente, *haciendo irreversible en principio su participación en el mismo*." El **resaltado** y la *cursiva* nos pertenecen.

<sup>150</sup> *Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile*:

"ARTÍCULO 4: En caso de ruptura del orden democrático en un Estado Parte del presente Protocolo, los demás Estados Partes promoverán las consultas pertinentes entre sí y con el Estado afectado.

Sin embargo, y como bien ha hecho notar LUCIANO GÓMEZ, la declaración del 13/09/16 (que estableció el plazo de 1 de diciembre de 2016), para incorporar el acervo normativo mercosureño por parte de Venezuela expresó que, si bien faltaba el *Protocolo de Asunción sobre Compromiso con la Promoción y Protección de los Derechos Humanos del MERCOSUR* (2005), pareciera ser que los Estados no hubieran querido profundizar este asunto de manera más certera. En otras palabras, *el argumento jurídico para el cese de Venezuela, ha sido la falta de incorporación de las normas del MERCOSUR*, y los Estados del bloque han querido evitar usar (por lo menos hasta ese momento) el *Protocolo de Ushuaia sobre el Compromiso con la Democracia en el MERCOSUR*<sup>151</sup>.

Recién se resuelve esgrimir la *razón de transgresión de orden democrático* (y la consecuente aplicación del *Protocolo de Ushuaia*) en la Decisión de fecha 5 de agosto de 2017 que suspende a Venezuela.

Aunque sea procedente la medida, no logran despejarse algunas dudas que surgen en relación a la mentada Decisión: en primer término, la sanción es dispuesta –nuevamente– en nombre del bloque por un órgano comunitario inexistente ("Reunión de Cancilleres"); en segundo lugar, se manifiesta que "*las consultas con la República Bolivariana de Venezuela resultaron infructuosas*", aunque son los propios países fundantes del MERCOSUR quienes niegan a Venezuela el derecho de participar de alguna reunión del bloque vedándole el derecho de audiencia y el derecho de defensa (por tanto, en violación al debido proceso); finalmente, parece inconsistente –juridicamente hablando– "suspender" a alguien que ya se encontraba "cesado"<sup>152</sup>.

---

ARTÍCULO 5: Cuando las consultas mencionadas en el artículo anterior resultaren infructuosas, los demás Estados Partes del presente Protocolo, en el ámbito específico de los Acuerdos de integración vigentes entre ellos, considerarán la naturaleza y el alcance de las medidas a aplicar, teniendo en cuenta la gravedad de la situación existente.

Dichas medidas abarcarán desde la suspensión del derecho a participar en los distintos órganos de los respectivos procesos de integración, hasta la suspensión de los derechos y obligaciones emergentes de esos procesos". Disponible en: [www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/es/archivos/destacado4\\_es.doc](http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/es/archivos/destacado4_es.doc) (fecha de consulta: 07/08/17).

<sup>151</sup> Ver: GÓMEZ, LUCIANO BENJAMÍN, *op. cit.*

<sup>152</sup> Naturalmente, con base en tales inquietudes no sería impensable formular algunas preguntas y/o precisiones, como ser: ¿No será una de las dos resoluciones (o la suspensión, o el cese de Venezuela) inválida?

---

a).2. Todo lo cual lleva a considerar que del presente laberinto jurídico –caracterizado, cuanto menos, por su desprolijidad, sólo cabría salir desde la *dimensión política* –si lo que realmente se quiere es preservar el espíritu de la integración, la relación entre los Estados Parte y el bienestar de los ciudadanos del bloque, en particular de los venezolanos–.

Sin embargo, pareciera que el MERCOSUR –en relación a Venezuela y su crisis interna–, al menos desde fines de 2015, nunca se hubiera pensado a sí mismo como instancia de diálogo sino, por el contrario, como base de confrontación, evaporando toda posibilidad real de influir pro-positivamente en la solución del problema. Tal extremo viene a ser confirmado por el accionar, principalmente, de Argentina y Brasil en el seno de la OEA, intentando aplicarle sanciones al Estado venezolano.

De modo que se ha soslayado –deliberadamente; en particular, de parte de los socios mayores del bloque– un principio cardinal de todo proceso de integración regional: *totum est maius sua parte summa*, abandonando la posibilidad de terciar como bloque para que la unidad prevaleciera sobre el conflicto, revelando falta de capacidad para gestionar la unidad en la diversidad.

Paralelamente, se ha otorgado escasa relevancia a la "diplomacia parla-mentaria" del PARLASUR que parece presentar un enfoque más constructivo; posiblemente, debido a su misma composición ideológica plural.

Sin embargo, no debería descartarse –entiende cierta doctrina<sup>153</sup>–

---

¿Si se considera válida la última en el tiempo (la suspensión, en este caso) quiere decir que la primera (el cese) se considera, de hecho, inválida? ¿No debió dejarse sin efecto el cese y, recién después, imponer la suspensión –por el órgano competente, claro está–? O quizás, ¿no debió hacerse referencia a la primera, aclarándola? Si se considera que la primer resolución (el cese) era válida; luego, es inútil la segunda (la suspensión). Por el contrario, si es inválida (aunque el tema se encuentre *pendente lite* por ante el Tribunal regional) ¿cuál es la razón para considerar que ahora será correcta la sanción adoptada (la suspensión)? Con una mínima lógica, si fue inválida la anterior sanción (el cese); luego, se violó el derecho de defensa del Estado Parte y su facultad para ser parte de las reuniones comunitarias y, por tanto, las decisiones regionales dispuestas desde entonces también serían nulas (o cuanto menos, le serían inoponibles).

<sup>153</sup> Ver: GÓMEZ, LUCIANO BENJAMÍN, *op. cit.*

la posibilidad de que también hubiere influido el contexto de las negociaciones del MERCOSUR con la Unión Europea en las decisiones adoptadas por los Estados Parte fundadores del bloque, ya que –en opinión de algunos– la presencia de Venezuela podría haber obstaculizado las negociaciones<sup>154</sup>. Aquí vuelve a aplicar lo antedicho: *las partes podrían (y deberían) haber negociado* sobre el particular sin haber llegado a generar tamaño conflicto regional, precedente lamentable en la historia de las relaciones latinoamericanas e injustificable práctica des-integradora *ad intra* MERCOSUR.

A no dudarlo, la historia de la integración verá en todo este accionar una triste manifestación de lo que configura *contra-acervo comunitario*<sup>155</sup>.

Queda claro, entonces, que en "el MERCOSUR parece que la finalidad objetiva de la integración está en crisis en gran medida por carencia de finalidad subjetiva actual orientada a él"<sup>156</sup>.

#### **1.1.1.1.2. Consideración sobre el Parlamento del MERCOSUR y "su lugar" en el bloque. Participación ciudadana y vigencia del principio democrático.**

Una faceta que genera preocupación es "el lugar" y consideración que el PARLASUR (y por extensión, los parlamentarios regionales) tiene en el proceso regional; en particular, el trato que le dispensan los demás órganos comunitarios y/o los Estados Parte.

Aquí llama la atención, pese a ser el PARLAMENTO DEL MERCOSUR el "órgano de representación de sus pueblos" que, entre otros fines, asume "la promoción y defensa permanente de la democracia, la libertad y la paz", garantiza "la participación de los actores de la sociedad civil en el proceso de integración" y estimula "la formación de una conciencia colectiva de valores ciudadanos y comunitarios para la integración" (artículos 1 y 2 del *Protocolo Constitutivo del Parlamento del MERCOSUR* [PCPM], diciembre de 2005), la escasa

<sup>154</sup> En tal caso, estaríamos presenciando un caso concreto de distinción entre *motivo* y *razón alegada*, como predica el trialismo. Sobre el particular, consultar: GOLDSCHMIDT, WERNER, *op. cit.*, p. 57.

<sup>155</sup> A mayor abundamiento sobre el tema, consultar: PESCATORE, PIERRE, "Aspectos judiciales del 'acervo comunitario'", en "Revista de Instituciones Europeas", vol. 8, N° 2, 1981, Madrid, pp. 331-366.

<sup>156</sup> CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, "Bases del pensamiento jurídico", 1<sup>a</sup> ed., Rosario, UNR Editora, 2012, p. 24.

deferencia (del CONSEJO DEL MERCADO COMÚN [CMC] y/o de los Presidentes de los Estados Parte) hacia las solicitudes que viene planteando el órgano que constituye jurídicamente –y con las limitaciones de sus competencias–, la instancia democrática por excelencia del bloque.

Sobre el particular, deviene menester puntualizar dos circunstancias: por una parte, la ausencia de realización del informe que la PRESIDENCIA *PRO TEMPORE* DEL MERCOSUR debió efectuar de conformidad con el Artículo 4, inciso 7 del PCPM<sup>157</sup>; de otra, la falta de respuesta adecuada a la solicitud de informes que remitiera el PARLASUR al CMC "sobre los antecedentes y el estado actual de situación de las negociaciones del Acuerdo de Asociación con la Unión Europea" (conforme se consigna en la Solicitud MERCOSUR/PM/So/PI/02/2016, del 1º de diciembre de 2016<sup>158</sup>) fundado en "[L]os principios de transparencia que guían las relaciones institucionales del MERCOSUR" y en que "es fundamental que el PARLAMENTO DEL MERCOSUR cuente con la información precisa y adecuada, en tiempo y forma, sobre el tema para que pueda expresar opinión con el fin de que sus aportes favorezcan a la integración e intereses de los Bloques"<sup>159</sup>.

Asimismo, al interior de alguno de los Estados Parte pareciera minusvalorarse la importancia y relevancia que la función parlamentaria regional –y por extensión del PARLASUR mismo– tiene para el proceso integrador.

<sup>157</sup> El Artículo 4, inciso 7, del PCPM establece entre las competencias del PARLASUR la de: "Recibir, al inicio de cada semestre, a la PRESIDENCIA *PRO TEMPORE* DEL MERCOSUR, para que presente el programa de trabajo acordado, con los objetivos y prioridades previstos para el semestre".

<sup>158</sup> Ver: <https://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/file/13014/1/pi-02-2016.pdf> (fecha de consulta: 07/08/17). Recuérdese – como expresamente lo hace la propia solicitud a la que referimos–, que el artículo 4º, inciso 4º, del PCPM establece su competencia para efectuar "pedidos de informe y opiniones por escrito a los órganos decisarios y consultivos del MERCOSUR establecidos en el Protocolo de Ouro Preto sobre cuestiones vinculadas al desarrollo del proceso de integración", los cuales "deberán ser respondidos en un plazo máximo de 180 días" y, a su vez, el inciso 5º del mismo artículo le confiere competencia para "invitar, por intermedio de la PRESIDENCIA *PRO TEMPORE* DEL CMC, a representantes de los órganos del MERCOSUR para informar y/o evaluar el desarrollo del proceso de integración, intercambiar opiniones y tratar aspectos relacionados con las actividades en curso o asuntos en consideración".

<sup>159</sup> *Ibidem*.

En este caso, resulta menester consignar dos aspectos de relevancia: a) el desconocimiento de las inmunidades parlamentarias y b) la negativa a sufragar la retribución de los diputados regionales.

a) *En el primer caso*, la postura deviene del Poder Judicial argentino. La CÁMARA NACIONAL ELECTORAL ha establecido en la causa "Milman"<sup>160</sup>:

"12) Que, ahora bien, dada la naturaleza de las inmunidades reconocidas por la Constitución Nacional para los miembros integrantes del Congreso, resulta claro que las mismas no podrían extenderse por una ley linealmente a supuestos no previstos por los Constituyentes (...)

13) Que, es sabido que frente al análisis o interpretación de un privilegio, inmunidad o prerrogativa, la regla complementaria de interpretación que debe utilizarse es la "restrictiva", ello así pues debe preservarse el mencionado derecho a la igualdad consagrado en el artículo 16 de nuestro texto constitucional (...) que 'una ley de rango inferior no puede crear más inmunidad que las que contiene la Carta Magna; lo contrario implicaría crear inmunidades no instituidas por los constituyentes, otorgando una garantía de antejuicio que únicamente puede conferir la [l]ey Fundamental' (...)

14) Que, en este orden de consideraciones solo puede inferirse que –toda vez que la ley cuestionada al extender los sujetos por los que se encuentran alcanzados los privilegios según la norma constitucional, realizaría una ampliación que no respondería a los principios de interpretación constitucional– **no correspondería entender que la norma traída a estudio** [refiere artículo 16 de la ley 27.120<sup>161</sup>] **autorice a extender lisa y llanamente a**

<sup>160</sup> CÁMARA NACIONAL ELECTORAL, Causa "Milman, Gerardo Fabián c/Estado Nacional – Poder Ejecutivo Nacional s/proceso de conocimiento – respecto del artículo 16 de la ley 27.120" (Expte. N° CNE 1858/2015/CA1-CA2), Buenos Aires, 15/10/16, con firma de los jueces CORCUERA, DALLA VÍA Y MUNNE.

<sup>161</sup> Artículo 16 de la Ley 27.120 de la República Argentina ("Elección de parlamentarios del MERCOSUR"): "En todo lo que no estuviese previsto por el Protocolo Constitutivo del PARLAMENTO DEL MERCOSUR o no se regulare específicamente por los organismos competentes, los parlamentarios del MERCOSUR en representación de la ciudadanía argentina, serán asimilados en el derecho interno a los diputados nacionales. Serán aplicables a su respecto, siempre que no hubiere disposición específica, las disposiciones que regulan la condición de aquéllos en cuanto a

**los representantes argentinos ante el PARLAMENTO DEL MERCOSUR, los privilegios e inmunidades que la Constitución concede a los miembros del Congreso** (cf. artículos 68 y 69 de la Constitución Nacional)<sup>162</sup>.

Aquí, la jurisprudencia ha dado preeminencia a otro orden jurídico, el interno, en desmedro del paradigma comunitario; vale decir, no se comprende que el derecho (y la normativa) de la integración es un ***tertium genus***.

Como bien ha explicado ALEJANDRO PEROTTI:

"En definitiva, la *primacía*, lo mismo cabe decir respecto de los efectos *directo* e *inmediato*, del derecho MERCOSUR no se deriva de norma nacional o internacional alguna, sino de su propia esencia y naturaleza. Por ello **recurrir a elementos que se ubican fuera del ordenamiento de la integración, aun cuando sea a las disposiciones de la Constitución, a la jurisprudencia de los tribunales o a la doctrina interna, lleva el pecado original de desconocer su 'autonomía' con respecto al derecho nacional y al derecho internacional**. La opción por reconocer estas tres notas del Derecho comunitario no descansa en 'habilitaciones' del derecho interno, sino, precisamente, en la existencia de ciertas características del propio ordenamiento regional. En otras palabras, para considerar si en el Derecho MERCOSUR se pueden reconocer cualquiera de los principios mencionados el análisis debe acotarse a la investigación de si se presentan o no las notas esenciales para la vigencia de éstos; tal pesquisa no puede tener su núcleo central sino a partir del propio Derecho MERCOSUR"<sup>163</sup>.

De manera que la Cámara no se hace eco de la correcta doctrina integracionista pues, en todo caso, correspondería al órgano comunitario pronunciarse sobre la inmunidad y privilegios de sus integrantes (no a un tribunal nacional) y, en su caso, suspenderlos, puesto que es un órgano regional con personalidad propia, creado por los Estados mismos, que no puede estar sometido a las decisiones de cada uno de ellos y, de consiguiente, un Estado no puede privar

---

inmunidades parlamentarias, regímenes remuneratorios, laborales, previsionales y protocolares."

<sup>162</sup> El **resaltado** es nuestro.

<sup>163</sup> PEROTTI, ALEJANDRO D., *op. cit.* El **resaltado** nos pertenece.

a un diputado del bloque de sus inmunidades y privilegios hasta que el Parlamento regional así lo hubiere dispuesto<sup>164</sup>.

En virtud de lo antedicho, era previsible *una Declaración del PARLAMENTO DEL MERCOSUR* (MERCOSUR/PM/DECL. 01/2016), que tiene lugar en marzo de 2016<sup>165</sup>.

b) *En relación a la negativa a sufragar la retribución de los parlamentarios del MERCOSUR* de parte del gobierno argentino –que sólo acepta pagar pasajes y viáticos para las sesiones que cada mes se realizan en Montevideo a los diputados electos al PARLASUR, conforme la Decisión Administrativa N° 152/2016 de Jefatura de Gabinete de Ministros– entendemos correcta la jurisprudencia en la causa "Karlen" que, entre otras consideraciones, puntuó:

"4º) ... corresponde destacar que el *Protocolo Constitutivo del PARLAMENTO DEL MERCOSUR* dispone en su artículo 1º que el referido Parlamento se constituye como 'órgano de representación de sus pueblos' y en el artículo 5º que '[l]os integrantes del PARLAMENTO [...] tendrán la calidad de Parlamentarios del MERCOSUR', por lo que en modo alguno puede entenderse –tal como subyace en el planteo del demandante– que su condición como parlamentario del MERCOSUR lo sea en calidad de 'representante del estado argentino' (cf. fs. 92 vta.). (...)

9º) Que ... el *Protocolo Constitutivo del PARLAMENTO DEL MERCOSUR* prevé un régimen remuneratorio de los parlamentarios del Mercosur.

10) ... Ahora bien, no puede dejar de señalarse que no corresponde en el *sub examine* analizar ... el carácter gratuito u oneroso

<sup>164</sup> Conf.: CORTE CENTROAMERICANA DE JUSTICIA, Caso N° 59/03 "Alemán Lacayo / Nicaragua", 12/08/03.

<sup>165</sup> "MERCOSUR/PM/DECL. 01/2016: *Declaración de rechazo a la imposibilidad forzada de la parlamentaria Milagro Sala para concurrir a la XXXVI SO del PARLAMENTO DEL MERCOSUR*.

El PARLAMENTO DEL MERCOSUR DECLARA: Artículo 1: Su rechazo del impedimento al traslado de la Parlamentaria Milagro Sala quien fuera formalmente convocada y que no ha podido concurrir a la sesión del día de la fecha por encontrarse privada de su libertad. La situación encuadra en lo previsto por el artículo 15 del Reglamento de este PARLAMENTO que establece: "...Los desplazamientos de los miembros del PARLAMENTO, a efectos del ejercicio de sus funciones no serán limitados por restricciones legales y administrativas (...)" Disponible en el sitio: <https://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/file/11274/1/decl-01-2016.pdf> (fecha de consulta: 07/08/17). La cursiva nos pertenece.

con que debe ser ejercida aquella función ni la ecuanimidad del referido monto, cuestión acerca de la cual solo puede decirse que **si se encomienda una función pública no puede reputársela, en principio, de carácter gratuito**.

11) Que sólo a mayor abundamiento debe también señalarse que esta situación reconoce **soluciones análogas en el derecho comparado**<sup>166</sup>.

En relación a lo antedicho, es menester puntualizar que la centralidad parlamentaria refleja el grado de compromiso democrático del bloque. Nuevamente, el *animus integrationis* reclama una teleología que comprenda que *el tiempo es superior al espacio*: la construcción de instituciones comunitarias es un proceso de largo aliento que demanda visión y convicción.

Cuando PIERRE PESCATORE pregonaba que: "*la tarea de la integración no podrá ser consolidada definitivamente sino el día en que la Comunidad haya adquirido una legitimidad auténticamente democrática que le sea propia*"<sup>167</sup>, tenía presente a un Parlamento Europeo que, en sus inicios, no tenía función legisferante sino consultiva<sup>168</sup>.

<sup>166</sup> CÁMARA NACIONAL ELECTORAL, Causa "Karlen, Alejandro Hernán c/Estado Nacional, Poder Ejecutivo de la Nación s/amparo" (Expte. N° CNE 1566/2016/CA1), Buenos Aires, 04/10/16, con firma de los jueces CORCUERA Y DALLA VÍA (El **resaltado** y la *cursiva* nos pertenecen). En efecto, la sentencia consigna que el artículo 223.2 del *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* requiere que "[e]l Parlamento Europeo estable[zca] mediante reglamentos adoptados por propia iniciativa, [...] el estatuto y las condiciones generales de ejercicio de las funciones de sus miembros". Así, en el año 2005, el Parlamento Europeo sancionó el Estatuto y condiciones generales de ejercicio de las funciones de sus diputados -el cual entró en vigencia en el año 2009- y allí dispuso, entre otras cuestiones, que '*llos diputados tendrán derecho a una asignación parlamentaria adecuada que les permita asegurar su independencia*' (cf. artículo 9, inciso 1, de la *Decisión del Parlamento Europeo* del 28 de septiembre de 2005 sobre la adopción del Estatuto de los diputados al Parlamento Europeo) y que '*todos los pagos se efectuarán con cargo al presupuesto de la Unión Europea*' (cf. artículo 23, inciso 1)".

<sup>167</sup> PESCATORE, PIERRE, *Derecho de la integración...*, p. 61.

<sup>168</sup> Sobre el Parlamento Europeo y sus competencias "rudimentarias" en los inicios del proceso integrador, consultar -entre otros-: FREELAND LÓPEZ-LECUBE, ALEJANDRO, *Manual de derecho comunitario. Análisis comparativo de la Unión Europea y el MERCOSUR*, Buenos Aires, Ábaco/Universidad Austral; pp. 134 y ss.

*Mutatis mutandi*, en MERCOSUR el criterio sería reforzar la institucionalidad democrática en lugar de desacreditarla.

De tal suerte, la motivación, la acción y la interpretación (académica, política y judicial) deben propender a hacer efectivamente del PARLASUR "la voz del pueblo en el proceso de integración"; es decir, la "Casa de la Democracia mercosureña", caso contrario, se contribuye –aún de modo silente– a vaciar de participación ciudadana el MERCOSUR.

Por lo demás, hay una evidente *incongruencia sistémica* en reclamar "vigencia del orden democrático" a un Estado Parte (*Decisión sobre la suspensión de la República Bolivariana de Venezuela en el MERCOSUR en aplicación del Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR* del 5/8/17) y desacreditar, en ciernes, al propio PARLAMENTO regional (y/o minusvalorar el rango y labor de sus parlamentarios).

#### **1.1.1.1.3. Consideración sobre la Participación social y la representación política.**

Llegados a esta altura, deviene menester resaltar dos hechos que demeritúan la *institucionalidad* del bloque y el *espíritu de integración*.

i) En primer término aparece la supresión del *ALTO REPRESENTANTE GENERAL DEL MERCOSUR* como órgano del *CONSEJO DEL MERCADO COMÚN* (de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 8, inciso VII del *Protocolo de Ouro Preto*) y la reasignación de sus funciones en la *SECRETARÍA DEL MERCOSUR*, conforme lo dispone el CMC por Decisión N° 06/17, de fecha 14/7/17, alegando "que la estructura institucional del MERCOSUR y los órganos que la integran deben adecuarse a las necesidades concretas de cada etapa del proceso de integración"<sup>169</sup>. Quede claro, no hay *supresión por sustitución* (por un órgano comunitario superior), hay *supresión por dilución*.

ii) En segundo lugar, la *PRESIDENCIA PRO TEMPORE* suspendió la *CUMBRE SOCIAL CUMBRE DEL MERCOSUR*, por razones de "seguridad". Por primera vez, desde 2006, el encuentro que semestralmente convoca a organizaciones y movimientos políticos, sociales, culturales y

<sup>169</sup> Consultar: MERCOSUR/CMC/DEC. N° 06/17, Montevideo, 14/VII/17; disponible en: <http://www.mercosur.int/innovaportal/v/8419/2/innova.front/2017> (fecha de consulta: 07/08/17).

sindicales de los Estados Partes del MERCOSUR, y que se realiza en el país a cargo de la conducción del bloque, careció de apoyo oficial<sup>170</sup>.

Como se sabe, las *CUMBRES SOCIALES* expresan el compromiso de los Estados en relación con la creación y el fortalecimiento de canales de representación política y participación social en el MERCOSUR. Tal finalidad se ha expresado, asimismo, en –por ejemplo– la creación de la *UNIDAD DE APOYO A LA PARTICIPACIÓN SOCIAL* (UPS) a la que compete "(...) apoyar la organización de la CUMBRE SOCIAL DEL MERCOSUR"<sup>171</sup> (Conf. Decisión del CMC N° 65/10 de 2010<sup>172</sup>).

Huelgan mayores comentarios respecto de estas dos medidas; particularmente, en relación a las consecuencias en términos de "calidad" institucional.

iii) A lo expresado cabría agregar –en referencia, ahora, al bloque en su conjunto– que, después de más de un cuarto de siglo de vida, el MERCOSUR *siquiera ha considerado como parte de su dinámica comunitaria* a los *Pueblos Indígenas*, habitantes originarios de la región, pre-existentes a sus Estados Parte. También aquí huelgan las palabras.

#### **1.1.1.4. Consideración sobre la institucionalidad: "tenemos una letra pero vamos por otro camino"**

Llegados a esta altura, corresponde realizar algunas otras puntualizaciones en relación a la institucionalidad del bloque que, *per se*, constituye un tema clave para el futuro del proceso de integración (conf. párrafo 7 de los considerandos del *Acuerdo Político*

<sup>170</sup> No obstante, las organizaciones se autoconvocaron y realizaron la CUMBRE en la Facultad de Artes y Diseño de Mendoza, Centro Universitario, Mendoza, Argentina, en fecha 20 de julio de 2017 (Conf.: "Pese a la suspensión oficial en el MERCOSUR, dio inicio la Cumbre de los Pueblos en Mendoza", Nota de Javier Tolcachier, 20/07/17; disponible en: <https://www.pressenza.com/es/2017/07/pese-la-suspension-oficial-en-el-mercosur-dio-inicio-la-cumbre-de-los-pueblos-en-mendoza/> (fecha de consulta: 07/08/17).

<sup>171</sup> Conf.: <http://www.mercosur.int/innovaportal/v/6459/5/innova.front/cumbre-social> (fecha de consulta: 07/08/17).

<sup>172</sup> Ver: MERCOSUR/CMC/Dec. N° 06/17; disponible en: [http://www.mercosur.int/innovaportal/file/5943/1/dec\\_065-2010\\_es\\_unidad\\_apoyo\\_participacion\\_social.pdf](http://www.mercosur.int/innovaportal/file/5943/1/dec_065-2010_es_unidad_apoyo_participacion_social.pdf) (fecha de consulta: 07/08/17).

*para la Consolidación del MERCOSUR y Proposiciones Correspondientes, del 29/04/2009<sup>173</sup>).*

A propósito, vale recordar lo afirmado por el entonces Presidente uruguayo JOSÉ MUJICA en relación a que el bloque debía:

*"ajustar lo jurídico en lo posible a lo que somos y no a lo que soñamos que deberíamos ser, creo que esto merece una discusión... [ya que] El MERCOSUR tiene un problema interno, y tiene que revisar, revisarse a sí mismo, qué es lo que sigue vigente y lo que no sigue vigente. Tenemos sistemas establecidos jurídicamente de dirimir nuestras diferencias y conflictos que en realidad no funcionan y no podemos aplicar. Sería mejor que nos sinceremos, y si esos mecanismos no sirven tratemos de construir otros que sean flexibles, que respondan más a la época actual. Lo que **no podemos seguir es en una especie de mentira institucional: tenemos una letra pero vamos por otro camino**"<sup>174</sup>.*

Queda claro, entonces, que a la nula institucionalidad comunitaria (excepción hecha del PARLASUR, aún en su estado inicial)<sup>175</sup>, cabría agregar la "inflación normativa" que corre paralela a su incumplimiento (por falta de incorporación en los Estados Parte). Por eso, quizás, lo urgente sea *sinceral las posibilidades reales de cumplimiento de la normativa regional*.

A todo lo expuesto, habría que sumar la *falta de financiamiento de la institucionalidad regional* pues los países no están haciendo sus contribuciones<sup>176</sup>.

<sup>173</sup> MERCOSUR/PARLAMENTO DEL MERCOSUR/RECOMENDACIÓN N° /2009; disponible en: [https://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/file/7309/1/](https://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/file/7309/1/acuerdo_politico.pdf) acuerdo\_politico.pdf (fecha de consulta: 07/08/17)

<sup>174</sup> Citado en CAETANO, GERARDO; "¿Hacia un nuevo paradigma integracionista en el MERCOSUR? Contextos y desafíos de la encrucijada actual", en: *Relaciones Internacionales*, N° 30, Octubre 2015 - Enero 2016, Grupo de Estudios de Relaciones Internacionales (GERI) – UAM, pp. 27-50. La cursiva y el **resaltado** nos pertenecen.

<sup>175</sup> Referente a la institucionalidad comunitaria, cabe recordar que el PARLASUR mediante normativa MERCOSUR/PM/PN 02/2010, aprobó el *Proyecto de Norma sobre Protocolo Constitutivo de la CORTE DE JUSTICIA DEL MERCOSUR*, el cual fue remitido al CONSEJO MERCADO COMÚN para estudio y consideración. El mismo se encuentra disponible en: <https://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/file/5353/1/proy-de-norma-02-1010-corte-de-justicia.pdf> (fecha de consulta: 07/08/17)

<sup>176</sup> Ver: Entrevista a GERARDO CAETANO en nota titulada: "Que vuelve el tren",

### **1.1.2. Dimensión de la interdependencia:**

i) En el ámbito comercial, el MERCOSUR ha ido perdiendo importancia relativa para los principales actores del bloque: el mercado regional en relación al porcentaje total del comercio nacional, en especial, para Brasil, nunca superó el 16% de sus exportaciones absolutas<sup>177</sup>.

A su vez, para Paraguay representa algo más del 40%, aproximadamente, un tercio del comercio de Uruguay y un cuarto del de Argentina. Estas cifras son similares tanto para las exportaciones como para las importaciones de los socios fundadores del bloque, en tanto que, en el caso de Venezuela, existe una brecha significativa entre una y otra: cerca del 12% de sus compras externas provienen del MERCOSUR y sólo destina el 2% de sus ventas. A ello debe sumarse que, desde 2004, Brasil mantiene un resultado superavitario con todos sus pares, al igual que Argentina con los otros integrantes del bloque –con la excepción del bienio 2007/2008 en relación a Paraguay–<sup>178</sup>.

En el año 2015, las ventas externas totales del MERCOSUR habían disminuido –de modo interanual– un 22,4% interanual (se ubicaron en US\$ 300.302 millones). Dicho nivel es un 33% inferior al máximo del año 2011<sup>179</sup>.

Asimismo, mientras el intercambio intrazona de productos industriales representa un 80% del total (con la consecuente dinamización del mercado de trabajo), el comercio extrazona es principalmente inter-industrial (se exportan –básicamente– productos basados en recursos naturales y se importan manufac-

---

17/10/16; disponible en: <https://ladiaria.com.uy/articulo/2016/10/que-vuelve-el-tren/> (fecha de consulta: 07/08/17)

<sup>177</sup> Conf., entre otros: BORTO, MERCEDES, "Balance y perspectivas. La relación Argentina-Brasil en el 25º aniversario del MERCOSUR", en Diario "Página 12" del Domingo 22 de mayo de 2016; disponible en el sitio: <http://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/cash/17-9349-2016-05-22.html> (consulta: 01/09/16).

<sup>178</sup> BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (BID), "Informe MERCOSUR N° 21. Segundo semestre 2015 - Primer semestre 2016", Nota técnica del BID 1145, BID/INTAL, Noviembre de 2016, pp. 35 y ss. Disponible en el sitio: <https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/7959/Informe-MERCOSUR-No-21-2015-2016-Segundo-semestre-2015-Primer-semestre-2016.pdf> (fecha de consulta: 07/08/17)

<sup>179</sup> *Ibidem*

turas)<sup>180</sup>. En particular, cabe resaltar que en el caso de Brasil, en 2012, el 84% de los bienes que envía a Sudamérica son manufacturas (duplicando la suma de las destinadas a Europa, Estados Unidos y China)<sup>181</sup>.

De modo que, como bien apunta MERINO, "el intercambio en el MERCOSUR, sigue siendo muy bajo en relación a otros bloques económicos y ello se debe a la baja densidad industrial y a la debilidad relativa de los núcleos productivos tecnológicos endógenos más allá de algunas excepciones. Es decir, también el MERCOSUR tiene una inserción internacional de periferia aunque con mayor nivel de industrialización y con algunas áreas de desarrollo autónomo estratégico (desarrollo en materia nuclear, en la industria aeronáutica y aeroespacial, etc.). *De hecho, el MERCOSUR no llega a constituir un bloque comercial* bajo las condiciones establecidas por ARCEO Y URTURI (2010), ya que la totalidad de sus integrantes no dirigen al bloque por lo menos un tercio de sus exportaciones"<sup>182</sup>.

ii) El *comercio de servicios* del MERCOSUR, a diferencia de lo que ocurre con el comercio de bienes, registra un saldo deficitario. En 2015 las importaciones de servicios, que descendieron 15% respecto de 2014, duplicaron a las exportaciones, las cuales cayeron, aproximadamente, un 11% (lo que llevó el déficit a US\$ 53.684 millones). A nivel sectorial, el déficit de servicios se debe mayormente a los resultados negativos de las cuentas transporte y turismo, en Argentina y Brasil, y también en servicios empresariales vinculados al alquiler de equipamiento, en el socio mayor del bloque. La excepción la constituye Uruguay, su superávit obedece a los resultados de las cuentas de turismo y

<sup>180</sup> BID, "Informe MERCOSUR No. 20" - Nota técnica del BID 876, BID/INTAL, Noviembre de 2015; p. 38. Disponible en el sitio: [https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/7280/Informe\\_MERCOSUR\\_N\\_20\\_2014\\_2015\\_Segundo\\_Semestre\\_2014\\_Primer\\_Semestre\\_2015.pdf](https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/7280/Informe_MERCOSUR_N_20_2014_2015_Segundo_Semestre_2014_Primer_Semestre_2015.pdf) (consulta: 07/08/17).

<sup>181</sup> Conf. PEÑA, FÉLIX, "El MERCOSUR en un mundo de mega-acuerdos preferenciales Sugerencias para debatir su adaptación a nuevas realidades del comercio global", *Boletín Informativo Techint* 345, noviembre 2014, pp. 49-61. Allí consigna un informe de la *Federação das Indústrias do Estado de S.Paulo* (FIESP) sobre el particular.

<sup>182</sup> MERINO, GABRIEL, "Proyectos estratégicos e integración regional en América Latina. El surgimiento de la Alianza del Pacífico, el fortalecimiento del regionalismo abierto y el retroceso del regionalismo autónomo", *Relaciones Internacionales*, N° 52, 2017, pp. 17-37. La cursiva es nuestra.

telecomunicaciones, servicios informáticos y de información que compensaron el saldo negativo del transporte<sup>183</sup>.

iii) Como bloque, la *participación del MERCOSUR en el Producto Mundial* (PBI Mundial) ha disminuido de 4,3% en 1990 a 3,9% en 2011<sup>184</sup>.

iv) Uno de los mayores obstáculos al proceso de integración del MERCOSUR finca, naturalmente, en las deficiencias de su integración física. Pese a la creación de la *Iniciativa para la Integración de la Infraestructura Regional Suramericana (IIRSA)*, que fue incorporada a la *Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR)*, y en ella al *Consejo Suramericano de Infraestructura y Planeamiento (COSIPLAN)*, que es la instancia de discusión política y estratégica para planificar e implementar la integración de la infraestructura de América del Sur) y a que las expectativas fueron importantes, los resultados han sido magros<sup>185</sup>.

De modo que, la *conectividad física y de transporte sigue siendo escasa*. Es decir, *hay una modesta intensidad de la interdependencia*<sup>186</sup>.

### 1.1.3. Dimensión de la convergencia.

Una aproximación al fenómeno de la *integración regional, en perspectiva comparada*, permite afirmar que pese a existir grandes diferencias entre las economías de distintos países, las mismas no suponen necesariamente un obstáculo a la integración: "[L]a historia de las sucesivas ampliaciones de la Comunidad Europea demuestra que es posible tener éxito en, al menos, ir integrando asimetrías crecientes"<sup>187</sup>.

<sup>183</sup> BID, "Informe MERCOSUR N° 20" ...

<sup>184</sup> Conf.: LAFFAYE, SEBASTIÁN, LAVOPA, FEDERICO Y PÉREZ LLANA, CECILIA, *op. cit.*

<sup>185</sup> Conf. DA SILVA FILHO, EDISON BENEDITO, MACHADO OLIVEIRA, IVAN TIAGO Y LAMPERT COSTA, CARLOS, "Integración física sudamericana", en: BID, "Los futuros del MERCOSUR: nuevos rumbos de la integración regional", Nota técnica del BID 1263, BID/INTAL; Marzo de 2017, pp. 124-134. Disponible en: <https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/8172/Los-futuros-del-Mercosur-Nuevos-rumbos%20de-la-integracion-regional.pdf> (consulta: 07/08/17)

<sup>186</sup> BOUZAS, ROBERTO, DA MOTTA VEIGA, PEDRO, RIOS, SANDRA, *op. cit.*

<sup>187</sup> COMISEC/TORRENT, RAMÓN, "Una visión del MERCOSUR desde Uruguay", Serie Mercosur N° 19, publicada el 15 de abril de 2003, disponible en el sitio web del Observatorio de la Globalización, Universidad de Barcelona: <http://www.ub.es/obsglob> (fecha de consulta: 13/05/09).

Más aún, no parecen constituir "una especie de pecado original del bloque, que definiría de una vez por todas el campo de sus posibilidades de desarrollo. Hay otros factores, especialmente de naturaleza política, que interactúan con la asimetría constitutiva del MERCOSUR para explicar los *impasses* y dificultades que el bloque enfrenta en el camino de su consolidación como un proyecto de integración profunda"<sup>188</sup>.

En el *plano ideológico/discursivo* sí ha habido una cierta correspondencia entre los miembros del MERCOSUR, fundamentalmente en la etapa 2003/2008, al hilo de una visión *neo-desarrollista* y de *regionalismo social*.

Sin embargo, de manera concomitante el bloque asiste a dos situaciones que develan, en buena medida, serios desencuentros para la gestión común de bienes regionales. Aquí aparecen: el escalamiento del conflicto sobre las *Pasteras del Río Uruguay* entre Argentina y Uruguay (que recién en 2010 encontraría fallo en la CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, en La Haya)<sup>189</sup> y la profunda divergencia que se produjera en el seno de la Organización Mundial de Comercio, en julio de 2008, entre los miembros del bloque.

En relación al primero, cabe recordar lo consignado por MÓNICA HIRST, en el sentido de que "parte de los componentes inflexibles de la posición asumida por el gobierno uruguayo deben ser entendidos **como consecuencia y no como una causa más de la crisis del MERCOSUR**. Se hizo difícil para Uruguay mantener intacta la variable integracionista en su política exterior frente a un **cúmulo de reclamos no atendidos sobre la distribución desigual del poder y los recursos, agravados por la ausencia de institucionalidad del proceso subregional**"<sup>190</sup>.

La única respuesta *ad intra* fue el laudo del TRIBUNAL ARBITRAL *AD HOC* DEL MERCOSUR en el reclamo que planteó Uruguay contra Argentina y que admitió parcialmente la pretensión del gobierno oriental (en septiembre de 2006)<sup>191</sup>.

<sup>188</sup> DA MOTTA VEIGA, PEDRO, "O Brasil e o MERCOSUL ou os paradoxos do regionalismo no Cone Sul", Paper, febrero de 2000, citado en: MURILLO, JORGE RAÚL, "¿Hay un futuro para el MERCOSUR? ..."

<sup>189</sup> Ver: CIJ, *Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, Arrêt du 20 avril 2010.

<sup>190</sup> Conf.: HIRST, MÓNICA: "Papeleras: la región no puede seguir ajena", en Diario "Clarín" del 7/3/06. El **resaltado** es nuestro.

<sup>191</sup> Ver: TRIBUNAL ARBITRAL *AD HOC* DE MERCOSUR, "Laudo en la controversia

*El litigio evidenció no sólo una ausencia y un desinterés notables y notorios del MERCOSUR (como bloque regional), como si fuera un tema que no formara parte de las materias propias de la integración regional<sup>192</sup> sino –fundamentalmente– la carencia de vocación de conjunto y de creatividad en la búsqueda de soluciones superadoras<sup>193</sup>.*

Una respuesta en tal sentido exigía (y sigue exigiendo) del MERCOSUR tener en cuenta todos los actores en juego (Estados Parte, provincias y poblaciones afectadas, empresas, sociedad civil), asegurando –al propio tiempo– el respeto a los derechos humanos, la dimensión democrática y participativa en la integración y el desarrollo económico de la región<sup>194</sup>.

No debe haber habido símbolo más triste que ver en la CORTE DE LA HAYA a dos países... que decidieron *ir "allá, muy lejos, allende la mar, a buscar en otros las respuestas que siempre estuvieron aquí, entre nosotros y en el propio río que nos hermana..."*<sup>195</sup>.

Efectivamente, el bloque dejó pasar la oportunidad de re-significar su dinámica a partir de la defensa, promoción y fortalecimiento de los bienes públicos regionales; huelga decir que

---

presentada por la República Oriental del Uruguay contra 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", 06/09/06. Disponible en el sitio-web: [http://www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/Laudo\\_arb\\_omision\\_estado\\_arg.pdf](http://www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/Laudo_arb_omision_estado_arg.pdf) (fecha de consulta: 07/08/17).

<sup>192</sup> Recordemos que el propio *Tratado de Asunción* establece, en sus considerandos iniciales, que: "... ese objetivo debe ser alcanzado mediante *el más eficaz aprovechamiento de los recursos disponibles, la preservación del medio ambiente*, el mejoramiento de las interconexiones físicas, la coordinación de las políticas macroeconómicas y la complementación de los diferentes sectores de la economía, con base en los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio; (...)".

<sup>193</sup> MURILLO, JORGE RAÚL, "La encrucijada existencial..."

<sup>194</sup> Conf. MURILLO, JORGE RAÚL, "Tres 'fallos' en el caso de las pasteras: la sentencia de la Corte Internacional de Justicia, la ausencia del MERCOSUR y el olvido del federalismo integral", *Zeus*, Tº 114, Noviembre de 2010, Rosario; págs. 505/520.

<sup>195</sup> Conf. *Ibidem*.

el medio ambiente es uno de ellos... Los resultados están a la vista, literalmente.

Respecto a las alternativas ocurridas en Ginebra, durante la etapa final de las negociaciones del *Programa de Doha para el Desarrollo* (entre cuyos objetivos inmediatos cabía negociar las "modalidades" de acceso a los mercados para los productos no agrícolas): Brasil acercó su postura a las de Estados Unidos y Europa y, por su parte, Argentina, Paraguay y Uruguay, a las de India y Sudáfrica.

Ambas situaciones evidenciaron no sólo ausencia de visión regional sino, y he aquí lo más grave, la carencia de vocación de conjunto para resolver temas que hacen parte inescindible de materias consustanciales al bloque, erosionando, claro está, la autonomía decisoria y negocial a costa de los intereses particulares de los socios.

En cualquier caso, el MERCOSUR ha carecido de una política comercial común sostenida que articule intereses y disparidades socio-económicas y productivas en esa dirección. En gran medida, las diferencias siguen siendo pronunciadas y, a la falta de mecanismos redistributivos (el *FONDO PARA LA CONVERGENCIA ESTRUCTURAL DEL MERCOSUR* [FOCEM] o el *FONDO MERCOSUR DE APOYO A PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS* no resultan ser suficientes), los socios mayoritarios del bloque han sumado discriminación (e, incluso, incumplimiento de normativa comunitaria) en perjuicio de los socios menores<sup>196</sup>. Como bien señalaran BOUZAS, DA MOTTA VEIGA Y RIOS, el bloque ha recurrido a soluciones de coyuntura sin alcanzar *trade offs* sostenibles en el tiempo, con la consecuente postergación de la integración misma<sup>197</sup>.

Además, las relaciones intrabloque parecen bilateralizarse, en perjuicio de la propia integración<sup>198</sup>.

Por último, cabe agregar que los socios mayores del bloque han optado por retornar a una política de endeudamiento externo<sup>199</sup>. Para

<sup>196</sup> MURILLO, JORGE RAÚL, "La encrucijada existencial...".

<sup>197</sup> BOUZAS, ROBERTO, DA MOTTA VEIGA, PEDRO, RIOS, SANDRA, *op. cit.*

<sup>198</sup> En este sentido, consultar por ejemplo, GRANJA HERNANDEZ, LORENA, "El MERCOSUR y sus asimetrías. Análisis de la bilateralidad y sus condicionamientos políticos", *Intersticios Sociales*, El Colegio de Jalisco, N° 6, septiembre 2013, pp. 1-29.

<sup>199</sup> En el caso de Argentina, en particular, el stock de deuda pública a mayo de 2017 se calcula en U\$S 290.000 millones (Conf.: OBSERVATORIO

el periodo 2016/1017, Argentina –en relación con Brasil– ha realizado emisiones de deuda soberana en moneda extranjera por un monto que es más de diez veces mayor. El ritmo actual, de persistir, es escasamente sustentable en el tiempo<sup>200</sup> y conlleva –inevitablemente– una pérdida considerable de margen de maniobra nacional (y por extensión, regional).

#### **1.1.4. Dimensión del liderazgo.**

Pese a existir razones de orden práctico (importancia del bloque en relación al agregado nacional) o ideológicas (unilateralismo benévolos), Brasil –como economía más importante del bloque– no ha asumido un "rol" de liderazgo principal<sup>201</sup>. Tampoco Argentina ha acompañado con pautas y acciones que incluyan a los socios menores en una visión compartida<sup>202</sup>.

En línea con lo señalado por MARIA REGINA SOARES DE LIMA, gran parte de la falta de liderazgo estructural del socio mayor en el bloque es reflejo de las dificultades de coordinación de los planos regional

---

DE LA DEUDA EXTERNA [ODE], UNIVERSIDAD METROPOLITANA PARA LA EDUCACIÓN Y EL TRABAJO, UMET, "Cuarto informe de la deuda externa", mayo de 2017; disponible en: <http://umet.edu.ar/wp-content/uploads/2017/06/ODE-Mayo-2017-Final.pdf> (consulta: 07/08/17)

La deuda pública en Brasil en 2016 fue de 1.272.911 millones de euros (creció 95.624 millones en 2016, lo cual indica que alcanzó el 78,32% del PIB: un crecimiento de 5,8% respecto del 2015) (Ver: "Deuda Pública Brasil 2016"; disponible en: <http://www.datosmacro.com/deuda/brasil>). (consulta: 07/08/17).

<sup>200</sup> Conf.: ODE, *op. cit.*

<sup>201</sup> MURILLO, JORGE RAÚL, "¿Hay un futuro para el MERCOSUR? ..."

<sup>202</sup> Una lista importante de contenciosos de la agenda bilateral uruguaya-argentina (*v.gr.*: barreras arancelarias y para-ancelarias, dragado del canal Martín García, monitoreo conjunto de la situación medioambiental en el río Uruguay, conflicto de intereses portuarios, impacto del 'cepo cambiario' en el turismo, conectividad energética) no han encontrado miradas estratégicas sustentadas en voluntad política de parte del socio mayor. Más aún, muchos de esos conflictos tuvieron un fuerte impacto en Uruguay, mientras que pasaron casi desapercibidos para Argentina y la región (Conf. CAETANO, GERARDO, "El futuro de la integración regional: entre la administración de conflictos y la necesidad de pensamiento estratégico", en: ALVAREZ, CARLOS y OTROS, "MERCOSUR. Prospectiva 20 años", Montevideo, CEFIR, 2012; págs. 19-38. Ver, asimismo, MURILLO, JORGE RAÚL, "La encrucijada existencial...".

y doméstico debido a las visiones antagónicas existentes entre sectores de la élite y la opinión pública sobre el papel regional del Brasil en la actualidad<sup>203</sup>.

A riesgo de simplificar, tres son las visiones principales sobre el particular: i) la que entiende que el MERCOSUR es un obstáculo a la política comercial de Brasil para cerrar acuerdos preferenciales y de libre comercio con grandes economías (Estados Unidos, Unión Europea, China), hecho que estaría siendo aprovechado por los países del lado del Pacífico; ii) otra más nacionalista, que propone un modelo de *hub-and-spokes* en la región (por tanto, contraria a la idea de instituciones regionales que puedan acotar capacidad decisoria en política exterior) y que entiende que el MERCOSUR ha perdido relevancia para los intereses de Brasil; y iii) la que busca preservar el MERCOSUR y, simultáneamente, vislumbra construir espacios de cooperación regional en distintas áreas (energía, infraestructura física)<sup>204</sup>.

Claramente: de las tres, la primera es la preponderante en la actualidad. De allí que, pese a que la presencia exterior brasileña se ha vuelto más diversificada y compleja en el último decenio, bajo el actual gobierno parece transitar una lógica de presencia internacional más alineada al discurso panamericano<sup>205</sup>.

En cualquier caso, ha existido *deficiente energía política*, en tanto flujo continuo e intenso de estímulos efectivos provenientes del más alto nivel político, en particular, de los países miembros con mayor poder relativo<sup>206</sup>.

<sup>203</sup> Conf.: SOARES DE LIMA, MARIA REGINA, "Liderazgo regional en América del Sur: ¿tiene Brasil un papel a jugar?", en: LAGOS, RICARDO (comp.), *op. cit.*, pp. 89-114.

<sup>204</sup> *Ibidem*.

<sup>205</sup> Ver: FÁVARO MARTINS, MARCOS ANTÔNIO, PEREIRA PENNAFORTE, CHARLES y DE OLIVEIRA, FABIANA, *op. cit.*

<sup>206</sup> Conf.: PEÑA, FÉLIX, "Reflexiones con motivo de un aniversario: los 25 años del MERCOSUR y opciones en el camino de su evolución futura", marzo de 2016; disponible en el sitio: <http://www.felixpena.com.ar/index.php?contenido=negociaciones&neagno=informes/2016-03-25-anos-mercosur-evolucion-futura> (consulta: 07/08/17).

### **1.1.5. Dimensión del sentido estratégico de la integración (y de un enfoque autonómico incremental).**

Recordemos que en la perspectiva de PUIG, autonomizar significa ampliar el margen de decisión propia y acortar, consecuentemente, el margen del que disfruta algún otro. De consiguiente, *una reflexión en base a nuestras propias realidades para estudiar la existencia de posibilidades concretas de autonomización, aprovechando la permisibilidad del sistema internacional conlleva una perspectiva estratégica*<sup>207</sup>.

El prestigioso profesor sostenía que:

*"La integración en sí misma tampoco es autonomizante. En el fondo es instrumental y su sentido dependerá del objetivo que se fije. Tal vez porque los objetivos no fueron propiamente autonómicos es que no han avanzado decididamente los procesos de integración en América Latina"*<sup>208</sup>.

Sin lugar a dudas, estamos ante la dimensión crítica de todo proceso de integración. Paradójicamente, no ha tenido respuesta a lo largo de los años debido a que *en el MERCOSUR no hay quien piense la integración desde la integración (lógica común); sólo se piensa desde la lógica de los Estados Parte (lógica individual)*<sup>209</sup>.

Más aún, *el bloque padece carencia de élites funcionales regionales.*

Por eso, el proceso regional revela una integración desenfocada y, por tanto, confusión en "núcleos" principales y no principales en la dirección del proceso integrador (incluyendo, claro está, la aversión a todo "esbozo primario" de supranacionalidad –principalmente, en los casos de Brasil y Uruguay– o el uso excesivo de la "diplomacia presidencial" para resolver problemas que bien podrían ser solucionados con otra perspectiva integradora).

<sup>207</sup> Ver: LORENZINI, MARÍA ELENA Y PEREYRA DOVAL, MARÍA GISELA, "Revisitando los aportes de las teorías del Sur: nexos entre teoría y praxis en Argentina y Brasil", *Relaciones Internacionales*, N° 22, febrero - mayo 2013, GERI – UAM, pp. 9-26.

<sup>208</sup> PUIG, JUAN CARLOS, "Doctrinas internacionales...", pp. 154/55.

<sup>209</sup> MURILLO, JORGE RAÚL, "¿Hay un futuro...?".

## 2. **MERCOSUR ad extra**

El MERCOSUR, en su relacionamiento externo, ha entablado negociaciones con buen número de países y/o bloques regionales, entre otros, con: la Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA, por sus siglas en inglés), Canadá, Chile, Colombia, Comunidad Andina de Naciones (CAN), Consejo de Cooperación del Golfo (CCG), Corea, Cuba, Egipto, India, Israel, Japón, Jordania, Palestina, Perú, Singapur, Siria, Sudáfrica, Turquía, la Unión Aduanera de África del Sur (SACU, por sus siglas en inglés)<sup>210</sup>.

Sin embargo, por el peso específico y la importancia estratégica que conllevan, *tres ámbitos de negociación son relevantes para el bloque*, a saber: la Unión Europea, la Alianza del Pacífico (y por extensión, los países de ALADI) y China. Sucintamente, referiremos a cada uno de ellos.

Previamente –y avalando lo expresado–, tengamos en cuenta que los principales destinos de las exportaciones del MERCOSUR, en 2015, fueron: la Unión Europea (17%), China (16%), el propio bloque (13%), Estados Unidos (11%) y el resto de América Latina (12%)<sup>211</sup>.

### 2.1. **Negociaciones comerciales entre el MERCOSUR y la Unión Europea.**

La historia de las negociaciones entre el MERCOSUR y la Unión Europea muestran momentos significativos, a saber:

i) *el primero* corresponde a la firma del *Acuerdo Marco Interregional de Cooperación* (diciembre de 1995), que incluía la liberalización del comercio de bienes y servicios en concordancia con las reglas de la OMC y buscaba, asimismo, fortalecer otros dos pilares: la cooperación y el diálogo político entre ambas regiones (Nótese

<sup>210</sup> El estudio de los mismos excede el presente trabajo; no obstante, un *racconto* de los principales acuerdos del bloque puede encontrarse –por ejemplo– en: BID, "Informe MERCOSUR N° 21....", pp. 109 y ss; sitio-web del SICE/OEA, [http://www.sice.oas.org/news\\_s.asp](http://www.sice.oas.org/news_s.asp); FERNÁNDEZ REYES, JORGE E., "El 'relacionamiento externo' del MERCOSUR", Estudio N° 01/15, Montevideo, CURI, 5 de febrero de 2015; disponible en: <http://www20.iadb.org/intal/catalogo/PE/2015/15374.pdf> (consulta: 07/08/17).

<sup>211</sup> Conf.: CARCIOFI, RICARDO Y CAMPOS, ROSARIO, "Unión Europea – MERCOSUR: una negociación con final abierto", diciembre de 2016; disponible en: <http://fcece.org.ar/wp-content/uploads/2016/12/sde42.pdf> (fecha de consulta: 07/08/17).

que a este tipo de acuerdos se los denomina de *asociación*, pues suponen una nueva de tipología en tanto incorporan capítulos referentes a la cooperación)<sup>212</sup>.

Europa, naturalmente, tenía en miras el despliegue estratégico que Estados Unidos estaba realizando en América Latina a través del *Área de Libre Comercio de las Américas* (ALCA): la lógica era adelantarse a la diplomacia norteamericana logrando acceder al mercado mercosureño.

ii) *Etapa de negociaciones 1995-2004*, fecha en la cual se congelan las negociaciones;

iii) *Etapa de negociaciones 2010-presente*, adquiriendo mayor impulso a partir del año 2016 la idea de firmar un *acuerdo de libre comercio* entre las partes.

*El comercio bilateral se destaca por la asimetría*: mientras el MERCOSUR representa el 2,5% del total de las importaciones europeas, Europa constituye casi el 20% de las del bloque y, a su vez, es destino del 17% de sus exportaciones. Asimismo, mientras el bloque mercosureño ha mantenido constante su participación en las importaciones europeas, *Europa ha venido perdiendo importancia como destino de las ventas del MERCOSUR, a expensas de China*<sup>213</sup>.

*Igualmente, el comercio bi-regional es marcadamente intersectorial*. En las exportaciones mercosureñas predominan los productos de origen agropecuario y los minerales; en las importaciones desde Europa prevalecen las manufacturas (máquinas, vehículos, combustibles, productos químicos y farmacéuticos)<sup>214</sup>.

Dado que el MERCOSUR es ofensivo en productos primarios y agroalimentos demanda una amplia liberalización del sector agropecuario, algo que es rechazado por los productores y empresarios franceses, irlandeses y polacos<sup>215</sup>. Por su parte, Europa con la firma

<sup>212</sup> Conf. BARTESAGHI, IGNACIO, "Las negociaciones entre el MERCOSUR y la Unión Europea...".

<sup>213</sup> Conf.: CARCIOFI, RICARDO y CAMPOS, ROSARIO, *op. cit.*

<sup>214</sup> *Ibídem*.

<sup>215</sup> No es casual que, históricamente, la Unión Europea manifestara que las concesiones en materia agrícola (incluso, subsidios a la producción) dependerían de los acuerdos logrados a nivel multilateral (OMC) (Ver, por caso, MAKUC, ADRIÁN, DUHALDE, GABRIELA y ROZEMBERG, RICARDO, "La Negociación MERCOSUR-Unión Europea a Veinte Años del Acuerdo Marco de Cooperación: *Quo Vadis?*", Nota Técnica del BID 841, BID/INTAL, agosto de 2015; pág. 11)

del acuerdo demandaría la libertad de mercado para los productos industriales, así como garantías en materia de patentes y denominaciones de origen, reformas legales de protección a la inversión y acceso equitativo a las licitaciones de compras estatales<sup>216</sup>. Naturalmente, aquí aparece la necesidad defensiva de los sectores industriales de Argentina y Brasil; por su parte, Uruguay sería el miembro del bloque con menores dificultades para asumir compromisos en este sentido, dados los avances concretados en las negociaciones con Chile y México<sup>217</sup>.

En relación a las *políticas de alcance regional* de ambos bloques: la *Política Agrícola Común* (PAC) en la Unión Europea y el *régimen automotor* en MERCOSUR, tendrían exposiciones disímiles. En el primer caso, difícilmente los europeos hagan concesiones sustanciales (y/o no remitan al plano multilateral); en relación al comercio automotor (y de autopartes), sí se vería afectado por las desgravaciones arancelarias. En este sentido, el arsenal defensivo del Mercosur es bastante más endeble pues se trata de niveles arancelarios más elevados pero en los que se registra comercio sujeto a la *cláusula de Nación Más Favorecida* (NMF)<sup>218</sup>.

Las ofertas que han venido intercambiando las partes contemplan el comercio de bienes y servicios, inversiones y compras públicas<sup>219</sup>.

Por ejemplo, en *materia de propiedad intelectual*, la Unión Europea ha intentado negociar disciplinas y compromisos *OMC plus* (y lograr el reconocimiento de identificación geográfica para más de 250 productos, entre ellos: vinos, quesos, fiambres); es que, en gran medida, la estrategia europea de expansión comercial global depende de la observancia de niveles de protección importantes (en particular, extensión de patentes a variedades vegetales y patentes farmacéuticas)<sup>220</sup>.

<sup>216</sup> Conf.: CARCIOFI, RICARDO y CAMPOS, ROSARIO, *op. cit.*

<sup>217</sup> Conf. BARTESAGHI, IGNACIO, "Las negociaciones entre el MERCOSUR y la Unión Europea..."

<sup>218</sup> Conf.: CARCIOFI, RICARDO y CAMPOS, ROSARIO, *op. cit.*

<sup>219</sup> BID, "Informe MERCOSUR N° 21....", pp. 133 a 139. Allí se consigna que la mayoría de los bienes incluidos en la oferta europea con desgravación inmediata ya tienen arancel cero,

<sup>220</sup> Conf. MAKUC, ADRIÁN, DUHALDE, GABRIELA y ROZEMBERG, RICARDO, *op. cit.*, pp. 31-32.

Naturalmente, el potencial de expansión en el *comercio de servicios* es visto con especial interés por la Unión Europea<sup>221</sup>. En las negociaciones previas, en relación con la *prestación transfronteriza* (modos 1 y 2), la oferta europea abarcaba, por caso: i. los servicios profesionales con algunas reservas; por ejemplo, en el caso de los servicios legales, se establecía la limitación de que los abogados deben estar matriculados en las asociaciones profesionales nacionales; ii. los servicios postales y de *courier*, sin limitaciones, a condición de reciprocidad; iii. telecomunicaciones, sin limitaciones excepto servicios audiovisuales y tele-radiodifusión, que no estarían entre los ofrecidos; iv. en servicios de transporte, se limitarían a ciertos subsectores de transporte marítimo y terrestre, los servicios auxiliares y servicios de apoyo al transporte aéreo de personas<sup>222</sup>.

Igualmente, en el modo 3 de prestación de servicios ("presencia comercial"), la oferta europea definía una serie de condiciones iniciales para el derecho de "establecimiento" de una firma de servicios, como ser: constituirse de acuerdo a las normas del país receptor, o someterse al cumplimiento de pruebas de idoneidad, capacidad o calidad, según la normativa vigente en los países receptores<sup>223</sup>.

Una cuestión relevante radica en saber de las *perspectivas de cerrar un tratado de libre comercio* ante la complejidad que conlleva la negociación y la conflictividad de intereses en pugna. Sobre el particular sólo puede afirmarse que pareciera existir voluntad política en alcanzar un acuerdo para fin de 2017, aunque –según los especialistas–, quizás, se estaría frente a uno de alcances limitados (es decir, sin negociar la totalidad del universo, excluyendo capítulos centrales –como compras gubernamentales, por caso– y sujeto a posteriores negociaciones)<sup>224</sup>.

Es claro que de llegar a un acuerdo, al menos con los criterios explicitados, los *beneficiarios reales* estarán en el sector agrícola y agroindustrial y, quizás en menor medida, en sectores industriales con mayores niveles de competitividad<sup>225</sup>.

<sup>221</sup> Conf.: CARCIOFI, RICARDO y CAMPOS, ROSARIO, *op. cit.*

<sup>222</sup> BID, "Informe MERCOSUR N° 21....", pp. 139/140.

<sup>223</sup> *Ibidem*, p. 140

<sup>224</sup> Conf.: BARTESAGHI, IGNACIO, "Las negociaciones entre el MERCOSUR y la unión Europea: ...".

<sup>225</sup> Conf. *ibidem*.

La trascendencia que conlleva la firma de un acuerdo de esta dimensión requiere que las negociaciones sean conocidas en forma amplia y puestas en debate público. Resulta paradójico y auto-contradictorio que al tiempo que se proclama "el compromiso con la transparencia" y "el control democrático de la gestión pública", se argumente como "comprendible" la absoluta reserva en que se llevan a cabo las tratativas<sup>226</sup>.

Respecto a las consecuencias de la firma de un tratado de libre comercio entre el MERCOSUR y la Unión Europea, acercamos algunas reflexiones de SAMUEL PINHEIRO GUIMARÃES:

"...una de las consecuencias de la eliminación de aranceles sobre las importaciones de productos industriales europeos es que sería, posiblemente en muchos casos, mejor exportar hacia el mercado brasileño que continuar produciendo aquí y así las inversiones productivas hoy existentes podrían regresar a sus países de origen o no aumentar su capacidad instalada en el MERCOSUR;

(...)

h) la posibilidad de que los gobiernos del MERCOSUR implementen, nacional o regionalmente, políticas industriales, comerciales y tecnológicas, se vería disminuida (...)

j) la eliminación de los aranceles industriales emanados de un acuerdo Unión Europea/ MERCOSUR, eliminaría la preferencia de que gozan hoy las empresas ubicadas en el MERCOSUR con relación a las empresas localizadas fuera de él y, por lo tanto, para las empresas de la Unión Europea, el MERCOSUR, cuya esencia es el arancel externo común, dejaría de existir;

(...)

m) la posibilidad de desarrollo industrial brasileño a partir de empresas nacionales y extranjeras instaladas en Brasil, dejaría igualmente de existir;

n) los efectos sobre el empleo serían significativos, con serias consecuencias sociales para países de elevado nivel de urbanización, como Argentina y Brasil, dado que el salario promedio por trabajador en la industria es varias veces superior

<sup>226</sup> Conf. MARCHINI, JORGE, "Unión Europea - MERCOSUR: ¿Qué se está negociando?", en *Cuadernos del pensamiento crítico latinoamericano*, N° 47, julio de 2017, segunda época, CLACSO, pp. 1-3.

al salario promedio del trabajador en la agricultura y en la minería;

... El eventual acuerdo Unión Europea/ MERCOSUR será el comienzo del fin del MERCOSUR y el fin de la posibilidad de desarrollo autónomo y soberano...<sup>227</sup>.

En el caso que se decida la firma del acuerdo, convendrá dejar establecido que el MERCOSUR –cuanto menos– debería pensarse en negociar, bajo dos horizontes, a saber: i) el primero, en línea con lo sostenido por JORGE MARCHINI<sup>228</sup>, realizar una extensión de liberalización comercial por etapas vinculando cada una de ellas al logro de ciertas *metas pre-fijadas de desarrollo* (v.gr., desarrollo económico relativo a aumento del PBI per cápita, desarrollo industrial regional o desarrollo social [distintos aspectos del índice de Desarrollo Humano de Naciones Unidas]), con cláusulas de suspensión de ventajas de no cumplirse las mismas, o –de ser rechazado por los negociadores europeos– vincular las concesiones mutuas a metas relacionadas con la participación de mercado de las exportaciones del MERCOSUR y, asimismo, acotar el tratado de libre comercio exclusivamente al comercio y; por tanto, no hacerlo para temas no comerciales (OMC+ y OMCx), los que podrían quedar para una etapa posterior, tras evaluar los resultados iniciales.

ii) si, igualmente, la decisión fuere acordar pese a lo referido, entonces incluir *variantes de flexibilidad*–por ejemplo, en los marcos regulatorios–, hacer buen uso de los mecanismos de escape y pautar debidas excepciones, a fin de establecer –en los hechos– *un plazo de dimensión temporal de hasta veinticinco años* (desde la firma del acuerdo hasta su entrada en vigor y período de desgravación mediante), de modo de lograr tiempo suficiente para proteger a los sectores sensativos; en consonancia con lo sostenido por FÉLIX PEÑA<sup>229</sup>. Allí también deberían entrar a jugar, por caso, la *cláusula de industria*

<sup>227</sup> GUIMARÃES, SAMUEL PINHEIRO, "Integración regional y acuerdos de libre comercio", en Portal "Amersur"; disponible en: <http://www.amersur.org/integracion/integracion-regional-acuerdos-libre-comercio/>. El original en portugués se encuentra disponible en el sitio "Carta Maior", 26/04/2014: <http://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Internacional/A-Uniao-Europeia-e-o-fim-do-Mercosul/6/30799> (consulta: 07/08/17)

<sup>228</sup> Remitimos a lo expresado en: MARCHINI, JORGE, *op. cit.*

<sup>229</sup> Conf. PEÑA, FÉLIX, "El MERCOSUR en un mundo de mega-acuerdos...".

naciente, salvaguardias preferenciales, regímenes de exención arancelaria para la importación de insumos y la exportación de bienes finales<sup>230</sup>.

Incluso, cabe pensar que ambos enfoques pueden ser complementarios.

Asimismo, debe tenerse presente que las negociaciones constituyen un momento inmejorable para reclamar de la Unión Europea el reconocimiento formal e incondicional de la soberanía de Argentina sobre las Islas Malvinas; más ahora, ante la nueva realidad comunitaria post-*Brexit*, en la cual el Reino Unido ya no será parte del bloque europeo.

## **2.2. Negociaciones comerciales entre MERCOSUR y China.**

Si el ascenso pacífico de China como potencia mundial constituye una de las características definitorias del nuevo orden mundial, la misma queda plenamente confirmada en relación a América Latina, en general, y al MERCOSUR, en particular.

Desde 2003 China es el segundo socio comercial en importancia para América Latina y el Caribe; el primero de Brasil, Chile y Perú, y el segundo en importancia de México y Argentina<sup>231</sup>.

Específicamente, el comercio entre el MERCOSUR y China puede ser definido como *complementario*: China exporta principalmente bienes industrializados con alto nivel tecnológico (los tres principales productos son máquinas mecánicas y eléctricas, vehículos y auto-partes e instrumentos médicos), mientras que importa, básicamente, productos agrícolas (minerales, combustibles y semillas). Este tipo de comercio de tipo intra-industrial confirma el bajo encadenamiento productivo de los países del MERCOSUR con China, si se lo compara con los flujos

<sup>230</sup> Conf. MAKUC, ADRIÁN, DUHALDE, GABRIELA Y ROZEMBERG, RICARDO, *op. cit.*, pp. 31-32.

<sup>231</sup> Conf.: ORTIZ VELÁSQUEZ, SAMUEL y DUSSEL PETERS, ENRIQUE, "La nueva relación comercial entre América Latina y el Caribe y China: ¿promueve la integración o desintegración comercial?", en: DUSSEL PETERS, ENRIQUE (coord.), *La nueva relación comercial entre América Latina y el Caribe-China: ¿integración o desintegración regional?*, 1<sup>a</sup> ed., México D.F., Red Académica de América Latina y el Caribe sobre China (Red ALC-China) /Unión de Universidades de América Latina y el Caribe (UDUAL)/Centro de Estudios China-Méjico, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM-CECHIMEX), 2016, pp. 13-58.

comerciales que el país asiático tiene con las países desarrollados o con los países del sudeste asiático (ASEAN)<sup>232</sup>; al propio tiempo, evidencia una notable tendencia a la "reprimarización" del bloque.

A ello habría que agregar que Brasil es el principal receptor de inversiones externas directas chinas (entre otros rubros, en compresores, turbinas y generadores) y a Venezuela le compra Petróleo, permitiéndole al país sudamericano obtener divisas y –al mismo tiempo– diversificar el destino de sus exportaciones de crudo, ya que Estados Unidos concentra el 60% de las mismas<sup>233</sup>.

El comercio bilateral MERCOSUR/China, en el período 2001-2012, creció a una tasa anualizada del 31%, alcanzando los US\$ 130 mil millones y con un saldo negativo para la potencia asiática superior a los US\$ 20 mil millones<sup>234</sup>.

Producto de la estructura del comercio bi-regional pero, igualmente, debido a coincidencias en algunas dimensiones geopolíticas (la búsqueda de un mundo multi-polar, el hecho de que Brasil y China son parte de los BRICS, y una importante coordinación, que se extiende a toda la región latinoamericana, en foros como el APEC, la OMC y Naciones Unidas –donde se da un altísima coincidencia en la votación de las resoluciones –), Argentina y Brasil (también Chile) han optado por una visión política pragmática hacia Beijing, expresada en el no cuestionamiento en el tema de los derechos humanos, en su apoyo en relación a la situación de Taiwán como parte de China y en el otorgamiento del *status de "economía de mercado"*<sup>235</sup>.

Si bien China, en general, ve a América Latina como una región

<sup>232</sup> BARTESAGHI, IGNACIO, "Las relaciones comerciales entre el MERCOSUR y China: ¿Socios para el desarrollo?", en DUSSEL PETERS, ENRIQUE (coord.), *América Latina y el Caribe - China. Economía, comercio e inversión 2015*, 1<sup>a</sup> ed., México D.F., Red ALC-China/UDUAL/UNAM-CECHIMEX, 2015, pp. 155-176.

<sup>233</sup> Ver: BARRAL, WELBER Y PERRONE, NICOLÁS, "China y MERCOSUR: perspectivas", en: OROPEZA GARCÍA, ARTURO (Coord.), *China-Latinoamérica: una visión sobre el nuevo papel de China en la región*, 1<sup>a</sup> ed. 1<sup>a</sup> reimp., México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2009, pp. 165-191.

<sup>234</sup> BARTESAGHI, IGNACIO, "Las relaciones comerciales entre el MERCOSUR y China...".

<sup>235</sup> Conf.: BERNAL-MEZA, RAÚL, "Las relaciones China- MERCOSUR y Chile", en *Ciclos en la historia, la economía y la sociedad*, Vol. 21, N° 42, Buenos Aires, diciembre 2013. Disponible en el sitio: <http://www.scielo.org.ar>. Recordemos que el otorgamiento del *status de "economía de mercado"* tiene por consecuencia principal una investigación *antidumping* en el marco de la OMC, dado que la condición de si una economía es o no de

medianamente homogénea, sin desagregar por subregiones y países cabe resaltar, no obstante, que ha otorgado *status* especial a las relaciones con Argentina y Brasil al considerarlos "asociados estratégicos". A su vez, de los países del MERCOSUR, Paraguay es el que menos relaciones tienen con la potencia asiática. Claro está, el país sudamericano carece de costas marítimas que faciliten el desarrollo de su comercio exterior de ultra-mar y ha sido el único en mantener relaciones diplomáticas con Taiwán (para el que, tal relacionamiento, es parte de su lucha por la supervivencia nacional)<sup>236</sup>.

No obstante lo expresado, cabe resaltar que *las relaciones entre ambas partes son características de las relaciones Norte-Sur por la asimetría*: para China, MERCOSUR es menos del 3% de sus exportaciones y algo más del 4% de sus importaciones; no ocurre lo mismo en sentido inverso, como podemos observar<sup>237</sup>.

Al propio tiempo, el comercio intra-bloque e intra-industrial comienza a beneficiar a los productos chinos en perjuicios de los proveedores de manufacturas de los países del MERCOSUR, que se ve crecientemente desplazados<sup>238</sup>. Efectivamente, en los últimos quince años, la participación de los empresarios regionales ha decrecido en más del 80% del comercio bilateral, en tanto que la participación de bienes de China ha aumentado, encontrando en algunos casos un reemplazo directo y en otros una combinación entre impor-

---

mercado determina la metodología de cálculo del margen del *dumping*. También es relevante en las investigaciones contra otras prácticas desleales o distorsivas, por caso, subvenciones, y en la eventual imposición de *derechos compensatorios*, pues resulta menester conocer precios y costos para identificar y establecer el beneficio que se alcanza (Ver: BARRAL, WELBER y PERRONE, NICOLÁS, *op. cit.*)

<sup>236</sup> Conf.: BERNAL-MEZA, RAÚL, *op. cit.*

<sup>237</sup> BARTESAGHI, IGNACIO, "Las relaciones comerciales entre el MERCOSUR y China...".

<sup>238</sup> Ver, por ejemplo: BIZZOZERO, LINCOLN Y RAGGIO, ANDRÉS, "El impacto de la República Popular China en el eje Argentina-Brasil entre el 2004 y el 2014. ¿Evolución sistémica-estructural o definiciones político estratégicas?", *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, Año 18, N° 35, primer semestre de 2016, pp. 341-364. Allí puede leerse que los "acuerdos firmados entre el 2014 y el 2015 con Argentina y posteriormente con Brasil tocaron puntos neurálgicos del proceso regional y de las relaciones bilaterales. El Convenio Marco de Cooperación en materia económica y de inversiones, que fue aprobado por el Congreso argentino el último día del año 2014, despertó fuertes recelos de una parte del empresariado brasileño (Passos, 2015)".

taciones chinas y de otros países; razón por la cual, algunos autores señalan en la importante inserción de la potencia asiática la presencia, de hecho, de un "sexto socio del MERCOSUR"<sup>239</sup>.

Asimismo, el crecimiento exponencial de China unido a la estrategia de negociación bilateral (país por país), estableció una lógica radial y piramidal que, en buena medida, ha profundizado el perfil de economía periférica del bloque; en particular, relegada a la provisión de productos primarios en la relación comercial. En el caso de Argentina, el eje de este modelo estuvo basado en la "primarización sojera", que transita en la actualidad hacia una "primarización agrícola diversificada"<sup>240</sup>.

Respecto de la eventual negociación de un tratado de libre comercio entre MERCOSUR y China, se ha reactivado a partir del deseo de Uruguay de iniciar tratativas para firmar un acuerdo en 2018 (al cumplirse treinta años del restablecimiento de relaciones bilaterales), aún de forma aislada, ya que el país asiático es el primer socio comercial del Estado oriental desde 2012<sup>241</sup>. La realidad es que Argentina y Brasil vienen retrasando un acuerdo desde hace seis años<sup>242</sup>, aunque entienden corresponde negociar como bloque, en virtud de lo dispuesto en la Decisión del CMC N° 32/00<sup>243</sup>.

<sup>239</sup> Conf.: PAIKIN, DAMIÁN y DULCICH, FEDERICO, "El sexto socio del MERCOSUR: Un estudio sobre la penetración importadora china y su impacto en el comercio intrarregional", *Perspectivas de Políticas Pùblicas*, Vol. 6, N° 12, enero-junio 2017, pp. 395-413.

<sup>240</sup> OVIEDO, EDUARDO DANIEL, "El ascenso de China y sus efectos en la relación con Argentina", *Estudios Internacionales*, N° 180, Año 2015, Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile, pp. 67-90.

<sup>241</sup> Ver, entre otros, los siguientes: "MERCOSUR buscará reactivar conversaciones comerciales con China", en "La Razón Digital", 13 de marzo de 2017; disponible en: [http://www.la-razon.com/mundo/Mercosur-reactivar-conversaciones-comerciales-China\\_0\\_2672132837.html](http://www.la-razon.com/mundo/Mercosur-reactivar-conversaciones-comerciales-China_0_2672132837.html) (consulta: 07/08/17); "China tiene intención de negociar un TLC con MERCOSUR", en "Última Hora", 7 de agosto de 2017; disponible en el sitio: <http://www.ultimahora.com/china-tiene-intencion-negociar-un-tlc-mercados-n1100815.html> (consulta: 07/08/17)

<sup>242</sup> Consultar, por ejemplo, la nota: "Argentina y Brasil enfrentan alineados los desafíos del MERCOSUR", en "Nuevos Papeles", 27/11/16; disponible en el sitio: <http://www.nuevos-papeles.com/nota/1146-argentina-y-brasil-enfrentan-alineados-los-desafios-del-mercadosur> (consulta: 07/08/17).

<sup>243</sup> La misma establece, en su parte sustantiva: "EL CONSEJO DE MERCADO COMÚN DECIDE:

*Lo más grave, desde el punto de vista del MERCOSUR es la carencia de dirigentes para plantear una negociación en bloque, en conjunto. De suerte que, frente a la pérdida de relevancia económica del bloque y la presencia de China, bien ha apuntado DANTE SICA: "[L]a respuesta que la región ha dado a la aparición del fenómeno productivo y comercial más importante de los últimos años fue por separado. Cada uno ha negociado su manera"<sup>244</sup>.*

### **2.3. Negociaciones comerciales entre el MERCOSUR y la Alianza del Pacífico.**

*La Alianza del Pacífico (AP) se dibuja como eje longitudinal a través de toda América Latina enlistando a México y tres países sudamericanos: Chile, Colombia y Perú. Asimismo, Panamá y Costa Rica tienen calidad de observadores candidatos a incorporarse como miembros. Su origen se remonta a la Declaración de Lima, Perú, en abril de 2011. Formalmente, el Acuerdo Marco fue suscripto en Antofagasta, Chile, en junio de 2012<sup>245</sup>.*

Como bloque concentra una población de 217 millones de personas (más de un tercio de la población latinoamericana y caribeña) y a nivel regional: concentra 50% del comercio total de América Latina<sup>246</sup>.

---

*Art. 1 - Reafirmar el compromiso de los Estados Partes del MERCOSUR de negociar en forma conjunta acuerdos de naturaleza comercial con terceros países o agrupaciones de países extrazona en los cuales se otorguen preferencias arancelarias.*

*Art. 2 - A partir del 30 de junio de 2001, los Estados Partes no podrán firmar nuevos acuerdos preferenciales o acordar nuevas preferencias comerciales en acuerdos vigentes en el marco de ALADI, que no hayan sido negociados por el MERCOSUR. (...) XVIII CMC - Buenos Aires, 29/VI/00".*

<sup>244</sup> SICA, DANTE, en nota: "El problema no es China, es el MERCOSUR"; disponible en el sitio: <http://201.212.10.176/web/content/show/674788/el-problema-no-es-china—es-el-mercosur> (consulta: 07/08/17).

<sup>245</sup> Ver: MURILLO, JORGE RAÚL, "América Latina: ¿Hacia dónde? En torno a las estrategias de integración regional a comienzos del siglo XXI", *Investigación y Docencia*, N° 50, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2015, pp. 127/162.

<sup>246</sup> Conforme se señala en el propio sitio web de la Alianza del Pacífico; en especial, la página del sitio-web: <https://alianzapacifico.net/?wpdmld=4441> (fecha de consulta 07/08/17).

Conforme la *Declaración de Lima*, se busca conformar "un área de *integración profunda* en el marco del Arco del Pacífico Latinoamericano"<sup>247</sup> (párrafo 8º). La integración financiera/bursátil del *Mercado Integrado LatinoAmericano* (MILA), constituida por las cuatro bolsas de los países de la AP alcanzan dimensión similar a la de San Pablo.

El bloque hace base principal en lo económico, lo comercial, lo financiero y las inversiones: su agenda busca, asimismo, fortalecer la acción conjunta y coordinada entre las agencias de promoción, así como la cooperación destinada a impulsar el fortalecimiento de la competitividad e innovación de las PYMES, impulsar la investigación en materia de cambio climático, facilitar la movilidad estudiantil y académica y el tránsito migratorio, entre otros<sup>248</sup>.

Por lo antedicho, el propio bloque se presenta como una *plataforma de articulación política, integración económica y comercial, y proyección al mundo*, con énfasis en la región Asia-Pacífico: como un *mecanismo constituido por países con visiones afines del desarrollo, el libre comercio y la economía*<sup>249</sup>.

Dado que sus cuatro países poseen *tratados de libre comercio* firmados con Estados Unidos, algunos autores lo consideran "el quinto integrante de hecho de la Alianza"<sup>250</sup>. En tal inteligencia, parece claro que la AP sería complementaria del TPP<sup>251</sup>.

En la AP hay más de cuarenta países en calidad de observadores; entre ellos, Argentina, Paraguay y Uruguay, pero no el Mercosur como bloque.

Sin embargo, los socios del bloque exhiben un escaso comercio intra-regional. Sin ir más lejos, el MERCOSUR mismo tiene más comercio con la AP que el que los países de la AP mantienen entre sí.

<sup>247</sup> La cursiva es nuestra.

<sup>248</sup> Ver: ALIANZA DEL PACÍFICO; en especial, la página del sitio-web: <https://alianzapacifico.net/?wpdmld=4441> (fecha de consulta 07/08/17).

<sup>249</sup> Conf. ALIANZA DEL PACÍFICO; sitio-web: <https://alianzapacifico.net/que-es-la-alianza/#valor-estrategico> (fecha de consulta 07/08/17). La cursiva es nuestra.

<sup>250</sup> UGARTECHE, OSCAR, en: JUSTO, MARCELO, "La Alianza del Pacífico y el futuro de América Latina", en: "BBC Mundo", sábado 21 de junio de 2014; disponible en el sitio web: [http://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/06/140620\\_cumbre\\_alianza\\_pacifico\\_msd](http://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/06/140620_cumbre_alianza_pacifico_msd) (fecha de consulta 07/08/17).

<sup>251</sup> Ver GRANADOS, ULISES, "México y el Acuerdo de Asociación Transpacífico -TPP-: oportunidades y retos", *Análisis*, enero – abril 2014, pp. 55-76.

Comparando con el MERCOSUR, cuyo comercio intrazona fue del 15% del total en 2015, el de la Alianza es apenas del 3%. En ese año, las exportaciones totales de los países del MERCOSUR a los de la AP se ubicaron en torno a US\$ 17.000 millones y las importaciones fueron de casi US\$ 14.000 millones. A su vez, las ventas externas del bloque a la AP se vienen reduciendo desde 2012, viene perdiendo relevancia como destino de las exportaciones mercosureñas (representaba cerca del 10% en 2003/2006 y 6,5% en 2015). Incluso más, los productos "origen MERCOSUR" representaban un 6,5% de las importaciones totales en 2004/2007 contra un 3,9% en 2015. Esto quiere decir que el MERCOSUR está perdiendo participación de mercado en los países de AP por varios factores, entre ellos, la erosión de preferencias arancelarias frente a competidores de terceros países merced a la amplia red de acuerdos de los países de la AP con socios de extra-zona<sup>252</sup>.

Ahora bien, la conveniencia de pensar la *convergencia en la diversidad* de ambos bloques (tal el título del estudio de la CEPAL del año 2014) se funda en varias razones, a saber:

i) Los ocho países de ambos bloques son miembros de ALADI, que es el marco jurídico de una amplia red de *Acuerdos de Complementación Económica* (ACE), los cuales vinculan a todas las economías de ambos bloques, con excepción de México-Paraguay<sup>253</sup>.

ii) Un parte significativa del comercio entre ambas regiones (cerca del 90%)<sup>254</sup> se encuentra –en teoría– libre de aranceles: los cronogramas de desgravación establecidos en los acuerdos ya se han cumplido (Chile) o están próximos a cumplirse (Colombia y Perú), o bien los productos se benefician de preferencias fijas o contingentes arancelarios<sup>255</sup>.

iii) Por el potencial del comercio intra-industrial: México, Colombia y Chile, por el lado de la AP, y Brasil y Argentina, por el lado del MERCOSUR, son los países que poseen mayores grupos de industrias con potencial comercio intra-industrial, y por lo tanto,

<sup>252</sup> Conf.: CARCIOFI, RICARDO y CAMPOS, ROSARIO, "Un paso más en la aproximación MERCOSUR – Alianza del Pacífico", *Alquimias económicas*, 02/06/17; disponible en el sitio: <https://alquimiaseconomicas.com/2017/06/02/un-paso-mas-en-la-aproximacion-mercosur-alianza-del-pacifico/>

<sup>253</sup> *Ibidem*

<sup>254</sup> Conf. CAETANO, GERARDO, "Entrevista...".

<sup>255</sup> Conf.: CARCIOFI, RICARDO y CAMPOS, ROSARIO, "Un paso más...".

con mayores posibilidades de insertar sus productos en cadenas de producción subregionales que alcancen a los países del otro bloque<sup>256</sup>.

iv) La oportunidad que se abre en la actual coyuntura internacional con la renegociación del NAFTA que permitiría a México reorientar parte de su estrategia comercial internacional<sup>257</sup>.

v) Naturalmente, la relevancia que como espacio alcanzarían ambos bloques (separadamente representan: MERCOSUR el 49% y la AP el 37% del PIB de América Latina).

Existen, sin embargo, *obstáculos importantes para la intensificación de los flujos comerciales entre el MERCOSUR y la AP*, en el marco de los acuerdos existentes, y que al decir de CARCIOFI Y CAMPOS<sup>258</sup>, serían:

i) La limitada cobertura de los acuerdos que vinculan, respectivamente, a Argentina y Brasil con México: solamente el 8% de las exportaciones y 12% de las importaciones del MERCOSUR a México se cubren, en teoría, libres de aranceles. La relación entre las tres grandes economía de ALADI es el eslabón faltante en la red de ACEs para vincular ambos bloques. De modo que completar la negociación comercial con México deviene crítico.

ii) El hecho de que un producto teóricamente se beneficie de una preferencia arancelaria determinada no significa que efectivamente se aproveche: por ejemplo, en muchos casos no son plenamente aprovechadas porque el comercio tiene lugar por fuera del acuerdo (hay factores como requisitos de origen, normas técnicas y/o fitosanitarias que desincentivan el aprovechamiento de la preferencia pues su cumplimiento incrementa los costos de producción a tal punto que termina contrarrestando total o parcialmente el beneficio arancelario); además, gran parte de los acuerdos son de carácter amplio y los países reciben beneficios arancelarios en un conjunto de ítems en los cuales no cuentan con un potencial exportador, ni lo pueden desarrollar en el corto y mediano plazo y, por otra parte, algunos países tienen una oferta exportable concentrada, lo que limita las posibilidades de utilizar muchos de los beneficios arancelarios recibidos.

<sup>256</sup> Conf.: CEPAL, *La Alianza del Pacífico y el MERCOSUR: Hacia la convergencia en la diversidad*, Santiago de Chile, Naciones Unidas, 2014, p. 70.

<sup>257</sup> Conf.: CARCIOFI, RICARDO y CAMPOS, ROSARIO, "Un paso más...".

<sup>258</sup> Ver: *Ibidem*.

De allí que *la convergencia en la diversidad entre ambos bloques debería establecer una agenda* que incorpore: facilitación del comercio, ventanillas únicas de comercio, acumulación de origen, promoción comercial y PYMES e integración física<sup>259</sup>.

Finalmente, cabe resaltar que, en fecha 7 de abril de 2017, en Buenos Aires, tuvo lugar la "Reunión Ministerial MERCOSUR-Alianza Del Pacífico" para dar a conocer los avances de cada proceso, así como explorar acciones de interés común en el ámbito de la integración económica regional. En ese marco, los Ministros: i) *coincidieron en la importancia de responder a los retos actuales, a través de la intensificación de los esfuerzos a favor del libre comercio y de la integración regional*; ii) acordaron *continuar trabajando el acercamiento entre el ambos bloques*; iii) consideraron oportuno establecer una *Hoja de Ruta* (líneas de trabajo) sobre: Cadenas Regionales de Valor/Acumulación de Origen, Facilitación del Comercio/Ventanillas Únicas de Comercio Exterior (VUCES), Cooperación Aduanera, Promoción Comercial y Pymes, Barreras No Arancelarias y Facilitación del Comercio de Servicio<sup>260</sup>.

## Capítulo III

### **De la identidad, los proyectos y las alternativas regionales.**

Creemos que *en los momentos críticos, parece sabio reflexionar sobre la propia identidad, re-memorar los proyectos/ perfiles históricos del bloque regional y, asimismo, re-valorizar las inspiraciones teóricas propiamente latinoamericanas (es decir, concebidas desde, para y por la región) para encontrar allí elementos que nos ayuden a despejar*

<sup>259</sup> Remitimos a: CEPAL, *La Alianza del Pacífico y el MERCOSUR...* y, asimismo, a: "Seminario "MERCOSUR-Alianza del Pacífico. Una agenda positiva para la integración" que tuvo lugar en Mendoza, Argentina, en fecha 19 de julio de 2017, en el marco de la Cumbre del MERCOSUR y Estados Asociados; disponible en el sitio: <http://conexionintal.iadb.org/2017/08/02/seminario-mercosur-alianza-del-pacifico/>.

<sup>260</sup> Conf.: REPÚBLICA ARGENTINA, MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO, "Información para la Prensa N° 119/17. 07/04/17. Reunión Ministerial MERCOSUR-Alianza del Pacífico. Comunicado conjunto" y "Hoja de Ruta"; disponible en el sitio: <http://www.cancilleria.gob.ar/reunion-ministerial-mercosur-alianza-del-pacifico-comunicado-conjunto>

*el horizonte, encontrar caminos, dilucidar prioridades del MERCOSUR* en su actual etapa crítica y como apuesta de futuro.

### **1. Identidad y perfiles históricos del bloque regional.**

La identidad está ligada a la historia, al patrimonio espiritual de una persona, de un pueblo, de una cultura<sup>261</sup>.

Hace referencia, por tanto a las características y valores definitorios de un grupo que le permite reconocerse en cuanto tal y diferenciarse de los demás. También contiene las simientes de todo proyecto colectivo. De modo que, para lograr adhesión voluntaria y participación social en la construcción de futuro será necesario tener en cuenta esas cualidades profundas.

En este sentido, la identidad supone *re-conocer* (volver a conocer), valorar, reinventar el propio patrimonio; diremos en el caso del MERCOSUR, su *acervo comunitario*.

Sin embargo, asiste razón a LARRAÍN cuando expresa que la identidad "no solo mira al pasado como la reserva privilegiada donde están guardados los elementos principales de la identidad; también mira hacia el futuro y concibe la identidad como un proyecto. La pregunta por la identidad no sólo es entonces ¿qué somos?, sino también ¿qué queremos ser?"<sup>262</sup>.

Por eso, nuestros países no pueden eximirse de realizar un análisis profundo de su pasado; esa es la precondición mínima para una apertura hacia otros países<sup>263</sup>.

En tal sentido creemos oportuno repasar la historia del bloque regional para sopesar algunas de las características que definieron la *identidad institucional*; básicamente, remitiéndonos a los hechos, las normas (tratados fundantes) y los valores que le fueron confiriendo (*criterio dinámico*) al Mercosur y sus perfiles históricos (los que atesoran distintos *proyectos institucionales* del bloque).

Junto a la reflexión de la identidad y los perfiles históricos del grupo, recurrimos, nuevamente, a la sabiduría de una producción genuinamente latinoamericana: *la teoría de la autonomía*.

<sup>261</sup> Naturalmente, un estudio profundo del tema excede este trabajo; sin embargo, entendemos necesaria una mínima aproximación.

<sup>262</sup> LARRAÍN, JORGE, "El concepto de identidad", *Revista Famecos*, N° 21, agosto 2003, Porto Alegre, pp. 30-42.

<sup>263</sup> Conf. *ibidem*.

## **2. Proyectos institucionales (y perfiles históricos del bloque).**

De modo que, para saber *hacia dónde* habrá que indagar "críticamente", por tanto, *desde dónde*. Vale decir, reclama indagar el *sentido*, vinculado a la idea de *proyecto* (en una de sus acepciones, proyectar es "idear, trazar o proponer el plan y los medios para la ejecución de algo"). De allí que también sea necesario referirnos a los perfiles, los modelos de la integración a lo largo de la historia.

### **2.1. Confrontando proyectos/perfiles históricos y doctrina.**

Con este marco referencial, podemos *confrontar los distintos enfoques, modelos y esquemas de integración del MERCOSUR en clave autonómica*. Vale decir, analizar la/s característica/s principal/es del bloque y si su perfil coadyuva(ba) –mínimamente– a la autonomía del MERCOSUR, de sus Estados Parte y de sus fuerzas productivas o, por el contrario, profundiza(ba) la correlación de fuerzas en desmedro de la capacidad política de los decisores regionales.

En esa inteligencia, quizá puedan señalarse, cuanto menos, *cuatro grandes etapas del bloque*<sup>264</sup>, a saber: *i) De los antecedentes inmediatos a la fundación del bloque (1985-1991)*, *ii) Época neoliberal/comercialista (1991-2003)*, *iii) Etapa neo-desarrollista (2003-2015)* y *iv) Época actual: ¿Etapa neo-neoliberal? (2015 en adelante)*. Repasemos, brevemente, cada una:

*i) En la primer etapa* encontramos, *grosso modo*, que la idea de integración devino un proyecto sustantivo para fortalecer la paz, el estado de derecho y la democracia (que constituyó un requisito tácito de ingreso al bloque) y, a su vez, entre sus objetivos se incluía el

<sup>264</sup> Un tema que hemos abordado con mayor profundidad en: MACK, ADRIANA H. y MURILLO, JORGE RAÚL, "La integración regional en América Latina en las últimas décadas: Etapas, paradigmas, modelos de desarrollo y derecho", en: DELANNOY, SOLANGE, MACK, ADRIANA Y VIÑALS; FERNANDO (Comp.), *XIII Congreso Nacional de Derecho Político: La política y el derecho en el bicentenario de la independencia*, Asociación Argentina de Derecho Político (AADP), septiembre de 2016, y también en: MURILLO, JORGE RAÚL, "La encrucijada existencial..." Parte de las ideas expresadas en este punto siguen lineamientos de dichas producciones. Igualmente, cabe aclarar que, en general y para las primeras tres etapas, coincidimos con la periodización/caracterización de BOTTO, MERCEDES ISABEL, "¿Qué nos enseñan los 20 años del MERCOSUR?", *Nueva Sociedad*, N° 232, marzo-abril 2011, Buenos Aires, pp. 17-25

refuerzo del poder de negociación de América Latina con el resto del mundo, "ampliando su autonomía de decisión y evitando que los países de la región continúen vulnerables a los efectos de políticas adoptadas sin su participación"<sup>265</sup>.

ii) A su vez, en *los años que van de 1991 a 2003*, asistimos a un *enfoque definitivamente comercialista de la integración*, reflejado en el *Tratado de Asunción* (que da formal inicio al MERCOSUR, en 1991)<sup>266</sup>. En sintonía con la nueva realidad internacional inaugurada con la caída del muro de Berlín, la difusión de los preceptos del *Consenso de Washington* y la consecuente liberalización de los intercambios, el bloque exhibe un esquema de "regionalismo abierto".

Junto al *despliegue instrumental normativo fundante del MERCOSUR* (además del *Tratado de Asunción* cabe recordar, entre otros: el *Protocolo de Ouro Preto sobre Estructura Institucional del MERCOSUR* del 17/12/94, el *Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR* del 18/02/2002 e, incluso –y retomando parte de un tema caro a la etapa primigenia–, el *Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile* del 24/07/98), el enfoque *comercialista*, congruente con la lógica de los gobiernos de cuño neo-liberal de los noventas, centra en el mercado –en particular, en las grandes empresas– el motor de la integración regional<sup>267</sup>.

En cualquier caso, el bloque como espacio económico ampliado mostró un importante desempeño durante los primeros años que contrasta, no obstante –*he aquí inconsistencias importantes*– con<sup>268</sup>:

- i) *un bajo nivel de interdependencia*;
- ii) *un escaso crecimiento económico*, excepto en el caso de Brasil<sup>269</sup> y, concomitante,
- iii) *un grave deterioro social*, a nivel nacional<sup>270</sup> y

<sup>265</sup> *Declaración de Foz de Iguazú* del 30 de noviembre de 1985, punto 8; suscripta por el presidente argentino RAÚL ALFONSÍN junto a su par de la República Federativa del Brasil, JOSÉ SARNEY. La cursiva nos pertenece.

<sup>266</sup> Conf. MURILLO, JORGE RAÚL, "La encrucijada existencial...".

<sup>267</sup> Conf. BOTTO, MERCEDES ISABEL, *op. cit.*

<sup>268</sup> *Vide* MURILLO, JORGE RAÚL, "La encrucijada existencial...".

<sup>269</sup> Conf. BOTTO, MERCEDES ISABEL, *op. cit.*

<sup>270</sup> En este sentido, no deja de asombrar que en el momento que el bloque alcanzaba su época dorada, entre 1995-97, Argentina evidenciaba

iv) un *fuerte endeudamiento* de los principales socios del bloque<sup>271</sup>.

En concreto, los países del MERCOSUR pese a exhibir resultados favorables de crecimiento agregado y de inversión externa directa –en gran medida producto de las privatizaciones– daban lugar a una grave situación de dependencia nacional en relación al sistema financiero internacional, con profundización de la desigualdad social. *A la postre, la autonomía (de la región y de sus Estados Parte) quedaba seriamente disminuida.*

iii) *En la tercer etapa (2003-2015), el MERCOSUR experimenta un cambio de enfoque.* El bloque asiste a una visión *neo-desarrollista* y de *regionalismo social*, bajo una dinámica que asigna un rol fundamental a los Estados en la economía nacional. Aquí pueden descubrirse nuevos ejes en la institucionalidad y en la agenda regionales, debiéndose señalar, por caso: la creación de la *REUNIÓN DE ALTAS AUTORIDADES SOBRE DERECHOS HUMANOS DEL MERCOSUR* (RAADDHH, en 2004); la redacción del *Protocolo de Asunción sobre Compromiso con la Promoción y Protección de Derechos Humanos en el MERCOSUR* (en 2005); la aprobación del *Protocolo Constitutivo del PARLAMENTO DEL MERCOSUR* (también en 2005); así como el establecimiento del *INSTITUTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE DERECHOS HUMANOS* –(IPPDH, en 2009). Por otra parte, Venezuela se suma como socio pleno del bloque (en 2012).

Es indudable que este período presenta un sustancial desarrollo de las *dimensiones simbólica y comunicacional* de la integración.

---

(1997/98) resultados alarmantes: casi el 35% de la población se encuentra por debajo de la llamada línea de pobreza y el 9,9% vive en la indigencia (A mayor abundamiento, remitimos a: HAEDUCK, LEE, "Poverty and Income Distribution in Argentina Patterns and Changes", en: WORLD BANK, "Argentina Poor People in a Rich Country. Background Papers", Vol. II, Report N° 19992-AR, The World Bank, Abril del 2000, pp. 1-59. Ver también, sobre la "época dorada" de MERCOSUR: BOUZAS, ROBERTO, DA MOTTA VEIGA, PEDRO y TORRENT, RAMÓN, "In-depth analysis of MERCOSUR integration, its prospectives and the effects thereof on the market access of EU goods, services and investment", Observatorio de la Globalización, Universidad de Barcelona, Noviembre de 2002. Disponible en: [www.ub.es/obsglob](http://www.ub.es/obsglob)).

<sup>271</sup>A mayor abundamiento sobre el particular, consultar, entre otros, a: LAZZARI, RICARDO y RAPOPORT, MARIO, "Notas sobre el endeudamiento externo en Argentina y Brasil: neoliberalismo y crisis", *Ciclos*, Año XXI, Vol. XX, N° 39-40, año 2011-2012, pp. 193-218.

Más aún, es importante destacar decisiones que denotan autonomía respecto de los supremos repartidores internacionales, y que se verifican: i) *a escala regional y subregional* en, por ejemplo, la IV *Cumbre de las Américas* (Mar del Plata, 2005) que dar por tierra con el proyecto de establecer un Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), las creaciones de la *Unión de Naciones Sudamericanas* (UNASUR, en 2008) y de la *Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños* (CELAC, en 2011) y la política regional de respaldo al reclamo soberano de Argentina sobre las Islas Malvinas; y ii) *a nivel nacional* en, verbigracia, el desendeudamiento con el Fondo Monetario Internacional tanto de Brasil como de Argentina, en diciembre de 2005; lo cual –a su vez– refuerza la percepción de incremento de margen de maniobra internacional de la región.

Considerando las transformaciones internacionales de la década pasada, sumadas al perfil de las relaciones bilaterales argentino-brasileñas, resulta necesario reconocer que la búsqueda de autonomía regional convivió con aspiraciones para obtener y mantener una autonomía nacional sobre la base de estrategias pragmáticas<sup>272</sup>; las que, a su vez, buscaron traducirse en políticas públicas de inclusión al interior de los Estados. No obstante, y de manera contradictoria, el bloque asiste al escalamiento del conflicto sobre las *Pasteras del Río Uruguay* entre Argentina y Uruguay, a la divergencia profunda que se produjera en la OMC (remitimos a lo expresado *supra*), al estancamiento de la interdependencia con postergación de los socios menores y a la pérdida de importancia relativa para Brasil.

iv) *Por último*, a partir del ascenso de nuevos gobiernos en Argentina (en diciembre de 2015) y Brasil (en 2016), la región comienza a desandar *una nueva etapa*<sup>273</sup>.

La misma parece iniciar *un período* en el cual retornan algunas de las principales lógicas de inserción internacional para la región

<sup>272</sup> Conf. GIACCAGLIA, CLARISA, "Argentina y Brasil: la búsqueda de autonomía en el escenario internacional. ¿Autonomía solidaria o solitaria?", en: LECHINI, GLADYS, KLAGSBURN, VICTOR Y GONÇALVES, WILLIAMS (Organizadores/ compiladores), *Argentina y Brasil. Venciendo preconceptos. Las variadas aristas de una concepción estratégica / Argentina e Brasil. Vencendo os preconceitos. As várias arestas de uma concepção estratégica*, Rio de Janeiro, Revan, 2009, pp. 67-90.

<sup>273</sup> Para una primera aproximación sobre este período, remitimos a: MACK, ADRIANA H. y MURILLO, JORGE RAÚL, *op. cit.*

y sus Estados, propias de la última década del siglo pasado. Naturalmente, su dinámica y resultados de largo plazo constituyen objeto de evaluación en el futuro; sin embargo, no sería aventurado pensar que, de reproducirse o profundizarse las recetas de otrora, su devenir no sea otro que un nuevo ciclo heterónomo; esto es, de dependencia nacional o, incluso, para-colonial, en la lógica puigiana.

No resultará improcedente, entonces, reconocer que al tiempo que se remueven obstáculos arancelarios y para-arancelarios entre los socios del bloque –un hecho positivo y necesario para la integración económica postergada–, se refuerce la lógica del regionalismo abierto –y de consiguiente, vuelva a tener predicamento *el enfoque de área libre comercio (free trade area approach)* en detrimento de una profundización *del de unión aduanera (customs union approach)*–, se retorne al recurso de ingresar divisas vía endeudamiento externo, se postergue la dimensión parlamentaria regional, se desmonten *de facto* logros públicos regionales (*v.gr.*: política sobre Malvinas, políticas públicas inclusivas al interior de los Estados Parte). Todo ello conlleva, asimismo, una restauración de la *matriz panamericana* de inserción internacional y/o de gestión de conflictos (por caso, recurriendo a la OEA en detrimento del propio ámbito regional) y que se expresa, igualmente, en el enfrentamiento de los Estados fundadores del bloque con Venezuela.

En síntesis: El MERCOSUR ha cambiado de orientación hacia dentro y frente al resto del mundo. En cualquier caso, es innegable una alta dosis de dinamismo en la agenda regional.

## **2.2. *Acervo comunitario.***

Cada una de las etapas reseñadas han sido *perfíles (diseños institucionales) de integración* que, lógicamente, han buscado resaltar algunas características más que otras, con suerte dispar. Naturalmente, responden a ideologías diversas –cuando no divergentes– y a circunstancias históricas precisas.

Llegados a esto punto, parece válido preguntarnos: ¿Cuál es, entonces, el *patrimonio del MERCOSUR*? Más aún, ¿puede hablarse de un *acervo comunitario* a pesar de sus diferentes perfíles históricos? En su caso, ¿habría una pauta hermenéutica prevalente con tal finalidad?

Pues bien, una respuesta sólida –*verdadera guía identitaria del bloque*– puede hallarse en la jurisprudencia del TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN (TPR) DEL MERCOSUR, que expresa:

### **"7. Marco conceptual**

7.1. Primeramente, conviene destacar que *el MERCOSUR*, a diferencia de la OMC y a semejanza de la Unión Europea y de la Comunidad Andina, *no se basa pura y exclusivamente en la sola equivalencia de derechos, obligaciones, beneficios y ventajas comerciales y económicas entre los Estados Partes*.

7.2. *En efecto, a partir de la firma del Tratado de Asunción (TA), los Estados Partes han creado una comunidad de intereses no sólo económicos y comerciales, sino también sociales, culturales, jurídicos y políticos.* Ello se comprueba, principalmente a tenor de la letra y el espíritu del preámbulo del Tratado de Asunción y de su capítulo I 'Propósitos, principios e instrumentos', pero asimismo a partir de considerar el desarrollo normativo del bloque, en el cual es posible encontrar normas sobre salud, justicia, educación, integración social, derechos laborales, medio ambiente, aspectos políticos, relaciones internacionales, asimetrías, entre otros, como así también al revisarse el contenido de las Comunicados Presidenciales semestrales, la creación de determinados órganos de carácter no comercial, como el PARLAMENTO DEL MERCOSUR, el FORO CONSULTIVO-ECONÓMICO SOCIAL, las diferentes REUNIONES MINISTERIALES, el FORO DE CONSULTA Y CONCERTACIÓN POLÍTICA y LA COMISIÓN DE REPRESENTANTES PERMANENTES, entre otros. (...)

7.5. Que las anteriores consideraciones resultan pertinentes a los fines de concluir que *el MERCOSUR no puede ser valorado ni conceptualizado como un proceso de mero equilibrio entre las concesiones comerciales y económicas que los Estados Partes se han otorgado, sino que involucra otros factores no menos importantes que aquellas concesiones, factores que surgen, precisamente, de los fines y objetivos trazados por el TA. Todo ello porque el MERCOSUR es un bloque regional consistente en un proceso de integración y no un mero ente promotor de la liberalización comercial como es la OMC.*<sup>274</sup>

<sup>274</sup> TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN DEL MERCOSUR, "Laudo N° 01/2007 por solicitud de pronunciamiento sobre exceso en la aplicación de medidas compensatorias-Controversia entre Uruguay y Argentina sobre 'Prohibición de importación de neumáticos remoldeados procedentes del Uruguay'", Asunción, Paraguay, 08/06/17. Disponible en: <http://www.mercosur.int/innovaportal/v/375/2/innova.front/laudos> (fecha de consulta: 07/08/17). La cursiva es nuestra.

### **3. *Alternativas.***

Seguidamente, pasamos a exponer las que creemos son las alternativas que se le presentan al MERCOSUR para, luego, proponer la que consideramos preferente teniendo en consideración la *idea de acervo comunitario* (o *patrimonio regional inclusivo/sumativo*) que propone el TPR y, asimismo, sosteniendo la necesidad de conservar/ incrementar *márgenes de maniobra del bloque regional* aprovechando la permisibilidad del sistema internacional (*idea de autonomía*).

De modo que confrontado a la realidad internacional actual con la propia identidad y los proyectos históricos-institucionales del bloque, de cara al futuro, el MERCOSUR puede elegir una de las siguientes vías, a saber: a) *vía conclusiva*: dar por terminada la integración; b) *vía involutiva*: mantener el *statu quo*; c) *vía del retroceso*: a zona de libre comercio (y reducción de la integración a lo económico); d) *vía de la integración globalista*: por medio de tratados de libre comercio del siglo XXI y e) *vía de la integración inclusivista*: con desarrollo integral, afirmando –cuanto menos– la idea de unión aduanera<sup>275</sup>.

Analicemos, brevemente, cada una de ellas.

#### **3.1. *Alternativa 1: vía conclusiva (dar por concluida la integración).***

Una primera postura, entendería que el *MERCOSUR* está en *vía muerta*<sup>276</sup>.

A tal fin, bastaría con señalar diversas realidades: el incumplimiento notable de los objetivos fundacionales (y de los posteriores tratados cimeros) del MERCOSUR; el bloque no sólo no avanzó hacia un mercado común sino que retrocedió convirtiendo las excepciones en regla; no se generó una institución comunitaria efectiva (siquiera

<sup>275</sup> Correspondría agregar la *vía comunitaria*, que postulamos como *objetivo estratégico de largo plazo*; aunque, de realización improbable en el mediano plazo.

<sup>276</sup> Consultar, entre otros: SOLARI, PABLO, "El MERCOSUR fue", en "El Observador", 14/03/12, disponible en: <http://www.elobservador.com.uy/el-mercosur-fue-n220497>; asimismo, y hace ya varios años: TOURAINE, ALAIN, "El MERCOSUR terminó y el ALCA es inevitable", en Diario "ABC" de Paraguay, 16/09/02, disponible en: <http://www.abc.com.py/edicion-impresa/internacionales/el-mercosur-termino-y-el-alca-es-inevitable-sostiene-alain-touraine-663140.html> (consulta: 07/08/17)

el PARLASUR legisla); los Estados menores han sido postergados; la economía regional se encuentra re-primarizada; no existe una estrategia de mediano y largo plazo.

En resumidas cuentas, esta postura sostiene que el bloque es un barco que *nevera llegará a ningún lado pues no sabe dónde va*. Ni tan siquiera sería necesaria dar por concluida su existencia de manera formal; la realidad se ha encargado por sí misma.

Una variante, dentro de esta alternativa, entiende que *el bloque ya ha alcanzado su objetivo*<sup>277</sup>.

En este caso sería exagerado afirmar el fracaso del bloque puesto que, aunque no prosperó en el área específica de la integración regional, sí sirvió de valiosa herramienta para facilitar la consolidación democrática y las reformas económicas de sus Estados miembros. Al mismo tiempo, y con una gran dosis de realismo, se plantea que el bloque carece de una identidad institucional común y cumple una función diferente para cada país miembro. De modo que *si "hoy el bloque languidece no es por haber fracasado, sino porque ya cumplió su misión"*<sup>278</sup>.

### **3.2. Alternativa 2: vía involutiva (mantener el statu quo).**

Este camino fue el adoptado por los Estados del MERCOSUR en los aspectos económicos y comerciales durante los últimos años.

Aun incorporando materias de carácter social, político y simbólico que hacen parte sustantiva del patrimonio del bloque regional y que, al propio tiempo, desplegaban políticas públicas inclusivas al interior de sus propias sociedades nacionales, no es menos cierto que el descuido de la dimensión "económica" unida a la inercia en el funcionamiento del bloque han producido, cuanto menos, demoras injustificables, que perjudicaron gravemente su dinámica.

Se podrá alegar que la crisis financiera internacional del 2008 requirió reordenar prioridades; no obstante, transcurrido varios años de la misma, el estancamiento parece haber sido la norma (baste con recordar un solo ejemplo: el destrato hacia los socios menores del bloque –lo que en los hechos, los "empuja" a gestionar acuerdos

<sup>277</sup> MALAMUD, ANDRÉS, "El MERCOSUR: misión cumplida", *Revista SAAP*, Vol. 7, N° 2, noviembre 2013, pp. 275-282.

<sup>278</sup> *Ibidem*.

de manera unilateral con terceros Estados; por caso, los deseos de Uruguay para celebrar un tratado de libre comercio con China–).

En este contexto, la demora sumada a la inacción en materia económico-comercial terminaría produciendo, a largo plazo, resultados similares a la primer alternativa. *Esta opción implica una evolución (estática) hacia la involución.*

### **3.3. Alternativa 3: vía del retroceso a zona de libre comercio (y reducción de la integración a lo económico).**

Básicamente, esta alternativa entiende que *un área o zona de libre comercio* (ZLC) brindaría mayor flexibilidad para que cada Estado maneje su relacionamiento externo y su inserción internacional.

Entiéndase bien, el *enfoque de área de libre comercio (free trade area approach)* importa un "retroceso deliberado y expreso" porque desliga a los Estados Parte de la necesidad de acordar una postura arancelaria común frente a terceros países (propia de la Unión Aduanera, UA), por una parte, pero –al mismo tiempo– podría disparar una eventual competencia intra-MERCOSUR, al reasumir cada socio el manejo de la política arancelaria (de importación). Ya no sería vinculante la Decisión del CMC N° 32/00.

Ello, a corto plazo, debilitaría enormemente la capacidad de negociación del bloque y, en soledad, difícilmente puedan tener viabilidad los mercados nacionales con excepción de los sectores más competitivos y/o concentrados. Asimismo, generarían distorsiones distributivas al interior de cada Estado.

Sin embargo, es una alternativa que ha encontrado apoyo en grupos empresariales, políticos y académicos. Hace ya algunos años, MÓNICA HIRST advirtió de la presencia de "segmentos de las élites brasileña, argentina y uruguaya que siempre han preferido un entendimiento con Estados Unidos, sacrificando demandas de reciprocidad en la consolidación del MERCOSUR como Unión Aduanera"<sup>279</sup>.

<sup>279</sup> HIRST, MÓNICA, "Venezuela cambiará el equilibrio del MERCOSUR", en Diario "Clarín" del 16 de julio de 2006. Ver, asimismo, MURILLO, JORGE RAÚL, "¿Hay un futuro ...?".

### **3.4. Alternativa 4: vía de la integración globalista (por medio de tratados de libre comercio del siglo XXI).**

Una alternativa diferente a la anterior, aunque ideológicamente vinculada, es concebir al MERCOSUR (como UA) negociando *tratados de libre comercio* (bajo los *templates* propios del *Regionalismo del siglo XXI*) de manera *acrítica* con terceros Estados o grupos de países (*v.gr.*: Unión Europea). Conceptualmente, tal extremo profundiza la lógica de inserción internacional del *regionalismo abierto* de los noventa.

A juzgar por la experiencia histórica, los *beneficiarios de este proceso de inserción internacional* serán, básicamente, los sectores concentrados de las economías nacionales; léase, el sector primario (principalmente, el agropecuario, el agro-industrial, el minero y el energético) y sectores muy competitivos de la industria y de los servicios.

Al propio tiempo, *se reparte una inmensa cantidad de impotencia* a los sectores industriales pequeños y medianos, los trabajadores de la industria (formales y no formales) y la mayor parte de las economías regionales; prácticamente, el setenta por ciento de las sociedades nacionales.

La idea subyacente es que *la integración (más que al MERCOSUR) es al mundo (de las cadenas trsnacionales de valor)*. El MERCOSUR es la herramienta que articula, que viabiliza, *ad intra* de los Estados, la internacionalización económica *de manera acrítica* a través de la "apertura de los mercados" y de la búsqueda de la competitividad de factores productivos que (salvo los señalados) no pueden competir en esquemas que reproducen la lógica de acuerdos asimétricos Norte-Sur (para países periféricos como los de la región).

En esa inteligencia, algunas medidas jurídicas son relevantes *para implementar esta integración globalista: los tratados de libre comercio, la desregulación normativa (¡vaya oximorón!) y la presencia minimalista del Estado*.

De cara al futuro regional, cabe decir que es una alternativa que lleva posibilidad de ser implementada: al igual que la alternativa previa, tiene sustento en sectores relevantes de la intelectualidad, la política, las empresas y los medios de comunicación. Además, pareciera ser el camino elegido por los actuales gobiernos de los socios mayores del bloque.

Por lo pronto, la *razón alegada* de que "lo importante es abrirse al mundo", como una contra-cara a la ola "proteccionista" de los

países centrales (Trump, *Brexit*, etc.) y para "no quedar aislados", no es solo absurda, sino enormemente peligrosa<sup>280</sup>.

No resultará ocioso recordar sobre el tema, lo que manifestara quien fuera ALTO REPRESENTANTE GENERAL DEL MERCOSUR (en relación a un eventual tratado con la Unión Europea):

"k) la firma de un acuerdo de libre comercio entre la Unión Europea y el MERCOSUR, al privilegiar a las empresas europeas en el comercio con el MERCOSUR (y con Brasil), implicaría inmediatamente requerimientos de nuestros principales socios comerciales, esto es, China, los Estados Unidos, Japón para que negociásemos con ellos acuerdos similares, a lo que sería prácticamente imposible negarse;

I) el arancel externo común, esencia de una unión aduanera, que ya habría dejado de existir para las empresas de la Unión Europea, dejaría de existir para los Estados Unidos, para Japón, para China y para otros países, lo que significaría el fin del MERCOSUR, como unión aduanera y como instrumento de desarrollo"<sup>281</sup>.

### **3.5. Alternativa 5: vía de la integración inclusivista (con desarrollo integral, afirmando –cuanto menos– la idea de unión aduanera).**

La última alternativa que presentamos, y que *entendemos preferible*, es la de buscar una *integración que busque rescatar algún margen de viabilidad* a los proyectos de desarrollo nacional y regional inclusivos.

Entiéndase bien, *ello no implica constituir una fortaleza pero sí permitir una inserción internacional que incluya a los sectores productivos, cuidando el trabajo*. Si bien es cierto que las corporaciones transnacionales son muy importantes y las exportaciones fundamentales, no es menos cierto que la inversión mundial se financia en más de un 90% con ahorro interno (no con inversión mundial), más del 80% de la producción global se vende en los mercados internos de los países y, en la generación de empleo,

<sup>280</sup> Conf. MARCHINI, JORGE, *op. cit.*

<sup>281</sup> GUIMARAES, PINHEIRO SAMUEL, *op. cit.*

nueve de cada diez trabajadores en el mundo trabaja para sus propios mercados<sup>282</sup>.

De tal modo, sólo conservando –cuanto menos– el *enfoque de Unión Aduanera* podrá sostenerse un MERCOSUR con posibilidad de insertarse en condiciones "menos asimétricas" a la realidad mundial.

Ahora bien, a tal fin la normativa regional debe ser cumplida estrictamente; no pueden las excepciones constituirse en regla.

Lo expresado, no precluye de la posibilidad de revitalizar la dinámica comercial del bloque y cierto margen de actuación de los Estados Parte adoptando criterios de *flexibilidad* como los sugeridos por FÉLIX PEÑA en relación a, por ejemplo, la metodología para las aperturas de los mercados al comercio y a las inversiones originadas en los socios:

"Sin perjuicio de compromisos más amplios, como los pactados originalmente en el Tratado de Asunción con respecto al comercio de bienes y al arancel externo común, siempre se previó aproximaciones de tipo sectorial, como la pactada –y aún vigente para el sector automotriz– y la también pactada, pero no necesariamente empleada, de los acuerdos sectoriales previstos en el Tratado (artículo 5° d) y que tuvieran un primer marco regulatorio en la Decisión CMC 03/91. Este marco regulatorio ha sido muy poco empleado y hoy podría adaptarse bien a la necesidad de facilitar la integración productiva en otros sectores"<sup>283</sup>.

Una estrategia sectorial de este tipo, tampoco iría contra la idea más amplia de lograr con el tiempo el denominado mercado común regional; al contrario, la facilitaría ya que la ALADI dispone de los instrumentos necesarios al respecto (a partir de las reglas del Tratado de Montevideo de 1980)<sup>284</sup>.

Al mismo tiempo, la conservación del Arancel Externo Común (AEC) reforzaría la capacidad negociadora del bloque (evitando la dilución que conllevaría un ZLC).

<sup>282</sup> Conf. FERRER, ALDO, "El MERCOSUR en un mundo global", en CLEMENTI, HEBE (comp.), *La dimensión cultural del MERCOSUR*, 1<sup>a</sup> ed. 1<sup>a</sup> reimp., Buenos Aires, Centro de Estudios Avanzados/Oficina de Publicaciones del Ciclo Básico Común/Universidad de Buenos Aires, 1997, pp. 11-26.

<sup>283</sup> PEÑA, FÉLIX, "¿Una nueva etapa del MERCOSUR y de su relación con la UE? Los requerimientos de liderazgo y de inteligencia metodológica que se plantean", en: "Newsletter sobre relaciones comerciales internacionales", febrero de 2016; disponible en: <http://www.felixpena.com.ar/>

<sup>284</sup> Conf. *Ibidem*.

Sin embargo, no puede continuarse en el estancamiento de la interdependencia de los últimos años: *el MERCOSUR debe ser integral pero no habrá integralidad por realizar sin efectividad material concreta* (la *esencialidad de los intercambios* es una de las características estructurantes del bloque que no puede ni debe ser resignada).

Podrá argumentarse que esta vía contiene una buena dosis de voluntarismo desde que el MERCOSUR ha venido vaciando de contenido su esquema de integración: la unión aduanera se halla plagada de perforaciones y excepciones que la convierten en un camino con poco destino y los Estados menores quieren salirse del *cocet* de la Decisión CMC 32/00. Sin embargo, es la actualidad misma y la necesidad de re-pensar la presencia internacional del bloque la que constituye un incentivo *ad intra* para el reordenamiento de prioridades, el cumplimiento de la normativa comunitaria y la contención de expectativas insatisfechas entre las Partes.

A todo evento, debe precisarse que las observaciones *supra* realizadas no conllevan, necesariamente, la negación a negociar acuerdos de libre comercio *per se*. Más aún, la negociación de los mismos puede constituir *una oportunidad* para reacomodar políticas y variables al interior del bloque y de los Estados Parte.

En rigor, el tema no es negociar (al contrario) sino *qué negociar*: si el acuerdo estableciera *acríticamente* la incorporación *in extenso* de normativa OMC+ y OMCx –respecto de sectores sensibles y/o potencialmente vulnerables y/o estratégicos para los Estados y/o que importen licuar la capacidad soberana de regular materias sustantivas, como ser: trabajo, impuestos, educación, cultura, contenidos audiovisuales, movimientos de capitales, etc.). Entonces, quizás, la estrategia sea: saber qué límites se estará dispuesto a conceder (ya que es fácil entrar a estos acuerdos pero no salir de ellos), establecer un enfoque de etapas, dosificar creativamente los límites de concesión con imposición de requisitos pre-fijados de desarrollo, pautar criterios de alta flexibilidad normativa y de escape, fijar amplísimos períodos para la vigencia de sectores que requieran adaptaciones productivas extraordinarias.

Esta alternativa tampoco rehúye de la creación de cadenas de valor regionales y subregionales (propias de la región; es decir, no trasnacionalizadas o desterritorializadas) ya que pueden coadyuvar el desarrollo productivo intra-bloque.

### **3.5.1. Tareas prioritarias para una integración inclusiva.**

Ahora bien, reafirmar esta vía que se postula supondría, invariablemente:

i) *Propiciar el establecimiento, el desarrollo y la consolidación de élites funcionales "regionales".*

Siguiendo y profundizando la lógica puigiana –en dimensión *aggiornada* al siglo XXI–, *para que los objetivos sean propiamente autonómicos* y, por tanto, *para avanzar decididamente en la integración del MERCOSUR* deviene crítica la *existencia, la formación y la consolidación de densidad regional* expresada en élites funcionales; es decir, *decididas a emprender el camino de la autonomización (políticas, académicas, empresarias, sindicales y sociales)* no ya estatales, sino *regionales* –tanto *burocráticas* (es decir, funcionarios estables de los órganos institucionales del bloque) como *no burocráticas* (por fuera de la estructura institucional).

Desde que el MERCOSUR carece de estas necesarias *élites funcionales regionales* no hay quién contribuya estructuralmente a la unidad de criterio, a la acción de conjunto y a la decisión política. Más aún, *no hay pensamiento regional estratégico* (de mediano y largo plazo). Claro está, *ni siquiera existe densidad de pensamiento integrador autonómico al interior de cada Estado*.

He aquí que a la hora de valorar la viabilidad y las consecuencias de un modelo de integración regional y de su inserción internacional (lo cual supone estar discutiendo un proyecto de desarrollo<sup>285</sup>) creemos, humildemente, que ningún político, abogado, economista y/o estudioso de la integración debería dejar de *indagar(se)* sobre el sentido último de los enfoques que se postulan. En tal sentido, y como simple sugerencia:

El modelo que se propone ¿a quién sirve?, ¿quién conduce *principalmente* el proceso? ¿quién decide, en última instancia (o también, *cuáles son los supremos repartidores*, según la lógica del trialismo goldschmidiano<sup>286</sup>)?, ¿cuáles son los criterios supremos de reparto?, ¿cuáles los motivos y las razones alegadas?, ¿Cómo cuánto se cumplen las reglas pactadas?, ¿la

<sup>285</sup> Ver: Entrevista a GERARDO CAETANO en nota titulada: "Que vuelve el tren", 17/10/16; disponible en: <https://ladiaria.com.uy/articulo/2016/10/que-vuelve-el-tren/>

<sup>286</sup> A todo evento, consultar: GOLDSCHMIDT, WERNER, *op. cit.*

participación en la dinámica decisoria es democrática?, los empresarios, los trabajadores, los ciudadanos de la región ¿se sienten actores del proceso de integración?;

Igualmente, ¿se propende hacia un desarrollo progresivamente incluyente de los diferentes países y de los sectores más postergados y/o menos competitivos o, al contrario, se profundiza la asimetría *ad extra* y/o *ad intra*?

Más aún, ¿se contribuye, se orienta –paulatinamente– a la consolidación estratégica del bloque?, ¿Qué dirección se está llevando?, ¿Adquieren el bloque y sus Estados Parte autonomía incremental?...

b) Epistemológicamente: *superar criterios euro-céntricos de análisis y de valoración de la realidad del MERCOSUR como los únicos posibles y deseables.*

En tal sentido, los parámetros excluyentes que suelen utilizarse para evaluar el éxito del proceso integrador fincan en: *criterios puramente económicos* (el nivel de exportaciones, el grado de interdependencia, el "nivel de apertura" o el grado de circulación de los factores productivos –naturalmente, relevante pero no excluyente–) y/o *institucionales* (la existencia –o no– de instituciones comunitarias, y supranacionalidad orgánica y normativa –nuevamente, necesaria pero no excluyente–) que remiten *implícita o explícitamente al cartabón de la experiencia comunitaria europea*, desconociendo la propia realidad histórica y socio-política de los países del bloque subregional.

c) *Conceptualmente, es dable distinguir*, como lo hacía ALDO FERRER, entre un MERCOSUR *ideal* y un MERCOSUR  *posible*. Este último reclama la construcción simultánea de la integración regional y de los propios desarrollos de los Estados nacionales, en un espacio solidario, que sea funcional a los respectivos Países del bloque<sup>287</sup>.

d) *Tampoco se debe perder la idea de conjunto.* Como sugerimos *supra*, resulta estratégico trabajar la idea de *converger en la diversidad* con distintos esquemas de integración latinoamericanos, entre ellos, la Alianza del Pacífico, incluso a través de acuerdos sectoriales. Naturalmente, ello no implica resignar criterios de desarrollo nacional/regional inclusivo.

<sup>287</sup> A todo evento, consultar: FERRER, ALDO, "El éxito del MERCOSUR posible", *Revista de Economía Política*, vol. 27, nº 1 (105), enero-marzo de 2007, pp. 147-156.

*El camino a seguir no es lineal.* Además, el proceso resultaría infructuoso si se redujera al ámbito de las políticas comerciales o al mero uso de instrumentos jurídicos (como son, por caso, los acuerdos de alcance parcial en ALADI). Por el contrario, el *trabajo gradual* debería tomar en consideración las *líneas directrices* establecidas por las *Jefas y los Jefes de Estado y de Gobierno de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC)* en el *Plan de Acción Caracas 2012* y en algunas sugerencias de la CEPAL<sup>288</sup>.

*Asimismo, la convergencia gradual se impone insoslayable de cara a las relaciones con China y el Asia Pacífico*<sup>289</sup>.

<sup>288</sup> Entre otras:

- i)** económico-comerciales: desarrollar una preferencia arancelaria latinoamericana y caribeña; profundizar y modernizar el Convenio de Créditos Recíprocos de ALADI; elaborar un programa de facilitación del comercio (por ejemplo, con la digitalización de los trámites asociados al comercio); permitir la acumulación de origen (que ya existe entre los miembros del MERCOSUR); implementar una base de datos en la cual se registren las normas y reglamentos técnicos aplicables a la importación de mercancías;
- ii)** productivas: afianzar y fomentar cadenas de valor regionales y subregionales; diversificar la producción; aumentar la infraestructura para la integración física del transporte, las telecomunicaciones y la integración fronteriza; acelerar la convergencia de los sistemas de regulación y control del tráfico (multimodal, carretero, aéreo, marítimo-portuario, fluvial y ferroviario);
- iii)** sociales: elaborar una agenda estratégica de acción regional e integral de políticas públicas en materia social; impulsar la participación activa de la sociedad civil en el proceso de integración;
- iv)** culturales: incentivar el desarrollo de industrias creativas y de integración cultural; apoyar a la innovación, la ciencia y la educación; fomentar una mayor movilidad de personas, particularmente, en el área educativa;
- v)** de energía y medio ambiente: considerar los lineamientos de la Estrategia Energética Suramericana; elaborar un proyecto de agenda ambiental regional.

(Conf.: CEPAL, *La Alianza del Pacífico y el MERCOSUR...*, pp. 70 y ss.)

<sup>289</sup> Conf. MURILLO, JORGE RAÚL, "América Latina...".

## Parte III

### Conclusiones

A tenor de lo expresado, podemos acercar algunas conclusiones:

a) El mundo asiste a un *cambio epochal*: el nuevo orden internacional transita de la *unipolaridad hegemónica* a la *multipolaridad de centros decisarios* y, consecuentemente, a la redistribución del poder global. El lento declinar del liderazgo occidental en la comunidad internacional corre parejo al ascenso de potencias regionales, principalmente China pero, también, Rusia e India, generando serios interrogantes sobre la estabilidad y el futuro del sistema.

b) En esta transición sistemática aparecen fenómenos de *globalización y des-globalización* como, asimismo, de *integración, des-integración (Brexit) y reintegración* (en especial, se constata el surgimiento del denominado *Regionalismo del siglo XXI*, representado en la negociación de *mega-acuerdos comerciales inter-regionales*).

c) Dichos *mega-acuerdos regionales* no regulan exclusivamente aspectos comerciales; por el contrario, avanzan sobre materias que profundizan o van más allá de lo acordado a nivel multilateral (*temas OMC+ y OMCx*) en un contexto de parálisis de las negociaciones comerciales multilaterales. En cuanto al *uso estratégico* de los mismos cabe mencionar a las principales potencias del mundo actual: básicamente, a Estados Unidos (con el TPP y TTIP), a la Unión Europea, a Rusia y a China (esta última a través del denominado Proyecto *Cinturón y Ruta* y el RCEP).

d) Por su parte, las *corporaciones transnacionales* tienen un poder de presión creciente en la negociación de dichos acuerdos mega-regionales, persiguiendo la aplicación de técnicas "disciplinarias" incluso frente a los países desarrollados, buscando limitar o neutralizar el propio poder normativo del Estado.

e) Los hechos de *des-globalización* reconocen diferentes causas, entre ellas: el temor a perder niveles de vida mínimos y/o trabajos nacionales y/o la defensa de las industrias locales que se consideran amenazados por los flujos financieros, productivos e inmigratorios de otras latitudes. En general, pivotan sobre el sentimiento del miedo y avivan actitudes de discriminación, racismo y xenofobia; en rigor, de *aporofobia*.

f) En particular, el *Brexit* en tanto signo de des-integración podría expresar, además, un mensaje más profundo: radicaría en su *rechazo*

*al derecho trascendental*, corporizado en la Unión Europea y en los efectos de las regulaciones comunitarias.

g) En este contexto, para los países latinoamericanos y, particularmente, para los del MERCOSUR, queda claro que "la integración es el único modo de participar en la globalización, el único para poder entrar verdaderamente en el concierto mundial de las potencias contemporáneas sin ser aplastados", como bien enseñaba METHOL FERRE<sup>290</sup>.

h) Al propio tiempo, la consolidación del proceso subregional resulta sustantiva para la dinámica continental integradora. En su cuarto de siglo de vida, el MERCOSUR con sus avances y retrocesos, estancamientos y relanzamientos; en definitiva, con "sus luces y sombras" ha significado una experiencia altamente positiva para la región en términos de consolidación de la democracia de sus Países Miembros, aumento del intercambio entre distintos sectores de las sociedades nacionales e incremento del comercio regional en términos absolutos y consolidación de una idea –símbólica y discursiva– de un espacio regional.

i) Sin embargo, como nunca antes en su historia, *la existencia misma del bloque se encuentra cuestionada*. El problema atañe a *lo estructural/existencial*; es decir, no ya qué tipo de integración puede preferirse, sino *si la integración misma vale la pena*.

j) Ante la actualidad crítica un *análisis de factores cualitativos concretos* de la integración revela que: i) la *esencialidad* se encuentra debilitada merced al desconocimientos de principios estructurales de la integración (ello explica, en buena medida, la actual situación de Venezuela en el bloque); ii) la *intensidad y el carácter de la interdependencia* de los socios del bloque ha venido decreciendo; iii) el grado de *convergencia* no logra mínimos niveles satisfactorios; iv) la capacidad en la *provisión de "liderazgo"* se encuentra resentida; y v) el bloque carece de *sentido estratégico de la integración* (y de *un enfoque autonómico incremental*).

k) Puntualmente, respecto a Venezuela y a su "situación" la solución es política, no jurídica. En cualquier caso, el MERCOSUR funcionó en este último período más como base de confrontación que como instancia de diálogo, evaporando toda posibilidad real de influir pro-positivamente en la solución del problema.

<sup>290</sup> METHOL FERRE, ALBERTO Y METALLI, ALVER, *La América Latina del siglo XXI*, Buenos Aires, Edhasa, 2006, p. 84.

l) En relación a las profundas transformaciones mundiales/regionales consignadas, el MERCOSUR deberá *tomar debida nota* para desplegar creativa y concienzudamente su *estrategia de desarrollo y de inserción internacional*.

m) Tres son los ámbitos principales de negociación externa para el bloque actualmente, a saber: la Unión Europea, la Alianza del Pacífico (y por extensión, los países de ALADI) y China.

n) La firma acrítica de un *tratado de libre comercio* por el MERCOSUR con potencias industriales y en franca asimetría, incluyendo con desmesura temas OMC+ y OMCx, eliminaría las preferencias de que gozan hoy las empresas ubicadas en el bloque con relación a las empresas localizadas fuera de él y, por tanto (para las empresas de la Unión Europea –si con dicho bloque fuera el tratado–), para el MERCOSUR, cuya esencia es el arancel externo común, podría significar el comienzo del fin como bloque y la negación de toda posibilidad de desarrollo autónomo<sup>291</sup>.

ñ) No deja de llamar la atención que los países de América Latina y el Caribe (y también el MERCOSUR) "otorguen una gran trascendencia (aunque esté justificada) a las negociaciones con la Unión Europea, cuya importancia relativa como socio comercial de la región disminuye gradualmente, y que, en cambio, no existe en la región suficiente conciencia sobre la significación del área de Asia y el Pacífico"<sup>292</sup>.

o) Asimismo, la convergencia en la diversidad de forma gradual con otros esquemas de integración de América Latina (entre ellos, la Alianza del Pacífico) se impone insoslayable, también, de cara a las relaciones con China y el Asia Pacífico.

p) Creemos que en los momentos críticos, parece sabio reflexionar sobre la propia identidad, re-memorar los proyectos de integración (a través de los perfiles históricos institucionales del bloque regional) y, asimismo, valerse de formulaciones teóricas propiamente latino-americanas (es decir, concebidas desde, para y por la región) para encontrar en dichos elementos guías de acción futura.

q) Los distintos proyectos/perfiles institucionales históricos de la integración pueden rastrearse a lo largo de distintas etapas de la vida del bloque, los cuales muestran valores diferentes (más

<sup>291</sup> Conf. GUIMARÃES, SAMUEL PINHEIRO, *op. cit.*

<sup>292</sup> KUWAYAMA, MIKIO y ROSALES, OSVALDO, *China y América Latina y el Caribe: Hacia una relación económica y comercial estratégica*, Santiago de Chile, CEPAL/Naciones Unidas, marzo de 2012, p. 72.

económicos, más políticos, más sociales), enfoques diferenciados (neoliberalismo y neo-desarrollismo) y grados disímiles en relación a la autonomía del bloque. En particular, los momentos referidos son: *i) De los antecedentes inmediatos a la fundación del bloque (1985-1991), ii) Época neo-liberal/comercialista (1991-2003), iii) Etapa neo-desarrollista (2003-2015) y iv) Época actual: ¿Etapa neo-neoliberal? (2015 en adelante).*

r) La idea de *acervo comunitario sumativo (patrimonio comunitario)* que "en el recorrido del bloque regional se encuentra en distintas manifestaciones y resultados alcanzados en el plano político, social y comercial"<sup>293</sup> permite *capitalizar los distintos proyectos/ perfiles de integración*. Ello puede resultar *una inspiración esclarecedora* para encarar el derrotero regional hacia delante.

s) El MERCOSUR puede optar por transitar alguna de las siguientes *alternativas*: a) *vía conclusiva*: dar por terminada la integración; b) *vía involutiva*: mantener el *statu quo*; c) *vía del retroceso*: a zona de libre comercio (y reducción de la integración a lo económico); d) *vía de la integración globalista*: por medio de tratados de libre comercio del siglo XXI y e) *vía de la integración inclusivista*: con desarrollo integral, afirmando –cuanto menos– la idea de unión aduanera.

t) De las alternativas referidas, *las dos primeras* (a y b) aunque factibles, ni siquiera deben ser consideradas como posibilidad; *la tercera y la cuarta* (c y d) siendo fácticamente posibles no se consideran deseables pues generan, a mediano plazo, involución/dilución de la integración y/o desigualdad estructural en las sociedades nacionales; sólo la última, e) *vía de la integración inclusivista*: con desarrollo integral (y afirmando, cuanto menos, la idea de unión aduanera), se considera deseable y factible si incorpora en su formulación criterios de *flexibilidad*; por ejemplo, a través de la posibilidad de realización de acuerdos sectoriales previstos en el Tratado de Asunción (artículo 5º d) y que tuvieran un primer marco regulatorio en la Decisión CMC 03/91.

u) Deviene menester a nivel epistemológico, *superar criterios euro-céntricos de análisis y de valoración de la realidad del MERCOSUR como los únicos posibles y deseables*.

<sup>293</sup> BIZZOZERO REVELEZ, LINCOLN, "El MERCOSUR en sus 26 años: patrimonio, aprendizajes, opciones y perspectivas", *Revista PARLASUR*, N° 10, 2017, pp. 14/15.

v) Conceptualmente, es dable distinguir, como lo hacía ALDO FERRER, entre un *MERCOSUR ideal* y un *MERCOSUR posible*. Este último reclama la construcción simultánea de la integración regional y de los propios desarrollos de los Estados nacionales, en un espacio solidario, que sea funcional a los respectivos Países del bloque<sup>294</sup>.

w) Por tanto, siguiendo y profundizando la lógica puigiana –en dimensión *aggiornada al siglo XXI*–, *para que los objetivos sean propiamente autonómicos* y, por tanto, *para avanzar decididamente en la integración del MERCOSUR* deviene crítica la *existencia de densidad regional* expresada en *élites funcionales* (políticas, empresarias, sindicales y sociales) no sólo estatales, sino regionales (burocráticas y no burocráticas).

x) Para el MERCOSUR también cabe recordar un principio cardinal de todo proceso de integración regional: *totum est maius sua parte summa*.

y) Sólo cuando decidamos que *los objetivos del bloque regional deban ser propiamente autonómicos* será posible avanzar decididamente en un proceso de integración solidario, integral e inclusivo. Tal extremo es, además, necesario e impostergable pues *el MERCOSUR constituye "el único camino posible para la unidad de América Latina"*<sup>295</sup>. Tal la sabiduría de una teoría propiamente latinoamericana.

Con ello bastaría para reiniciar el camino *y continuar el legado de un cruce histórico que ocurrió hace doscientos años...*

<sup>294</sup> A todo evento, consultar: FERRER, ALDO, *op. cit.*

<sup>295</sup> METHOL FERRÉ, ALBERTO, *Los Estados Continentales y el MERCOSUR*, Montevideo, Ensayo, 2013, p. 119.



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



# **EL LENGUAJE LLANO, SUS POSIBILIDADES DE APLICACIÓN COMO HERRAMIENTA DE REDACCIÓN Y EDICIÓN EN TEXTOS JURÍDICOS**

*PLAIN LANGUAGE AND ITS USAGE AS ADRAFTING  
AND EDITING TOOL IN LEGAL TEXTS*

*Trad. Púb. RITA TINEO<sup>1</sup>*

## **RESUMEN**

En este trabajo se intentará abordar el fenómeno del lenguaje estilo llano o ciudadano, denominado también *"Plain Language"*, estilo *claro* o *claire* como herramienta de comunicación global en el ámbito jurídico.

Se intentará analizar el rol del abogado como posible usuario de este estilo al trabajar como mediador intercultural en ámbitos jurídicos plurilingües.

Se abordarán los desafíos que enfrenta el abogado a la hora de comunicar efectivamente con *claridad, precisión y concisión*. Se propondrá una categorización de las tendencias de aplicación del estilo llano o *"Plain"* en distintas áreas relacionadas con el ámbito jurídico normativa existentes, necesarias para que el profesional tome decisiones informadas relativas al estilo, que tienen un impacto directo en el campo semántico y, por ende, en el texto que genera.

<sup>1</sup>Traductora Pública, Facultad de Derecho UBA. Directora del Departamento de Idiomas. Docente Investigadora Categoría IV, docente de grado, posgrado y extensión, se dedica desde 1997 a la investigación y difusión de los principios del "Estilo Llano" o *"Plain Language"*. Sus lenguas de trabajo son el Inglés y el Español. Contacto: rtineo@derecho.uba.ar; Departamento de Idiomas, Facultad de Derecho UBA. Figueroa Alcorta 2263, 2º piso. Tel: (011) 5287-6792/93.

**ABSTRACT**

This paper is aimed at analyzing the use of plain language, also called "Estilo Llano; *Chiaroo Claire*" as a global means of communication in the legal field.

We are going to analize the role of lawyers as users of this style when working in plurilingual legal environments as intercultural mediators.

We are going to analyze the challenges that lawyers face to communicate effectively with clarity, precision and concision. Tendencies will be analyzed regarding the use of Plain Language in different areas of the law (Private Sector, Government Administration, Judicial Power). Also, a review will be made of some existing statutes, laws, rules and regulations so that law professionals may make informed decisions related to style which will have a direct impact in the semantic field and, therefore, in the texts they generate.

**PALABRAS CLAVES**

Estilo llano; ámbito jurídico; claridad; concisión; precisión.

**KEY WORDS:**

Plain Language, legal environments; clarity; concision; precision

**SUMARIO:**

**Introducción. El estilo llano en el lenguaje jurídico.**  
**Características del estilo llano o plain. Orígenes del lenguaje llano. Organizaciones dedicadas a la difusión del lenguaje llano.** Iniciativas en el sector público. Desarrollo en lengua castellana. República Argentina. **El lenguaje jurídico prototípico.** Características del lenguaje judicial actual. Errores más comunes de redacción. **Conclusión.**

***Introducción***

Existe una tendencia bastante generalizada respecto del estilo llano que lo considera "chato" o "simplista". En los ámbitos profesionales, se subestima la simplificación y se prefie-

re el estilo de registro ya instalado que recibe la denominación de "tecnolecto"<sup>2</sup>.

Sin embargo, la mayoría de las veces los profesionales se sorprenden al tomar conocimiento de los antecedentes legislativos, gubernamentales, judiciales y comerciales que existen y que tienden al logro de una expresión escrita correcta, precisa y clara.

En la actualidad se observa la evolución de las distintas lenguas hacia un lenguaje claro. Los orígenes del movimiento están marcados por la dificultad de comprensión ciudadana de las comunicaciones oficiales de los poderes del estado y los distintos órganos jurisdiccionales. No es de extrañar que los primeros movimientos surgen en el área de la administración pública y luego se manifiestan en las esferas legislativa y judicial.

### ***El estilo llano en el lenguaje jurídico***

Podemos decir que el estilo llano tiene dos principales vertientes. La primera es la redacción clara para comunicaciones a grandes grupos sociales diversos (administración pública, organismos estatales, poder judicial). La segunda es la aplicación del estilo llano a la escritura académica. Las dos vertientes utilizan características de diseño que tienen en cuenta la super, macro y micro estructura textual.

El estilo llano es una herramienta lingüística poderosa para mejorar la comunicación a nivel gubernamental ya que posibilita la transparencia en los actos de gobierno y disminuye la facultad de interpretación discrecional de un texto administrativo. Tanto España, México, Colombia, Perú y Argentina utilizan las pautas del lenguaje claro, llano o ciudadano para brindar a la población el acceso a la información disponible. Es decir, hay pautas de diseño que permiten redactar de forma comprensible al público en general las instrucciones o comunicaciones de los organismos oficiales. Tales iniciativas se cristalizaron a través de informes de comisiones designadas *ad hoc* y derivaron en la reformulación de manuales para la administración pública y reformas de diseño en los formularios para completar.

<sup>2</sup> MARIANA CUCATTO: "El lenguaje jurídico y su "desconexión" con el lector especialista. El caso de a mayor abundamiento." <http://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/4951> último acceso: 16-06-2017

Asimismo, tanto en países de habla inglesa como de habla castellana se han impulsado reformas a nivel judicial y legislativo tendientes a la utilización de un lenguaje más claro para comunicar. El sentido de esta característica en particular es el de proporcionar un acceso a la justicia y al conocimiento de las leyes. Tanto en USA como en UK se siguen lineamientos diseñados para la redacción clara de las leyes y evitar ambigüedades y obscuridad. Particular mención debe hacerse de la Unión Europea, que al ser un entorno multilingüe utiliza los lineamientos del estilo llano para la redacción de todos los documentos e informes. Los proyectos de investigación que se realicen en el marco de la Unión, para ser financiados deben estar redactados en estilo llano.

El estilo ya está presente en el diseño de sitios web oficiales. Se puede apreciar en el diseño de las páginas, el equilibrio entre imágenes y texto, el tamaño de fuentes, la facilidad de acceso por medio de enlaces, la presentación de la información en forma de FAQs / preguntas frecuentes, etc. Se mide la legibilidad y el funcionamiento de cada página. Hay entidades que otorgan marcas de calidad que certifican que el sitio utiliza el lenguaje llano (UK-*Plain English Campaign*).

En el ámbito jurídico, la expresión clara, concisa y precisa es esencial para proteger y garantizar los derechos de las personas. No obstante, si bien es claro el precepto de que la ley se presume conocida por todos, no hay precepto que indique la presunción de comprensión. ¿Puede presumirse el conocimiento sin la comprensión? Este es un debate que se puede abrir, aunque no es el propósito de esta presentación.

Para simplificar los textos jurídicos y actualizar su lenguaje para que adquieran mayor claridad es necesario comprender su especificidad. Los textos jurídicos difieren de otros no solo por sus rasgos léxicos o gramaticales o por su no pertenencia a un determinado tipo textual (descriptivo, narrativo, expositivo, o argumentativo) sino también por un conjunto de factores que intervienen en su producción. Solo si se tiene en cuenta esa especificidad, será posible simplificar los textos sean éstos fallos, disposiciones, normativas o resoluciones para poder atenuar su opacidad y facilitar la interpretación de su contenido. El lenguaje jurídico debe mantener su rigor técnico al referirse a cuestiones jurídicas complejas pero, al decir del Presidente de la CSJN, "hacer comprensible el argumento para que la sociedad entienda el lenguaje del Derecho".

El objetivo es lograr una simplificación académicamente responsable y tener como meta la progresiva expresión de sentencias con un lenguaje más sencillo que el actual

Para el caso de los escritos académicos, el estilo llano es más resistido. Se piensa en él como simplista, carente de atractivo y poco apropiado. Sin embargo, el estilo llano es útil puesto que permite una expresión clara, coherente y cohesiva, despojada de artificio, con una prosa elegante y precisa, un estilo por cierto alejado del que habitualmente se utiliza. Permite estructurar cualquier presentación poniendo el énfasis en el campo semántico y dejando de lado las estructuras arcaizantes ya desaparecidas del lenguaje común. ARIANE MNOUCHKINE, directora de escena y Directora del *Theatre du Soleil* expresa "El "demasiado" miente por acumulación. Oculta lo esencial, despista. El *demasiado* reduce la profundidad del campo. Llena el ojo"<sup>3</sup>. A su vez, VALENTÍN GARCÍA YEBRA, en su obra *Teoría y Práctica de la Traducción* manifiesta "Si hay dos maneras de decir lo mismo, prefiero siempre la sencilla". Lo postulado por GARCÍA YEBRA hace más de 60 años está dentro de los parámetros que postula el estilo llano ya que en su obra citada manifiesta su gusto por la expresión directa y con claridad, con la utilización de pocas palabras. Y también expresa una gran verdad: "a veces las explicaciones intrincadas son sólo modos de fingir rigor científico para lo que, dicho llanamente, resultaría trivial o discutible".

Muchos dicen que el lenguaje llano es la divisa del nuevo milenio, es por ello que este espacio es un ámbito interesante para debatir y explorar caminos e intercambiar experiencias.

El lenguaje claro puede allanar todos los obstáculos comprensivos y facilitar el trabajo de los profesionales tanto sea en el trato con los clientes, con los pares como en entornos judiciales o arbitrales.

En este siglo, con los avances tecnológicos y la creciente interacción tanto en la esfera del Derecho Internacional Privado como en la del Derecho Internacional Público es esencial trabajar con el lenguaje en forma precisa y solucionar problemas derivados del manejo de distintas lenguas en un entorno en el que los sistemas jurídicos pueden ser diferentes. Por la naturaleza misma del trabajo

<sup>3</sup> ARIANE MNOUCHKINE. "Conversaciones con FABIANNE PASCAUD. *El Arte del Presente*". Teatro Francés Contemporáneo VII. Traducción del Francés. MARGARITA MUSTO. Ediciones Trilce.

en el ámbito jurídico y por las consecuencias derivadas de la producción escrita, sea ésta de naturaleza normativa, doctrinaria o jurisprudencial, es necesario converger en un modelo de redacción que sea una expresión clara concisa y precisa del texto originado para generar un impacto público, que se utiliza como referencia, que es carente de emociones y que está destinado a perdurar en el tiempo.

### ***Características del estilo llano o plain***

En el desarrollo del estilo llano tanto en idioma inglés (denominado *Plain Language*) como en castellano (también denominado "estilo ciudadano") se presenta coincidencia en la determinación de las pautas para mejorar la calidad de la producción escrita y unidad en la definición de tres ejes importantes que todo escrito debe cumplir:

1. Claridad,
2. Concisión, y
3. Precisión.

Las características son:

1. Utilización de oraciones cortas.
2. Utilización de conectores claros.
3. Utilización de preposiciones simples.
4. Utilización de la primera persona del singular y el plural (inglés).
5. Utilización correcta de los signos de puntuación.
6. Utilización de tiempos verbales simples.
7. Utilización de verbos modales en forma consistente (inglés).
8. Utilización de palabras o términos técnicos de acuerdo a lo establecido por fuentes pre-determinadas. **a)** La Real Academia de la Lengua, **b)** Los diccionarios de términos jurídicos, **c)** Las leyes, **d)** La jurisprudencia y **e)** La doctrina.
9. Orden de las palabras.
10. Evitar las nominalizaciones.
11. Evitar el uso de la voz pasiva.
12. Evitar la utilización de términos duplicados o triplicados (pleonasmos, redundancia).

### ***Orígenes del lenguaje llano***

Como primer antecedente en inglés, algunos autores como TIERSMA<sup>4</sup>, no dudan en citar al *Statute of Pleading*<sup>5</sup> de 1362 (durante el reinado de Eduardo III). La utilización del Latín para el registro escrito marca un camino que ha dejado sus huellas hasta la fecha. Podemos sí valorar que se comienza a percibir la necesidad de comunicar más claramente las ideas y, en el ámbito jurídico, esa necesidad responde a la existencia de un código de comunicación que, –en sus inicios no estaba destinado sino a la comunicación entre pares–, y que se caracterizaba por un despliegue terminológico distintivo con una estructura gramatical *aliena*, es decir, un patrón de origen greco-latino que no resultaba familiar a los hablantes de la comunidad en general.

Al aumentar la producción escrita se consagraron como principios ciertos usos y costumbres, constituyendo el rito un elemento sustancial para tal consagración. A partir de entonces y a pesar del *Statute of Pleading*, se entiende la presencia de modismos que fueron marcando una distancia del lenguaje del vulgo. Se comienza a definir un registro que representa una forma de lenguaje que es entendido únicamente por aquellos entrenados en los distintos aspectos del saber jurídico (los abogados, jueces, letrados, juristas, escribas), pero no accesible para aquellos carentes de conocimiento jurídico.

Estos modismos se enraizaron y siguen presentes con una notable tendencia a la fidelización por parte de los usuarios. A pesar de que los profesionales del derecho han reconocido a esta jerga como lingüísticamente poco clara, redundante o incorrecta, muestran resistencia –aún en la actualidad– para apartarse de estos preceptos. Ésta situación también aplica al castellano, italiano, portugués y francés.

<sup>4</sup> PETER TIERSMA, *The Plain English Movement*, <http://www.languageandlaw.org/PLAINENGLISH.HTM>

<sup>5</sup> El texto –escrito en inglés y francés– señala lo siguiente, "debido a los múltiples inconvenientes ocasionados a los individuos por la utilización de la lengua francesa en los tribunales del reino, y porque se percibe que los individuos entienden mejor la lengua que se habla en el reino, se dispone que la lengua a utilizar en los tribunales sea la inglesa para alentar la gobernabilidad y la tranquilidad del pueblo, quedando reservado el Latín para llevar el registro por escrito de tales procedimientos". <http://www.languageandlaw.org/TEXTS/STATS/PLEADING.HTM> último acceso. 03/07/2017

### ***Organizaciones dedicadas a la difusión del lenguaje llano***

*The Legal Writing Institute* es una organización sin fines de lucro que difunde la mejora en la redacción de textos jurídicos por medio del análisis y la investigación, realiza numerosos talleres y cuenta con publicaciones de difusión. 2.100 son los miembros con los que cuenta y representan a 38 países. Son la segunda organización en importancia en EE.UU. que congrega a profesores de derecho. La sede física del Instituto está en *Mercer University School of Law*.

Tal como publica en una resolución de 1992 el *Legal Writing Institute*, es clave en EE. UU. el rol que desempeñaron las Asociaciones de Abogados de Texas y Michigan en la difusión del lenguaje llano y también el rol de la Asociación Americana de Abogados. Todas ellas señalaron la importancia de modificar el estilo de redacción de todos los documentos para el público. De hecho, y basándose en la experiencia adquirida, se comenzó a incorporar a los planes de estudio de las carreras de leyes un programa para mejorar la redacción de textos jurídicos que incorpora la utilización de los principios establecidos por el estilo llano o *Plain English*<sup>6</sup>.

*Plain English Campaign* es una organización privada británica que fue fundada por CRISSIE MAHER quién desde la década de 1960 se ocupa de difundir los principios del *Plain English* para lograr mejorar el nivel de comunicación y resolver los problemas creados por el lenguaje burocrático, la letra chica de los contratos y la presencia excesiva de jerga jurídica en documentos oficiales. Trabaja a nivel internacional y entre otros, ha prestado servicios a IBM en N. York, a Naciones Unidas en Ginebra y a la Unión Europea en Bruselas. Tiene un servicio de edición para modificar documentos a fin de hacerlos menos ininteligibles para los ciudadanos en general y tiene una serie de marcas de calidad que se obtienen cuando se reúnen los requisitos que la organización impone. Las marcas de calidad indican que los documentos que las llevan utilizan los lineamientos del estilo llano. Está presente en más de 17.500 documentos en el Reino Unido, EEUU, Australia, Nueva Zelanda, Dinamarca y Sudáfrica. Es la única marca de reconocimiento internacional.

<sup>6</sup> PETER TIERSMA *The Plain English Movement*. <http://www.languageandlaw.org/>

### ***Iniciativas en el sector público***

Hay numerosas iniciativas en el ámbito de los tres poderes del estado. Si bien las iniciativas se dieron originalmente en los países de lengua inglesa, pronto se dio una difusión constante en países de lengua hispana.

En EE.UU., el primer antecedente lo constituye el libro de JOHN O'HAYRE publicado en 1949 denominado "*Gobbledygook Has Gotta Go!*". Empleado de una agencia del gobierno federal<sup>7</sup>, percibió la complejidad en la redacción de normas administrativas y las dificultades que esto ocasionaba a los ciudadanos. Más tarde llegó a Europa continental: Suecia (*Plain Swedish Group*), Francia (*Comité d'Orientation pour la simplification du langage administratif*), España (*Manual de Estilo del Lenguaje Administrativo*) e Italia (*Progetto y Premio Chiaro*).

Desde 1978, en el que aparece el primer decreto del Poder Ejecutivo durante la presidencia de JAMES CARTER hasta 2010, con la sanción de la "*Plain Writing Act*" durante el gobierno de BARAK OBAMA, se ve un creciente interés en el desarrollo de políticas comunicativas que garanticen el acceso a la información de manera comprensible. Estas iniciativas incluyen la sanción de leyes para aplicar el lenguaje llano a los contratos por adhesión, a las garantías de los fabricantes, a los seguros. Se puede mencionar, entre otras, la Norma de Inglés llano *the Plain English Rule (Securities Act Rule 421 [d])* en la que se dispone que todas las portadas, síntesis y secciones referidas a factores de riesgo en los prospectos sean redactadas en lenguaje llano a partir del 1 de octubre de 1998<sup>8</sup>.

En los Estados Unidos de América también se ve una creciente preocupación por mejorar la calidad de comunicación de la normativa legal y un esfuerzo del poder Judicial para establecer patrones de normalización para ser utilizados tanto en los formularios de parte como en los escritos judiciales. En este sentido, se pueden mencionar las iniciativas desarrolladas en los tribunales federales que generaron la modificación del texto de las Normas Federales de Procedimiento en lo Civil y también en lo Penal. Se puede apreciar en los sitios de

<sup>7</sup> *Bureau of Land Management*.

<sup>8</sup> "A Plain English Handbook. How to create clear SEC disclosure documents" que es el manual de estilo que la comisión utiliza y que establece las pautas que se deben seguir para efectuar las presentaciones ante la comisión para cotizar en bolsa.

los tribunales federales la reforma y diseño de todos los formularios que deben presentarse. En ellos se aprecia la organización de la información y la aplicación de los lineamientos del lenguaje llano ya que se proporcionan aclaraciones para los términos técnicos.

También hay iniciativas a nivel de los estados, y se puede mencionar la política de lenguaje llano desarrollada en los estados de California y de Nueva York. Se ve claramente desde el diseño mismo de la página de inicio del Poder judicial de cada uno de estos estados. La información es clara, concisa y en el caso de utilizarse términos técnicos, también se aclara el significado entre paréntesis.

En paralelo, se incorporan a los contenidos académicos de las Escuelas de Leyes materias que incluyen la redacción de textos jurídicos y comienzan a aparecer los primeros manuales de estilo jurídico.

En el Reino Unido la sanción de la ley de "Acceso a la Justicia" de 1999<sup>9</sup> proporciona el marco legal por el que se crea la denominada *Legal Services Commission* que a su vez está integrada por dos cuerpos que administran los dos programas principales: 1) el programa de asesoramiento jurídico para la comunidad<sup>10</sup>, y b) el programa de asesoramiento y defensa en el ámbito penal<sup>11</sup>.

El servicio que administra el programa de asesoramiento jurídico para la comunidad [CLS] tiene, entre otras, las siguientes funciones generales:

- a) Informar al público en general respecto de las leyes y el sistema jurídico y de la disponibilidad de servicios jurídicos.
- b) Brindar asistencia legal respecto de cómo se aplica la ley en ciertas circunstancias particulares.
- c) Asistencia para la prevención de controversias, asistencia para conciliar o resolver disputas o controversias en las que estén involucrados derechos y obligaciones de las personas.
- d) Asistencia para convalidar las decisiones por medio de las que se resuelven las disputas.
- e) La asistencia en procesos no controvertidos.

Asimismo, para los profesionales del derecho que se desempeñen dentro del marco de este servicio, la ley establece un marco que

<sup>9</sup> *Access to Justice Act*, 1999.

<sup>10</sup> *Community Legal Service* -CLS- por sus siglas en inglés.

<sup>11</sup> *Criminal Defence Service*.

propicia la mejora en la cantidad y la calidad de los servicios que se ofrecen y facilita el acceso a quienes lo necesiten. También propicia que se asegure la prestación correcta en función de la naturaleza e importancia de la cuestión a resolver.

La ley establece que la Comisión proporcionará los fondos para la prestación de los servicios.

La Comisión es la encargada de administrar un fondo<sup>12</sup> para pagar los servicios que se presten. El *Lord Chancellor* rinde cuentas de la utilización del fondo ante el Parlamento.

Los fondos se pueden destinar al pago de servicios contratados por la Comisión con los distintos prestadores. Para ser prestador se requiere el cumplimiento de estándares de calidad en los que se incluye el manejo del lenguaje llano.

En el marco europeo, la Comisión Europea tiene definidas pautas de traducción que son directivas generadas por la Dirección General de Traducciones<sup>13</sup>. Tienen una página publicada en la que establecen pautas de estilo<sup>14</sup>.

Aplican el denominado "*KISS*" Approach:

*KISS: Keep It Short and Simple*

Establecen, entre otras cosas, que el valor de un documento no es proporcional a su peso. Y recuerdan al cuerpo de traductores que los miembros de la Comisión han solicitado en reiteradas oportunidades que los documentos fueran más sucintos, recordándoles que el Secretario General ha rechazado en más de una ocasión los documentos excesivamente extensos. Indica que los documentos más cortos tienen mayor impacto, esto también se aplica a las oraciones. Establece como ideal el documento de 20 páginas y la oración de no más de 20 palabras.

### ***Desarrollo en lengua castellana***

Con la intención de desburocratizar los procesos administrativos, encontramos la iniciativa generada en México con su "*Manual de*

<sup>12</sup> *Community Legal Service Fund*.

<sup>13</sup> *Directorate-General for Translation*.

<sup>14</sup> *Fight the Fog, Write Clearly. How to write Clearly. Directorate-General for Translation, European Commission*.

*Estilo Ciudadano de México*". La iniciativa del lenguaje estilo llano se canalizó a través del Manual para la Administración Pública Federal publicado en el año 2004 por la Secretaría de la Función Pública [SFP], denominado "*Guía para escribir documentos en Lenguaje Ciudadano*". Este manual responde a una iniciativa del Presidente VICENTE Fox desde su asunción en Diciembre de 2000 para impulsar la denominada "reinvención" implementando una transformación radical en la administración pública. La mejora regulatoria generó la iniciativa de Lenguaje Ciudadano que se lanzó el 5 de octubre de 2004. El manual establece que el lenguaje ciudadano es una herramienta ideal para ayudar a los servidores públicos a llevar a cabo el cambio cultural que se necesita para hacer más eficientes los servicios públicos orientados al ciudadano. Si los documentos están bien escritos, los costos administrativos disminuyen y aumenta la eficiencia de la administración pública. Para lograr este objetivo es necesario capacitar a los empleados en el diseño y escritura de los documentos normativos, formularios y comunicados para utilizar el lenguaje ciudadano. Luego, se realiza el paso de redactar a nuevo documentos normativos, formularios y comunicados ya existentes. Dentro de este contexto, se proporcionan guías, tales como la Guía para emitir documentos normativos, disponible en la sección de Guías de Referencia Rápida en su portal<sup>15</sup>.

En Colombia, la Secretaría de la Función Pública publicó en 2011 la *Guía de Lenguaje Ciudadano para la Administración Pública Colombiana*<sup>16</sup>. En Perú, el Poder Judicial publicó el "*Manual Judicial de lenguaje Claro y accesible a los ciudadanos*"<sup>17</sup> en el año 2014. Entre otros aspectos, abarca el derecho a comprender como parte del debido proceso; usos del lenguaje en los documentos de comunicación judicial; técnicas para la redacción de sentencias.

En España, desde la década de los ochenta se comienza a desarrollar una política de calidad de textos producidos por la Administración Pública. En el año 1990 se publica el *Manual de Estilo del Lenguaje Administrativo*. Éste fue elaborado por técnicos

<sup>15</sup> [www.normateca.gob.mx](http://www.normateca.gob.mx)

<sup>16</sup> [http://www.portaltributariodecolombia.com/wp-content/uploads/2015/07/portaltributariodecolombia\\_guia-de-lenguaje-claro-para-servidores-publicos.pdf](http://www.portaltributariodecolombia.com/wp-content/uploads/2015/07/portaltributariodecolombia_guia-de-lenguaje-claro-para-servidores-publicos.pdf)

<sup>17</sup> <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/7b17ec0047a0dbf6ba8abfd87f5ca43e/MANUAL+JUDICIAL+DE+ LENGUAJE+CLARO+Y+ACCESIBLE.pdf?MOD=AJPERES>

en la materia y por lingüistas. Ofrece precisión y eficacia comunicativa en un entorno generalizado de sencillez. Esta iniciativa fue seguida por la del Ministerio de Justicia que se cristalizó con la presentación del Informe de la Comisión de Modernización del Lenguaje Jurídico en el año 2011<sup>18</sup>. En este informe se dan pautas de redacción, de usos de signos de puntuación y recomendaciones estilísticas en general.

### ***República Argentina***

En nuestro país, existe un manual de estilo cuyo uso está muy difundido: el *"Manual de Estilo de la Procuración del Tesoro de la Nación"*<sup>19</sup>. El manual de estilo da pautas de redacción que se aplican a los textos que produce la Procuración y las delegaciones que forman el Cuerpo de Abogados del Estado. En este manual, al igual que el manual de estilo ciudadano, se perciben las mismas características de estilo definidas para el estilo llano en la lengua inglesa. Todos los manuales hacen referencia a la Claridad, la Concisión y la precisión.

El Manual de la procuración del tesoro establece tres pautas como ejes fundamentales:

1. La *Claridad*, cuando define que para "asegurar la efectiva publicidad de la actividad administrativa, el lenguaje debe ser conciso, ilativo, preciso, objetivo y sobrio; corresponde evitar los giros Sobreabundantes, los artilugios literarios y los usos discriminatorios".
2. La *Concisión*, al establecer que "los textos no deben ser más extensos que lo necesario. Debe buscarse una proporción entre la cantidad de palabras y las ideas que deseen comunicarse. Se aconseja escribir párrafos breves. Si fuera necesario escribir párrafos largos, deberá tenerse especial cuidado en el uso de los signos de puntuación, en particular del punto y coma y del punto y seguido. Cada párrafo debe contener una sola idea".
3. La *Precisión*, manifestando que "Para conseguirla deben usarse las palabras y los modos de expresión que generen la menor

<sup>18</sup> [https://www.administraciondejusticia.gob.es/paj/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NPAJ/descarga/Informe](https://www.administraciondejusticia.gob.es/paj/PA_WebApp_SGNTJ_NPAJ/descarga/Informe)

<sup>19</sup> Segunda edición revisada, actualizada y ampliada. 2006.

*ambigüedad. Para ello debe evitarse el uso de palabras con sentido figurado, en especial cuando se trate de palabras que tienen un significado específico en el dominio del Derecho.*

En este contexto, recomienda tomar como principal referencia las palabras admitidas por la Real Academia Española, la Academia Argentina de Letras, la Asociación de Academias de la Lengua Española y diccionarios jurídicos; en sus primeras acepciones. Pueden repetirse palabras en la misma oración o en oraciones contiguas cuando su reemplazo por un sinónimo afecte la claridad o precisión.

En particular, para los términos jurídicos, el manual establece como necesario tener en cuenta, en orden excluyente:

- a) En primer lugar, su significado "legal" que esté expresado o pueda deducirse de las definiciones contenidas en los códigos o en otras leyes;
- b) En segundo lugar, el significado atribuido por la jurisprudencia predominante;
- c) En tercer lugar, el significado atribuido por la doctrina.

Si un término técnico-jurídico tiene un significado diverso al del lenguaje corriente debe definírselo.

En cuanto a los *modos de expresión* establece que: "Los textos deben escribirse, en la medida de lo posible, en un lenguaje corriente tanto en el plano léxico, como en el sintáctico; y la terminología técnica sólo debe aparecer cuando lo exija la precisión. (Sobriedad) Los textos deben tener la solemnidad propia del lenguaje jurídico, pero sin excesos que afecten su claridad y sencillez. Deben evitarse las demostraciones innecesarias de erudición, los excesivos desarrollos teóricos y las citas que sean prescindibles.

En cuanto a los tiempos verbales, al igual que en el *Plain English*, establece una preferencia de uso: las formas verbales simples: "Los hechos y antecedentes deben relatarse en pretérito perfecto simple, sin perjuicio de utilizar los tiempos verbales que corresponden.

Por otra parte, debido a la sanción de la ley 24.967 se llevó adelante el proyecto del *"Digesto Jurídico Argentino"*. Este proyecto fue un desarrollo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires con la Dirección de su entonces Decano, el Dr. ATILIO ALTERINI. El digesto es una compilación de todas las leyes. Con este marco, asimismo, la Universidad del Salvador publica el *Manual de Técnica Legislativa* bajo la dirección del Prof. ANTONIO MARTINO.

En su parte segunda, el manual hace referencia al lenguaje normativo indicando pautas similares a las incorporadas por el manual de estilo de la Procuración del Tesoro de la Nación: hay coincidencias en cuanto a la brevedad de las frases, la concisión, integridad y univocidad; los usos de los verbos en la redacción de disposiciones, la utilización de modalidades deonticas para la redacción prescriptiva; la utilización correcta de las conjunciones disyuntivas; la utilización de términos jurídicos o técnicos con el significado que les asigna la ciencia o técnica que les concierne; el orden excluyente para asignación de significado –leyes, jurisprudencia dominante y doctrina–; remisión a la Real Academia Española de la Lengua. En su parte tercera, el manual establece normas para la escritura de textos normativos y entre otros puntos, define el uso de abreviaturas y siglas, su escritura; el uso de mayúsculas, la forma de escritura de fechas y números en general; la utilización de signos de puntuación; las reglas para las citas de disposiciones normativas, etc.

En el ámbito del Poder Ejecutivo, podemos mencionar la iniciativa del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: "Derecho Fácil"<sup>20</sup>. La página está diseñada para ofrecer una óptima navegación, hay equilibrio entre los referentes gráficos y los textuales. Entre otra información, detalla la siguiente:

"Las leyes existen para ordenar nuestra vida social. Constituyen la base sobre la que nos organizamos como sociedad, regulando nuestras actividades. Por eso es fundamental entenderlas y así, cumplirlas y exigir su cumplimiento.

Para que todos estemos en condiciones de conocer y cumplir las leyes, este sitio te propone distintas alternativas:

- Ley Simple es una versión en lenguaje fácil de las leyes, decretos y resoluciones que atraviesan la vida cotidiana. Evitamos las palabras técnicas y la redacción complicada para traducirlas a la forma de hablar de todos los días. El servicio tiene fines didácticos y no pretende reemplazar a la ley en su versión oficial.
- Wiki Ius es un proyecto colaborativo al que te invitamos a sumarte. Se trata de construir entre todos un glosario de términos jurídicos con explicaciones sencillas y sin tecnicismos.

<sup>20</sup> <http://www.derechofacil.gob.ar/>

- Justicia Cerca aplica las leyes a situaciones concretas que se te presentan día a día. Nos hacemos las preguntas que vos te harías frente a distintas circunstancias, te respondemos con las normas que pueden ayudarte y te derivamos a lugares que pueden asesorarte".

Este sitio es desarrollado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica (SAIJ) dentro del marco del Programa Justo Vos que depende de la Secretaría de Planificación Estratégica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación".

En cuanto al desarrollo en el ámbito del Poder Judicial, en el año 2007, el 16 de marzo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por medio de la Acordada n° 4/2007, Expediente n° 835/2007 estableció un ordenamiento para catalogar los requisitos de admisibilidad de los escritos mediante los que se interponen el recurso extraordinario que prevé el art 14 de la ley 48, y, ante su denegación, la presentación que contempla el artículo 285 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. (Recurso extraordinario y Recurso de Queja por denegación). La corte limita el número de páginas: 40 para el Recurso extraordinario y 10 para el de queja por denegación. Define el tamaño de letra: no debe ser inferior a 12. Establece un formato de Carátula y define que se debe incluir la mención clara y concisa de las cuestiones planteadas y el relato claro y preciso de todas las circunstancias relevantes del caso que estén relacionadas con las cuestiones que se invocan como de índole federal. También dispone para el caso del recurso de queja, el recurrente deberá refutar, en forma concreta y razonada, todos y cada uno de los fundamentos independientes a la resolución denegatoria. Se desestimarán los recursos cuando el recurrente no cumpla con los recaudos o lo haya hecho de modo deficiente.

La corte, mediante la acordada N° 17/6<sup>21</sup> dispuso la creación de un CENTRO DE INFORMACIÓN JUDICIAL con el objeto de:

- Mejorar la base de datos disponible para lograr un desempeño más eficiente de la función judicial en todas las instancias y jurisdicciones de la Nación.

<sup>21</sup> Área de Comunicaciones de la Dirección de Prensa, Ceremonial y Comunicaciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Director Gral. Emb. ALBINO GÓMEZ.

- Promover la difusión de las decisiones judiciales para permitir a la comunidad una comprensión más acabada del quehacer judicial.
- Ampliar la pág. "web" prevista en la acordada 1/2004 para favorecer el acceso de los jueces a los fallos y la documentación jurídica de la biblioteca y demás dependencias del Tribunal.
- Ofrecer información veraz y comprensible, tendiente a facilitar el diálogo entre la ciudadanía y el Poder Judicial (Recomendación de la Conferencia Nacional de Jueces –Santa Fé marzo/abril 2006 y el Segundo Congreso Iberoamericano de Capacitación Judicial<sup>22</sup> –Mar del Plata– 2-4 de noviembre 2006).
- Mejorar las relaciones entre la Justicia y la sociedad y el perfil público del Poder Judicial dando respuesta a las demandas de mayor transparencia como emisor responsable de las posiciones oficiales y como receptor de las inquietudes y propuestas de la sociedad civil.
- Constituirse como un lugar de referencia al que la ciudadanía pueda recurrir en busca de información confiable.

### ***El lenguaje jurídico prototípico***

Podemos observar que las características del lenguaje jurídico actual son similares en distintas lenguas (inglés, francés, italiano, portugués y castellano). Esto se debe a la fuerte influencia del latín a través del Derecho Romano. Este fenómeno es observable en la lengua inglesa dada la invasión de los Normandos en 1066 y su influencia en el derecho y la justicia. Es, asimismo, observable en los textos prototípicos como las sentencias y las leyes, así como también los textos administrativos, protocolos notariales etc. de clara naturaleza dispositiva o prescriptiva, aunque también aparece la prosa argumentativa en algunos casos. Los instrumentos de comunicación son formales y tienen un cierto nivel de especificidad en relación a tres elementos: el léxico, la sintaxis y el estilo, que según

<sup>22</sup> "La comprensión de la sentencia permite un adecuado ejercicio del derecho de defensa en juicio y mejora la relación con el público. Es imprescindible que el juez, a la hora de redactar esa sentencia tenga en cuenta quién es su destinatario y realice aquellas elecciones léxicas y gramaticales que, con sobriedad y sencillez lo aproximen a la comunidad en lugar de alejarlo de ella".

JAVIER MARÍA GUTIÉRREZ ÁLVAREZ<sup>23</sup> "son exclusivos del ámbito profesional (...) con particularidades y modismos semánticos y encierran en su fondo cierto artificio por cuanto que suponen un apartamiento del uso común, (...). Esta especificidad es la causa que determina el rasgo principal de oscurantismo y opacidad sobre el que coinciden diversos autores".

#### ***Características del lenguaje judicial actual***

- Párrafos excesivamente extensos.
- Empleo de terminología arcaica.
- Innecesaria complejidad sintáctica que dificulta la comprensión.

#### ***Errores más comunes de redacción***

- Abuso de construcciones nominales.
- Empleo excesivo e incorrecto del gerundio. Acumulación de gerundios.
- Uso de perífrasis innecesarias.
- Uso de la voz pasiva.
- Acumulación de locuciones prepositivas.
- Uso incorrecto de preposiciones.
- Dequeísmo, queísmo.
- Problemas de concordancia.
- Utilización incorrecta de tiempos verbales el futuro imperfecto del Subjuntivo.
- Utilización deficiente de los signos de puntuación.
- Redundancia expresiva léxica (Pleonasmos).
- Uso y abuso de circunloquios.
- Abundancia de locuciones prepositivas.

Al analizar un texto con contenido jurídico se tienen que tener en cuenta sus características distintivas:

<sup>23</sup> *El Lenguaje Jurídico: Estudio y Propuesta Didáctica*. Universidad de Barcelona-Freie Universität Berlin.

- Rige para hechos futuros.
- Ordena, prescribe o dispone.
- Es neutro, es decir carente de emotividad, sobrio.
- Perdura en el tiempo.
- Los errores tienen consecuencias.
- Las palabras adquieren gran significancia.
- Está diseñado para ser consultado como referencia.
- La precisión es de vital importancia.

Todas estas características son esenciales en leyes, reglamentos, fallos, contratos, etc. Es por ello que resulta aconsejable la aplicación del estilo llano. Su utilización es preventiva, pues cuanto más claro, preciso y conciso sea el texto, menor será su exposición a interpretaciones diferentes.

¿Por qué utilizar el estilo llano? Porque existe una práctica internacional caracterizada por el uso de un lenguaje simple y claro en los documentos del gobierno. Porque países como Estados Unidos, Canadá, Inglaterra, Suecia, Australia, Nueva Zelanda, España han trabajado por más de 30 años en proyectos para simplificar el lenguaje burocrático.

Con los proyectos de simplificación del lenguaje, se intenta lograr que la comunicación entre el gobierno y los gobernados sea más abierta y clara, de manera que los ciudadanos puedan ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones sin ningún tipo de ambigüedad o discrecionalidad.

Se percibe una coincidencia en los lineamientos definidos por la comunidad de habla inglesa y la de habla castellana ya que la guía establece que se debe organizar un protocolo de escritura que contemple una revisión para:

- Depurar el contenido (eliminar lo irrelevante o agregar detalles necesarios)
- Organizar mejor las ideas
- Simplificar las oraciones
- Precisar la información
- Mejorar la presentación
- Eliminar errores.

### **Conclusión**

Un texto deficiente, poco claro, siempre genera la necesidad de interpretación y en el caso parte-contraparte, siempre es la contraparte la que va a interpretar, es el "otro" quién completa el acto comunicativo decodificando según su saber y entender. Es aquí donde el redactor, a menudo, se ve involucrado ya que de alguna manera "traiciona" el concepto originalmente concebido, generando un documento que es deficiente.

Las ventajas del *estilo llano* son muchas y en general tienen dos aspectos prácticos: generan un mayor grado de satisfacción en los usuarios y mayor fidelización, y por otro, disminuyen los costos de litigar, ya que hay menor posibilidad de interpretación errónea de cláusulas en los documentos. Se fortalece la tendencia al institucionalizarse como política de aplicación el lenguaje llano para el sector corporativo y de defensa a los derechos del consumidor.

Todo profesional del Derecho cuya tarea sea generar un texto destinado a regular derechos y obligaciones debe conocer las normas estilísticas aplicables, investigar las aplicaciones prácticas propuestas por los tribunales, –intérpretes últimos del significado– para poder tomar decisiones informadas y poder expresar un fundamento razonado respecto de las decisiones que toma al redactar. Indudablemente, el estilo llano es un estilo consolidado por su adopción a nivel oficial y debemos superar nuestra resistencia al cambio. Si un texto original presenta verdaderas ambigüedades, entonces, debemos aprender a distinguirlas, y corregirlas evitando los vicios de escritura que claramente están instalados y se perciben en los textos producidos.

RODRÍGUEZ AGUILERA<sup>24</sup> sostiene lo siguiente: "el jurista ha de dar a la palabra contenido y palpitación humana, y el legislador, el abogado y el juez han de asumir la conciencia de la sociedad en que viven y para la que trabajan, y han de hablarle en el lenguaje suyo propio de cada momento, con los obligados e indispensables términos en que hayan sintetizado conceptos e instituciones, pero también con los términos usuales del más amplio y adecuado entendimiento, de manera buena, llana y paladina, como en nuestro lenguaje clásico se nos ha venido diciendo".

<sup>24</sup> *El lenguaje Jurídico* (1969).

**SECCIÓN  
DERECHOS HUMANOS**



## **MIGRACIONES Y DERECHOS HUMANOS**

*HUMAN RIGHTS. AND MIGRATIONS*

*Relatores:*  
*LUIS ERNESTO CAMPOS -*  
*PABLO CERIANI CERNADAS -*  
*VERÓNICA JARAMILLO FONNEGRA\**

### **RESUMEN**

El relato presenta como contexto la situación global de las migraciones y como ella importa desafíos significativos para la relación entre políticas migratorias y derechos humanos. Luego, analiza en general el alcance y extensión con que el derecho internacional de los derechos humanos ha abordado la situación de las personas migrantes, tanto en el sistema universal como en el ámbito interamericano. Y en particular, describe los estándares que han sido desarrollados en las últimas décadas por parte de los organismos encargados de interpretar los tratados internacionales. Finalmente, concluye con una sucinta descripción del estado del arte en nuestro país, destacando los avances, retrocesos y/o desafíos existentes.

### **PALABRAS CLAVES**

Migraciones – políticas migratorias – migrantes – derechos internacional de los derechos humanos – tratados internacionales – organismos internacionales

\* Integrantes del Programa de Migración y Asilo del Instituto de Justicia y Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús.

## ABSTRACT

The paper presents contextually the global situation of migrations and how it imports significant challenges for the relationship between migration policies and human rights. Then, it analyzes in general the scope and extension with which the international law of the human rights has approached the situation of the migrants, as much in the universal system as in the inter-American scope. And particularly, it describes the standards that have been developed in the last decades by the organisms in charge of interpreting international treaties. Finally, it concludes with a succinct description of the state of art in our country, highlighting the advances, setbacks and / or challenges existing.

## KEYWORDS

Migrations - migratory policies - migrants - international rights of human rights - international treaties - international organizations

## SUMARIO

**1.**Introducción. **2.**Políticas migratorias y derechos humanos. El contexto global y los desafíos actuales. **3.**Los derechos de las personas migrantes en el derecho Internacional de los Derechos Humanos. **3.1.** Los derechos de las personas migrantes en el Sistema Universal de los Derechos Humanos. **3.1.1.** La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. **3.1.1.1.** Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. **3.1.1.2.** Las Observaciones Generales emitidas por el Comité. **3.1.2.** Los estándares en materia de derechos de personas migrantes desarrollados por otros Comités. **3.1.3.** La Relatoría de Naciones Unidas sobre Migrantes. **3.1.4.** La Organización Internacional del Trabajo. **3.2.** Los derechos de las personas migrantes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. **3.2.1.** Pronunciamientos e intervención de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos de las personas migrantes. **3.2.2.** La Relatoría de la CIDH sobre los Derechos de las personas Migrantes. **4.**Los derechos de las personas migrantes en el MERCOSUR. **5.** Derechos de migrantes, DIDH y el tratamiento de las

migraciones en Argentina: marco normativo, desafíos actuales. **5.1.** De la ley Videla al enfoque de DDHH. **5.2.** Una reforma regresiva desde un enfoque del DIDH. **5.3.** Pronunciamientos de los órganos del DIDH en materia de derechos de las personas migrantes en Argentina. **6.** Reflexiones Finales. Bibliografía.

## **1. *Introducción***

La relación entre migraciones y derechos humanos presenta en la actualidad numerosos y serios desafíos, tanto en el plano internacional como en torno a las políticas migratorias que se llevan adelante en nuestro país.

En un contexto en el cual la movilidad internacional de personas ha alcanzado niveles inéditos, los Estados invocando el ejercicio de su poder soberano, han desarrollado múltiples mecanismos dirigidos a regularla o restringirla. Lo paradójico es que, mientras que los Estados Nacionales e incluso el derecho escrito son fenómenos Relativamente novedosos, en la historia de la humanidad las migraciones han caracterizado a la humanidad desde los albores de su existencia, ante la necesidad de buscar

Mejores condiciones de vida, escapar de conflictos armados, persecuciones, etc. De todas maneras, algunos de los datos constitutivos de la etapa actual son, por un lado, que la migración se está configurando paulatinamente como un fenómeno global, presente en prácticamente todas las sociedades, culturas y países.

Asimismo, tanto en el aspecto cuantitativo como en sus modalidades y características, las migraciones constituyen un fenómeno estructural, ligado inextricablemente a una serie de factores de la economía y la política global. Las causas y formas del desplazamiento forzado en el presente no puede comprenderse adecuadamente sin colocar en el centro un sinnúmero de elementos vinculados a las asimetrías entre y dentro de los países y regiones, es decir, a la desigualdad que conlleva que un importante porcentaje de la población mundial no pueda vivir dignamente, en paz y/o en libertad.

Otra de las características principales de las migraciones contemporáneas tiene que ver, precisamente, con las contradicciones que caracterizan el accionar de la mayoría de los países al respecto cuando se trata desde un prisma de derechos humanos. El problema consiste en que, por un lado, desde mediados del siglo pasado los

Estados han ido desarrollando un importante catálogo de normas, estructuras y otros instrumentos que conforman el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH).

Este sistema tiene como piedras basales, tal como veremos, el reconocimiento de derechos a toda persona sin ninguna clase de discriminación. Sin embargo, por el otro lado, las políticas migratorias mayoritarias a nivel global están plagadas de excepciones a esa regla general del DIDH. En consecuencia, parecería que la nacionalidad de la persona, o el estatus de su residencia, habrían pasado a ser requisitos para la titularidad o el ejercicio de derechos.

Esta tensión entre reconocimiento internacional de los derechos humanos y en particular de los derechos de las personas migrantes y la persistencia –o extensión– de políticas y prácticas estatales violatorias de dichos compromisos, o incluso de construcciones teóricas en tal sentido, constituye un desafío que requiere ser abordado con mayor profundidad. ¿Cuáles son los derechos que los Estados le han reconocido a las personas migrantes? ¿Cómo se vincula el reconocimiento genérico y extendido de los derechos humanos a nivel internacional con la situación particular de aquellas personas que no residen en un país del que son nacionales? ¿Qué relaciones existen entre dicho reconocimiento internacional de los derechos de las personas migrantes y las prácticas que los distintos Estados promueven a partir del diseño e implementación de sus políticas migratorias?

La respuesta a estos interrogantes excede el marco de este trabajo. Sin embargo, nos interesa aquí poner el foco en el alcance y extensión con que el derecho internacional de los derechos humanos ha abordado la situación de las personas migrantes, tanto en el sistema universal como en el ámbito interamericano.

En particular, nos detendremos, por un lado, en el aspecto normativo, y por el otro, en los estándares que han sido desarrollados en las últimas décadas por parte de los organismos encargados de interpretar los tratados internacionales de derechos humanos, referidos específicamente a los derechos de personas en el contexto de la movilidad humana.

Como veremos a continuación, no es poco lo que se ha avanzado en la materia y existen numerosas agencias e instrumentos a nivel internacional que se abocan a promover el pleno respeto de los derechos humanos de las personas migrantes.

Previo a ello, a modo introductorio, realizaremos una breve

descripción acerca de la situación global de las migraciones y como ella importa desafíos significativos para la relación entre políticas migratorias y derechos humanos. Posteriormente, la parte sustancial de este trabajo está dedicada al reconocimiento de los derechos de las personas migrantes en el Derecho Internacional de Derechos Humanos (DIDH). Luego de un breve análisis, nos detendremos en la Convención de la ONU sobre los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares.

También se incluye un apartado sobre la normativa en esta materia en el marco de la Organización International del Trabajo (OIT), así como otro al Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

A continuación, dedicaremos una breve sección al tratamiento de los derechos de las personas migrantes en un espacio subregional (MERCOSUR). Finalmente, realizaremos algunas referencias sobre los derechos de las personas migrantes en Argentina. Allí, junto a una sucinta descripción de la legislación y la política migratoria, comentaremos algunos pronunciamientos de órganos del DIDH sobre la situación en el país, destacando los avances, retrocesos y/o desafíos existentes.

## ***2. Políticas migratorias y derechos humanos. El contexto global y los desafíos actuales***

De acuerdo a Naciones Unidas actualmente existen 244 millones de migrantes a nivel global, lo que representa un 3,3 % de la población mundial<sup>1</sup>. Si bien los principales flujos migratorios continúan siendo sur-norte, en las últimas décadas este proceso se ha morigerado significativamente y la migración entre los países del sur ha crecido en forma muy importante, llegando a ser los más numerosos en ciertos casos. Las principales regiones de destino son en la actualidad Europa y Asia, mientras que el origen de las migraciones sigue estando mayormente ubicado en África y Asia.

América Latina y el Caribe es considerada como una región desde la que migran personas a diferentes lugares del mundo, mayormente hacia Norte América. Mientras que se estima, según la CEPAL, que alrededor de 28,5 millones de personas latinoamericanas

<sup>1</sup> Centro de Información de las Naciones Unidas (2016).<http://www.cinu.mx/noticias/mundial/onu-cifra-en-244-millones-los-/>

y caribeñas han migrado a otras regiones, hay aproximadamente 7,6 millones de personas que han migrado dentro de la región (CEPAL y OIT, 2017).

Asimismo, en los últimos tiempos se ha hecho más compleja y cambiante la tradicional clasificación entre países de origen y destino. Por el contrario, en forma creciente existen países y regiones que simultáneamente son de origen, tránsito, Destino y/o retorno de las migraciones. Numerosos países han cambiado de condición en las últimas dos décadas, incluso en la región, como lo atestiguan casos como los de Chile y Panamá (hoy países receptor) o México (de país de origen a país que tiene todas las facetas). Estos cambios impactan decisivamente en el diseño de las políticas migratorias y en los mecanismos para hacer efectivo el reconocimiento de los derechos de las personas migrantes, o al contrario, en el diseño de dispositivos que afectan negativamente los derechos de las personas que migran. En otras palabras, ya no solo se trata de garantizar un grupo de derechos en los países de destino y otro grupo en los países de origen, sino que las políticas migratorias deben comprender una multiplicidad de situaciones y desafíos vinculados con todas las etapas de las migraciones.

A la par de esta creciente complejidad en los procesos migratorios, en los últimos años a nivel global se han vuelto a imponer las miradas regresivas, tanto en el plano discursivo como del diseño y la implementación de políticas a nivel nacional, regional o global, que ponen como principal objetivo el control de fronteras y la seguridad pública. Por cierto que esta orientación no es nueva, pero sí lo es la virulencia con la que ciertos discursos que asocian a las migraciones (y a los migrantes) con el incremento de la inseguridad y problemas tales como el narcotráfico y el terrorismo se han instalado en la agenda pública y política de numerosos países. Es en este contexto donde un paradigma que hace eje en la "seguridad" vuelve a instalarse como predominante, desplazando a la perspectiva de derechos que ha estado por detrás no solo de las normas internacionales que reconocen los derechos de las personas migrantes, sino también de legislaciones nacionales que constituyeron pasos adelante muy significativos.

En estos casos, así como cuando se invocan cuestiones identitarias, económicas o del mercado de trabajo como fundamento para restringir las migraciones o los derechos de las personas migrantes, un elemento que suele estar ausente es la información cuantitativa y cualitativa que acreditaría tales perjuicios. De ahí

que las personas migrantes se han convertido progresivamente en chivos expiatorios por excelencia, siendo identificadas como las responsables de diferentes problemas que enfrentan las sociedades –generalmente, como consecuencia de las políticas públicas que se implementan, o no, por sus respectivos gobiernos, así como por otros factores regionales y globales–.

En este contexto, un aspecto que ha estado ausente en los debates en torno a las migraciones (y en consecuencia a los derechos de las personas migrantes) es el análisis de sus causas estructurales. Nuevamente, se trata de un tema que excede el marco de este trabajo, pero que sin dudas debe ser considerado como parte de los desafíos a abordar en el análisis de la relación entre migraciones y derechos humanos. En otras palabras, será difícil impulsar políticas que promuevan la plena vigencia de los derechos humanos en contextos de constantes incrementos de las desigualdades a nivel global, de la falta de oportunidades laborales y la imposibilidad de acceso a los derechos sociales en los países de origen, o de la persistencia de conflictos armados, en muchos de los cuales tienen una activa participación los gobiernos de los países que luego devienen en principales destinos de los flujos migratorios. A ello habría que agregar el factor de atracción estructural de las economías informales crecientes en países tradicionalmente receptores de migrantes –por ejemplo, Estados Unidos y diversos países europeos–. Por otra parte, resulta paradigmático el contraste entre el esfuerzo que los Estados han puesto en remover las barreras para la movilidad del capital a nivel internacional y los limitados avances (sino retrocesos) que se registran en materia de movilidad de las personas.

En efecto, gran parte de los debates actuales han estado guiados por el crecimiento de la retórica anti-inmigrante, en gran medida pero no solo en los países centrales, y en el fortalecimiento de los instrumentos de control de las fronteras. En este sentido, dentro de los ejemplos paradigmáticos más recientes se encuentran el fortalecimiento del muro que separa a EEUU de México y el endurecimiento de las medidas anti inmigración en la Unión Europea y en otras regiones. Desde ya que resulta imposible, en un trabajo de estas características, realizar una descripción exhaustiva de las migraciones en la actualidad. Sin embargo, una breve enumeración de algunos de los principales desafíos por región y/o corredor migratorio permite dar cuenta de que se trata de una cuestión que está lejos de circunscribirse a determinados países y aspectos puntuales.

Uno de los principales corredores migratorios continúa siendo el que separa México y América Central de los Estados Unidos. Allí se verifican numerosas violaciones a los derechos humanos, tanto en los países de origen como de tránsito y destino. Particularmente grave es la situación de los niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados, que llegan a experimentar la privación de la libertad y la deportación en el contexto de la migración. La existencia de centros de detención en México y EEUU, la utilización de la violencia física contra los migrantes, las violaciones sexuales y otras formas de violencia contra miles de mujeres migrantes cada año, la negación a derechos sociales básicos debido a la falta de un permiso de residencia, así como el endurecimiento de las normas que facilitarían la regularización migratoria en EEUU de personas y familias que viven y trabajan allí hace muchos años, constituyen tan solo algunos de los principales desafíos en esta región.

La migración con destino a los países de la Unión Europea también ha estado en el centro de los debates públicos en los últimos años, principalmente como consecuencia de la visibilidad que adquirió la muerte o desaparición de un número de personas mayor cada año a lo largo de esta década en las aguas del Mar Mediterráneo. Sin embargo, dicha imagen está lejos de agotar los principales desafíos y violaciones a los derechos humanos que experimentan los y las migrantes, solicitantes de asilo y refugiados en esa región. La llamada crisis de refugiados en Europa –que, mejor dicho, es una crisis de derechos humanos de personas migrantes y refugiadas en origen, tránsito y destino– ha evidenciado una débil voluntad política por parte de los países del norte a cumplir sus compromisos humanitarios y de protección de derechos humanos, así como de abordar las causas estructurales que están detrás de los desplazamientos desde África y Medio Oriente hacia Europa. Así, el crecimiento de la retórica anti inmigración se plasmó en la construcción de muros internos, en la implementación de una política unilateral basada en un enfoque muy limitado a un fenómeno multidimensional, o el incremento de las medidas de control y seguridad en los países de origen a partir de convenios bilaterales que forman parte de la llamada extraterritorialización de las fronteras (el convenio UE-Turquía constituye el ejemplo paradigmático de ello).

En este contexto, estas respuestas han estado acompañadas de la construcción y uso de una narrativa equívoca y desfasada a partir de una supuesta diferencia tajante entre "migrantes económicos" y "refugiados" (CERIANI CERNADAS, 2016). Sin embargo,

lo incontrastable es que el DIDH y el Derecho Internacional de Refugiados no son las que están guiando las respuestas políticas, normativas y prácticas de la región.

Por otra parte, una de las regiones que ha presentado mayor atención en el período reciente ha sido el Golfo Pérsico, que ha atraído a una gran cantidad de migrantes al calor de los desarrollos de la industria petrolera y los emprendimientos inmobiliarios, y de la falta de fuerza de trabajo a nivel local. En este caso gran parte de la atención global sobre las violaciones a los derechos humanos de los migrantes en los países de la región ha estado relacionada con la organización por parte de Qatar de la Copa Mundial de Fútbol 2022 y la vigencia de un sistema de contratación que sujeta al trabajador migrante a la voluntad de su patrocinador local<sup>2</sup>.

Los debates en torno a las violaciones a los derechos humanos de las personas migrantes también se han instalado en otros países tradicionalmente de destino de los flujos migratorios en África y en Oceanía. En el primer caso, puede citarse el caso de Sudáfrica, donde en los últimos años se han producido brotes de discriminación y xenofobia que incluyeron ataques a migrantes y recientemente la aprobación de un mecanismo para reforzar los controles fronterizos. Por su parte, Australia ha "tercerizado" sus responsabilidades jurídicas a través de tratados bilaterales que consistieron en la creación de centros de detención en Papúa Nueva Guinea y en Nauru –a cambio de dinero por parte de Australia–, donde son trasladados los migrantes y solicitantes de asilo que son detenidos en el mar intentando llegar a dicho país, previo a su deportación.

Más recientemente, el conflicto armado en Siria y el desplazamiento de personas, en su gran mayoría hacia los países vecinos (Turquía, Líbano) pero también con destino hacia los países de la Unión Europea ha vuelto a mostrar las insuficiencias de la distinción refugiados políticos y migrantes económicos. Lo mismo podría decirse

<sup>2</sup> Este sistema, denominado "*kafala*", fue modificado por Qatar a fines de 2016 como consecuencia de la presión internacional. Sin embargo, todavía no está claro que las nuevas regulaciones eliminen los principales aspectos de un tipo de contratación que ha sido asimilada al trabajo forzoso. Por otra parte, se trata de un sistema muy extendido en los países de la región, que afecta principalmente a trabajadores y trabajadoras migrantes provenientes de países africanos, Pakistán e India, que se desempeñan principalmente en el sector de la construcción y los servicios.

de gran parte de la migración originada en países del África Subsahariana o de América Central. ¿En qué momento se diferencian la migración originada por un conflicto armado de aquella que responde a una situación de violencia o pobreza generalizada que pone en riesgo la vigencia de la totalidad de los derechos humanos en los países de origen?

Finalmente, es posible señalar que en los últimos años América del Sur era una de las regiones donde se habían registrado más avances en términos de generar políticas migratorias respetuosas de los derechos humanos. A las reformas legislativas impulsadas por Argentina (2003), Uruguay (2008), Bolivia (2013) y Perú (2017) se le sumaron debates abiertos en Brasil y Paraguay<sup>3</sup>. En este caso, se trata de una región donde no ha habido cambios significativos en cuanto a la magnitud de los flujos migratorios y que, pese a todo, actualmente se debate frente al resurgimiento de voces que vuelven a asociar a las migraciones (y por ende a los migrantes) con cuestiones como el narcotráfico y el terrorismo, impulsando un reforzamiento de los controles fronterizos como principal respuesta a los desafíos que plantea la movilidad de las personas a nivel internacional.

Como veremos a continuación, el incremento de estas medidas de control y de seguridad impone serios desafíos al derecho internacional de los derechos humanos. En particular, cabe señalar que la velocidad de reacción frente a estos nuevos desafíos corre el riesgo de ser extremadamente lenta, mientras que las políticas migratorias que consolidan las violaciones a los derechos humanos avanzan en forma sistemática. He aquí un punto sobre el que necesariamente debe focalizarse la atención a fin de que aquellos derechos reconocidos a nivel internacional tengan algún grado de impacto significativo en la situación de las personas a quienes van destinados. Por otra parte, y a modo de cierre de esta breve introducción contextual, cabe volver a señalar que las medidas de control difícilmente vayan a ser eficaces dentro de su propia lógica. En otras palabras, lo único que lograrán es incrementar los costos de la migración y las violaciones a los derechos humanos de las personas migrantes, pero en ningún caso impondrán un freno a la creciente movilidad de personas a nivel global.

<sup>3</sup> En Brasil el Congreso aprobó una nueva ley de migraciones en 2017, aunque fueron vetadas algunas disposiciones por el Poder Ejecutivo. Actualmente, en Paraguay el Congreso está debatiendo un proyecto de ley inspirado en el paradigma de derechos.

### **3. *Los derechos de las personas migrantes en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos***

El reconocimiento de derechos humanos a las personas migrantes constituye un capítulo más del derecho internacional de los derechos humanos. Como veremos a continuación, no solo existen tratados que específicamente abordan la situación de los migrantes, sino que el conjunto de los tratados de derechos humanos contienen disposiciones que, ya sea en forma expresa o genérica, resultan de aplicación para tutelar estos derechos.

Ahora bien, ¿cuál es la necesidad de un tratamiento específico de los derechos humanos de las personas en el contexto de la migración? Al hacernos esta pregunta nos estamos interrogando sobre las especificidades que son requeridas para garantizar derechos que ya se encuentran enumerados, de manera más genérica, en las distintas normas que componen el DIDH. En este sentido, podríamos formular el interrogante desde la perspectiva contraria: ¿Cuáles son las violaciones a los derechos humanos de las personas migrantes más recurrentes? Aquí nos encontraremos con cuestiones tales como el derecho a la vida, a la salud, la educación, el trabajo, el acceso a la justicia, a la vida familiar, a la no discriminación, entre otros. Sin embargo, la afectación de estos derechos en el caso de las personas migrantes posee ciertas especificidades que justifican un tratamiento particular.

El desarrollo del DIDH desde mediados del siglo XX presenta desde sus inicios una característica que resulta de suma importancia para la cuestión de los derechos de las personas migrantes: la centralidad del concepto de persona como único y suficiente para el reconocimiento de la titularidad de todos los derechos humanos. Respondiendo en cierta medida al planteo que hiciera HANNAH ARENDT luego de la Segunda Guerra Mundial, los derechos no serían reconocidos solamente a quienes tuvieran determinado estatus jurídico basado en la nacionalidad, sino a todos los seres humanos (ARENKT, 2006). Asimismo, el principio de no discriminación, principio medular que permea todos y cada uno de los derechos reconocidos en el DIDH, viene a reforzar el reconocimiento de esos derechos a las personas sin perjuicio de su lugar de nacimiento, nacionalidad, condición migratoria o cualquier otra, sobre la base de la igualdad.

De estas características cardinales se deriva un corolario trascendental para cualquier análisis, reflexión y debate jurídico – también, político – en torno a las migraciones: todos los tratados y otros

instrumentos del DIDH incluyen a las personas migrantes, así como a cualquier otra persona. En un contexto plagado de desafíos en esta materia, no resulta superfluo recordar estos elementos básicos de la normativa internacional de derechos humanos. Por lo tanto, los Derechos Humanos de las personas migrantes podemos encontrarlos de manera implícita, como sucede con otros colectivos específicos, en los diferentes artículos de diversos instrumentos internacionales, tanto en el Sistema Universal como en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

Partiendo entonces de la comprobación que los tratados del DIDH son aplicables plenamente a las personas en el contexto de la movilidad, luego nos encontramos con unas pocas disposiciones que aluden de manera más o menos directa a las personas migrantes. Mientras que algunas de ellas están dirigidas al reconocimiento de ciertos derechos, otras admiten ciertas restricciones sobre la base de la nacionalidad o condición migratoria. En el primer caso se encuentra el derecho humano al asilo, y en el segundo, el derecho a circular libremente dentro de un territorio, los derechos políticos y la regulación de la expulsión del territorio de un Estado de personas que no son nacionales del mismo.

Es oportuno señalar que el derecho a migrar como Derecho Humano específicamente no está tipificado en ningún tratado internacional en la actualidad. Asimismo, como veremos, sí existe una convención especializada enunciada como la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares. Esta Convención fue adoptada en el año 1990 y permitió adaptar los derechos consagrados en tratados anteriores al contexto de la migración, y en muy pocos casos, incluir algunos derechos dirigidos particularmente a la población migrante y otras personas extranjeras, como es la protección consular.

### **3.1. Los derechos de las personas migrantes en el Sistema Universal de los Derechos Humanos**

En el ámbito de Naciones Unidas, como adelantamos, Declaración Universal de Derechos Humanos da cuenta de la primera clave en la que deben estudiarse los derechos de la población migrante: la de la igualdad (art. 1 y 2).

En términos de disposiciones referidas a personas en el contexto de la movilidad, la DUDH reconoce el derecho humano a solicitar y

recibir asilo (art.4). Este derecho, que puede considerarse un antecedente esencial de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados (1951) y su Protocolo Adicional (1967), ha cobrado en la actualidad una importancia central.

Se trata de un derecho esencial para pensar las respuestas que se deberían dar actualmente a millones de personas que deben salir de manera forzada de su país como consecuencia de las vulneraciones de derechos que sufren. Ello, independientemente si las causas encuadran o no en aquellas incluidas en la normativa sobre refugiados. Es precisamente el DIDH el que contiene todo un marco de protección que debería ser asegurado a toda persona que sale de su país en situación de vulnerabilidad, es decir, forzada por la privación de sus derechos fundamentales<sup>4</sup>.

El artículo 13 de la DUDH, por su parte, reconoce el derecho de toda persona a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. Además, su inciso segundo considera el derecho de toda persona a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.

Sobre este artículo se ha debatido acerca de si vendría a reconocer o no el derecho humano a migrar. Al respecto, es preciso señalar que si bien reconoce ciertos elementos de movilidad internacional (salir y regresar a un país), su alcance no estaría validando un derecho a ingresar a otro país de manera explícita. Por supuesto, el salir de un país sin poder ingresar a ningún otro tampoco tendría mucho sentido. En cualquier caso, y aún cuando al día de hoy no haya un reconocimiento universal sobre el derecho a migrar, podría señalarse ese artículo como un primer paso, que luego se ve complementado con ciertas limitaciones de los Estados al momento de denegar un ingreso a su territorio, basadas –por ejemplo– en la prohibición de discriminación por determinadas categorías sospechosas, o en la obligación de asegurar las garantías de debido proceso. Otro aspecto relevante a señalar con relación a ese artículo está en los crecientes obstáculos que se han impuesto al "derecho a salir del país". Este derecho, cuyo origen está en el contexto de la guerra fría y la presión del bloque occidental ante la situación en la ex Unión Soviética, hoy se encuentra seriamente limitado por las restricciones fijadas en las políticas migratorias de numerosos países. La externalización del control migratorio comienza

<sup>4</sup> Ver al respecto CERIANI CERNADAS (2016)

en buena medida con el régimen de visado y en las últimas décadas se ha extendido sustancialmente a partir de controles en rutas migratorias –incluyendo en aguas internacionales o en países de origen y tránsito–. Esto lleva a que un importante porcentaje de la población mundial no pueda salir de manera autorizada de su territorio, lo cual también incide en el carácter estructural que ha adquirido la llamada migración irregular.

Luego de la DUDH, y en especial desde la década de 1960 en adelante, los tratados de derechos humanos reconocen, por un lado, un amplio catálogo de derechos a todas las personas, como por ejemplo la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (CERD), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP), y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Otros, por su parte, protegen a toda persona contra determinadas violaciones graves a sus derechos, como la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradante (CAT) y la Convención contra las Desapariciones Forzadas (CDF). Finalmente, otros convenios refuerzan la protección de derechos a determinado grupo de personas, como la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la Convención sobre Derechos del Niño (CDN), o la Convención sobre Derechos de Personas con Discapacidad (CDPD).

En el primero de los casos, como ya se señaló, los derechos allí garantizados contemplan a todas las personas, incluyendo a personas migrantes sin perjuicio de su nacionalidad o condición migratoria. Por su parte, la totalidad de los artículos de la CERD tiene un estrecho vínculo con la situación de las personas migrantes. Veremos luego cómo el Comité CERD se ha pronunciado reiteradamente sobre la discriminación y la xenofobia de la que son víctimas las personas migrantes y refugiadas.

Con relación al PIDCyP, es importante mencionar tres artículos que contemplarían ciertas restricciones a derechos de personas migrantes. El primero (art. 25), referido a derechos políticos, es el único que, en lugar de personas, alude a "ciudadanos". Por limitaciones de extensión de este trabajo no podemos extendernos en este tema, pero cabe señalar que precisamente por la relevancia de las migraciones en la actualidad, existe un debate cada vez más extendido sobre los problemas de asociar ciudadanía con nacionalidad, en particular cuando la ciudadanía (y determinada asignación de derechos asociada a ella) es interpretada de manera

restrictiva y excluyente<sup>5</sup>. En este sentido, son muchos los países que han ido reconociendo cierto nivel de derechos políticos a las personas migrantes que residen en su territorio, bien a nivel local o incluso en el plano nacional<sup>6</sup>.

Los artículos 12.1 y 13 establecen respectivamente que "toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia", y que "El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley...". Es decir, estamos ante dos disposiciones que parecen restringir derechos y –en el caso del art. 13– garantías de debido proceso, sobre la base de la condición migratoria. En el primer caso, para limitar la circulación dentro de un territorio. En el segundo, algo que parece más grave y complejo, negando garantías y el mismo principio de legalidad en el marco de medidas de expulsión.

Resulta apropiado hacer una reflexión sobre esta problemática. El PIDCyP, de 1966, fue redactado hace casi medio siglo, en un contexto radicalmente diferente del actual en materia de irregularidad migratoria –cualitativa y cuantitativamente–, así como en relación con la responsabilidad de los Estados en materia de derechos. El principio de progresividad de los derechos humanos, así como el principio de interpretación dinámica o de efecto útil (es decir, considerando el contexto presente), deberían llevar a un criterio distinto del que sugiere la letra de ese artículo, sin contemplar las alusiones al carácter "legal" de la permanencia. En este sentido, en convenciones posteriores como la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (CTM), esas distinciones no están contempladas al regular esos mismos aspectos.

Por otra parte, es importante señalar que en el marco de las medidas de control migratorio más allá de las fronteras de un Estado (externalización) se ha renovado un debate en torno a la responsabilidad extra-territorial de los Estados en materia de derechos

<sup>5</sup> Al respecto, ver DE LUCAS (2006).

<sup>6</sup> En el último número de la Revista Antropología y Migración (UBA, nº. 8, 2017) se pueden encontrar diversos artículos referidos a los derechos políticos de migrantes en Argentina y en otros países. Ver [http://migrantropologia.com.ar/index.php?option=com\\_content&view=article&id=127&Itemid=49](http://migrantropologia.com.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=127&Itemid=49) (visto en línea el 7 de agosto de 2017).

humanos. En particular, se trata de reafirmar que las obligaciones de derechos humanos se rigen por el concepto de jurisdicción, el cual excede el marco territorial de un Estado, al referirse a la autoridad o control efectivo que ejercen las autoridades de un Estado sobre una persona, sin perjuicio del lugar donde ello ocurre<sup>7</sup>.

Las otras convenciones (CAT, CDF) se aplican, evidentemente, a toda persona en el contexto de la movilidad. Con relación a las disposiciones de la CAT, posiblemente

los dos temas más directamente vinculados con los derechos de la migración son: a) el principio de no devolución y su aplicación a toda medida de rechazo y devolución en frontera, o expulsión/deportación del territorio, las cuales podrían derivar en casos de graves abusos de derechos contra una persona que es regresada a su país o un tercer país. b) los casos de torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes en centros de detención de personas migrantes y solicitantes de asilo, los cuales se han extendido dramáticamente en las últimas décadas. La CDF también ha tenido una creciente vinculación con la temática migratoria, a partir de situaciones de desapariciones forzadas de migrantes en ciertos contextos, como el mexicano.

Finalmente, los tratados referidos a grupos particulares de personas (CEDAW, CDN, CDPD) deben ser leídos e interpretados de manera tal que permita un abordaje integral e intersectorial. Así, las mujeres migrantes, los niños y niñas migrantes o hijos/as de migrantes, y las personas migrantes con discapacidad, se encuentran con diferentes desafíos, abusos y/o reconocimiento de sus derechos. Veremos luego cómo ello se ve evidenciado en la creciente inclusión de estas cuestiones por parte de los Comités que supervisan estas convenciones.

En materia de normativas internacionales que explícitamente se refieren a la temática migratoria, cabe señalar el antecedente, en 1985, de la Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en que Viven (DDHNPV), promulgada en el marco de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Esta Declaración podría considerarse como el primer instrumento internacional que reconoce expresamente derechos a las personas migrantes. La misma comienza por delimitar el contenido de la palabra extranjero, legitimando la posibilidad de

<sup>7</sup> Al respecto, ver CERIANI CERNADAS (2009).

habilitarlos como sujetos de derechos aún en situación irregular (art. 1). La DDHNPV incluye la cláusula *pro personae* la cual expresa que al existir otras disposiciones del derecho interno o internacional más favorables a la Declaración se aplicarán las más beneficiosas para la persona humana (art. 2).

En esta Declaración, antes de establecer derechos básicos de las personas migrantes, se establecen los deberes de los extranjeros respecto a su sometimiento a las leyes y el respeto por las costumbres y tradiciones locales (art. 4). En los artículos siguientes sí se consagran los derechos universales como la vida, la prohibición de injerencias arbitrarias en su vida, la libertad, la libre asociación, la libertad de pensamiento y de religión, el derecho a elegir su cónyuge y a conservar su idioma, cultura y tradición (art. 5). Más adelante se incluye una importante cláusula con respecto al derecho de igualdad ante los tribunales y los demás órganos y autoridades que administran la justicia, incluyendo la posibilidad de tener un intérprete en el caso de desconocer el idioma (art. 5.c). Consagra los derechos laborales en igualdad de condiciones, el derecho de las mujeres de tener igual salario por igual trabajo, su derecho a sindicalizarse, a la asistencia médica, a la seguridad social, y a los servicios sociales incluyendo la educación (art.8.a).

La DDHNPV se establece como pionera en el tema migratorio y, si bien es importante como reconocimiento de derechos, no es un amplio catálogo protector de Derechos Humanos. Es más bien un instrumento algo tímido y donde los derechos de los extranjeros están supeditados a la voluntad de los Estados. Si bien esta declaración fue el primer instrumento específico para la protección de los derechos humanos de las personas migrantes, los demás instrumentos internacionales que hacen parte del Sistema de Derechos Humanos aplican íntegramente para la defensa de los derechos de estas personas. No actúan subsidiariamente sino complementariamente como cualquier carta de derechos humanos. Por tanto, usando los principios del derecho internacional, siempre se aplicará la cláusula *pro personae*, es decir la norma más favorable para la persona humana para la protección de los derechos.

Tan solo cinco años más tarde, a comienzos de la década de 1990, el sistema internacional de protección de los derechos humanos consagró el primer instrumento internacional tendiente a reconocer los derechos de los trabajadores y trabajadoras migratorios y sus familias, incluyendo normas que se aplican a todas las personas migrantes, volveremos en detalle a continuación.

### **3.1.1. La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares**

Después de 30 años de debate en el ámbito internacional, en el año 1990 fue aprobada la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CMW). La entrada en vigor de esta Convención se produjo el 1 de julio de 2003 y actualmente ha sido ratificada por 51 Estados, la mayoría de ellos provenientes de África (22 Estados) y de América Latina y el Caribe (18 Estados)<sup>8</sup>.

La Convención incluye el derecho a la vida (art. 9); la prohibición de tortura (art. 10), esclavitud, servidumbre o trabajos forzados (art. 11). Se consagra la libertad de conciencia, de pensamiento y de religión; estableciendo –al igual que sucedía con el derecho de libre circulación– limitantes de la ley por motivos de seguridad, orden, salud y moral pública, o los derechos y libertades fundamentales de los demás (art. 12). Igualmente, los derechos a la libre opinión y expresión (art. 13) están condicionados a respetar el buen nombre ajeno, a proteger la seguridad nacional, a prevenir la propaganda a favor de la guerra y todo tipo de odio racial o nacional que constituya discriminación de algún tipo. Estos condicionantes podrían afectar los derechos de los trabajadores migrantes, ya que, bajo el argumento de que están infringiendo alguna de estas cuestiones, pueden ver restringidos algunos de sus derechos fundamentales. Se señala también la prohibición de injerencias arbitrarias o ilegales en la vida de los trabajadores migratorios y sus familias, asegurando el derecho a la protección en caso de que esto suceda (art. 14).

Se prohíbe privar arbitrariamente de los bienes a las personas migrantes y se establece que, de ocurrir tal situación, debe darse al damnificado una indemnización (art. 15). Se consagra la libertad personal y la seguridad a la que tienen derecho los y las trabajadoras

<sup>8</sup> Actualmente los Estados que han ratificado la Convención son: Albania, Argelia, Argentina, Azerbaiyán, Bangladesh, Belice, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Burkina Faso, Cabo Verde, Chile, Colombia, Congo, Ecuador, Egipto, El Salvador, Ghana, Guatemala, Guinea, Guyana, Honduras, Indonesia, Jamaica, Kyrgyzstan, Lesotho, Libia, Madagascar, Mali, Mauritania, México, Marruecos, Mozambique, Nicaragua, Níger, Nigeria, Paraguay, Perú, Filipinas, Ruanda, Santo Tomé y Príncipe, Senegal, Seychelles, Sri Lanka, San Vicente y las Granadinas, Siria, Tayikistán, Timor Oriental, Turquía, Uganda, Uruguay y Venezuela.

migratorias, con la respectiva protección del Estado, en casos de detención o prisión arbitraria (art. 16). De la misma forma, se establece el derecho de ser tratado humana y dignamente en casos de detención y teniendo consideración a su identidad cultural (art. 17).

Los trabajadores migrantes y sus familiares tendrán iguales derechos que los nacionales ante los tribunales de justicia; se presumirá su inocencia y se tendrá derecho a ser informado en un idioma que comprenda y a ser asistido gratuitamente por un intérprete (art. 18). Se incluye además el derecho de no ser condenado por hechos no tipificados al momento de ser cometidos (art. 19). La CMW consigna la prohibición de encarcelar a los y las trabajadoras migrantes o a sus familiares por no cumplir con una obligación contractual (art.20). Igualmente, se afirma la prohibición de cancelar su residencia por no cumplir con el contrato de trabajo, a menos que el cumplimiento de esa obligación fuera el requisito para el permiso de residencia. Incluye la prohibición de los funcionarios públicos de confiscar o destruir permisos de entrada, estancia o permanencia en el país (art. 21).

Queda establecido por la Convención la prohibición de expulsión colectiva; y en caso de producirse una expulsión individual, ésta debe efectuarse mediante procedimientos judiciales, en un idioma que pueda ser comprendido por la persona afectada (art. 22). El trabajador migrante tendrá, en caso de expulsión, la posibilidad de arreglar el pago de las obligaciones contractuales pendientes por su trabajo, las cuales no serán menoscabadas por el proceso de expulsión. El trabajador migratorio podrá exigir ante una expulsión que los gastos de salida del país corran por parte del Estado. Los trabajadores migrantes tendrán derecho a la asistencia consular (art.23) y al reconocimiento de su personalidad jurídica (art. 24). De la misma manera, se reconoce la igualdad de remuneración y de condiciones laborales entre nacionales y extranjeros, al igual que las mismas condiciones de seguridad social (art.25 y 27).

Los trabajadores migrantes también podrán realizar reuniones, así como afiliarse libremente a sindicatos o conformar cualquier otra asociación (art. 26). Los y las migrantes tienen el derecho de ser tratados en igualdad de condiciones con los nacionales en relación a la atención médica urgente (art. 28). Los hijos de los trabajadores migrantes tienen derecho a un nombre y una nacionalidad (art. 29), y se debe garantizar el acceso a la educación aún bajo condiciones de irregularidad migratoria (art. 30). Con respecto a la identidad cultural, la CMW insta a los Estados a respetarla y ayudarles

a mantener los vínculos con su país de origen (art. 31); es decir, el compromiso no es vivir en una sociedad con valores únicos sino alentar al multiculturalismo. La Convención considera, asimismo, el derecho de los trabajadores migrantes a transferir ingresos y efectos personales a su regreso al país de origen (art. 34).

También considera el derecho a la libre circulación por el territorio (art. 39) y el derecho a elegir y ser elegido, es decir, a participar en asuntos públicos (art. 41). La CMW hace una diferenciación explícita entre los trabajadores documentados y aquéllos que se encuentran en situación irregular, equiparando a los primeros en muchos sentidos con los nacionales. Tal equiparación se debe observar, por ejemplo, en el acceso a servicios de orientación y formación profesional, el acceso a la vivienda y la inclusión en planes sociales y de salud, el acceso a cooperativas y a la vida cultural (art. 43). Incluso gozarán los familiares de los trabajadores migrantes de los mismos derechos que los nacionales, como el acceso a planes y servicios sociales, incluyendo la educación en la lengua materna de los trabajadores migrantes (art. 45), y tampoco deberán pagar impuestos más altos o gravosos que los nacionales (art. 48).

La Convención consagra, además, la protección a la familia mediante la reunificación familiar (art. 44). La CMW contempla situaciones donde el contrato de trabajo termina antes que el permiso de residencia y, si el segundo no dependiera del primero, se podrá buscar otro trabajo (art. 51). Incluye medidas a nivel de los Estados para detectar y evitar los movimientos irregulares de migrantes como difusión de información engañososa (art. 67).

Finalmente, la Convención reconoce la posibilidad del trabajador migrante de no renunciar a sus derechos bajo ningún tipo de presión, sobre sí o sobre sus familiares. Tampoco se podrán revocar mediante contrato los derechos reconocidos en este tratado (art. 82). Igualmente se consagra que, ante la violación de sus derechos, los Estados se comprometen a brindar una reparación efectiva (art. 83).

### **3.1.1.1. Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.**

El Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CMW por sus siglas en inglés), creado en 2004, es el órgano de expertos independientes que se encarga de supervisar el cumplimiento de la Convención descrita en el apartado anterior. Este Comité está integrado por 14 expertos

independientes, que se desempeñarán en su cargo por un periodo de 4 años con posibilidad de reelección. Todos los Estados partes deberán presentar al Comité el primer informe un año después de ratificada la Convención, y a partir de entonces cada 5 años.

En el Comité los Estados partes presentarán al Secretario General de la Naciones Unidas un examen sobre las medidas judiciales, legislativas, administrativas y de otra índole que hayan adoptado para dar efecto a las disposiciones del instrumento; también se presentarán las dificultades que se perciban en la aplicación del instrumento. A este informe se le debe dar amplia publicidad en cada país (art. 73).

El Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares presentará el informe anual a la Asamblea General de Naciones Unidas, y el Secretario General de la Naciones Unidas transmitirá los informes anuales del Comité a los Estados Partes, al Consejo Económico y Social, a la Comisión de Derechos Humanos<sup>9</sup>, al Director General de la OIT y a otras organizaciones pertinentes (art. 74). En el instrumento se prevé la posibilidad de que se denuncien entre Estados por incumplimiento de la Convención (art. 76), así como de enviar comunicaciones individuales. Pero en ambas situaciones los Estados deben someterse a la competencia del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares por medio de una Declaración expresa para que éstas sean válidas (art. 77).

También podrá el Comité conocer denuncias individuales y publicar Observaciones Generales sobre temas específicos de Derechos Humanos de las personas migrantes. Anualmente el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares realizará un informe que presentará a la Asamblea General de Naciones Unidas, en el que anunciará sus opiniones y recomendaciones acerca de los informes enviados por los Estados partes.

<sup>9</sup> La Comisión de Derechos Humanos es la antecesora del Consejo de Derechos Humanos. Actuó desde el 16 de febrero de 1946 -presentando sus informes al Consejo Económico y Social- hasta el 27 de marzo de 2006 cuando fue modificada concluyendo su actuar con el 62º período de sesiones.

### **3.1.1.2. Las Observaciones Generales emitidas por el Comité**

Al igual que otros órganos de control de los tratados internacionales de derechos humanos, el Comité de Derechos de los Trabajadores Migratorios elabora Observaciones Generales que brindan mayores precisiones sobre el contenido de las disposiciones de la Convención sobre algunos temas particulares. Hasta el momento el Comité ha desarrollado dos Observaciones Generales: la primera de ellas sobre la situación de los trabajadores migrantes que se desempeñan en el sector de trabajo en casas particulares ("migrant domestic workers")<sup>10</sup>; la segunda sobre los derechos de los trabajadores migrantes en situación irregular y los de sus familiares<sup>11</sup>. Asimismo, actualmente el Comité está elaborando una Observación General conjunta con el Comité de Derechos del Niño sobre los derechos humanos de la niñez en el contexto de la migración internacional.

Estas Observaciones Generales aportan herramientas muy relevantes para considerar respecto de algunos de los temas que transversalmente se encuentran presentes en gran parte de las situaciones de migración internacional.

En cuanto a la Observación General N° 1 (OG N°1), que atiende a la situación de los trabajadores migrantes que se desempeñan en casas particulares, el Comité desarrolla las características de la relación laboral que llevan a las trabajadoras y trabajadores domésticos a vivir situaciones de mayor vulnerabilidad. Exponiendo para ello todas las vicisitudes que el trayecto migratorio pueden conllevar y las que se vivencian posteriormente al interior de los hogares. También llaman la atención a los Estados sobre las lagunas legales que permanecen en las legislaciones para proteger a este tipo de trabajadoras.

La OG N°1 recomienda a los Estados que todos las trabajadoras domésticas migrantes deben tener acceso a la regularización migratoria, a la seguridad social y a presentar denuncias de violaciones de sus derechos laborales. Del mismo modo, los Estados deben velar por que los niños y niñas migrantes no realicen ningún tipo de trabajo doméstico que pueda ser peligroso o nocivo para su salud o su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social. Y

<sup>10</sup> La Observación General N° 2 se puede encontrar en: [www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/docs/GC\\_Domestic\\_Workers\\_sp.doc](http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/docs/GC_Domestic_Workers_sp.doc)

<sup>11</sup> La Observación General N° 2.

considera que se requiere tener especial consideración con las niñas, niños y adolescentes que siendo hijos de trabajadoras domésticas pretendan estudiar, para que su estatuto migratorio no le impida el acceso a la educación. También advierten a los Estados de la necesidad de abordar el tema con una perspectiva de género. Posteriormente, llaman a los consulados y embajadas a participar de la protección de los derechos de sus nacionales empleados como trabajadores domésticos migratorios.

Por su parte, al analizar los derechos de los trabajadores migrantes en situación irregular y los derechos de los miembros de sus familias, el Comité en su Observación General N°2 (OG N°2) ha señalado que los Estados tienen la facultad de regular la entrada y permanencia de personas y que las personas migrantes tienen la obligación de cumplir con las normas y reglamentos del país de acogida. Pero los Estados deben respetar y garantizar los derechos civiles y políticos como: la protección contra la violencia; contra la prisión y la detención arbitraria; la protección contra el trato inhumano y las garantías judiciales en los procesos de expulsión. El Comité advierte de la expresa prohibición contenida en la Convención de realizar expulsiones masivas; o individuales sin un debido proceso judicial. También hace hincapié en principio de no devolución y advierte que la Convención *"prohíbe trasladar a personas por la fuerza, de cualquier forma, a países o territorios en los que dichas personas puedan ser víctimas de persecuciones o de abusos o violaciones graves de los derechos humanos"*<sup>12</sup>.

La OG N°2 También dispone que cuando una decisión de expulsión fuese ejecutada y sea posteriormente revocada, la persona migrante podrá reclamar una indemnización conforme a la ley. Por otra parte, establece que, los trabajadores migratorios no deben pagar el costo de los procedimientos judiciales de su expulsión o detención administrativa. Igualmente, los Estados partes deben conceder antes de la expulsión la posibilidad a las y los trabajadores para que puedan reclamar sus salarios y prestaciones, sin importar si su situación es regular o irregular.

Finalmente, es importante señalar que en la actualidad la Observación General Conjunta entre el CWM y el Comité de Derechos del Niño, sobre los sobre los derechos humanos de la niñez en el contexto de la migración internacional está en pleno proceso de

<sup>12</sup> CMW/C/GC/2 párr. 50.

discusión final. En tal sentido, su posible aprobación –prevista para septiembre de 2017– aportará elementos muy importantes para dar cuenta de una situación que en numerosas regiones condensa una gran cantidad de violaciones a los derechos humanos.

### **3.1.2. Los estándares en materia de derechos de personas migrantes desarrollados por otros Comités.**

De la mano de la creciente relevancia de las migraciones en la actualidad, así como de la preocupación generada por el trato recibido por las personas migrantes en numerosos países y regiones, los órganos creados por el DIDH se han ido pronunciando de manera cada vez más repetida y profunda en la materia. Aquí, de manera muy sucinta, mencionaremos algunos ejemplos relativos a los estándares que, a través de sus Observaciones Generales<sup>13</sup>, los Comités han desarrollado a partir de la interpretación de sus respectivos tratados.

Al analizar la índole de las obligaciones de los Estados Parte en el PIDESC, su órgano de control, el Comité DESC, señaló que "aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato. De éstas, dos resultan particularmente importantes para comprender la índole exacta de las obligaciones contraídas por los Estados Partes. Una de ellas (...) consiste en que los Estados se "comprometen a garantizar" que los derechos pertinentes se ejercerán "sin discriminación"<sup>14</sup>. Para el Comité DESC, el principio de no discriminación define la propia "filosofía del Pacto"<sup>15</sup>.

Al aplicar este principio en sus evaluaciones generales y respecto de los Estados parte, el Comité ha destacado reiteradamente que esta obligación incluye la prohibición de discriminar con base en la nacionalidad y la condición migratoria de la persona. De manera explícita, el Comité DESC incluyó a ambos factores –nacionalidad y

<sup>13</sup> Cabe señalar que es aún más profusa la jurisprudencia desarrollada por estos Comités, en materia de derechos de personas migrantes y refugiadas, a través de las Observaciones y Recomendaciones Finales hechas a los Estados Partes luego de la revisión de los Informes Periódicos que deben presentar.

<sup>14</sup> Comité DESC, Observación General N° 3, cit., párr. 1.

<sup>15</sup> Comité DESC, Observaciones Finales. E/C.12/1995/17, para. 16.

estatus migratorio– entre los motivos prohibidos de discriminación a la luz del PIDESC. En particular, precisó que "no se debe impedir el acceso a los derechos amparados en el Pacto por razones de nacionalidad, por ejemplo, todos los niños de un Estado, incluidos los indocumentados, tienen derecho a recibir una educación y una alimentación adecuada y una atención sanitaria asequible. Los derechos reconocidos en el Pacto son aplicables a todos, incluidos los no nacionales, como los refugiados, los solicitantes de asilo, los apátridas, los trabajadores migratorios y las víctimas de la trata internacional, independientemente de su condición jurídica y de la "documentación que posean"<sup>16</sup>.

El Comité DESC también se expresó sobre la relación entre las personas migrantes y algunos derechos reconocidos expresamente en el PIDESC. En su Observación General N° 14, referida al derecho a la salud, el Comité señaló que los Estados deben respetar el derecho a la salud, en especial eliminando las trabas en el acceso a la salud para ciertos grupos en situación de vulnerabilidad. En palabras del Comité

*"los Estados tienen la obligación de respetar el derecho a la salud, en particular absteniéndose de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas, incluidos, los presos o detenidos, los representantes de las minorías, los solicitantes de asilo o los inmigrantes ilegales [sic], a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos; abstenerse de imponer prácticas discriminatorias como política de Estado; y abstenerse de imponer prácticas discriminatorias en relación con el estado de salud y las necesidades de la mujer"(Observación General N° 14, 2000: párrafo 34).*

Pese a la definición un tanto securitaria empleada en este documento ("inmigrantes ilegales")<sup>17</sup>, que debería ponerse en

<sup>16</sup> Comité DESC, Observación General N° 20: La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/GC/20, del 2 de julio de 2009, párrafo 30.

<sup>17</sup> Esta acepción debería evitarse, tal como ha sido propuesto por numerosos organismos nacionales e internacionales especializados, incluyendo la Asamblea General de la ONU. De la misma manera, la idea de un nivel de salud "tan alto como sea posible", que deja en la ambigüedad cuál es el nivel mínimo, o cómo definir "lo más alto posible" de "lo más alto necesario u obligatorio".

discusión al interior del Comité, dicha Observación incluye a las personas migrantes en el grupo de quienes merecen especial atención, o que pueden sufrir situaciones de vulnerabilidad que afecten a su salud.

El Comité también tuvo oportunidad de ronunciar sobre los derechos particulares de los trabajadores y trabajadoras migrantes, en particular a través de las Observaciones generales nº 6 y 23. En esta última sostuvo que:

*"los trabajadores migrantes (...), en particular si están indocumentados, están expuestos a la explotación, a largas jornadas de trabajo, salarios injustos y entornos de trabajo peligrosos e insalubres. Dicha vulnerabilidad se ve agravada por prácticas laborales abusivas que confieren al empleador control sobre la situación de residencia del trabajador migrante o que vinculan a los trabajadores migrantes con un empleador específico. Si no hablan el idioma o los idiomas nacionales es posible que tengan un menor conocimiento de sus derechos y que no puedan acceder a los mecanismos de reparación de agravios. Los trabajadores indocumentados a menudo temen represalias por parte de los empleadores y una posible expulsión en caso de que denuncien las condiciones de trabajo. Las leyes y las políticas deberían velar por que los trabajadores migrantes gocen de un trato no menos favorable que el de los trabajadores nacionales en cuanto a remuneración y condiciones de trabajo".*

Por su parte, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés) de 1979, también reconoce dentro de sus disposiciones las distintas formas de discriminación que sufren las mujeres, dentro de las que está la nacionalidad. El órgano de aplicación de esta Convención es el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. El Comité de la CEDAW tiene entre su mandato emitir Recomendaciones Generales y en 2009 emitió la Nº 26 sobre las trabajadoras migratorias. En ella retoma los principales factores de migración de las mujeres y expone las dificultades en origen, tránsito y destino que experimentan las mujeres migrantes como los abusos sexuales, laborales y las dificultades para acceder a la usticia, y dice expresamente que:

*Todas las trabajadoras migratorias tienen derecho a la protección de sus derechos humanos, entre ellos el derecho a la vida, a la*

*libertad y la seguridad personales, a no ser víctimas de la tortura ni de tratos inhumanos y degradantes, a no sufrir discriminación en razón del sexo, la raza, el origen étnico, las particularidades culturales, el origen nacional, el idioma, la religión u otra condición; el derecho a verse libres de la pobreza y disfrutar de un nivel de vida adecuado, así como el derecho a la igualdad ante la ley y al respeto de las garantías procesales".*

Posteriormente, en 2014, el Comité CEDAW elaboró la Observación General N° 32 (OG CEDAW N°32) sobre la perspectiva de género en relación al estatus de refugiada, el asilo, la nacionalidad y la apátrida de las mujeres. En particular, la OG CEDAW N° 32 refiere la aplicación de la convención CEDAW al derecho de asilo de la DUDH, el principio de no devolución y el derecho a la nacionalidad. Reconociendo que el derecho internacional de los derechos humanos, el de refugiados y la Convención están relacionados, se visibiliza el temor de persecución por razones basadas en el género. Al respecto, el Comité propone que la perspectiva de género (I) sea transversal en los cinco motivos que la Convención de Refugiados enumera como bases de los temores de persecución (raza, religión, nacionalidad, etc.), (II) sea un factor para reconocer la pertenencia a un grupo social y por último, (III) sea incorporada como una causal más en las legislaciones nacionales. Así, por ejemplo, la obligación de no devolución incluye aquellos casos donde exista una amenaza de sufrir violencia de género.

Igualmente, la Convención sobre los derechos del niño (CDN), adoptada en 1990, es el principal instrumento internacional de protección de los derechos de la infancia. Es una de las convenciones más ratificadas del mundo, 195 países la han ratificado la CDN, pero aún falta el voto de Estados Unidos. El enfoque de la CDN es integral sobre la protección y promoción de los derechos de niños, niñas y adolescentes y establece la cláusula del interés superior del niño. La CDN incluye la protección contra la separación familiar, el derecho a la reunificación familiar y, entre otros, el derecho al asilo. Este instrumento también tiene un órgano de aplicación, el Comité de la CDN.

Las recomendaciones hechas por el Comité de la CDN refleja también la progresiva atención que ha tenido la situación de las personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiadas, particularmente en todo lo vinculado con los derechos de niños y niñas en esas circunstancias. En materia de Observaciones Generales, sin perjuicio

de la inclusión de estas temáticas en párrafos específicos de varias de ellas, se destaca la Observación General N° 6 (2005), sobre el "tratamiento de niños no acompañados fuera de su país de origen"<sup>18</sup>. Incluye por ejemplo, un catálogo de respuestas a situaciones generales y concretas para proteger a la niñez migrante y reconoce la necesidad de respetar el principio de no devolución; el derecho a la vida, la supervivencia y al desarrollo; al pleno acceso a la educación adecuada; a la no discriminación y al interés superior del niño.

Por otra parte, debe mencionarse que a partir de 2011 se da la aprobación del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones. Este mecanismo seguramente se empezará a desarrollar jurisprudencia sobre derechos de niños y niñas migrantes. Finalmente, es importante señalar que en los primeros meses de 2015, el Comité CDN aprobó la realización de una OG Conjunta con el Comité de Derecho de Trabajadores Migratorios y sus Familiares, sobre los derechos de niños, niñas y adolescentes en el contexto de la migración internacional.

Otra convención que ha sido aplicada al tema de las migraciones es la Convención contra la Tortura (CAT), que tiene un comité de aplicación, el Comité del CAT. Si bien como resulta obvio este instrumento aplica para toda persona que sea víctima de torturas, tratos crueles, inhumanos y degradantes, para los y las migrantes el Comité del CAT se ha pronunciado en el marco del Mecanismo de Quejas Individuales sobre el control migratorio, los rechazos en frontera, las expulsiones, y el principio no devolución.

### **3.1.3. La Relatoría de Naciones Unidas sobre Migrantes.**

En 1999 se creó un mandato específico para un Relator o Relatora Especial sobre los Derechos Humanos de los y las Migrantes, por medio de la resolución 1999/44 de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Este mandato ha sido renovado varias veces consecutivas por períodos de 3 años, por medio de diferentes resoluciones. La función de esta Relatoría es conocer diversos asuntos respecto a la temática migratoria, independientemente de que un Estado haya ratificado o no la CMW, y no requiere del agotamiento de recursos internos para actuar. Puede proceder sola

<sup>18</sup> La OB N°6 se puede consultar: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3886.pdf>

o con otras relatorías que tengan mandatos especiales, mecanismos temáticos o relatores por países.

Este Relator/a se encarga de cuestiones como: examinar los medios para superar los obstáculos existentes, solicitar y recibir información de todas las fuentes pertinentes, formular recomendaciones apropiadas para prevenir y remediar violaciones de los Derechos Humanos de los migrantes, promover la aplicación efectiva de las normas internacionales; todo esto teniendo en cuenta una perspectiva de género al solicitar y analizar información. También debe prestar especial atención a la aparición de cualquier forma de discriminación y violencia contra las mujeres migrantes; e informar periódicamente al Consejo, de acuerdo con su programa anual de trabajo, y a la Asamblea General a petición del Consejo de Derechos Humanos o de la Asamblea General de Naciones Unidas<sup>19</sup>.

El Relator o Relatora puede recibir dos tipos de comunicaciones: sobre casos concretos y sobre situaciones generales. Para conocer los casos concretos puede pedir solicitudes de información, Cartas de Denuncia<sup>20</sup> o, por medio de una Acción o Llamado Urgente<sup>21</sup>. Y para conocer situaciones generales podrá solicitar información a los Estados y llevar a cabo visitas a los países (denominadas misiones,) con invitación del Gobierno, a fin de examinar el estado de protección de los Derechos Humanos de los y las migrantes en ese país.

Desde 1999 se habían aprobado más de un centenar de documentos (entre resoluciones, comunicaciones e informes) con respecto a los derechos de las personas migrantes aprobadas por el Consejo de Derechos Humanos (CDH)<sup>22</sup>. Las principales comunicaciones han

<sup>19</sup> Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, 2012.

<sup>20</sup> Las Cartas de Denuncia son realizadas por una persona o grupo de personas e incluso por Organizaciones No gubernamentales que sientan que sus derechos consagrados en la Carta de Naciones Unidas han sido violados.

<sup>21</sup> Los Llamados Urgentes son para situaciones en que está en riesgo la vida o que tienen una consecuencia irremediable. Para ello el relator actúa con mayor celeridad pidiendo protección específica al Estado.

<sup>22</sup> El Consejo de Derechos Humanos es un órgano intergubernamental que forma parte de Naciones Unidas. Fue creado en 18 de junio de 2007 con el fin de fortalecer y promover los Derechos Humanos. Tiene la potestad de realizar un Examen Periódico Universal (EPU) –que examina a los 192 Estados miembros del Sistema Universal recibiendo denuncias individuales y realizando procedimientos especiales otorgados mediante mandatos a relatores especiales y expertos independientes.

contenido temas como: la detención arbitraria de migrantes, la violencia sexual, la expulsión en masa, las 19 malas condiciones de vida de los migrantes, la venta de niños, asesinatos realizados por los funcionarios de frontera, el abuso verbal y físico por los funcionarios de migraciones, el abuso y la explotación de las empleadas domésticas, incluida la negación de sus derechos laborales básicos, la restricción de la libertad de circulación y la propaganda racista y xenófoba<sup>23</sup>.

Entre las temáticas de los informes elaborados por los Relatores/as especiales desde 1999 se incluyen temas como: leyes en contra de los y las migrantes, la problemática de los niños y niñas migrantes, el derecho a la salud y a una vivienda adecuada, la penalización de la migración, el tráfico ilícito de migrantes, la xenofobia, el racismo y el derecho a los DESC<sup>24</sup>.

Los Relatores/as especiales han realizado misiones en diferentes países y reportes especiales sobre numerosas situaciones. Las últimas resoluciones del CDH enuncian y reafirman las decisiones de otros órganos del Derecho Internacional de Derechos Humanos –sean de Naciones Unidas o de sistemas regionales– que tienen en consideración los derechos de las personas inmigrantes.

En la sesión de 2011, el Consejo de Derechos Humanos aprobó la resolución A/HRC/RES/18/21 reconociendo la promoción y protección de todos los Derechos Humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo de las personas migrantes. Entre otras cuestiones, las declaraciones reafirmaron la igualdad proclamada en la Declaración Universal de Derechos Humanos; recordaron las convenciones que incluyen la protección de las personas inmigrantes y las resoluciones anteriores de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre las libertades fundamentales de los inmigrantes.

Se recordó, asimismo, la vulnerabilidad de las y los trabajadores migratorios, instando a los Estados a promover el acceso a la regularización migratoria y a los servicios de salud. Puso de relieve, además, la importancia de la cooperación internacional para proteger los derechos de las personas migrantes. Reafirma que el trabajador migratorio, una vez que establece una relación laboral, adquiere derechos que deben ser reconocidos y garantizados, independien-

<sup>23</sup> A/66/264, 2011.

<sup>24</sup> *Ibidem*

temente de su situación legal en lo que concierne a la migración, en el Estado en el que esté empleado<sup>25</sup>.

Un año después, en 2012, la resolución A/HRC/RES/20/3 destacó la obligación de los Estados de proteger los Derechos Humanos de las personas migrantes sin importar su estatus migratorio, sobre todo en materia de educación y la no discriminación contra la mujer; se preocupó también por el aumento en el número de migrantes que se ponen en situación de vulnerabilidad; reafirmó que los y las migrantes tienen igualdad de derechos y garantías ante los tribunales y ante la ley, y, finalmente, exhortó a los Estados a que sus políticas migratorias sean compatibles con los tratados internacionales.

El informe realizado en junio de 2012, ante el Consejo de Derechos Humanos. Fue elevado por el Relator especial FRANÇOIS CRÉPEAU<sup>26</sup>, quien asumió el cargo en agosto de 2011 y trató de temáticas como la situación de las fronteras europeas, las situaciones de detención prolongadas en el tiempo de manera arbitraria, y la penalización de la migración irregular diferenciándola del tráfico internacional de personas, que sí constituye un delito<sup>27</sup>.

Asimismo, uno de los informes de 2013 trató sobre la administración de las fronteras periféricas de la Unión Europea y sus repercusiones sobre los Derechos Humanos de los migrantes (A/HRC/23/46). Y en 2014 se habló sobre la explotación laboral de migrantes donde resalta que las difíciles condiciones de inserción laboral, la cual se caracteriza por los bajos salarios, las jornadas extensas y la sobrecarga laboral. Y las situaciones como la discriminación, la ausencia, restitución o retención del salario; la confiscación de documentos, las restricciones a la seguridad social y médica y el riesgo de ser víctimas de trata y la explotación laboral son las principales violaciones de derechos humanos que evidencia el Relator en ésta oportunidad (A/HRC/26/35).

### **3.1.4. La Organización Internacional del Trabajo**

En el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) existen dos convenios que específicamente se refieren a los derechos de los trabajadores y trabajadoras migrantes, aunque ninguno de

<sup>25</sup> A/HRC/RES/18/21; 2011: 4.

<sup>26</sup> Los anteriores Relatores son JORGE A. BUSTAMANTE (Méjico), de 2005 a 2011 y GABRIELA RODRÍGUEZ PIZARRO (Costa Rica) de 1999 a 2005.

<sup>27</sup> A/HRC/20/24, 201.

ellos ha sido ratificado por Argentina. En efecto, hacia fines de la década del '40 fue adoptado el Convenio 97 (Convenio sobre los trabajadores migrantes, 1949), cuya finalidad inmediata consistió en brindar un marco regulatorio para los derechos de los trabajadores y trabajadoras migrantes en situación regular. Posteriormente, y en paralelo a la creciente importancia que asumía la migración en situación irregular, la OIT adoptó el Convenio 143 (Convenio sobre los trabajadores migrantes disposiciones complementarias, 1975), que por primera vez reconoció en dicho ámbito los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores y trabajadoras migrantes, sin importar su condición migratoria, y posteriormente enumeró un conjunto de obligaciones de los Estados con el fin de evitar las migraciones en condiciones abusivas y tendientes a formular un plan nacional de igualdad de oportunidades y trato. Ambos convenios fueron acompañados por sendas recomendaciones (86 y 151) y, como ya señalamos, constituyen el antecedente directo de la "Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares", aprobada por la Asamblea General de la ONU en 1990.

En términos generales, estas normas establecieron tres principios fundamentales:

- Igualdad de trato entre trabajadores/as migrantes en situación regular y nacionales del país de destino;
- Aplicación de los derechos humanos a todas las personas migrantes, independientemente de su estatus migratorio;
- Aplicación de numerosos estándares internacionales en materia de condiciones laborales –seguridad, salud, horas máximas, remuneración mínima, no discriminación, libertad de asociación, maternidad, etc.– a todos los trabajadores independientemente de su situación migratoria.

La igualdad de trato entre trabajadores migrantes en situación regular y los trabajadores nacionales fue el principal eje que estuvo por detrás de la adopción del Convenio 97 de la OIT, cuyas disposiciones tutelan principalmente los derechos de los migrantes que se encuentran "legalmente" en el territorio del país de destino. En particular, el artículo 6 de este convenio dispone que dicha igualdad de trato alcanza a materias tales como la remuneración, los subsidios familiares, las horas de trabajo, las vacaciones pagadas, las limitaciones al trabajo a domicilio, la edad de admisión al empleo, el aprendizaje y la formación profesional, el trabajo de las mujeres y

de los menores. También reconoce expresamente el derecho de los trabajadores migrantes a afiliarse a las organizaciones sindicales, al derecho a la vivienda y a la seguridad social, incluyendo aquí las disposiciones legales relativas a accidentes del trabajo, enfermedades profesionales, maternidad, enfermedad, vejez y muerte, desempleo y obligaciones familiares, así como a cualquier otro riesgo que, de acuerdo con la legislación nacional, esté comprendido en un régimen de seguridad social.

Por su parte, el Convenio 143 fue un paso más allá y en su artículo 1º estableció que "Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se compromete a respetar los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migrantes". Asimismo, este convenio estableció la obligación de los Estados de implementar una política nacional tendiente a garantizar la igualdad de oportunidades y trato entre los trabajadores migrantes en situación regular y los nacionales.

Esta distinción también se incorporó tiempo después en el sistema de la Convención de 1990 que, como ya señalamos, contiene un conjunto de normas y derechos aplicables a la totalidad de los trabajadores migratorios y sus familiares (parte III) y otras disposiciones que sólo alcanzan a aquellos migrantes que se encuentran en una situación regular en el país de tránsito o destino.

En los últimos años la OIT ha vuelto a considerar a las migraciones laborales como un eje de los debates tanto referidos a las políticas públicas como de la dimensión normativa. En este sentido, cabe mencionar el Marco Multilateral No Vinculante para las migraciones laborales (elaborado en 2006), donde se incluye una completa síntesis de todos los principios y directrices aplicables con el objetivo de ayudar a los países a elaborar e implementar políticas de migración adecuadas a dichos estándares. Asimismo, en el año 2016 la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones aprobó un informe general sobre el estado de vigencia de los Convenios 97 y 143, que posteriormente fue eje de los debates durante la Conferencia Internacional del Trabajo (CIT) de 2017. En dicho informe la propia Comisión admitió que algunas de las disposiciones de los convenios podían resultar obsoletas, y por ende inadecuadas para dar respuesta a los actuales desafíos que plantean las 26 migraciones a nivel global. Sin embargo, sostuvo que seguía siendo importante promover la ratificación de dichos convenios, situación que fue ratificada por los mandantes de la OIT al año siguiente en el marco de la CIT.

En el ámbito de la OIT existen otros convenios que refieren directa o indirectamente a los derechos de los trabajadores y trabajadoras migrantes. En particular, es importante destacar dos normas que recientemente han abordado esta cuestión. En primer lugar, el Convenio 181 sobre Agencias Privadas de Empleo, cuyo artículo 8 dispone que los Estados deberán *"adoptar todas las medidas necesarias y convenientes (...) para que los trabajadores migrantes reclutados o colocados en su territorio por agencias de empleo privadas gocen de una protección adecuada y para impedir que sean objeto de abusos. Esas medidas comprenderán leyes o reglamentos que establezcan sanciones, incluyendo la prohibición de aquellas agencias de empleo privadas que incurran en prácticas fraudulentas o abusos"*. Asimismo, también establece que *"cuando se recluten trabajadores en un país para trabajar en otro, los Miembros interesados considerarán la posibilidad de concluir acuerdos laborales bilaterales para evitar abusos y prácticas fraudulentas en materia de reclutamiento, colocación y empleo"*.

Por su parte, el Convenio 189 sobre el trabajo en el sector doméstico incluye un artículo que expresamente se refiere a los y las migrantes que se desempeñan en él. En tal sentido, el artículo 8 establece que los trabajadores domésticos migrantes que son contratados en un país para prestar servicio doméstico en otro país tienen derecho a recibir por escrito una oferta de empleo o un contrato de trabajo que sea ejecutorio en el país donde los trabajadores prestarán servicio, que incluyan, entre otros, los datos de los empleadores, el lugar de prestación de tareas, la fecha de inicio del contrato y su duración, el tipo de trabajo por realizar, la remuneración, la jornada, las vacaciones, las condiciones de repatriación, cuando proceda, las condiciones relativas a la terminación de la relación de trabajo, etc. Tanto el convenio 181 como el 189 han sido ratificados por Argentina.

Adicionalmente, cabe destacar que la totalidad de los convenios de la OIT que regulan distintos aspectos de las relaciones laborales también son aplicables a los trabajadores y trabajadoras migrantes. Por ejemplo, los derechos sindicales reconocidos en los convenios sobre libertad sindical y negociación colectiva (Convenios 87 y 98), los convenios que prohíben el trabajo forzoso u obligatorio (Convenios 29 y 105), o la prohibición de discriminación regulada en el Convenio 111 han sido utilizados como fuente normativa para resolver casos planteados ante los órganos de control de la OIT.

En tal sentido, los distintos órganos de control de la OIT (la Comisión de Expertos, la Comisión de Normas y el Comité de Libertad Sindical) han intervenido en distintos casos y situaciones vinculados a los derechos de los trabajadores migrantes. Por ejemplo, en el caso de Venezuela la Comisión de Expertos ha cuestionado la existencia de un sistema de cuotas mínimas reservadas a trabajadores nacionales por resultar contrario a las disposiciones del Convenio 143<sup>28</sup>. Por su parte, el Comité de Libertad Sindical impugnó la legislación española que excluía del ejercicio de los derechos de la libertad sindical a los trabajadores migrantes en situación irregular, situación que reputó contraria al Convenio 87<sup>29</sup>.

Finalmente, recientemente la Comisión de Normas ha observado la situación en Corea del Sur, manifestando su preocupación por la persistente discriminación que experimentan los trabajadores migrantes y por los obstáculos que enfrentan para cambiar de trabajo, incumpliendo de esta manera con las obligaciones emergentes del Convenio 111<sup>30</sup>.

### **3.2. Los derechos de las personas migrantes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.**

Si bien dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos no existe un instrumento internacional específico para la protección de las personas migrantes, si se han realizado distintos pronunciamientos e intervenciones de la Comisión, la Corte Interamericana y Relatorías relacionadas al respecto de los derechos humanos de las personas en situación de movilidad. A continuación, se estudiarán las características que presenta el sistema de protección de los derechos de las personas migrantes en el ámbito regional.

<sup>28</sup> Observación (CEACR) -Adopción: 2012, Publicación: 102<sup>a</sup> reunión CIT (2013). Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), 1975 (núm. 143) -Venezuela, República Bolivariana de (Ratificación: 1983).

<sup>29</sup> CLS, OIT. Caso n° 2121 (España) Informe definitivo n° 327, marzo de 2002.

<sup>30</sup> CIT, 103<sup>a</sup> reunión. Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia, Ginebra, 2014.

### **3.2.1. Pronunciamientos e intervención de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos de las personas migrantes.**

En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH)<sup>31</sup> de 1948 se consagra la igualdad ante la ley de todas las personas (art. II) de manera general. También allí está consagrado el derecho a una nacionalidad, ya sea la que le corresponda o, si desea cambiarla, tener otra de un país que se la otorgue (art. XIX) y el derecho de asilo (XXVII). Años después, en 1969, se firma la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), la cual consagra la obligación de respetar los derechos a toda persona sin discriminación (art 1.1), así como el derecho de libre circulación y residencia, donde se establece la prohibición de expulsión sin un debido proceso, incluyendo la expulsión colectiva (art 22). Este instrumento contiene también el derecho a la nacionalidad (art 20) y a la igualdad ante la ley (art 24). Al respecto, corresponde agregar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en el art. 22, incisos 1 y 6) contiene exactamente las mismas disposiciones restrictivas. Podría afirmarse que la Corte Interamericana, en su OC-18/03, asume tácitamente esta posición, ya que en una extensa Opinión Consultiva referida a migrantes indocumentados, no sólo omite hacer mención alguna al artículo 22.6, sino que deja expresamente sentado que todo procedimiento migratorio debe asegurar las garantías de debido proceso sin discriminación alguna.

Posteriormente, en 1988, se crea el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales conocido como Protocolo de San Salvador (PSS), en cuyo preámbulo se reconoce la existencia del ser humano libre de temor y miseria, por lo que los Estados deberán crear condiciones a cada persona que le permitan gozar de sus derechos tanto económicos, sociales y culturales como civiles y políticos, sin que puedan menoscabarse unos a favor de otros, y siempre basados en la dignidad humana. El Protocolo reconoce la obligación de los Estados de adoptar medidas (art. 1) y disposiciones del derecho interno (art 2) para hacer efectivos los derechos. Las

<sup>31</sup> Como se evidencia no existe, para 1948, un lenguaje incluyente en el Sistema Interamericano y se consagra exclusivamente como la declaración de derechos del hombre americano.

anteriores son normativas de carácter general y no tratan específicamente el caso de las personas migrantes, pero contienen cláusulas de derecho internacional general que pueden ser perfectamente aplicables a los y las migrantes. Otras Convenciones del Sistema Interamericano, como la Convención de Belém do Pará, reconocen derechos que protegen la igualdad y la no discriminación a todas las mujeres migrantes.

Los organismos del Sistema Interamericano han contribuido con sus decisiones a la temática migratoria. Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre migrantes ha llevado algunos casos relevantes como el caso Tibi *vs* Ecuador (2004)<sup>32</sup>, el Caso de las Niñas Yean y Bosico *vs* República Dominicana (2005)<sup>33</sup>, el caso de Vélez Loor *vs* Panamá (2010)<sup>34</sup> y el de Baruch Ivcher Broinsten *vs* Perú (2001)<sup>35</sup> donde los Estados son condenados por violaciones de Derechos Humanos de personas inmigrantes. En la mayoría de los casos, la Corte reconoce la discriminación y sostiene la cláusula de igualdad para proteger los derechos de estas personas. Pero no se pronuncia específicamente sobre el derecho que tiene como migrantes, sino que protege los derechos civiles y políticos negados a los y las demandantes. La más reciente sentencia sobre el tema fue fallada en 2013; Caso Familia Pacheco Tineo *vs.* Estado Plurinacional de Bolivia, donde el Estado es declarado responsable por la violación del derecho a buscar y recibir asilo, del principio de no devolución (contenidos en el derecho de circulación y residencia)

<sup>32</sup> El caso Tibi *vs* Ecuador se puede consultar en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_114\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf)

<sup>33</sup> El caso de las Niñas Yean y Bosico *vs* República Dominicana se puede consultar en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_130\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf)

<sup>34</sup> En este caso en específico la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce la vulnerabilidad de las personas migrantes en cuanto al acceso a la justicia y dice: las violaciones de derechos humanos cometidas en contra de los migrantes quedan muchas veces en impunidad debido, inter alia, a la existencia de factores culturales que justifican estos hechos, la falta de acceso a las estructuras de poder en una sociedad determinada, y a impedimentos normativos y fácticos que tornan ilusorios un efectivo acceso a la justicia (Vélez loor *vs* Panamá, 2010:2). El caso Vélez loor *vs* Panamá [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_218\\_esp2.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf).

<sup>35</sup> El caso de Baruch Ivcher Broinsten *vs* Perú se puede consultar en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_74\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_74_esp.pdf)

y por no dar las garantías judiciales a una familia chilena solicitante de asilo en Bolivia. En éste fallo la Corte da, por primera vez, un importantísimo reconocimiento a los derechos de quienes buscan refugio por razones de persecución fundada.

El mismo Tribunal, por otra parte, ejerciendo su competencia consultiva en la Opinión Consultiva N° 18 (OC-18/03), se ha pronunciado con respecto a las obligaciones de los Estados para con las personas migrantes de la siguiente manera: –Que la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el estatus migratorio de las personas<sup>36</sup>. – Que los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio<sup>37</sup>.

"[T]anto los instrumentos internacionales como la jurisprudencia internacional respectiva establecen claramente que los Estados tienen la obligación general de respetar y garantizar los derechos fundamentales. Con este propósito deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental"<sup>38</sup>.

En esa oportunidad la Corte consideró que la condición de trabajador inmigrante no puede generar discriminación alguna, y lo enuncia de la siguiente manera: *"Que los trabajadores, al ser titulares de los derechos laborales, deben contar con todos los medios adecuados para ejercerlos. Los trabajadores migrantes indocumentados poseen los mismos derechos laborales que corresponden a los demás trabajadores del Estado de empleo"*.

También consideró que los derechos laborales surgen necesariamente de la condición de trabajador, entendida ésta en su sentido más amplio. Toda persona que vaya a realizar, realice haya realizado una actividad remunerada, adquiere inmediatamente la condición de trabajador y, consecuentemente, los derechos inherentes a dicha condición<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> OC/18/03: parr.6.

<sup>37</sup> OC/18/03: parr.172.

<sup>38</sup> OC/18/03: parr.81.

<sup>39</sup> OC/18/03: parr.133.

Tiempo después, la Corte IDH volvió a analizar los alcances de los derechos de las personas migrantes en dentro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. En la Opinión Consultiva N° 21 (OC-21/14) desarrolló los derechos de los niños, niñas y adolescentes en el contexto de la migración<sup>40</sup>. Allí, la Corte IDH expresó la necesidad de adoptar medidas especiales de protección en el caso de niños, niñas y adolescentes en temas como privación de la libertad por razones migratorias, el debido proceso, el derecho de Asilo y el principio de no devolución. El derecho a la vida familiar de los niños en el marco de expulsión de sus progenitores. La OC-21/14 también dice que cuando un Estado adopta una decisión que involucra alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de una niña o un niño, debe tomar en cuenta su interés superior y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia.

Otra providencia que involucra los derechos de las personas migrantes es la Opinión Consultiva N° 16 (OC-16/99) que responde acerca del derecho a la información que tienen los detenidos sobre la asistencia consular, en el marco de las garantías del debido proceso legal. Como pudo observarse en las decisiones de la Corte, si bien han incluido la protección de los derechos de las personas inmigrantes en países de la OEA, son un poco tímidas a la hora de evaluar el derecho a migrar o a la discriminación generada por el origen nacional.

Siempre los casos se han visto permeados por violaciones de derechos civiles y políticos como la tortura, el derecho a un nombre y a una nacionalidad, a la libertad de expresión o la propiedad privada. Este Tribunal usualmente se restringe con respecto a la aplicación de los DESC; y al trazar su línea jurisprudencial en cuanto a los derechos de las personas inmigrantes hace privilegiar la soberanía estatal en decisiones como expulsión y deportación de personas.

Estos pronunciamientos forman parte de un sendero desarrollado con particular énfasis a lo largo de la última década por parte de la CIDH y la Corte IDH por medio del cual han ido ampliando

<sup>40</sup> La OC-21/14 fue solicitada por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, La República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Y se puede encontrar en: <http://www.corteidh.org>.

considerablemente su atención en materia de derechos de migrantes. La sistematización de estos estándares ha sido encarada recientemente por la CIDH en un informe publicado recientemente (CIDH, 2016).

Por último, y aunque por razones de extensión no nos detendremos en este tema, es importante señalar que una abundante jurisprudencia en materia de derechos de migrantes ha sido desarrollada por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). En efecto, a lo largo de las últimas décadas, el TEDH ha dictado decenas de sentencias relativas a temas como las garantías de debido proceso, el derecho a la vida familiar, la prohibición de tratos crueles a través de medidas de expulsión o, entre otros, el derecho a la libertad de personas migrantes y la prohibición de expulsión colectivas.

### **3.2.2. La Relatoría de la CIDH sobre los Derechos de las personas Migrantes**

El Sistema Interamericano ha creado un sistema de Relatorías<sup>41</sup> sobre temas de especial atención. En 1996 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos crea la Relatoría Interamericana sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias (RITMF), la cual funciona a pesar de no tener un instrumento internacional específico para la salvaguarda de los derechos de este sector de la población. El 30 de marzo de 2012 el mandato fue modificado con el fin de enfocarlo hacia el respeto y la garantía de los derechos de los migrantes y otros grupos como los refugiados, los apátridas, desplazados internos y víctimas de trata de personas.

Para optimizar su trabajo se creó un fondo voluntario, abierto a la contribución de los Estados miembros y observadores ante la OEA, organizaciones gubernamentales e intergubernamentales, agencias de cooperación y fundaciones, entre otros<sup>42</sup>. En 2010 la Comisión evaluó el estado de las detenciones y el debido proceso de los inmigrantes en los Estados Unidos y, en el acápite donde delimita los estándares internacionales relevantes en materia de Derechos Humanos de los y las inmigrantes, coloca en un lugar destacado la libertad personal (art. 25 CADH) insistiendo en que el hecho de

<sup>41</sup> Mandato creado por el artículo 41 del Pacto de San José y el artículo 15 del Estatuto de la Comisión Interamericana.

<sup>42</sup> Relatoría especial sobre los Derechos Humanos de los migrantes, 2012.

migrar no constituye un delito *per se*, y enfatizando los principios de igualdad y no discriminación.

Al respecto dice específicamente: Los Estados están obligados a conceder los derechos humanos básicos a todas las personas dentro de su territorio independientemente de su condición legal, de acuerdo a los principios de igualdad y no discriminación<sup>43</sup>. La Comisión evalúa en este mismo examen varios temas, entre ellos el asilo, la detención arbitraria, el interés superior del niño, el debido proceso y el acceso a la justicia, la falta de acceso a la representación legal, la obligación de investigar las muertes que se produzcan en centros de detención, la obligación de proveer de cuidados médicos y salud mental en los centros de confinamiento, y la posibilidad de garantizar la unidad familiar por medio de visitas a dichos centros.

En sus últimas recomendaciones, la CIDH insta a los Estados Unidos a priorizar los controles a los empleadores que, por medio de prácticas abusivas, contratan inmigrantes en vez de centrar los operativos en los trabajadores. También insta a dicho Estado a eliminar las cuotas de deportación. La Relatoría también se ha encargado de dar cuenta del progreso de los Estados del continente americano en cuanto a la puesta en marcha de la Convención Internacional sobre Trabajadores y Trabajadoras Migratorios y sus Familias de Naciones Unidas, en coordinación con la OIT y la OIM.

En el marco de esta Relatoría, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se pronunció en 2008 en contra de la Directiva de Retorno de la Unión Europea<sup>44</sup>, exhortando a los países de la Unión a adecuar dicha normativa a los estándares internacionales de Derechos Humanos. En esa oportunidad expresó: *De acuerdo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos los países deben respetar y garantizar los derechos humanos de todas las personas bajo su jurisdicción sin discriminación de ningún tipo*<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> RITMF, 2010:12.

<sup>44</sup> La Directiva de Retorno instó a los Estados partes de la Unión Europea (UE) a legalizar a los inmigrantes o pedirles que se salieran de la UE, para lo que se les da un periodo de salida mínimo de 7 días. Si no se van, tendrán que expulsarlos. El proceso de expulsión es llevado de forma administrativa y mientras es adelantado los inmigrantes irregulares deben estar retenidos en un centro de internamiento, entre 6 y 12 meses.

<sup>45</sup> CIDH, resolución 03 de 2008.

La Relatoría se presenta como un órgano activo, del cual se espera mayor nivel de incidencia en las decisiones de los Estados. Pero, en concordancia con el resto del Sistema es tímida en cuanto a la posibilidad de hacer exigibles los derechos para los migrantes en el continente. Visto el marco general de los Derechos Humanos de las personas migrantes en los Sistemas Universal y Regional, es pertinente abordar a continuación la ley migratoria vigente en Argentina, con el fin de evidenciar si se enmarca o no en los estándares mínimos de protección.

#### **4. Los derechos de las personas migrantes en el MERCOSUR**

A nivel regional se han aprobado numerosos instrumentos que reconocen los derechos de las personas migrantes. Aun sin contar con la extensión y el detalle de los tratados internacionales de derechos humanos, es necesario señalar que algunas de estas normas poseen una gran importancia en términos de garantizar la efectiva vigencia de los derechos de las personas migrantes en los países de la región.

Como hemos señalado, la irregularidad migratoria constituye uno de los principales obstáculos para la plena garantía de los derechos de las personas migrantes. En casi todos los países, no tener la permanencia regular se traduce en la imposibilidad o en serias dificultades para el acceso a los servicios de salud, a la educación, a la seguridad social, o al ejercicio de los derechos laborales. La irregularidad migratoria también ocasiona, en la mayoría de los países, que los migrantes estén expuestos a detenciones y expulsiones, violentando el arraigo que ellos hayan desarrollado en las comunidades de acogida e incluso pasando por sobre los derechos de unificación familiar.

En este contexto, la asunción de compromisos por parte de los Estados para facilitar la regularidad migratoria se transforma en un punto de partida fundamental para garantizar los derechos humanos de las personas migrantes. El primer paso regional a fin de facilitar la libre residencia al interior de los países de la región fue la celebración de dos acuerdos en el mes de diciembre de 2002. El texto de ambos instrumentos fue similar, y uno fue suscripto por los Estados Parte del Mercosur (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay) y al restante se sumaron Bolivia y Chile, que por entonces eran los únicos Estados Asociados al Mercosur. Posteriormente,

presentaron su adhesión Colombia, Ecuador y Perú. Estos acuerdos entraron en vigor en el año 2009, una vez obtenidas todas las ratificaciones necesarias, sin perjuicio de que en algunos casos, como por ejemplo Argentina, hubiesen comenzado a implementarse con anterioridad<sup>46</sup>.

Como consecuencia de este acuerdo, se dispuso que los nacionales de un Estado Parte que deseen residir en el territorio de otro Estado Parte puedan obtener una residencia legal mediante la acreditación de su nacionalidad. En tal sentido, el acuerdo establece que el pedido puede realizarse tanto ante la representación consultar del Estado de origen como a través de los mecanismos de regularización existentes en el país de destino (cuando el migrante ya se encuentra radicado allí). La residencia prevista en el acuerdo es temporaria, por un plazo máximo de dos años, y a su finalización puede ser transformada en una residencia permanente (artículo 5).

El acuerdo también enumera un conjunto de derechos para los migrantes y los integrantes de su grupo familiar (artículo 9). En tal sentido, se establece el principio de igualdad de derechos en los siguientes términos:

*"Los nacionales de las Partes y sus familias que hubieren obtenido residencia en los términos del presente Acuerdo gozarán de los mismos derechos y libertades civiles, sociales, culturales y económicas de los nacionales del país de recepción, en particular el derecho a trabajar; y ejercer toda actividad lícita en las condiciones que disponen las leyes; peticionar a las autoridades; entrar, permanecer, transitar y salir del territorio de las Partes; asociarse con fines lícitos y profesar libremente su culto, de conformidad a las leyes que reglamenten su ejercicio".*

La implementación generalizada de los compromisos asumidos por medios de estos acuerdos permitiría virtualmente eliminar la irregularidad migratoria dentro de las personas que se desplazan intrarregionalmente y que, cabe aclarar, constituyen la amplia mayoría de los migrantes en los países de Sudamérica. Sin embargo,

<sup>46</sup> Para un desarrollo extenso de las normas nacionales referidas a las migraciones en Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay ver Observatorio de Políticas Públicas de Derechos Humanos en el Mercosur (2009) "Las migraciones humanas en el Mercosur. Una mirada desde los derechos humanos. Compilación normativa", Montevideo, Uruguay.

los avances en términos de implementación práctica han sido más limitados. El ejemplo paradigmático es que aún no se haya reconocido la "nacionalidad" como criterio migratorio para desplazarse regularmente entre los países de la región. Por ende, aquél nacional de un Estado parte que desea migrar a otro Estado parte debe alegar en frontera un criterio migratorio falso (usualmente "turismo") para luego, una vez en el país de destino, solicitar su radicación temporaria en los términos de los Acuerdos de Residencia Mercosur. Desde ya que este sistema genera numerosos inconvenientes en la práctica, comenzando por el hecho de que fuerza al migrante a falsear su verdadera intención, abriendo la posibilidad a un rechazo en frontera, situación que se ha incrementado notablemente en Argentina en los últimos años.

En materia laboral, los Acuerdos de Residencia establecen que los inmigrantes deban recibir un trato no menos favorable que el que reciben los nacionales, especialmente en materia de remuneraciones, condiciones de trabajo y seguros sociales. A su vez, también se impulsa la posibilidad de suscribir acuerdos de reciprocidad en materia previsional y se garantiza el derecho a transferir remesas.

Finalmente, los acuerdos contienen disposiciones tendientes a garantizar los derechos del núcleo familiar de los migrantes. Para ello, se reconoce el derecho de los familiares de los migrantes que no posean la nacionalidad de uno de los Estados Parte, a acceder a una residencia de idéntica vigencia a la que posea la persona de la cual dependan. A su vez, en materia de educación se garantiza el derecho de los hijos de los migrantes a acceder a ella en condiciones de igualdad con los nacionales, incluso en los casos en los que el migrante se encuentre circunstancialmente en una condición migratoria irregular.

Los acuerdos sobre libre residencia en el Mercosur constituyen el marco general que tiende a facilitar la libre movilidad de los trabajadores garantizando al mismo tiempo la plena vigencia de un conjunto de derechos que van más allá del plano exclusivamente laboral. En cuanto a su implementación práctica, cabe destacar los avances producidos en el marco del Subgrupo de Trabajo nº 10 en torno al "Plan para facilitar la circulación de Trabajadores en el Mercosur",

## **5. Derechos de migrantes, DIDH y el tratamiento de las migraciones en Argentina: marco normativo, desafíos actuales**

Argentina es el país de América Latina con la más extensa tradición migratoria, no sólo porque desde sus orígenes como Estado-nación el país ha recibido grandes contingentes de migrantes, sino porque ha dictado normativas y construido políticas migratorias antes que muchos otros países de la región. Las leyes migratorias en el país han transitado distintos paradigmas entre la atracción de flujos de migrantes y la criminalización de los mismos. Con la Ley de Inmigración y Colonización N° 817 de 1876 (también conocida como Ley Avellaneda) se pretendía "poblar la pampa argentina" con europeos educados o con ganas de cultivar la tierra. Y años tiempo después, en 1902, la Ley 4.144 de Residencia o Ley Cané fue sancionada con la idea de criminalizar la migración expulsando migrantes.

### **5.1. De la ley Videla al enfoque de DDHH**

La normativa migratoria que estuvo vigente en Argentina entre 1981 y hasta el año 2004 fue la denominada Ley General de Migraciones y de Fomento a la Inmigración N° 22.439. Esta ley, promulgada bajo la dictadura del General Jorge Rafael Videla, era sumamente restrictiva, y, basándose en principios de la Doctrina de Seguridad Nacional, instauró una política dirigida al control y la expulsión, viendo a las personas migrantes sólo con la intención de atender a las necesidades poblacionales de la Argentina.

Aún en democracia, el Estado Argentino mantuvo por muchos años esta ley restrictiva en materia migratoria, y contraria al espíritu de su Constitución Nacional de 1994 y a los tratados internacionales. En diciembre de 2003 el Estado argentino reorganizó su política migratoria<sup>47</sup> dentro un marco de Derechos Humanos con la sanción de la ley 25.871, con la cual ha puesto punto final a una situación denigrante para la condición humana, como la era la anterior ley de migraciones<sup>48</sup>. La actual norma está concebida en un momento histórico para el país donde se pretende reivindicar los Derechos Humanos desde diversas ópticas, después de las dictaduras y de

<sup>47</sup> CALVELO & VEGA, 2007; CERRUTI, 2009; NOVICK, 2008.

<sup>48</sup> CHAUSOVSKY, 2004:159.

muchos años de impunidad<sup>49</sup>. Esta normativa se muestra como ejemplo no sólo en la región sino en el mundo, por el reconocimiento de derechos como la salud y la educación a los migrantes sin importar su condición migratoria<sup>50</sup>. Además, propone una sociedad latinoamericana integrada, que –respeta los derechos de los extranjeros y valora su aporte cultural y social<sup>51</sup>.

La ley 25.871 fue reglamentada en el año 2010 por el decreto 616. Fue una reglamentación esperada por 6 años para poder dar plena efectividad a la novedosa ley. La Ley consta de 126 artículos de los cuales quedaron algunos asuntos pendientes que eran susceptibles de reglamentación. Esta normativa presenta importantes avances en temas como la integración regional, la movilidad de los migrantes, la inclusión social y la no discriminación, el acceso a establecimientos educativos públicos y privados en todos los niveles. Uno de los objetivos fue crear una nueva política migratoria que promueva el enriquecimiento y el fortalecimiento del tejido cultural y social del país (art. 3 lit.C). Esta ley estuvo en plena vigencia y configuró un escenario relativamente favorable para las personas migrantes en cuanto a temas como la regularización migratoria, no detención por razones migratorias y límites concretos a los procesos de expulsión, hasta enero de 2017 cuando se realizó un cambio normativo, como veremos a continuación.

### **5.2. Una reforma regresiva desde un enfoque del DIDH**

En enero de 2017 el Poder Ejecutivo Nacional por medio de un Decreto de Necesidad y Urgencia DNU N°70/17 modificó la tan aplaudida ley de migraciones argentina N°25.871. Esta norma amplía las causas que permiten la detención y expulsión de migrantes en situación irregular. Habilita la revisión de las radicaciones otorgadas para quienes tienen antecedentes penales o condenas, sin importar el tipo de delito o su situación procesal; modifica los trámites de expulsión con carácter de inmediatez, reduce el control judicial, y acorta las posibilidades de una defensa legal y técnica adecuada. También elimina como criterios alegables ante la expulsión la unidad familiar y el arraigo como condiciones que evitan la expulsión.

<sup>49</sup> JELIN, 2006.

<sup>50</sup> NOVICK, 2008.

<sup>51</sup> *Ibidem*.

En el DNU no se incluye ningún mecanismo o regulación que dé cuenta de la protección al interés superior del niño ni de la unidad familiar. Por el contrario, el decreto considera la expulsión como regla en vez de como excepción, posibilitando la desarticulación de las familias. De manera excepcional, y como una dispensa discrecional, se establece que la autoridad migratoria puede considerar el arraigo familiar sólo en términos de dependencia económica y de convivencia familiar. En algunos casos únicamente se podrá otorgar la dispensa si los hijos son argentinos. El poder judicial no podrá intervenir en ninguna parte de este proceso.

El DNU 70/2017 también modificó el acceso a la nacionalidad argentina y en lugar de exigir que el solicitante acredite más de dos años de residencia en el país, propone que el pedido sea evaluado por un juez federal una vez que se demuestre que esa residencia es "legal". De esta manera reinstaura el criterio que había establecido la última dictadura cívico-militar y que fue modificado por el gobierno de RAÚL ALFONSÍN.

El texto es una regresión para los derechos de las personas migrantes. Donde las personas migrantes pobres estarán expuestas a mayores controles migratorios y además están expuestos a realizar trabajos precarios por miedo a ser expulsados, a hostigamiento de las fuerzas de seguridad, a menor inserción escolar y menor acceso al sistema de salud ante la constante amenaza de ser capturado por el sistema de justicia criminal.

Por otra parte, también establece que los jueces y fiscales tendrán la obligación de notificarle a la Dirección Nacional de Migraciones de la existencia de causas penales en las que se identifique como responsable a un migrante, lo que desatará el inicio del trámite de expulsión o la revisión de las residencias ya otorgadas. Con el solo procesamiento firme por cualquier delito que prevea pena privativa de libertad podrá ser expulsado del país, con escasas posibilidades de defenderse en el trámite migratorio.

### **5.3. Pronunciamientos de los órganos del DIDH en materia de derechos de las personas migrantes en Argentina**

La República Argentina ha ratificado prácticamente todos los tratados universales y regionales de derechos humanos. Mientras que algunos de ellos gozan de jerarquía constitucional, otros tienen un carácter supra-legal. Entre estos últimos se encuentra la Convención de 1990, firmada en 2004, aprobada en 2006 (ley 26.202)

y ratificada el 23 de febrero de 2007. Ahora bien, cabe destacar que Argentina no ha ratificado aún los Convenios 97 y 143 sobre trabajadores migrantes.

En cuanto a la Convención de 1990, Argentina no ha formulado aún las declaraciones previstas en los artículos 76 y 77 para reconocer la competencia del Comité y recibir denuncias de otros Estados partes y denuncias de particulares. Por este motivo, aún no se pueden tramitar ante este Comité casos individuales de violaciones de Derechos Humanos de los trabajadores migrantes y sus familias.

Por el contrario, Argentina sí presentó su informe inicial el 4 de agosto de 2010 de conformidad con el artículo 77 de la CWM (CMW/C/ARG/CO/1., 2011). Un año después, el 37 Comité emitió sus observaciones finales con respecto a la situación de los trabajadores y trabajadoras migrantes en el país. En esta oportunidad se reconocieron los avances en materia migratoria, dando su beneplácito a la aprobación de la ley de migraciones 25.871 de 2004; al programa de regularización migratoria *patria grande*, y al Instituto Nacional contra la Xenofobia, la Discriminación y el Racismo (INADI), así como también por el hecho de por firmar convenios internacionales para prevenir la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes.

El organismo instó al Estado argentino para que ratifique los Convenios de la OIT sobre trabajadores migrantes y para que incluya en los censos información detallada sobre los migrantes, sean regulares o no. Se resalta el poco conocimiento que tienen los funcionarios públicos, tanto de frontera como en el resto del país, acerca de los derechos consignados en la ley de migraciones actual, razón por la cual se alienta al Estado a capacitar a sus funcionarios en esta materia. Asimismo, se exhortó al Estado argentino a eliminar los estereotipos discriminatorios contra los y las trabajadoras migratorias, que circulan en las instituciones, los medios de comunicación y de la población en general; para lo cual se lo incita a condenar públicamente tales hechos.

Se pronunció además, sobre los hechos del Parque Indoamericano<sup>52</sup> donde murieron algunos migrantes; y también preocupó al

<sup>52</sup> En diciembre de 2010 unas 1.500 familias (algunas de ellas conformadas por inmigrantes limítrofes) ocuparon en reclamo de viviendas dignas el predio llamado parque Indoamericano, ubicado en el barrio de Villa Soldati, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Los vecinos de la

Comité que el Jefe de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, **MAURICIO MACRI**, en vez de mediar en el conflicto, haya asociado públicamente a los migrantes con delitos como el tráfico de drogas. En pocas palabras, el Comité manifestó sus preocupaciones al Estado argentino con respecto a los trabajadores y trabajadoras migratorios y se pronunció de la siguiente manera: *“Preocupa al Comité que los trabajadores migratorios en situación irregular suelen ser sometidos a trabajos forzados, abusos y explotación, que incluyen remuneraciones inadecuadas, horarios de trabajo excesivos y restricciones a su libertad de circulación, en particular en la industria textil, la agricultura”*.

También le preocupa que las mujeres migrantes en situación irregular que trabajan como empleadas domésticas estén particularmente expuestas a la explotación, la violencia sexual y el acoso sexual de los empleadores a causa de su dependencia económica y su limitado acceso a recursos judiciales<sup>53</sup>.

Del mismo modo, el Comité indicó la necesidad de cambiar los requisitos excesivos de las pensiones no contributivas a las madres que requieren subsidios con siete o más hijos, al igual que para la pensión por invalidez y por vejez. También recomendó incluir a las personas migrantes en los beneficios de la Asignación Universal por Hijo, omitiendo la diferenciación de 3 años de residencia legal para obtenerla, y, aun siendo el niño argentino se hace la misma petición cuando los padres son inmigrantes. Se solicitó además al Estado que examine la posibilidad de dar esta asignación incluso para migrantes no regularizados y de igual forma las pensiones no contributivas.

Por otro lado, se hizo también especial mención a la trata de personas, al bajo enjuiciamiento de quienes comercian con seres humanos y a la falta de recursos institucionales para evitar este flagelo. Para finalizar, el Comité observó con preocupación que casi 200.000 solicitantes no pudieron concluir el procedimiento de regularización previsto en el programa Patria Grande. A pesar de las características generosas de la norma, se evidencia que continúan

---

zona quisieron recuperar el parque por lo que se presentaron incidentes entre ambas partes. El gobierno de la Ciudad de Buenos Aires dio desafortunadas declaraciones a la prensa con tintes xenófobos y racistas en medio de la difícil situación.

<sup>53</sup> CMW/C/ARG/CO/1., 2011: Párr. 21.

existiendo trabas administrativas para la regulación migratoria, en especial para los trabajadores por cuenta propia o quienes tienen problemas para demostrar una relación laboral de dependencia. En el escenario de Naciones Unidas coexisten dos sistemas de protección para los derechos de las personas migrantes. Por un lado, el organismo Convencional descrito en este apartado y por el otro la Relatoría de Naciones Unidas sobre migrantes, la cual se describirá a continuación.

Posteriormente, y ante el cambio en la política migratoria argentina registrado en el último año, varios organismos del sistema internacional de protección de las personas migrantes se han pronunciado. A continuación retomaremos varios de estos pronunciamientos.

En primer lugar, recientemente el CERD examinó los informes periódicos 21º a 23º de la Argentina y en enero de 2017 aprobó recomendaciones finales sobre el país. Entre otras observaciones el CERD lamenta la falta de acceso a servicios básicos de las comunidades indígenas, afrodescendientes y migrantes, particularmente aquellos en situación irregular. Igualmente, se refiere a la falta de información estadística desglosada sobre las denuncias por discriminación racial y las correspondientes actuaciones<sup>54</sup>. Además dice:

*"El Comité toma nota de la avanzada legislación argentina en materia de migración y da la bienvenida a los programas de regularización realizados. Sin embargo, el Comité está preocupado por: a) la discriminación de los migrantes, en particular de las comunidades senegalesas y dominicanas, en particular las mujeres y las personas en situación irregular; b) el aumento de las órdenes de expulsión; c) el recorte de las políticas de regularización y los requisitos adicionales para la regularización de los migrantes provenientes de países de fuera del Mercosur; y d) por la vigencia de normas de distinción en el acceso a derechos básicos. El Comité también está preocupado por los planes de crear un centro de detención para migrantes a la espera de ser deportados, porque podría dar lugar a que la detención no sea usada como última opción. Finalmente, el Comité lamenta la falta de datos estadísticos sobre la retención de personas extranjeras"*

<sup>54</sup> El texto completo de las recomendaciones del CERD 2017 está acá: [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CERD%2fC%2fARG%2fCO%2f21-23&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CERD%2fC%2fARG%2fCO%2f21-23&Lang=en)

*y la falta de un diálogo fluido y regular con las asociaciones de migrantes (arts. 1, 2 y 5)".*

Posteriormente, en marzo de 2017 serealizó una audiencia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sobre los cambios introducidos a la Ley de Migraciones argentina por el Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2017. Allí se expuso que el DNU restringe los derechos de las personas migrantes creando límites concretos al debido proceso. Y se interpeló por parte de los miembros de la sociedad civil y de la CIDH sobre la necesidad y la urgencia del decreto.

El DNU fue presentado como una medida de seguridad y habilita la expulsión de personas migrantes, incluso por faltas migratorias y delitos leves. En ese sentido, asocia la migración con la delincuencia sobre un diagnóstico basado en datos parciales y descontextualizados. El relator para la Argentina, Francisco Eguiguren, destacó la preocupación de la Comisión por la relación entre migración y delito y la xenofobia y la estigmatización de las personas migrantes que promueve.

En mayo de 2017 fue el turno del Comité contra la Tortura (CAT)<sup>55</sup> de la ONU quien consideró que el DNU deroga parte de las garantías de la legislación de 2004, al introducir "un procedimiento de expulsión de migrantes sumarísimo que reduce drásticamente los plazos para recurrir la expulsión" y dificulta el acceso a la asistencia jurídica gratuita de las personas migrantes. También señaló que el Decreto no asegura que la detención por razones migratorias sea una medida de último recurso, ya que establece la prisión preventiva de migrantes desde el inicio del procedimiento. El CAT instó al Estado a garantizar el uso excepcional de esta medida y el control judicial efectivo de las órdenes de detención. También manifestó su preocupación por los rechazos de migrantes –en algunos casos, grupos familiares–en frontera, sin las garantías del debido proceso y asistencia jurídica gratuita. Finalmente, pidió la derogación del DNU que modificó la Ley de Migraciones 25.871 en enero de este año.

<sup>55</sup> El CAT en sus observaciones anteriores, de 2004, celebró la aprobación de la Ley de Migraciones. De cara a la evaluación de 2017, el CAT había solicitado los datos sobre detenciones y expulsiones de las personas migrantes en el país.

Finalmente, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la discriminación racial y la xenofobia, MUTUMA RUTEERE también manifestó su preocupación por la posibilidad de que el DNU aumente la criminalización y estigmatización de los migrantes. Al presentar ante el Consejo de Derechos Humanos en Ginebra un informe sobre su visita a nuestro país, instó al gobierno nacional que "reconsidere la adopción de este Decreto que debilita los derechos de los migrantes". El decreto asocia a las personas migrantes con el delito, viola el debido proceso y su derecho a la defensa y profundiza un escenario de criminalización.

## **6. *Reflexiones Finales***

La migración ha pasado en los últimos años a ser un eje fundamental en la agenda de derechos humanos a nivel global. Pese a ello las consagraciones de derechos y los avances en materia migratoria siguen siendo insuficientes en contraste con las miles de vidas humanas que se pierden cada año intentando cruzar las fronteras de los Estados nacionales. Algunos interrogantes vuelven a plantearse en términos no necesariamente compatibles con las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos: ¿Es admisible restringir el ejercicio de los derechos humanos, o una reglamentación diferenciada, en virtud de la nacionalidad de la persona o de su condición migratoria? ¿Es posible realizar un tratamiento diferenciado según se trate de derechos civiles, políticos, o económicos, sociales y culturales? ¿Puede hablarse de un derecho humano a migrar?

Como hemos desarrollado a lo largo de este trabajo, la comunidad internacional ha desarrollado numerosas herramientas normativas que tutelan los derechos de las personas migrantes. Por un lado, en los tratados internacionales de derechos humanos, cuyas disposiciones deben extenderse a todas las personas independientemente de su nacionalidad o condición migratoria. Por el otro, a partir de instrumentos específicos y del trabajo de órganos especializados, tanto en el sistema universal como en el sistema interamericano de derechos humanos.

Sin embargo, estos desarrollos se enfrentan actualmente con una profundización de las políticas migratorias de contención de los flujos que no ha hecho más que agravar una crisis cuyas causas estructurales están ligadas al crecimiento de las desigualdades a nivel global y a la falta de respeto de los derechos humanos de las

personas migrantes, tanto en los países de destino como de tránsito y origen.

Como se pudo apreciar, tanto en la política migratoria argentina como en las normas internacionales se experimentan dificultades a la hora de efectivizar los derechos de las personas inmigrantes. Esto es, en parte, porque no existe un consenso internacional ni una forma integral para tratar el tema de las migraciones internacionales. En otras palabras, si bien existen normas de tutela de los derechos de las personas migrantes (empezando por el conjunto de los instrumentos internacionales que reconocen derechos humanos), ellas no parecen haber sido acompañadas por un compromiso activo por parte de los Estados para promover su efectivo cumplimiento.

La importancia de este desafío y contraste vuelve a plasmarse a la luz de la recientemente adoptada "Declaración de Nueva York"<sup>56</sup>, por medio de la cual se impulsó la promoción de dos Pactos Mundiales: uno sobre Responsabilidad Compartida respecto a los Refugiados y otro sobre Migración Segura, Ordenada y Regular. Esta declaración, a su vez, fue el resultado del Diálogo de Alto Nivel sobre refugiados y migrantes, realizado el 19 de septiembre de 2016 en la sede de Naciones Unidas en Nueva York. Organizado por el Presidente de la Asamblea General de la ONU.

Sin embargo, a pesar de las numerosas reuniones y tratativas aún no están claras las posibilidades que en el contexto actual los Estados acepten impulsar y obligarse por medio de un nuevo instrumento internacional de protección a los derechos de las personas en situación de movilidad. Por el contrario, las masivas y persistentes violaciones a los derechos humanos de las personas migrantes constituyen un desafío de magnitud considerable para el derecho internacional de los derechos humanos. En otras palabras, ponen en juego su efectividad para dar respuesta a una situación que continúa, y continuará, afectando a millones de personas a nivel global.

### ***Bibliografía***

- Arendt, Hannah (2006). Los orígenes del totalitarismo. Alianza Editorial, Madrid.

<sup>56</sup> El texto completo de la Declaración de Nueva York puede ser consultado en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/71/L.1%20>

- CALVELO, L. y VEGA, Y. (2007). Migración regional y regularización documentaria en Argentina.
- En *IX Jornadas Argentinas de Estudios de Población Sesión Migraciones y movilidad territorial de la población. Buenos Aires. Argentina.*
- Centro de Información de las Naciones Unidas 2016).<http://www.cinu.mx/noticias/mundial/onu-cifra-en-244-millones-los-/>
- CERRUTTI, M. (2009). Diagnóstico de las poblaciones de inmigrantes en Argentina. En Serie de Documentos de la Dirección Nacional de Población. Buenos Aires: Ministerio del Interior / Organización Internacional de las Migraciones.
- CEPAL/OIT (2017). La inmigración laboral en América Latina. En *Coyuntura Laboral en América Latina y el Caribe*, N° 16, Mayo 2017.
- CERIANI CERNADAS, PABLO. (2016). El lenguaje como herramienta de las políticas migratorias: notas críticas sobre el concepto "migrante económico". *Revista Sur Internacional de Derechos Humanos*, V. 13, N° 23, San Pablo, Julio 2016, pp. 97-112.
- ——(2014). Migraciones y derechos humanos. El rol del Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, de Naciones Unidas. Desafíos y oportunidades en un escenario complejo. En *Revista Derechos Humanos*. Año III, N° 7. Ediciones Infojus, Septiembre de 2014, disponible en: <http://www.saij.gob.ar/pablo-ceriani-cernadas-migraciones-derechos-humanos-%20rol-comite-proteccion-derechos-todos-trabajadores-migratorios-susfamiliares-naciones-unidas-desafios-oportunidades-escenario-omplejo-acf150010-2014-09/123456789-0abc -defg0100-51fcancirtcod>
- ——(2009). Control migratorio europeo en territorio africano: la omisión de la extraterritorialidad de las obligaciones de derechos humanos. *Revista Sur International Human Rights Journal* N° 10, San Pablo, Octubre 2009.
- CHAUSOVSKY, G. (2004). Apuntes jurídicos sobre la nueva ley de migraciones. En GIUSTINIANI, R. (Compilador). *Migración: Un derecho humano.* (pp. 159 ss.). Buenos Aires: Editorial Prometeo.
- DE LUCAS, JAVIER (2006). La ciudadanía basada en la residencia y el ejercicio de los derechos políticos de los inmigrantes. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, N° 13. Universidad de Valencia.
- JARAMILLO FONNEGRA, VERÓNICA (2013) ¿Cuáles son los derechos humanos de las personas migrantes vigentes en Argentina? Argumentos. *Revista de crítica social*. N° 15. Disponible en:<http://>

[/biblioteca.clacso.edu.ar/Argentina/iigg-uba/20140625044754/argumentos15-3.pdf](http://biblioteca.clacso.edu.ar/Argentina/iigg-uba/20140625044754/argumentos15-3.pdf)

- JELIN, E. (2006). *Migraciones y derechos: instituciones y prácticas sociales en la construcción de la igualdad y la diferencia*. En A. GRIMSON y E. JELIN (compiladores).
- *Migraciones regionales hacia la Argentina. Diferencia, desigualdad y derechos*. (pp. 47-68). Buenos Aires: Editorial Prometeo.
- NOVICK, S. (2008). *Migración y políticas en Argentina: Tres leyes para un país extenso (1876-2004)*. Buenos Aires: Editorial Catálogos-CLACSO.
- *Observatorio de Políticas Públicas de Derechos Humanos en el Mercosur (2009). Las migraciones humanas en el Mercosur. Una mirada desde los derechos humanos. Compilación normativa*, Montevideo, Uruguay.
- Organización Internacional para la Migración. (2012a). *A propósito de la OIM, historia. [En línea]*. Disponible en: <http://www.iom.int/jahia/Jahia/history/lang/es>.
- ——, (2012b). *Panorama Migratorio de América del Sur2012. [En línea]*. Disponible en: [http://www.iom.int/files/live/sites/iom/files/pbn/docs/Panorama\\_Migratorio\\_de\\_America\\_del\\_Sur\\_2012.pdf](http://www.iom.int/files/live/sites/iom/files/pbn/docs/Panorama_Migratorio_de_America_del_Sur_2012.pdf).
- ——, (2011a). *Hechos y cifras, estimaciones globales. [En línea]*. Disponible en: <http://www.iom.int/cms/es/sites/iom/home/about-migration/facts—figures-1.html>.

## **Sistema Universal de Derechos Humanos**

### **Instrumentos**

- Declaración Universal de Derechos Humanos (1948).
- Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en que Viven (1985).
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (1965).
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966).-Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979).
- Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales (2008).

- Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1999).
- Convenio 29 sobre el Trabajo forzoso (C29 OIT) (1930).
- Convenio 97 de la Organización Internacional del Trabajo sobre los Trabajadores Migrantes (C-97 OIT) (1939).
- Convenio 111 sobre la discriminación, empleo y ocupación (C-111 OIT) (1952).
- Convenio 105 sobre la abolición del Trabajo forzoso (C-105 OIT) (1957).
- Convenio 143 sobre trabajadores migratorios de OIT (C-143 OIT) (1975).
- Convenio 156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares (C-156 OIT) (1981).
- Convenio 181 sobre las agencias de empleo privadas (C-181 OIT) (1997).
- Convenio 189 de la Organización Internacional del Trabajo sobre los trabajadores domésticos (C-189 OIT) (2011).

### **Jurisprudencia y Doctrina**

- A/HRC/26/35 (2014)"Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, François Crépeau, Explotación laboral de los migrante"26º período de sesiones. Consejo de Derechos Humanos Asamblea General. Derechos humanos de los migrantes [En línea] Disponible en: <http://daccess-dds-un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/129/20/PDF/G1412920.pdf?OpenElement>
- CMW/C/ARG/CO/1(2011). "Observaciones finales del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares para Argentina". 12 a 23 de septiembre de 2011.
- CMW/C/GC/1 (2011). "Observación general N° 1, sobre los trabajadores domésticos migratorios" Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. 23 de febrero de 2011.
- CMW/C/GC/2 (2013)"Observación general N°2,sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. 28 de agosto de 2013.

- CRC/GC/2005/6 (2005) OBSERVACIÓN GENERAL N° 6 Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3886.pdf>
- Informes Anuales Del Relator (2012). [En línea]. Disponible en: [http://ap.ohchr.org/documents/dpage\\_s.aspx?m=97](http://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?m=97).
- Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (2012), Naciones Unidas Documentos sobre Derechos Humanos. [En línea]. Disponible en: [http://ap.ohchr.org/documents/dpage\\_s.aspx?m=97](http://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?m=97).
- Relatoría especial sobre los Derechos Humanos de los migrantes (2012). [En línea]. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/issues/migration/rapporteur/index.htm>.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (2017) Observaciones finales sobre los informes periódicos 21º a 23º combinados de la Argentina [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CERD%2FC%2FARG%2FCO%2F21-3&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CERD%2FC%2FARG%2FCO%2F21-3&Lang=en)
- Observaciones finales sobre el quinto y sexto informe conjunto periódico de Argentina (2017)Comité contra la Tortura. [http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CAT/Shared%20Documents/ARG/INT\\_CAT\\_COARG\\_27464\\_S.pdf](http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CAT/Shared%20Documents/ARG/INT_CAT_COARG_27464_S.pdf)

## **Sistema Interamericano de Derechos Humanos**

### **Instrumentos**

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948).
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador (1988).
- Convención Interamericana para prevenir Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, "Convención de Belém do Pará" (1994).

### **Jurisprudencia**

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva

Nº18 "Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados" y el voto razonado del juez A.A. Cançado Trindade. Septiembre 17 de 2003.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Daniel Tibi vs Ecuador, sentencia de 7 de septiembre de 2004.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva Nº16."El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal". Octubre 1 de 1999.
- Comisión de Interamericana de Derechos Humanos "Informe de progreso de la relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias en el Hemisferio. Marzo de 2000
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Niñas Yean y Bosico vs Republica Dominicana, sentencia de 8 de septiembre de 2005.
- Resolución 03/08 Derechos Humanos de los migrantes estándares internacionales y directiva europea de retorno. Junio de 2008.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Vélez Loor vs Panamá, sentencia de 23 de noviembre de 2010.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "Informe sobre inmigración en estados unidos: detenciones y debido proceso" 30 diciembre 2010.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoría para los trabajadores migratorios y miembros de sus familias de 2012. Disponible en [En línea] <http://www.cidh.org/Migrantes/Default.htm>
- CIDH (2016). Movilidad Humana. Estándares Interamericanos. Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Washington.

### **Normas argentinas**

- Ley de Inmigración y Colonización N° 817 de 1876 (Ley Avellaneda).
- Ley 4.144 de 1902 Ley de Residencia o Ley Cané.
- Ley 25.871 de 2004 Ley de Migraciones.
- Decreto 616 de 2010 que reglamenta la ley de 25.871
- Decreto de Necesidad y Urgencia 70/17.

**CONCLUSIONES  
DEL TRABAJO CIENTÍFICO  
DE LAS SECCIONES**



---

**XXIXº CONGRESO ARGENTINO  
DE DERECHO INTERNACIONAL  
ASAMBLEA GENERAL ORDINARIA  
DE LA ASOCIACIÓN ARGENTINA  
DE DERECHO INTERNACIONAL - AADI - 2017**

Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo  
Ciudad de Mendoza, Provincia de Mendoza  
República Argentina  
7, 8 y 9 de Septiembre de 2017

---

**SECCIÓN  
DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO**

**"CINCUENTA AÑOS DE LABOR DEL COMITÉ LEGAL DE LA  
ORGANIZACIÓN MARÍTIMA INTERNACIONAL.  
INSTRUMENTOS JURÍDICOS"**

*Relator: Dr. GUILLERMO JOSUÉ BARTOLETTI*

En la ciudad de Mendoza, Provincia de Mendoza, a los 8 días  
del mes de septiembre de dos mil diecisiete,

VISTO:

El Relato presentado por el Dr. GUILLERMO JOSUÉ BARTOLETTI  
titulado "*Cincuenta años de labor del Comité Legal de la Organización  
Marítima Internacional. Instrumentos jurídicos*", las ponencias "*Diez  
Interrogantes sobre el Convenio Internacional de Nairobi sobre la  
Remoción de Restos de Naufragio de 2007*" y "*La Convención de las  
Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 y su diálogo con  
las organizaciones internacionales: el rol de la OMI para la dis-*

*minución de emisiones CO2 en el transporte marítimo internacional*", presentadas, respectivamente, por los Dres. ALEJANDRO S. CANIO y LEOPOLDO M.A. GODIO, el interesante intercambio de opiniones en el que participaron, entre otros asistentes, el Relator, los ponentes, el Director de la Sección Profesor ARIEL MANSI, la Profesora HORTENSIA GUTIÉRREZ POSSE, la Profesora MARTA TEJERIZO y la Secretaria de la Sección Profesora MARÍA FABIANA BEAUGÉ.

#### CONSIDERANDO:

- Que la Organización Marítima Internacional (OMI) es un organismo especializado del Sistema de las Naciones Unidas que tiene como función principal entender en las cuestiones sobre seguridad y protección marítima y la prevención de la contaminación proveniente de buques.
- Que en el ámbito de la OMI se han elaborado distintos instrumentos jurídicos, vinculantes y no vinculantes, con miras a asegurar la navegación, preservar la vida humana en el mar, preservar el medio marino de modo tal de prevenir siniestros marítimos, o con la finalidad de establecer esquemas cooperativos ante la ocurrencia de ellos o para regular sobre las consecuencias de un siniestro marítimo.
- Que en sus 104 períodos de sesiones celebradas durante sus primeros 50 años, el Comité Legal de la OMI ha desarrollado una intensa labor, plasmada en convenios, protocolos y otros instrumentos sobre distintas cuestiones vinculadas a la navegación marítima.
- Que el eje central de su labor fue la elaboración de un plexo normativo amplio sobre la *responsabilidad civil por los daños ocasionados al medio marino proveniente de buques*. Se puede afirmar que el Comité ha culminado un ciclo en esta materia.
- Que la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (CONVEMAR) impone la obligación a los Estados de asegurar que sus sistemas jurídicos permitan *una pronta y adecuada indemnización* de los daños causados por la contaminación al medio marino y, a tal fin, los Estados cooperarán en la aplicación del derecho internacional existente y en el desarrollo ulterior del derecho relativo a las responsabilidades y obligaciones relacionadas con la evaluación de los daños y su indemnización y a la elaboración de procedimientos para el pago de una indemnización adecuada (artículo 235).

• Que los convenios y protocolos que integran este plexo normativo pueden ser agrupados de acuerdo a la carga transportada por el buque o la sustancia que provoca el daño, conformando los siguientes regímenes sobre **Hidrocarburos transportados a granel**: Protocolo de 1992 que enmienda el Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, 1969 (Protocolo de 1992 relativo al Convenio de responsabilidad civil), Protocolo de 1992 que enmienda el Convenio internacional sobre la constitución de un Fondo internacional de indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, 1971 (PROT 1992 FONDO) y Protocolo de 2003 relativo al Convenio internacional sobre la constitución de un Fondo internacional de indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, 1992 (PROT 2003 FONDO); sobre **Transporte de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas** (SNP), Convenio internacional sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas, 1996 (Convenio SNP) y Protocolo de 2010 relativo al Convenio internacional sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas, 1996 (Protocolo SNP de 2010) y sobre **Hidrocarburos para combustible** (BUNKERS) Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por los hidrocarburos para combustible de los buques, 2001 (Convenio sobre el combustible de los buques 2001).

• Que todos ellos establecen un régimen de responsabilidad objetiva y limitada encauzada en el propietario del buque y la obligatoriedad de que dicha responsabilidad se encuentre asegurada, lo cual permite una pronta y adecuada compensación a las víctimas de incidentes de contaminación producida por buques, conforme a lo establecido en la CONVEMAR.

• Que también en el seno del Comité Legal se han elaborados otros instrumentos que consideran situaciones de naturaleza jurídica distinta pero que también atienden las consecuencias de un hecho, ya sean actos ilícitos que atentan contra la navegación; o sobre institutos del derecho marítimo como es el salvamento marítimo o la remoción de restos de naufragio, donde no se desarrolla un régimen específico de responsabilidad civil por daños, o el transporte marítimo de pasajeros

• Que culmina este ciclo de 50 años del Comité Legal con la aprobación del Convenio internacional de Nairobi sobre la remoción

de restos de naufragio, 2007 (Convenio WRC 2007) que además de considerar cuestiones de derecho del mar aborda un régimen similar a los convenios antes mencionados sobre los gastos relativos a la remoción de restos de naufragio.

- Que dicho Convenio contribuye a reforzar la actuación del Estado ribereño en la zona más allá del mar territorial, sin alterar las atribuciones del Estado de abanderamiento, ni los principios de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar. En este sentido, la cláusula "*opt-in*" que permite la aplicación del Convenio al territorio, aguas interiores y mar territorial fue elaborada minuciosamente para que dichos principios no fueran alterados en el mar territorial de los Estados.

- Que el Convenio tiende a uniformar el régimen de responsabilidad patrimonial respectivo –al igual que los otros convenios de responsabilidad– pero al no determinarse un sistema propio de su limitación deja abierta la posibilidad de múltiples regímenes, solo unificados en cuanto a la cuantía máxima de su aseguramiento.

- Que la norma de remisión a los regímenes de limitación tiende a favorecer la adhesión del Convenio de Nairobi, lo cual puede ser beneficioso si dicho régimen es adecuado; por el contrario, si no lo fuera, debería examinarse el régimen de limitación, ya sea mediante la adhesión a un régimen internacional o la modificación parcial o integral de la legislación nacional.

- Que resulta necesario examinar la conveniencia de la adopción de la cláusula "*opt-in*", atento que, por un lado, su adopción uniforma el derecho sin distinguir el espacio marítimo en donde ocurre el hecho, pero que de la comparación con el régimen vigente en países como el nuestro puede surgir que no sea consistente con el del Convenio, ya que puede aplicarse a situaciones no contempladas en éste, por lo cual debería alcanzarse su compatibilización.

- Que otra materia que fue objeto de consideración e insumió una labor importante del Comité Legal y de importancia para la comunidad marítima es el terrorismo a bordo de barcos o contra ellos,

- Que con la aprobación del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (Convenio SUA) en el año 1988 y de su protocolo del año 2005, se estableció un plexo normativo que impide que los mencionados actos ilícitos resulten impunes.

- Que nuestro país solo es Parte en algunos convenios de los

analizados en el Relato y de otros instrumentos jurídicos elaborados en el ámbito del Comité Legal.

• Que su incorporación significaría una modernización de la legislación nacional acorde con los avances alcanzados en la comunidad marítima internacional y contribuiría a la uniformidad normativa, cuestión destacable debido a la internacionalidad de esta materia

• Que en este sentido, dicho proceso de incorporación de la normativa internacional implica una revisión de los institutos centrales del derecho marítimo y la búsqueda de un equilibrio de los intereses de los actores de la actividad marítima y de la sociedad en general.

• Que contribuiría a ello una debida difusión de los mismos en ámbitos académicos, como así también su enseñanza en los institutos universitarios.

Que durante la sesión de la Sección de Derecho Internacional Público se intercambiaron opiniones sobre distintas cuestiones planteadas.

**ADOPTA LAS SIGUIENTES CONCLUSIONES:**

1. Recomendar que los instrumentos elaborados en el ámbito del Comité Legal de la OMI sean objeto de consideración en foros académicos y de enseñanza en los institutos universitarios.
2. Recomendar que los mencionados instrumentos sean examinados por los organismos gubernamentales competentes con la finalidad de una eventual adhesión.

*Ciudad de Mendoza, Provincia de Mendoza,  
República Argentina  
9 de Septiembre de 2017*

*Siguen las firmas*

**SECCIÓN  
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

**"DESAFÍOS ACTUALES DEL  
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA FAMILIA"**

*Relatora: Prof. NIEVE RUBAJA*

En la ciudad de Mendoza, Provincia de Mendoza, en el marco del XXIX Congreso Argentino de Derecho Internacional, se reúne la Sección Derecho Internacional Privado de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, durante los días 7 y 8 de septiembre de 2017, en la Universidad Nacional de Cuyo, con la presencia de su Directora, CAROLINA DANIELA IUD, de la relatora Profesora NIEVE RUBAJA, de la Secretaría de la Sección, LORENA GRESELIN y de las vocales ADRIANA VERÓNICA VILLA, SANDRA BLANCO y ADRIANA ZAVATTI, de numerosos miembros de la Sección y otros participantes del Congreso, para el tratamiento y discusión del tema *"Desafíos actuales del Derecho internacional privado de la familia"*. Se escuchó el profundo y excelente relato de la Profesora NIEVE RUBAJA y posteriormente se dio lugar a la formulación de preguntas y observaciones por parte de los asistentes. Los ponentes y participantes de la Sección destacaron el impacto motivador del relato, lo cual se reflejó en la cantidad y calidad de las ponencias recibidas.

Fueron expuestas las siguientes ponencias:

- 1) URIONDO DE MARTINOLI, AMALIA/MARTINOLI URIONDO, ESTEFANÍA, *"El niño en el sistema interamericano de derechos humanos"*.
- 2) NAJURIETA, MARÍA SUSANA, *"Fundamentos de la flexibilización del derecho internacional privado de familia"*.
- 3) DE MARSILIO, ERNESTO GASTÓN *"Algunas reflexiones críticas sobre el derecho internacional privado de familia en el derecho argentino, a partir la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación"*.
- 4) MENICOCCI, ALEJANDRO ALDO, *"Unión convivencial y matrimonio entre personas del mismo sexo: consideraciones desde el derecho internacional privado argentino"*.
- 5) ARÉVALO, JORGE ALFREDO/MANTELLI, MAURICIO, *"Algunas cuestiones controvertidas respecto del derecho aplicable a las uniones convivenciales a la luz del CCCN"*.

- 6) ALLIENDES GABRIELA / CUERVO, MARÍA CAROLINA, *"La ley aplicable en la celebración matrimonio y su disolución en el marco del derecho internacional privado occidental"*.
- 7) STOCO, ROBERTO, *"Ciudadano argentino que contrae matrimonio en Austria. Efectos en cuanto al cambio de nombre. Reenvío. Cooperación internacional en la prueba e información del Derecho extranjero"*.
- 8) FERRI, LAURA CECILIA, *"Inscripción en el Registro Civil de Mendoza de sentencia de divorcio dictada por juez local respecto de matrimonio celebrado en el extranjero"*.
- 9) UZAL, MARÍA ELSA, *"Reflexiones en torno a la Competencia, la Ley Aplicable y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños en el Código Civil y Comercial de la Nación y en el Convenio de La Haya de 1996"*.
- 10) LUCERO, MYRIAM DIANA, *"Ejercicio internacional de la responsabilidad parental: la ejecución de los acuerdos y decisiones (Referencia a la Convención de La Haya de 1996)"*.
- 11) CACCIAMANO, MARÍA JOSÉ / VISSANI, ANDREA MARISEL, *"Maternidad subrogada, filiación extranjera y su reconocimiento en Argentina a la luz de las normas de DIPr del CCyCom. El rol del juez frente a los dilemas que plantea el art. 2634. El OPI y el interés superior del niño"*.
- 12) BRODSKY, JONATHAN MATÍAS, *"El reconocimiento en la Argentina de la filiación establecida en el extranjero a través de la "gestación subrogada"*.
- 13) TAGLE, GRACIELA, *"Desafíos actuales del derecho internacional privado de familia"*.
- 14) MASTRANGELO, FABIO, *"El aporte de Córdoba a la Restitución internacional de menores-una mirada sobre algunos instrumentos"*.
- 15) FEUILLADE, MILTON, *"El Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios de Sustracción Internacional de Niños y el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe"*.
- 16) RABINO, MARIELA CARINA, *"¿Doble estándar? David vs. Goliat"*.
- 17) GINOCCHIO, SILVANA / SEGURA, FABIOLA, *"Nuevas tecnologías -TIC y conflictos internacionales de familia"*.

- 18) HARRINGTON, CAROLINA, *"Comunicaciones judiciales directas: un arma versátil para enfrentar desafíos procesales en el derecho internacional privado de familia"*.

A continuación de la presentación del relato y de cada ponencia sus autores respondieron a las preguntas formuladas por los asistentes dando lugar a un enriquecedor debate que contó con la intervención de los Profesores NAJURIETA, MENICOCCI, MASTRANGELO, TAGLE, MARTINOLI, RABINO, FEUILLADE, GRESELIN, UZAL, BLANCO, VILLA, IUD, HARRINGTON, STOCCHI, DE MARSILIO, CÓRDOBA, RUBAJA, STRAZIUSO.

Por último, se leyó un resumen, redactado por los propios autores, de las ponencias enviadas por CERDEIRA, JUAN JOSÉ, *"Buenas prácticas y nuevas tecnologías en materia de relaciones familiares internacionales"* y por MIGUEZ, FABIANA, NADIA CASTILLO y VILLANUEVA ALEJANDRA, *"El régimen de visitas transfronterizo a la luz del art. 21 de la Convención interamericana sobre restitución de menores"*, quienes no se hallaban presente para su exposición por razones personales debidamente comunicadas.

Tanto los ponentes como la relatora respondieron a las preguntas y cuestionamientos formulados por los asistentes en las instancias de debate.

Finalmente, la Sección Derecho Internacional Privado de la Asociación Argentina de Derecho Internacional arriba a las siguientes conclusiones:

- 1) El Derecho internacional privado de familia debe partir de un enfoque obligado de derechos humanos.
- 2) Para la interpretación de las obligaciones del Estado en materia de protección de los derechos del niño se debe integrar el sistema regional con el sistema universal de los derechos humanos.
- 3) Resulta fundamental la participación de los niños en los procedimientos administrativos o judiciales que los pudieren afectar debiéndose garantizar, especialmente, su derecho a ser escuchados, a que se tenga en cuenta su opinión y a que se resuelva su situación en tiempo razonable.
- 4) La flexibilización del sistema de Derecho internacional privado de familia, tal como se constata en las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación, tiene su fundamento en la necesidad de dar respuesta a dos exigencias que deben sumarse a los fines del derecho internacional privado de nuestro tiempo, y que son: la coordinación de ordenamientos

jurídicos y la operatividad de los derechos fundamentales.

- 5) Los arts. 2596 y art. 2595 inc c) del Código Civil y Comercial de la Nación deben ser intepretados y aplicados de modo tal que se cumpla la finalidad perseguida en las normas de conflicto con orientación material.
- 6) El principio del reconocimiento que proponen los arts. 2634 y 2637 del Código Civil y Comercial de la Nación no debe funcionar automáticamente.
- 7) A los fines del control del orden público internacional, en la aplicación del art. 2634 del Código Civil y Comercial de la Nación, debe primar el interés superior del niño. Se destaca que dicho control debe efectuarse en concreto e involucra el derecho a la identidad y a preservar todos los elementos que la componen.
- 8) Se debe propiciar la difusión y la utilización de los variados recursos tecnológicos para optimizar los tiempos de los procedimientos.
- 9) Promover y recomendar la capacitación de todos los operadores jurídicos en los procesos de derecho internacional privado de familia.
- 10) Los procesos interjurisdiccionales y las comunicaciones judiciales directas son herramientas útiles para garantizar el acceso a la justicia y la efectividad de las decisiones.
- 11) Resultan destacables los esfuerzos llevados a cabo por la Conferencia de La Haya con el objeto de elaborar instrumentos que favorezcan el reconocimiento y la ejecución de los acuerdos en disputas familiares que involucren niños.
- 12) Resulta imperioso propiciar la elaboración de una ley nacional de procedimiento en materia de restitución internacional de niños a los efectos de garantizar el cumplimiento de las obligaciones asumidas internacionalmente que, entre otras disposiciones, prevea la reducción de las instancias recursivas. Se recomienda a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la concentración de jurisdicción en esta materia.
- 13) Las medidas que se empleen para lograr el regreso seguro del niño en procesos de restitución internacional de niño deben resultar proporcionadas a los fines de cumplir con los objetivos de los convenios internacionales en la materia.
- 14) Se recomienda la pronta ratificación o adhesión del Convenio

relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños de La Haya de 1996. Dicha ratificación debería ser acompañada de una declaración que deje establecido que el art. 19 del Código Civil y Comercial de la Nación dispone que *"El comienzo de la persona humana comienza con la concepción"*, y en concordancia con la formulada respecto de la Convención sobre los derechos del niño.

- 15) Resulta necesario insistir en que la República Argentina adhiera el Convenio relativo a la Protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional de La Haya del 29 de mayo de 1993, tal como fue aprobado en el XXVI Congreso Argentino de Derecho Internacional, en la Universidad Nacional de Tucumán, los días 4 y 5 de septiembre de 2014.
- 16) Se sugiere considerar la adhesión del Convenio de La Haya de 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos para los niños y otros Miembros de la Familia por la Argentina aprovechando la estructura de cooperación desarrollada por el Ministerio de Justicia de la Nación en aplicación de la Convención de Naciones Unidas sobre Reconocimiento y Ejecución en el Extranjero de la Obligación de Prestar Alimentos, Nueva York, 1956.
- 17) La exigencia prevista en el art. 75 de la ley 26.413 que establece que *"las inscripciones asentadas en los libros de extraña jurisdicción, no podrán ser modificadas sin que previamente lo sean en su jurisdicción de origen"* no resulta aplicable respecto de las sentencias de divorcio dictadas en la República Argentina respecto de matrimonios celebrados en el extranjero.

*Ciudad de Mendoza, Provincia de Mendoza,  
República Argentina  
9 de Septiembre de 2017*

*Siguen las firmas*

**SECCIÓN  
RELACIONES INTERNACIONALES**

**"LOS ACTORES NO ESTATALES EN EL DERECHO  
DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL"**

*Relator: Prof. FERNANDO OLTRA SANTA CRUZ*

VISTOS:

- El relato presentado por el Dr. FERNANDO OLTRA SANTA CRUZ denominado "Los actores no estatales en el derecho de la comunidad internacional"
  - Las ponencias presentadas:
  - *"Ante la pluralidad de voces en el derecho al desarrollo"*, (AGUSTINA VAZQUEZ).
  - *"Terroristas y legítima defensa. El caso sirio"*, (EDUARDO JOSÉ PINTORE).
  - *"Las empresas multinacionales como actores en la conformación progresiva de un marco legal de las inversiones extranjeras y de derechos humanos"*, (CHRISTIAN G. SOMMER);
- Los aportes del Ministro GUILLERMO ROSSI, las profesoras Titulares de Cátedra de la Universidad de Buenos Aires, Dras. FRIDA ARMAS PFIRTER y HORTENSIA GUTIERREZ POSSE; los Dres. CARLOS ALBERTO BIANGARDI, JUAN CARLOS PÉRSICO y ALEJANDRO CANIO;
- Por último, la única comunicación fue presentada por el Lic. MARCELO JUAN ZANETTINI, quien es Director de la Carrera de Licenciatura en Relaciones Internacionales de la Universidad de Congreso, Sede Mendoza y presentando, como miembro del Comité Ejecutivo, el Observatorio Interuniversitario Cuestión Malvinas, que nuclea a todas las universidades de la Provincia de Mendoza;

Finalizada la presentación del relato, las ponencias y la comunicación, se debatieron los puntos centrales abordados en tales instrumentos. Participaron de la discusión, además del Director de la Sección, Dr ROBERTO CACHEIRO FRÍAS, los ponentes y el autor de la comunicación, y se elaboraron y aprobaron, a fin de ponerlas a consideración del Plenario, las siguientes:

### CONCLUSIONES:

Que en la actualidad, son muy variados los actores que actúan en la comunidad internacional, que sobrepasan en mucho la catalogación clásica que solía hacerse tanto desde las relaciones internacionales como del derecho internacional.

Que se concluye que nos encontramos en una comunidad internacional más allá de los Estados, con la actuación de las organizaciones internacionales y el individuo. Se destacó además el accionar internacional de otros actores, especialmente las "ONG" internacionales, las empresas transnacionales y las empresas militares de seguridad privada. También se destacó la importante influencia de un actor muy particular como la Iglesia Católica (con independencia de su carácter actual de "Estado del Vaticano").

Luego de un profuso debate, se concluyó que a partir de la Segunda Guerra Mundial la escena internacional ha verificado una multiplicación y diversificación de los actores que intervienen en ella. Sin embargo ello no implica aceptar que ellos puedan obtener la calidad de "sujetos" del derecho internacional. Estos cambios se vinculan con la famosa "crisis del Estado" –rechazada por varios opinantes–, tema que se analizó en particular, concluyendo que aunque disminuido en su accionar, el Estado sigue siendo el principal actor internacional.

Asimismo se recalcó la calidad de actores internacionales que han ganado ciertas organizaciones terroristas, ya que constituyen un centro de decisión capaz de influir decididamente en el ámbito de las relaciones internacionales y en los Estados donde operan, o desde donde operan o desde donde hacen posible su desarrollo.

Por otra parte, en cuanto al accionar de las organizaciones no gubernamentales que actúan en la esfera internacional, se analizó la complejidad de las mismas, por cuanto resulta arduo identificar muchas veces los intereses que existen detrás de su accionar.

*Ciudad de Mendoza, Provincia de Mendoza,  
República Argentina  
9 de Septiembre de 2017*

*Siguen las firmas*

**SECCIÓN  
DERECHO DE LA INTEGRACIÓN**

**"CRISIS DEL MERCOSUR  
EN EL NUEVO ESCENARIO MUNDIAL:  
IDENTIDAD, PROYECTOS Y ALTERNATIVAS  
DE LA INTEGRACIÓN REGIONAL"**

*Relator: Prof. JORGE MURILLO*

En la ciudad de Mendoza, a los ocho días del mes de septiembre de 2017, en esta Sección de Derecho de la Integración en el marco del XXIX Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional se procedió a escuchar el relato del Dr. JORGE RAÚL MURILLO titulado *"Crisis del Mercosur en el nuevo escenario mundial: Identidad, proyectos y alternativas de la integración regional"*.

Se trataron las siguientes ponencias:

- 1) *"Mercosur, avances, retrocesos y desafíos"* de la Dra. GRACIELA R. SALAS;
- 2) *"Las alternativas al procesos de integración del Mercosur desde la perspectiva del análisis económico del derecho"* de ALEJANDRO CELI;
- 3) *"Aportes teóricos para la mejor comprensión del Mercosur (integración, aislamiento o alienación; el derecho de la integración, rama de frontera del mundo jurídico a defender; identidad del Mercosur)"* de MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI;
- 4) *"Los desafíos de la Unión Europea"* de ADA LATTUCA;
- 5) *"Aportes para reflexionar acerca de las deudas pendientes del Mercosur"* de SEBASTIÁN MELANO;
- 6) *"Status actual del Mercosur y tratados de libre comercio"* de ALBERTO E. MONSANTO;
- 7) *"Pasado y presente del arbitraje del Mercosur"* de MÓNICA ROCCO y NÉLIDA PÉREZ;
- 8) *"Los virajes de la política exterior brasileña y el Mercosur (2003-2016)"* de GUILLERMO M. VILLALBA;

Con la participación del relator, los ponentes y los Sres. ARTURO PAGLIARI, OSCAR BENÍTEZ, EDUARDO TAGLIANI, FRANCO MOLINIER, JAVIER

ARMENDÁRIZ PÁRAMO, ANNA CIRACINO, AYELEÓN ALFERILLO, ADRIEL MACÍAS, SILVIA PODIO, MARIELA FERRARO, ANDREA PAOLUCCI, ANTONELLA RE, JORGE MARIÑO FAGES y MARÍA JIMENA RICCI.

Se arriba a las siguientes conclusiones:

- 1) El Mercosur se desenvuelve en un mundo que se encuentra en transición sistémica del orden internacional, caracterizada por una redistribución del poder global en el cual aparecen fenómenos de globalización, marginación y desglobalización como, asimismo, de integración desintegración (por ejemplo el brexit) y reintegración (en especial se constata el surgimiento del denominado regionalismo del siglo XXI representado en la negociación de megaacuerdos comerciales interregionales);
- 2) El Mercosur cuenta con bases geográficas, históricas, antropológicas, educativas, económicas, lingüísticas, religiosas, artísticas y científicas muy significativas que comprometen su aprovechamiento en un proceso de mejoramiento de las condiciones de vida de la región;
- 3) El Mercosur en su cuarto de siglo de vida ha significado una experiencia altamente positiva para la región en términos de consolidación de la democracia, intercambio entre distintos sectores de las sociedades nacionales, incremento del comercio regional en términos absolutos, y consolidación de una idea de espacio regional;
- 4) Se advierte, sin embargo, que el sistema mercosureño atraviesa en esta circunstancia una situación particularmente compleja que exige el refuerzo del compromiso integrador para superarla. En tal sentido cabe esperar que los sectores dirigentes asuman su responsabilidad y estén a la altura de las circunstancias a los fines de hacer realidad el objetivo integrador.
- 5) Es preciso desarrollar una estrategia mercosureña que abarque una visión regional y un lúcido compromiso integral y permanente que eviten parcializaciones perjudiciales para el bloque;
- 6) Es de gran relevancia afianzar la identificación y la participación popular en el proceso de integración mercosureño;
- 7) En sus relaciones exteriores con potencias extra regionales el Mercosur deberá poner especial atención en evitar que se intensifiquen asimetrías perjudiciales para sus propios intereses;

- 8) El Mercosur deberá buscar la convergencia en la diversidad con otros sistemas de integración de América Latina, en especial con la Alianza del Pacífico, que resulta insoslayable para las relaciones con las demás potencias extra regionales;
- 9) Hacemos un llamado, finalmente, para fortalecer el espíritu integrador reafirmando la esperanza y redoblando los esfuerzos en la consolidación del proceso mercosureño.

*Ciudad de Mendoza, Provincia de Mendoza,  
República Argentina  
9 de Septiembre de 2017*

*Siguen las firmas*

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

**EL USO DEL LENGUAJE LLANO COMO HERRAMIENTA  
FACILITADORA DEL DERECHO INTERNACIONAL**

*Relatora: Traductora Pública RITA TINEO*

En la ciudad de Mendoza, se reúne la Sección de Documentación, Metodología y Enseñanza del Derecho Internacional de la Asociación Argentina de Derecho Internacional en la Universidad Nacional de Cuyo, en el marco del IXXX Congreso Argentino de Derecho Internacional, el día 8 de septiembre de 2017 entre las 12:00hs. y 14:15hs., bajo la coordinación de su Director GUILLERMO ARGERICH, la Secretaría a cargo de ZULEMA BEATRIZ RODRIGO y la vocal MARÍA GLORIA BOTTIGLIERI, para el tratamiento y discusión del tema "*El uso del lenguaje llano como herramienta facilitadora del Derecho Internacional*".

El relato fue elaborado y expuesto por la Traductora Pública RITA TINEO. La exposición fue seguida con mucha atención y entusiasmo por parte de los asistentes, quienes participaron activamente, entre ellos los Dres. TAGLIANI, DE MARSILIO, UZAL, STOCCHI Y NOODT TAQUELA, los cuales realizaron preguntas, aportes y comentarios.

Luego se expusieron las siguientes ponencias:

- *El lenguaje llano: su utilización en la confección de sentencias*  
NIEVE RUBAJA y GUILLERMO ARGERICH.
- *El uso del lenguaje llano en los espacios virtuales de enseñanza (Perspectiva desde la alfabetización académica en DIPr)* MARÍA GLORIA BOTTIGLIERI, CAROLINA HARRINGTON, MARÍA RUIZ JURI y ADRIANA M. ZAVATTI.

Finalmente la Sección elaboró y aprobó las conclusiones que se ponen a consideración:

**CONCLUSIONES:**

- 1) Resaltar la importancia de la utilización de un lenguaje claro y preciso en el ámbito jurídico.

- 2) Posibilitar una expresión clara, coherente y cohesiva despojada de artificios con una prosa elegante y precisa.
- 3) Propender a la construcción de estilos que expresen argumentos entendibles para la sociedad respecto del lenguaje del derecho.
- 4) Incentivar la implementación de talleres de redacción de textos jurídicos para fines específicos.
- 5) Tener en cuenta las iniciativas del lenguaje claro que institucionalmente se desarrollan en el país.
- 6) Fomentar la participación de los miembros de la Asociación en las iniciativas de construcción colectiva de conocimiento para difusión, por ejemplo Wiki Ius.
- 7) Acompañar el cambio de estrategias de enseñanza con la capacitación de docentes en la utilización, pedagógicamente eficaz, de las nuevas tecnologías incorporando el concepto de construcción colectiva de conocimiento.
- 8) Incluir dentro de los programas de estudios, actividades que complementen la educación de fondo con los canales expresivos de forma para lograr la claridad, concisión y precisión en la expresión escrita y oral.
- 9) Reconocer los beneficios de la realización de actividades enfocadas a los distintos tipos de prosa utilizadas en los entornos jurídicos: prescriptiva, descriptiva y argumentativa.
- 10) Reconocer la necesidad de analizar los beneficios de la utilización del lenguaje llano en entornos jurídicos plurilingües.
- 11) Reconocer la utilidad del lenguaje llano en la administración pública, en la justicia y en la redacción de leyes, como pauta para favorecer el acceso a la justicia.
- 12) Fomentar una redacción consciente basada en la toma de decisiones informadas, respaldadas por la jurisprudencia, doctrina y manuales de estilo.
- 13) Propender a la búsqueda del equilibrio en la comunicación a través del lenguaje llano en entornos jurídicos adecuando su utilización a las necesidades comunicativas o académicas, según los destinatarios.

*Mendoza, 9 de septiembre de 2017.*

*Siguen las firmas*

## SECCIÓN DERECHOS HUMANOS

### MIGRACIONES Y DERECHOS HUMANOS

*Relatores: Dres. LUIS ERNESTO CAMPOS,  
PABLO CERIANI CERNADAS y  
VERÓNICA JARAMILLO FONNEGRA*

En la ciudad de Mendoza Provincia de Mendoza, en el marco del XXIX Congreso Argentino de Derecho Internacional los días 7, 8 y 9 de septiembre de 2017 sesionó la Sección de Derecho Internacional de los Derechos Humanos a cargo de su Directora LAURA ARACELI AGUZIN y siendo el Secretario SEBASTIÁN REY, el relato fue elaborado por LUIS ERNESTO CAMPOS, PABLO CERIANI CERNADAS y VERÓNICA JARAMILLO FONNEGRA bajo el título *Migraciones y Derechos Humanos*.

La Sección recibió para su consideración las siguientes ponencias:

*El interés superior del niño y la expulsión de sus familiares migrantes: una tensión que los jueces invisibilizan*, de SEBASTIÁN ALEJANDRO REY. *O Refugio na orden Jurídica Brasileira*, de SIDNEY GUERRA, *Límites a la competencias soberanas de los Estados en las políticas públicas migratorias y determinación de la nacionalidad*, de VANINA DOLORES SCIOLLA, *Los Derechos de los Extranjeros a la luz del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, de CHRISTIAN G. SOMMER, *Situación de los refugiados de guerra africanos en Rosario. La normativa local en relación a la venta ambulante*, de ANAHÍ PRIOTTI, PATRICIA GIQUEAUX (esta última no estuvo presente). Y la comunicación: *El derecho internacional al rescate de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* por SEBASTIAN REY y JUAN MANUEL BRADI.

Concluida la presentación del relato y las ponencias, se debatieron los puntos centrales abordados por tales trabajos. Participaron activamente los relatores, los ponentes, la Directora de la Sección LAURA ARACELI AGUZÍN y con aportes de algunos de los participantes MARINA LUZ MEJÍA SALDAÑA, DIEGO BIBILONI, IGNACIO ARAGONES, ÑUSHPI QUILLA, JORGE DIVIANT.

Luego de un importante debate acerca de la jurisprudencia existente sobre la materia y los aspectos más controversiales del

Decreto N° 70/2017, la Sección aprobó las siguientes conclusiones:

- 1) Destacar la importancia de incorporar al análisis de la problemática las causas estructurales de las Migraciones actuales y no sólo sus consecuencias.
- 2) Observar que en las últimas décadas se han elaborado normas de DI que favorecen la movilidad de los capitales sin que ello haya tenido un correlato similar en lo relativo a movilidad de las personas.
- 3) Recordar que las políticas migratorias como facultad exclusiva de los Estados encuentran sus límites en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
- 4) Señalar que los procesos de expulsión deben respetar las garantías del debido proceso reconocidas en las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y los pronunciamientos de sus órganos de control.
- 5) Reafirmar que en todos aquellos procesos de expulsión en los que se discuta el alcance de los derechos de los migrantes, deberá velarse por el interés superior del niño.
- 6) Considerar el peligro de las múltiples dimensiones que refuerzan procesos de discriminación no sólo debido al origen nacional sino también cuestiones referidas a género, etnia, raza, religión, entre otros.
- 7) Resaltar la importancia que cumple la garantía de no devolución como principio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos de los refugiados y migrantes.
- 8) Señalar que la legislación local en materia de política migratoria debe ajustarse a los compromisos internacionales asumidos por el Estado.

*Ciudad de Mendoza, Provincia de Mendoza*

*República Argentina*

*9 de Septiembre de 2017*

*Siguen las firmas*



---

## **DECLARACIONES**

---



## **XXIXº CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL**

### ***Asamblea General Ordinaria de la Asociación Argentina de Derecho Internacional – AADI – 2017***

Facultad de Derecho  
de la Universidad Nacional de Cuyo  
Ciudad de Mendoza, Provincia de Mendoza,  
República Argentina  
7, 8 y 9 de Septiembre de 2017

### **ASAMBLEA GENERAL ORDINARIA AÑO 2017**

#### **DECLARACIÓN**

En la ciudad de Mendoza, a los 9 días del mes de septiembre de dos mil diecisiete.

#### **VISTO:**

Lo establecido en la Resolución 2065 (XX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, las otras resoluciones subsiguientes de la misma Asamblea General y las que adopta anualmente el Comité Especial de Descolonización de las Naciones Unidas.

La Disposición Transitoria Primera de la Constitución Nacional, que establece que es un objetivo permanente e irrenunciable del pueblo argentino la recuperación del ejercicio pleno de la soberanía sobre las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur y los espacios marítimos circundantes.

La Declaración adoptada por la Asamblea General Ordinaria de la Asociación Argentina de Derecho Internacional en fecha 11 de septiembre de 2016.

El Comunicado Conjunto argentino-británico de fecha 13 de septiembre de 2016, obrante en Información para la Prensa N° 104/

16 del portal del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina.

Las informaciones periodísticas publicadas en *Clarín* el 20 de diciembre de 2016 y en *La Nación* el 21 de diciembre de 2016 que dan cuenta de un entendimiento alcanzado en Londres entre la Argentina y el Reino Unido con la participación del Vicecanciller argentino en la ronda de negociaciones que tuvieron lugar en dichas fechas, según las cuales se incrementaría la frecuencia de los vuelos desde el continente hacia las islas Malvinas y desde dichas islas al continente, que operarían a partir del próximo mes de octubre, a la vez que atribuyen a las delegaciones argentina y británica haber acordado intercambiar información en relación con la pesca y la posibilidad de lograr un acuerdo regional en la materia.

Las declaraciones atribuidas por la Agencia Telam al Vicecanciller argentino, según consta en el periódico *Perfil* de fecha 12 de febrero de 2017, quien habría destacado la "importancia del intercambio de información relativa a los caladeros en el Atlántico Sur" y que "Se acordó que debería avanzarse en más conversaciones para considerar si existe la posibilidad de restablecer la Comisión de Pesca del Atlántico Sur, y si las partes pueden comenzar un proceso que conduzca a un acuerdo de administración pesquera regional para el Atlántico Sur occidental".

La información proporcionada por el diario *La Nación* en fecha 28 de agosto de 2017 que atribuye a la Subsecretaría de Malvinas, Antártida y Atlántico Sur haber expresado que se encuentra muy avanzado un acuerdo de cooperación científica con el Reino Unido en materia antártica y que no descarta que en el futuro se negocien trabajos conjuntos al norte del área de aplicación del Tratado Antártico (Islas Georgias del Sur y Sandwich del Sur).

### **CONSIDERANDO:**

Que el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte se ha negado sistemáticamente a reanudar las negociaciones con nuestro país para poner fin a la controversia de soberanía sobre las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur y los espacios marítimos circundantes, no obstante haberse adoptado en la década de los 90 diversos entendimientos provisорios sobre cooperación para la conservación de recursos vivos marinos y en materia de hidrocarburos, entre otras materias, así como la Declaración Conjunta y el Acuerdo por Canje de notas del 14 de julio de 1999,

instrumentos de los cuales sólo derivaron beneficios para la parte británica, no habiendo obtenido la República Argentina ninguna contraprestación sustantiva a cambio; que las experiencias de ellos recogidas, inhabilita al Gobierno Argentino a repetirlas.

Que en caso de que el Gobierno argentino accediera a autorizar el incremento de las frecuencias de los vuelos desde el continente hacia las islas Malvinas, ello tendrá como efecto ineludible el afianzamiento de la presencia británica en las islas, toda vez que la vía aérea sirve para el recambio de las tripulaciones de los barcos pesqueros a distancia que cuentan con licencia de pesca británica y extraen nuestros recursos vivos marinos, que el medio aéreo es utilizado para el traslado de operarios de las empresas que sin autorización del Gobierno argentino exploran hidrocarburos en las aguas circundantes a las Islas Malvinas, así como para el transporte de carga, equipos y repuestos que requieren dichas empresas para sus actividades y también es utilizado para facilitar el traslado de personal de las fuerzas armadas británicas de ocupación, que asimismo, una mayor frecuencia de los vuelos permitiría embarcar en las Islas Malvinas hacia la Antártida a turistas extranjeros en detrimento del puerto de Ushuaia, tradicionalmente reconocido como la principal puerta de acceso a la Antártida.

Que la negociación y el desarrollo de la cooperación científica y logística entre la Argentina y el Reino Unido al norte del área de aplicación del Tratado Antártico (Islas Georgias del Sur y Sandwich del Sur) por fuera del régimen multilateral de la Comisión para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos sería contraria a la posición argentina y contribuiría a fortalecer la ocupación ilegal británica en dicha región.

Que de la Disposición Transitoria Primera de la Constitución Nacional resulta que toda acción u omisión que tuviera o pudiera tener como efecto frustrar la consecución del objetivo en ella plasmado, generando el afianzamiento de la presencia del Reino Unido en los archipiélagos australes en disputa, es inconstitucional.

**LA ASAMBLEA GENERAL ORDINARIA DE LA ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO INTERNACIONAL DECLARA:**

Su más profunda preocupación por las posibles consecuencias negativas de carácter jurídico y político que deriven para la Nación Argentina en el caso de que se pretenda promover e instrumentar iniciativas y cursos de acción conjuntamente con el Reino Unido de

Gran Bretaña e Irlanda del Norte en materias tales como la cooperación bilateral pesquera en áreas en disputa, la promoción de un acuerdo u organización regional de conservación y ordenación pesquera en el Atlántico Sudoccidental, la cooperación en materia de exploración y explotación de hidrocarburos en aguas circundantes a las Islas Malvinas, el incremento de vuelos del continente a las islas Malvinas, la cooperación científica en materia antártica alrededor de las Islas Georgias del Sur y Sandwich del Sur por fuera del régimen multilateral de la Comisión para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos. Todo ello sólo coadyuvaría al fortalecimiento de la presencia ilegal británica y al alejamiento de la consecución del objetivo que prescribe nuestra Carta Magna, vulnerando de tal modo su Disposición Transitoria Primera.

La necesidad de que, sin perjuicio del carácter reservado que pudieran revestir las negociaciones con otros Estados, en el caso específico de consultas y de negociaciones con el Reino Unido relacionadas con las islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur y las aguas circundantes, el Poder Ejecutivo informe con suficiente antelación al Congreso de la Nación y le dé debida y oportuna intervención, máxime cuando se trate de cuestiones inherentes a la soberanía territorial argentina o de la cesión de recursos naturales argentinos a un Estado extranjero, asunto que es de la competencia del Congreso de la Nación.

**Y RESUELVE:**

Comunicar la presente Declaración al Honorable Senado de la Nación, a la Honorable Cámara de Diputados de la Nación y a su Observatorio Parlamentario sobre la Cuestión Malvinas, al Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, Ministerio de Agroindustria, Ministerio de Defensa, Ministerio de Energía y Minería, Ministerio de Educación y Ministerio de Transporte de la Nación, a la Jefatura de Gabinete de Ministros y a su Secretaría de Asuntos Estratégicos, a los Gobiernos provinciales, al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a las Facultades de Derecho de las Universidades del país.

OSCAR GONZÁLEZ PEREIRA  
Secretario

LUIS CRUZ PEREYRA  
Presidente

---

## **LEGISLACIÓN**

---



**CONVENIOS INTERNACIONALES APROBADOS POR LA  
REPÚBLICA ARGENTINA Y ACUERDOS CELEBRADOS  
EN FORMA SIMPLIFICADA**  
**PERIODO 01-06-2017 a 31-05-2018**

Sistematización a cargo de *MARÍA ALEJANDRA STICCA*<sup>1</sup>

**SUMARIO:**

**A- CONVENIOS APROBADOS POR EL PODER LEGISLATIVO NACIONAL**

**A.1**- Comercio Internacional – **A.2**- Comunicaciones y Transporte – **A.3**- Cooperación Cultural, Científica, Técnica, Económica, Financiera, Industrial y Comercial – **A.4**- Cooperación Fronteriza – **A.5**- Cursos de Aguas Internacionales – **A.6**- Derecho Aeronáutico y Espacial – **A.7**- Derecho Diplomático y Consular – **A.8**- Derecho Fiscal – **A.9**- Derecho Humanitario – **A.10**- Derechos Humanos- **A.11**- Derecho Penal Internacional – **A.12**- Derecho Internacional Privado – **A.13**- Derecho Laboral y Social – **A.14**- Derecho Marítimo – **A.15**- Energía y Materiales Nucleares – **A.16**- Extradición – **A.17**- Integración – **A.18**- Medio Ambiente – **A.19**- Migraciones – **A.20**- Organizaciones y Asociaciones Internacionales y Regionales – **A.21**- Paz y Amistad – **A.22**- Pesca – **A.23**- Prevención y Represión del Tráfico de Estupefacientes – **A.24**- Sanidad – **A.25**- Turismo – **A.26**- Otras disposiciones legales de la República Argentina de interés para el Derecho Internacional.

**B- ACUERDOS CELEBRADOS EN FORMA SIMPLIFICADA**

<sup>1</sup> Especial agradecimiento a la *Ab. VIVIANA TRINIDAD PAREDES* por la colaboración prestada para la elaboración de esta sección.

**A- *Convenios aprobados por el Poder Legislativo Nacional*****A.1. COMERCIO INTERNACIONAL**

**Ley Nº 27.361** Tratado de Libre Comercio entre el Mercosur y la República Árabe de Egipto, celebrado en la ciudad de San Juan -República Argentina-, el 2 de agosto de 2010. Sanción: 09/05/2017 Promulgación: 30/05/2017 B.O.: 31/05/2017.

**Ley Nº 27.386** Acta Final en que se Incorporan los Resultados de la Ronda de Negociaciones de São Paulo, el Protocolo de la Ronda de São Paulo al Acuerdo sobre el Sistema Global de Preferencias Comerciales entre países en desarrollo, las Disposiciones para la Aplicación de los Resultados de la Ronda de Negociaciones de São Paulo -Decisión Ministerial del 15 de diciembre de 2010-, y la lista VII -Mercosur- Ronda de São Paulo, adoptados en Foz de Iguazú -República Federativa del Brasil-, el 15 de diciembre de 2010. Sanción: 13/09/2017 Promulgación: 29/09/2017 B.O.: 02/10/2017.

**A.2. COMUNICACIONES Y TRANSPORTE**

**Ley Nº 27.357** Convenio relativo a Garantías Internacionales sobre Elementos de Equipo Móvil, suscripto en Ciudad del Cabo -República de Sudáfrica-, el 16 de noviembre de 2001. Sanción: 09/05/2017 Promulgación: 31/05/2017 B.O.: 02/06/2017.

**A.3- COOPERACIÓN CULTURAL, CIENTÍFICA, TÉCNICA, ECONÓMICA, FINANCIERA, INDUSTRIAL Y COMERCIAL.****4- COOPERACIÓN FRONTERIZA****A.5. CURSOS DE AGUAS INTERNACIONALES****A.6. DERECHO AERONÁUTICO Y ESPACIAL****A.7. DERECHO DIPLOMÁTICO Y CONSULAR**

**A.8. DERECHO FISCAL**

**Ley N° 27.441** Protocolo de Enmienda al Convenio para evitar la Doble Imposición y Prevenir la Evasión Fiscal con respecto a los Impuestos sobre la Renta entre la República Argentina y la República Federativa del Brasil y su Protocolo, suscripto en la ciudad de Mendoza -República Argentina-, el 21 de julio de 2017. Sanción: 09/05/2018 Promulgación: 22/05/2018 B.O.: 23/05/2018.

**A.9. DERECHO HUMANITARIO****A.10. DERECHOS HUMANOS****A.11. DERECHO PENAL INTERNACIONAL**

**Ley N° 27.403** Acuerdo Marco entre la República Argentina y el Estado Plurinacional de Bolivia para la Prevención e Investigación del Delito de la Trata de Personas y la Asistencia y Protección de sus Víctimas. Sanción: 08/11/2017 Promulgación: 27/11/2017 B.O.: 28/11/2017.

**Ley N° 27.404** Tratado de Extradición entre la República Argentina y la Federación de Rusia, suscripto en la ciudad de Buenos Aires -República Argentina-, el 12 de julio de 2014. Sanción: 08/11/2017 Promulgación: 27/11/2017 B.O.: 28/11/2017.

**Ley N° 27.406** Tratado sobre Traslado de Condenados para la Ejecución de Sentencias Penales Privativas de la Libertad entre la República Argentina y la Federación de Rusia, suscripto en la ciudad de Buenos Aires -República Argentina-, el 12 de julio de 2014. Sanción: 08/11/2017 Promulgación: 27/11/2017 B.O.: 28/11/2017.

**Ley N° 27.407** Tratado de Extradición entre la República Argentina y la República de El Salvador, suscripto en la Ciudad de San Salvador -República de El Salvador-, el 20 de agosto de 2015. Sanción: 08/11/2017 Promulgación: 27/11/2017 B.O.: 28/11/2017.

**Ley N° 27.409** Convenio entre la República Argentina y la República del Ecuador para la Prevención y Lucha contra el

Tráfico Ilícito y la Restitución de Bienes Culturales Transferidos, Apropiados, Exportados o Importados Ilícitamente, suscripto en la ciudad de Quito - República del Ecuador-, el 9 de diciembre de 2015. Sanción: 08/11/2017 Promulgación: 27/11/2017 B.O.: 28/11/2017.

**Ley N° 27.411** Convenio sobre Ciberdelito del Consejo de Europa, adoptado en la ciudad de Budapest -Hungria-, el 23 de noviembre de 2001. Sanción: 22/11/2017 Promulgación: 14/12/2017 B.O.: 15/12/2017.

#### **A.12. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

#### **A.13. DERECHO LABORAL Y SOCIAL**

**Ley N° 27.408** Convenio de Seguridad Social entre la República Argentina y la República del Ecuador, suscripto en la ciudad de Quito -República del Ecuador-, el 9 de diciembre de 2015. Sanción: 08/11/2017 Promulgación: 27/11/2017 B.O.: 28/11/2017.

#### **A.14. DERECHO MARÍTIMO**

#### **A.15. ENERGÍA Y MATERIALES NUCLEARES**

#### **A.16. EXTRADICIÓN**

#### **A.17. INTEGRACIÓN**

#### **A.18. MEDIO AMBIENTE**

#### **A.19. MIGRACIONES**

#### **A.20- ORGANIZACIONES Y ASOCIACIONES INTERNACIONALES Y REGIONALES**

**Ley N° 27.373** Protocolo de Enmienda del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, hecho en la ciudad de Ginebra -Confederación Suiza-, el 27 de noviembre de 2014. Sanción: 05/07/2017 Promulgación: 27/07/2017 B.O.: 28/07/2017.

**Ley N° 27.370** Convenio de Suscripción de Acciones de Capital Ordinario serie "B", firmado entre la República

Argentina y la Corporación Andina de Fomento (CAF), firmado en la ciudad de Panamá -República de Panamá-, el día 15 de marzo de 2016. Sanción: 31/05/2017 Promulgación: 22/06/2017 B.O.: 26/06/2017.

**Ley N° 27.369** Resolución 186/XXXVIII denominada "Décima Reposición de los Recursos del Fondo Internacional del Desarrollo Agrícola (FIDA)", adoptada por el Consejo de Gobernadores en su trigésimo octavo (38º) período de sesiones de fecha 16 de febrero de 2015. Sanción: 31/05/2017 Promulgación: 30/06/2017 B.O.: 03/07/2017.

**A.21. PAZ Y AMISTAD**

**A.22. PESCA**

**A.23. PREVENCIÓN Y REPRESIÓN DEL TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES**

**A.24. SANIDAD**

**A.25. TURISMO**

**A.26. OTRAS DISPOSICIONES LEGALES DE LA REPÚBLICA ARGENTINA DE INTERÉS PARA EL DERECHO INTERNACIONAL**

**B- *Acuerdos celebrados en forma simplificada***

**• BILATERALES CON OTROS ESTADOS**

- Declaración Conjunta de la República Argentina y la Federación de Rusia sobre el Diálogo Estratégico en la Política Exterior.  
Firma: 23/01/2018, Moscú.
- Memorándum de Entendimiento entre el Ministerio de Transporte de la República Argentina y el Departamento Federal del Medio Ambiente, Transportes, Energía y Comunicaciones de la Confederación Suiza.  
Firma: 24/01/2018, Davos.  
Vigor: 24/01/2018.
- Reunión Relativa al Estado de Situación del Paso Internacional

Posadas – Encarnación, Acta Final.  
Firma: 30/01/2018, Encarnación.

- Protocolo de la Reunión del Grupo de Trabajo de Cooperación Económico - Comercial y en materia de Inversiones en el Marco de la XIII Reunión de la Comisión Intergubernamental Argentino – Rusa para la Cooperación Económico - Comercial y Científico - Técnica.  
Firma: 07/02/2018, Moscú.
- Protocolo de la Reunión del Grupo de Trabajo en el Sector de la Agricultura y de la Pesca en el Marco de la XIII Reunión de la Comisión Intergubernamental Argentino - Rusa para la Cooperación Económico - Comercial y Científico - Técnica.  
Firma: 07/02/2018, Moscú.
- Protocolo de la Reunión del Grupo de Trabajo Russo - Argentino en el Contexto de Educación, Ciencia y Tecnologías.  
Firma: 07/02/2018, Moscú.
- Cooperación en Materia de Energía de la Comisión Intergubernamental Argentino - Rusa para la Cooperación Económico - Comercial y Científico - Técnica.  
Firma: 07/02/2018, Moscú.
- Acta Final de la XIII Reunión de la Comisión Intergubernamental Argentino - Rusa para la Cooperación Económico-Comercial y Científico-Técnica.  
Firma: 08/02/2018, Moscú.
- Memorándum de Entendimiento entre la República Argentina y la República de San Marino.  
Firma: 14/02/2018, Buenos Aires.  
Vigor: 14/02/2018.
- Acuerdo por Canje de Notas Verbales entre la República Argentina y la República Federal de Alemania para la Delegación de Personal por parte de la Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) al Ministerio de Desarrollo Social de la República Argentina, a fin de apoyar la Presidencia Argentina del G20.  
Firma: 21/02/2018, Buenos Aires.  
Vigor: 22/02/2018.
- Memorando de Entendimiento entre las Autoridades de Aviación Civil de la República de Colombia y la República de Argentina.  
Firma: 22/02/2018, Bogotá.  
Vigor: 22/02/2018.

- Acuerdo por Canje de Notas entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Francesa que modifica el "Acuerdo Relativo al Programa de "Vacaciones y Trabajo" entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Francesa", suscrito en París el 18 de febrero de 2011.  
Firma: 27/02/2018, París.  
Vigor: 01/04/2018.
- Memorándum de Entendimiento sobre el Establecimiento de un Mecanismo de Consultas Políticas entre el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina y el Ministerio de Relaciones Exteriores del Reino de Noruega.  
Firma: 05/03/2018, Buenos Aires.  
Vigor: 05/03/2018.
- Memorando de Entendimiento entre el Ministerio de Modernización de la República Argentina y el Ministerio de Gobierno Local y Modernización del Reino de Noruega para el Desarrollo de Cooperación Internacional.  
Firma: 07/03/2018, Buenos Aires.  
Vigor: 07/03/2018.
- Memorándum de Entendimiento sobre Cooperación Antártica y Subantártica entre la República Argentina y el Reino de Noruega.  
Firma: 07/03/2018, Buenos Aires.  
Vigor: 07/03/2018.
- Acuerdo entre la República Argentina y el Estado de Palestina sobre Autorización para el Ejercicio de Actividades Remuneradas para Familiares Dependientes del Personal Diplomático, Consular, Técnico y Administrativo de las Misiones Diplomáticas y Representaciones Consulares.  
Firma: 12/03/2018, Buenos Aires.
- Memorándum de Entendimiento entre el Instituto del Servicio Exterior de la Nación del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina y la Academia Diplomática del Ministerio de Asuntos Exteriores y Europeos de la República de Croacia en Materia de Formación Diplomática.  
Firma: 12/03/2018, Buenos Aires.  
Vigor: 12/03/2018.
- Memorándum de Entendimiento sobre Consultas Políticas entre el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina y el Ministerio de Asuntos Exteriores y Expatriados del Estado de Palestina.

Firma: 12/03/2018, Buenos Aires.  
Vigor: 12/03/2018.

- Memorándum de Entendimiento sobre Consultas Políticas entre el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina y el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Belarús.  
Firma: 12/03/2018, Buenos Aires.  
Vigor: 12/03/2018.
- Programa de Cooperación Cultural entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República de Croacia para los Años 2018-2021.  
Firma: 12/03/2018, Buenos Aires.  
Vigor: 12/03/2018.
- Acuerdo Interinstitucional de Cooperación para el Establecimiento de una Plataforma sobre Economía Creativa entre el Ministerio de Cultura de la República Argentina y el Ministerio de Cultura de la República del Perú.  
Firma: 03/11/2017, Buenos Aires.  
Vigor: 03/11/2017.
- Acuerdo Interinstitucional entre el Ministerio de Cultura de la República Argentina y el Ministerio de Cultura de la República del Perú para el Intercambio de Artistas.  
Firma: 03/11/2017, Buenos Aires.  
Vigor: 03/11/2017.
- Convenio de Cooperación Interinstitucional entre el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables de la República del Perú y el Ministerio de Desarrollo Social de la República Argentina.  
Firma: 03/11/2017, Buenos Aires.  
Vigor: 03/11/2017.
- Programa Ejecutivo de Cooperación Cultural entre el Ministerio de Cultura de la República Argentina y el Ministerio de Cultura de la República del Perú para los años 2018-2020.  
Firma: 03/11/2017, Buenos Aires.  
Vigor: 03/11/2017.
- Programa Ejecutivo de Intercambio Educativo entre el Ministerio de Educación de la República Argentina y el Ministerio de Educación de la República del Perú para los años 2018-2020.  
Firma: 03/11/2017, Buenos Aires.  
Vigor: 03/11/2017.

- Memorándum de Entendimiento entre el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina y el Ministerio de Asuntos Exteriores de Polonia sobre la Cooperación Antártica Científica y Logística.  
Firma: 09/11/2017, Buenos Aires.  
Vigor: 09/11/2017.
- Acuerdo entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de los Estados Unidos de América para el Intercambio de Información Tributaria.  
Firma: 23/12/2016, Buenos Aires.  
Vigor: 13/11/2017.
- Memorándum de Cooperación entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de Japón sobre un Programa de Vacaciones y Trabajo.  
Firma: 19/05/2017, Tokio.  
Vigor: 01/10/2017.
- Acuerdo entre la República Argentina y el Reino de Suecia sobre un Programa de Vacaciones y Trabajo.  
Firma: 29/08/2017, Estocolmo.  
Vigor: 01/11/2017.
- Memorándum de Entendimiento entre el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina y el Ministerio de Asuntos Exteriores de la República de Singapur sobre el Desarrollo de Cooperación Internacional.  
Firma: 04/09/2017, Singapur.  
Vigor: 04/09/2017.
- Memorándum de Entendimiento entre el Instituto del Servicio Exterior de la Nación del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina y la Academia Diplomática del Ministerio de Asuntos Exteriores de Montenegro.  
Firma: 11/09/2017, Buenos Aires.  
Vigor: 11/09/2017.
- Memorándum de Entendimiento entre la Agencia Argentina de Inversiones y Comercio Internacional (AAICI) y el Instituto Israelí de Exportación y Cooperación Internacional (IEICI) sobre Promoción de las Inversiones y el Comercio entre la República Argentina y el Estado de Israel.  
Firma: 11/09/2017, Buenos Aires.  
Vigor: 11/09/2017.

- Memorándum de Entendimiento sobre Capacitación Diplomática entre el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina y el Ministerio de Relaciones Exteriores y Comercio Exterior de Jamaica.  
Firma: 22/09/2017, Nueva York.  
Vigor: 22/09/2017.
- Enmienda #9 de la Carta de Acuerdo sobre Control de Tráfico de Drogas y Aplicación de la Ley Firmado el 17 de Septiembre de 2004 entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de los Estados Unidos de América.  
Firma: 27/09/2017, Buenos Aires.  
Vigor: 27/09/2017.
- Acuerdo por Canje de Notas para Enmendar el Acuerdo entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de Irlanda sobre un Programa de Vacaciones y Trabajo del 18/03/2008.  
Firma: 07/07/2017, Dublín.  
Vigor: 07/07/2017.
- Acuerdo por Canje de Notas entre la República Argentina y Japón sobre "Programas Específicos de Cooperación Técnica".  
Firma: 18/07/2017, Buenos Aires.  
Vigor: 21/07/2017.
- Memorando de Entendimiento entre las Autoridades Aeronáuticas de la República Argentina y el Estado de Israel.  
Firma: 08/06/2017, Buenos Aires.  
Vigor: 08/06/2017.
- Memorándum de Entendimiento entre el Instituto del Servicio Exterior de la Nación del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina y la Escuela Nacional de Administración de la República Francesa.  
Firma: 13/06/2017, Buenos Aires.  
Vigor: 13/06/2017.
- Memorándum de Entendimiento entre la República Argentina y la República Portuguesa sobre un Programa de Vacaciones y Trabajo.  
Firma: 13/06/2017, Buenos Aires.  
Vigor: 13/06/2017.
- Memorándum de Entendimiento entre el Ministerio de Educación y Deportes de la República Argentina y el Departamento de Educación y Formación de Australia sobre la Cooperación en el Campo de la Educación, la Investigación y la Formación Técnico-Profesional.

Firma: 26/06/2017, Buenos Aires.  
Vigor: 26/06/2017.

- Memorándum de Entendimiento sobre el Establecimiento de un Mecanismo de Consultas Bilaterales entre el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina y el Departamento de Relaciones Exteriores y Comercio de Australia.  
Firma: 26/06/2017, Buenos Aires.  
Vigor: 26/06/2017

#### **• BILATERALES CON ORGANISMOS INTERNACIONALES**

- Memorándum de Entendimiento entre la República Argentina y la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos para la Celebración de la VII Reunión Ordinaria de la Asamblea de la Comisión Interamericana de Telecomunicaciones y del Foro de Altas Autoridades sobre el Tema Inclusión Digital a Realizarse en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, del 12 al 15 de Marzo de 2018.  
Firma: 09/02/2018, Buenos Aires.  
Vigor: 09/02/2018.
- Acuerdo Marco entre la República Argentina y la Corte Penal Internacional Relativo a la Libertad Provisional.  
Firma: 28/02/2018, La Haya.  
Vigor: 28/02/2018.
- Acuerdo Marco entre la República Argentina y la Corte Penal Internacional Relativo a la Puesta en Libertad de Personas.  
Firma: 28/02/2018, La Haya.  
Vigor: 28/02/2018.
- Acuerdo entre la República Argentina, Representada por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto y la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) en Apoyo al "Programa Iberoamericano para el Fortalecimiento de la Cooperación Sur-Sur".  
Firma: 13/03/2018, Buenos Aires.  
Vigor: 01/02/2018.
- Acuerdo por Canje de Notas Relativo a la Incorporación de la República Argentina como Miembro Pleno de la Agencia de Energía Nuclear (AEN) y su Banco de Datos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).  
Firma: 06/06/2017, Buenos Aires.  
Vigor: 01/09/2017.

- Memorándum de Entendimiento entre la República Argentina y las Naciones Unidas sobre Cooperación Sur-Sur y Triangular para la Implementación de la Agenda 2030. Nuevas Alianzas Inclusivas.  
Firma: 07/09/2017, Buenos Aires.  
Vigor: 07/09/2017.
- Acuerdo entre el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina y la Secretaría General Iberoamericana para el Establecimiento del Fondo Argentino de Cooperación Sur-Sur Iberoamericano.  
Firma: 08/09/2017, Buenos Aires.  
Vigor: 08/09/2017.
- Acuerdo por Canje de Notas Relativo a la Realización de la Séptima Reunión del Comité de Negociación del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, en la Ciudad de Buenos Aires.  
Firma: 09/06/2017, Buenos Aires.  
Vigor: 09/06/2017.

#### • MULTILATERALES CON ORGANISMOS INTERNACIONALES

- Acuerdo de Complementación Económica N° 35 Celebrado entre los Estados Partes del Mercosur y la República de Chile – Sexagésimo Primer Protocolo Adicional.  
Firma: 04/01/2018, Montevideo.
- Acuerdo de Complementación Económica N° 18 Celebrado entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay – Centésimo Cuadragésimo Cuarto Protocolo Adicional.  
Firma: 26/01/2018, Montevideo.  
Vigor: 08/03/2018.
- Acuerdo de Complementación Económica N° 18 Celebrado entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay – Centésimo Cuadragésimo Octavo Protocolo Adicional.  
Firma: 26/01/2018, Montevideo.  
Vigor: 08/03/2018.
- Acuerdo de Complementación Económica N° 18 Celebrado entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay – Centésimo Cuadragésimo Quinto Protocolo Adicional.  
Firma: 26/01/2018, Montevideo.  
Vigor: 08/03/2018.

- Acuerdo de Complementación Económica N° 18 Celebrado entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay – Centésimo Cuadragésimo Séptimo Protocolo Adicional.  
Firma: 26/01/2018, Montevideo.  
Vigor: 08/03/2018.
- Acuerdo de Complementación Económica N° 18 Celebrado entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay – Centésimo Cuadragésimo Sexto Protocolo Adicional.  
Firma: 26/01/2018, Montevideo.  
Vigor: 08/03/2018.
- Acuerdo de Complementación Económica N° 18 Celebrado entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay – Centésimo Cuadragésimo Tercer Protocolo Adicional.  
Firma: 26/01/2018, Montevideo.  
Vigor: 08/03/2018.
- Memorándum de Entendimiento sobre Cooperación Trinacional con Motivo de la Postulación Conjunta como Sede de la Copa Mundial de la FIFA 2030 entre la República Argentina, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay.  
Firma: 21/11/2017, Asunción.  
Vigor: 21/11/2017.



---

## **JURISPRUDENCIA**

---



## **JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL**

### **AÑO 2017**

*Seleccionada por ADRIANA CASTELANELLI<sup>1</sup>*

Ofrecemos por quinto año consecutivo, merced a la paciencia y gracias a la confianza depositada por el Señor Director del Anuario, esta reseña de jurisprudencia que, para la ocasión, se centra en la labor de la Corte Internacional de Justicia (CIJ). Principalmente por sus variados casos contenciosos, pero asimismo focalizando en la expectativa que generó la adopción de la resolución A/RES/71/292 por parte de la Asamblea General de Naciones Unidas, que el 22 de junio de 2017 optara por solicitar a su principal órgano judicial, una Opinión Consultiva en relación a la controversia que opone Isla Mauricio al Reino Unido. Resolución que fue adoptada por una amplia mayoría de Estados (y a pesar de los intensos esfuerzos por parte del Reino Unido para impedirlo), con 94 votos a favor, 15 en contra, 65 abstenciones –de una gran cantidad de aliados europeos de los británicos– y con la llamativa cifra de 18 Estados Miembros que se ausentaron al momento de votar (designados en la documentación por la expresión "No Show").

La mirada diplomática expresa que, el caso de las islas de Chagos se caracteriza por encontrarse enfrascado en una sutileza jurídica propuesta por los británicos, cuya permanencia en el tiempo se fue convirtiendo en una cadena que somete a la región a una realidad

<sup>1</sup> Abogada. Docente de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata. Miembro Titular y Prosecretaria de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Investigadora de la Fundación de Ciencias Jurídicas y Sociales (CIJUSO).

colonial. Las Islas Chagos fueron separadas de Mauricio inmediatamente antes de su independencia en 1968, con la garantía dada expresamente por el Reino Unido que serían devueltas a Mauricio el día en que se cerrara la base militar norteamericana situada en la isla más extensa: Diego García. Mauricio siempre ha pretendido recuperar la plena soberanía sobre las islas de este archipiélago en el Océano Índico, que se sitúa a más de 1000 kilómetros de sus costas. Es del caso señalar que el Reino Unido procedió a transferir a todos los habitantes de las Islas Chagos entre 1965 y 1973, por lo que se evidenciaría también el exilio forzado por más de 40 años que viven las personas que nacieron en esas islas, situación que regularmente es objeto de examen por parte de órganos de supervisión en materia de derechos humanos de Naciones Unidas.

La situación en la que se encuentra el Archipiélago de Chagos refiere entonces, a un desmembramiento territorial que involucra principios de fundamental relevancia para el derecho internacional. Se trata así de un caso de descolonización que presenta ciertas aristas similares al de la Cuestión de las Islas Malvinas. Coincidimos con versadas opiniones que expresan que, la participación activa de Argentina, así como la de otros Estados interesados en este tema, servirán para conformar la opinión de la Corte Internacional de Justicia que, a pesar de no ser vinculante, tiene gran peso jurídico como también político. El criterio que los magistrados en su conjunto adopten en el Dictamen, podría sentar un precedente en las nuevas conductas que lleven adelante los Estados que aún ejercen dominios sobre enclaves coloniales en distintas partes del planeta.

## CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

### Contenciosos

#### **A). Aplicación del Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo y de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Ucrania c. Federación de Rusia)**

El 16 de enero de 2017, Ucrania interpuso una demanda contra la Federación de Rusia sobre presuntas violaciones del Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, de 9 de diciembre de 1999, y de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, de 21 de diciembre de 1965. Ucrania sostiene, en particular, que, desde

2014, la Federación de Rusia "ha intervenido militarmente en Ucrania, ha financiado actos de terrorismo y ha violado los derechos humanos de millones de ciudadanos ucranianos, incluido, entre otros muchos, su derecho a la vida". Ucrania afirma que en la parte oriental del país la Federación de Rusia ha instigado y apoyado una insurrección armada contra la autoridad del Estado ucraniano. Además, Ucrania considera que, con sus acciones, la Federación de Rusia viola los principios fundamentales del derecho internacional, incluidos los que figuran en el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo.

En su demanda, Ucrania sostiene además que en la República Autónoma de Crimea y la ciudad de Sebastopol, la Federación de Rusia "ha infringido descaradamente la Carta de las Naciones Unidas, apoderándose por medio de la fuerza militar de una parte del territorio soberano de Ucrania". Ucrania también afirma que "para tratar de legitimar este acto de agresión, [la Federación de Rusia] orquestó un 'referendo' ilegal que se apresuró a celebrar en un clima de violencia e intimidación contra los grupos étnicos no rusos". Según Ucrania, esta "campaña deliberada de aniquilación cultural, que comenzó con la invasión y el referendo y continúa en la actualidad, constituye una violación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (CIEDR)". En cuanto al Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, Ucrania solicita a la Corte "que falle y declare que la Federación de Rusia, por conducto de sus órganos y agentes del Estado, otras personas y entidades que ejercen atribuciones del poder público, así como agentes que actúan siguiendo sus instrucciones o bajo su dirección y control, ha incumplido las obligaciones que le incumben con arreglo al Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo: a) al suministrar fondos, en particular mediante contribuciones en especie proveyendo de armas y entrenamiento a grupos armados ilegales que participan en actos de terrorismo en Ucrania, incluidos la República Popular de Donetsk, la República Popular de Lugansk, los Partisanos de Járkiv y otros grupos o personas asociados con ellos, en contravención del artículo 18; b) al no adoptar las medidas adecuadas para detectar, congelar y confiscar los fondos utilizados para ayudar a los grupos armados ilegales que participan en actos de terrorismo en Ucrania, incluidos la República Popular de Donetsk, la República Popular de Lugansk, los Partisanos de Járkiv y otros grupos o personas asociados con ellos,

en contravención de los artículos 8 y 18; c) al no investigar a los responsables de financiar el terrorismo descubiertos en su territorio, no enjuiciarlos ni extraditarlos, en violación de los artículos 9, 10, 11 y 18; d) al no prestar a Ucrania la más amplia asistencia judicial posible para cualquier investigación penal relativa a la financiación del terrorismo, en contravención de los artículos 12 y 18; y e) al no adoptar todas las medidas posibles para prevenir y combatir los actos de financiación del terrorismo cometidos por personas públicas o particulares rusos, en contravención del artículo 18".

Ucrania solicita además a la Corte "que falle y declare que la Federación de Rusia ha incurrido en responsabilidad internacional al apoyar el terrorismo y no impedir la financiación en el sentido de lo dispuesto en el Convenio por los actos de terrorismo cometidos por sus intermediarios en Ucrania, entre los que se incluyen los siguientes: a) el derribo del vuelo MH17 de Malaysia Airlines; b) los disparos de artillería contra civiles, en particular en Volnovakha, Mariupol y Kramatorsk; y c) los atentados con bombas contra civiles, en particular en Járkiv." Ucrania solicita a la Corte "que ordene a la Federación de Rusia que cumpla las obligaciones que le incumben con arreglo al Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo y, en particular, que: a) ponga fin y renuncie de manera inmediata e incondicional a todo apoyo, especialmente al suministro de dinero, armas y medios de entrenamiento, a los grupos armados ilegales que participan en actos de terrorismo en Ucrania, incluidos la República Popular de Donetsk, la República Popular de Lugansk, los Partisanos de Járkiv y otros grupos y personas asociados con ellos; b) haga inmediatamente todo lo que esté a su alcance para asegurar que se retiran de Ucrania todas las armas proporcionadas a esos grupos armados; c) ejerza inmediatamente un control adecuado sobre su frontera para evitar nuevos actos de financiación del terrorismo, incluido el suministro de armas, desde el territorio ruso al territorio ucraniano; d) ponga fin de inmediato al flujo de dinero, armas y otros recursos procedentes del territorio de la Federación de Rusia y de la Crimea ocupada con destino a grupos armados ilegales que participan en actos de terrorismo en Ucrania, incluidos la República Popular de Donetsk, la República Popular de Lugansk, los Partisanos de Járkiv y otros grupos y personas asociados con ellos, en particular bloqueando todas las cuentas bancarias utilizadas para financiar a esos grupos; e) impida inmediatamente la financiación del terrorismo en Ucrania por representantes rusos, entre ellos, el Sr. SERGUEI

SHOIGÚ, Ministro de Defensa de la Federación de Rusia; el Sr. VLADIMIR ZHIRINOVSKI, Vicepresidente de la Duma Estatal; y el Sr. SERGUÉI MIRÓNOV y el Sr. GUENNADI ZIOUGANOV, diputados de la Duma Estatal; y enjuicie a dichas personas y a cualquier otra persona vinculada a la financiación del terrorismo; f) coopere plenamente y de forma inmediata con Ucrania en todas las solicitudes de asistencia, presentes y futuras, sobre las investigaciones relativas a la financiación del terrorismo vinculado a los grupos armados ilegales que participan en actos de terrorismo en Ucrania, incluidos la República Popular de Donetsk, la República Popular de Lugansk, los Partisanos de Járkiv y otros grupos y personas asociados con ellos, así como a la prohibición de esa financiación; g) repare íntegramente el perjuicio causado por el derribo del vuelo MH17 de Malaysia Airlines; h) repare íntegramente el perjuicio causado por los disparos de artillería contra civiles en Volnovakha; i) repare íntegramente el perjuicio causado por los disparos de artillería contra civiles en Mariupol; j) repare íntegramente el perjuicio causado por los disparos de artillería contra civiles en Kramatorsk; k) repare íntegramente el perjuicio causado por los atentados con bombas contra civiles en Járkiv; y l) repare íntegramente el perjuicio causado por todos los demás actos de terrorismo que haya provocado, facilitado o apoyado la Federación de Rusia financiando el terrorismo y absteniéndose de impedir dicha financiación o lleve a cabo investigaciones a este respecto".

En cuanto a la CIEDR, Ucrania solicita a la Corte "que falle y declare que la Federación de Rusia, por mediación de sus órganos y agentes del Estado, otras personas y entidades que ejercen atribuciones del poder público, entre ellas, las autoridades de facto que administran la ocupación ilícita rusa de Crimea, así como agentes que actúan siguiendo sus instrucciones o bajo su dirección y control, ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la CIEDR: a) al someter sistemáticamente a discriminación y maltrato a las comunidades de los tártaros de Crimea y de las personas de etnia ucraniana en Crimea, como parte de una política estatal de aniquilación cultural de grupos desfavorecidos percibidos como opositores al régimen de ocupación; b) al organizar un referendo ilegal en un contexto de violencia e intimidación contra los grupos étnicos no rusos, sin hacer ni el más mínimo esfuerzo por encontrar una solución consensuada e inclusiva a fin de proteger a esos grupos, siendo esta actuación una primera medida para privar a esas comunidades de la protección de la legislación ucraniana y

someterlas a un régimen de dominación rusa; c) al privar a los tártaros de Crimea de los medios para expresar su identidad política y cultural, especialmente mediante la persecución de sus dirigentes y la prohibición del Majlis; d) al impedir que los tártaros de Crimea se reúnan para celebrar y conmemorar importantes acontecimientos culturales; e) al orquestar y tolerar una campaña de desapariciones y asesinatos de tártaros de Crimea; f) al hostigar a la comunidad de los tártaros de Crimea sometiéndolos a un régimen de registros y detenciones arbitrarios; g) al silenciar a los medios de comunicación de los tártaros de Crimea; h) al privar a los tártaros de Crimea de la posibilidad de recibir educación en su idioma y de sus instituciones educativas; i) al privar a las personas de etnia ucraniana de la posibilidad de recibir educación en su idioma; j) al impedir que las personas de etnia ucraniana se reúnan para celebrar y conmemorar importantes acontecimientos culturales; y k) al silenciar a los medios de comunicación de las personas de etnia ucraniana".

Ucrania solicita también a la Corte "que ordene a la Federación de Rusia que cumpla sus obligaciones dimanantes de la CIEDR y, en particular, que: a) ponga fin y renuncie de inmediato a su política de aniquilación cultural y adopte todas las medidas necesarias y apropiadas para que todos los grupos presentes en Crimea bajo ocupación rusa, incluidos los tártaros de Crimea y las personas de etnia ucraniana, gocen plenamente de la protección de la ley en condiciones de igualdad; b) restablezca de inmediato los derechos del Majlis de los tártaros de Crimea y sus dirigentes en la Crimea bajo ocupación rusa; c) restablezca de inmediato el derecho de los tártaros de Crimea en la Crimea bajo ocupación rusa a participar en reuniones culturales, especialmente la celebración anual del Sürgün; d) adopte de inmediato todas las medidas necesarias y apropiadas para poner fin a las desapariciones y asesinatos de tártaros de Crimea en la Crimea bajo ocupación rusa y lleve a cabo una investigación exhaustiva y adecuada sobre la desaparición del Sr. RESHAT AMETOV, el Sr. TIMUR SHAIMARDANOV, el Sr. ERVIN IBRAGIMOV y todas las demás víctimas; e) adopte de inmediato todas las medidas necesarias y apropiadas para poner fin a los registros y detenciones injustificados y desproporcionados de que son objeto los tártaros de Crimea en la Crimea bajo ocupación rusa; f) restablezca de inmediato las autorizaciones de los medios de comunicación de los tártaros de Crimea y adopte todas las demás medidas necesarias y apropiadas para que puedan reanudar sus actividades en la Crimea bajo ocupación rusa; g) ponga fin de inmediato a su injerencia en la

educación de los tártaros de Crimea y adopte todas las demás medidas necesarias y apropiadas para restablecer la educación en su idioma en la Crimea bajo ocupación rusa; h) ponga fin de inmediato a su injerencia en la educación de las personas de etnia ucraniana y adopte todas las demás medidas necesarias y apropiadas para restablecer la educación en su idioma en la Crimea bajo ocupación rusa; i) restablezca de inmediato el derecho de las personas de etnia ucraniana a participar en reuniones culturales en la Crimea bajo ocupación rusa; j) adopte de inmediato todas las medidas necesarias y apropiadas para que los medios de comunicación de las personas de etnia ucraniana puedan llevar a cabo libremente sus actividades en la Crimea bajo ocupación rusa; y k) repare íntegramente los perjuicios causados a todas las víctimas de la política y del sistema de aniquilación cultural por la discriminación que la Federación de Rusia ha practicado en la Crimea bajo ocupación rusa".

El 16 de enero de 2017, Ucrania también presentó una solicitud de medidas provisionales, declarando que dicha solicitud tenía por objeto proteger sus derechos a la espera del fallo de la Corte sobre el fondo del asunto. Con respecto al Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, Ucrania solicitó a la Corte que indicara las siguientes medidas provisionales: "a) La Federación de Rusia debe abstenerse de cualquier acción que pueda agravar o ampliar la controversia sometida a la Corte sobre la base del Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo o dificultar su solución; b) La Federación de Rusia debe ejercer un control adecuado sobre su frontera para evitar nuevos actos de financiación del terrorismo, incluido el suministro de armas procedentes de su territorio con destino al territorio ucraniano; c) La Federación de Rusia debe cesar y prevenir todas las transferencias de dinero, armas, vehículos, materiales, medios de entrenamiento o personal procedentes de su territorio con destino a grupos que participan en actos de terrorismo contra civiles en Ucrania o que sabe que podrían participar en tales actos en el futuro, incluidos, entre otros, la 'República Popular de Donetsk', la 'República Popular de Lugansk', los 'Partisanos de Járkiv' y todos los grupos o personas asociados con ellos; d) La Federación de Rusia debe adoptar todas las medidas a su alcance para garantizar que todos los grupos que operan en Ucrania y que ya hayan recibido transferencias de dinero, armas, vehículos, materiales, medios de entrenamiento o personal procedentes de su territorio se abstienen de cometer actos de terrorismo contra civiles en Ucrania".

Con respecto a la CIEDR, Ucrania solicitó a la Corte que ordenara las siguientes medidas provisionales: "a) La Federación de Rusia debe abstenerse de cualquier acto que pueda agravar o ampliar la controversia sometida a la Corte sobre la base de la CIEDR o dificultar su solución; b) La Federación de Rusia debe abstenerse de todo acto de discriminación racial contra personas, grupos o instituciones en el territorio que se encuentra bajo su control efectivo, especialmente en la península de Crimea; c) La Federación de Rusia debe poner fin y renunciar a todo acto de represión política y cultural contra el pueblo tártaro de Crimea, en particular suspendiendo el decreto que prohibió el Majlis y absteniéndose de aplicar dicho decreto, así como cualquier otra medida similar, en tanto en cuanto la presente causa siga pendiente de resolución; d) La Federación de Rusia debe adoptar todas las medidas necesarias para poner fin a las desapariciones de tártaros de Crimea e investigar sin demora las que ya se hayan producido; e) La Federación de Rusia debe poner fin y renunciar a todo acto de represión política y cultural contra las personas de etnia ucraniana en Crimea, en particular levantando las restricciones relativas a la educación en idioma ucraniano y respetando los derechos de ese grupo en materia de idioma y educación, en tanto en cuanto la presente causa siga pendiente de resolución".

Luego de las vistas sobre las medidas provisionales solicitadas por Ucrania, al finalizar la segunda ronda de observaciones orales, Ucrania confirmó las medidas provisionales que había solicitado a la Corte; el agente de la Federación de Rusia, por su parte, presentó la siguiente conclusión final en nombre de su Gobierno: "De conformidad con el artículo 60 del Reglamento de la Corte, la Federación de Rusia, por las razones aducidas durante la vista, solicita a la Corte que desestime la solicitud de medidas provisionales presentada por Ucrania".

Finalmente, el 19 de abril de 2017, la Corte dictó su providencia sobre las medidas provisionales, en cuya parte dispositiva se establece lo siguiente: "Por los motivos expuestos, La CORTE, Indica las siguientes medidas provisionales: 1) Por lo que se refiere a la situación en Crimea, la Federación de Rusia debe, de conformidad con las obligaciones que le incumben en virtud de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, a) Por trece votos contra tres, Abstenerse de mantener o imponer limitaciones a la capacidad de la comunidad de los tártaros de Crimea de conservar sus instituciones repre-

sentativas, incluido el Majlis; A FAVOR: Presidente ABRAHAM; Vicepresidente YUSUF; Magistrados OWADA, BENNOUNA, CANÇADO TRINDADE, GREENWOOD, DONOGHUE, GAJA, SEBUTINDE, BHANDARI, ROBINSON, CRAWFORD; Magistrado *ad hoc* POCAR; EN CONTRA: Magistrados TOMKA, XUE; Magistrado *ad hoc* SKOTNIKOV; b) Por unanimidad, Asegurar que se disponga de educación en idioma ucraniano; 2) Por unanimidad, Las dos partes deben abstenerse de cualquier acto que pueda agravar o ampliar la controversia sometida a la Corte o dificultar su solución".

A través de una Providencia dictada el 12 de mayo de 2017, el Presidente de la Corte fijó para el 12 de junio de 2018 y el 12 de julio de 2019, los plazos respectivos para la presentación de una memoria por Ucrania y una contramemoria por la Federación de Rusia.

#### **B). Delimitación marítima en el océano Índico (Somalia c. Kenia)**

Somalia y Kenia comparten frontera en el este de África que conecta con el Océano Índico aproximadamente a 1°39'43" S - 41°33'34" E, situación que desde el año 1989 los ha puesto en la necesidad de delimitar y definir su frontera marítima, su zona económica exclusiva y lo relativo a su plataforma continental. El 10 de diciembre de 1982, Somalia firmó la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (CONVEMAR), y el 24 de julio de 1989, procedió a ratificarla. El 9 de febrero del 1989, Somalia incorporó la Convención en su legislación interna.

Sin embargo, previo a la ratificación de la CONVEMAR, el presidente de Somalia había promulgado la Ley N° 5 –el 26 de enero de 1989–, mediante la cual aprobaba el Derecho Marítimo Somalí de 1988, que en esencia disponía: i) La anchura del mar territorial de Somalia extendida a lo largo de 12 millas marinas (mm); ii) Una zona económica exclusiva de 200 mm y iii) Una plataforma continental que se extiende a lo largo de la prolongación natural del territorio terrestre de Somalia, hasta el borde exterior del margen continental.

Kenia, firmó la CONVEMAR en la misma fecha que Somalia, y posteriormente, la ratificó el 2 de marzo de 1989. A pesar de ello, diez años antes de la firma de la CONVEMAR, Kenia había promulgado su Ley de Aguas Territoriales, en la que reclamaba un mar territorial de 12 mm. En el año 1989, aprobó la Ley de Zonas Marítimas, mediante la cual puso en conformidad su legislación doméstica con la CONVEMAR; en adición, la referida ley establecía

una zona económica exclusiva de 200 mm. En ese sentido, Kenia midió la amplitud de su mar territorial y su zona económica exclusiva desde la línea de base que cubre toda la longitud de su costa, mismas líneas de base que definiera por primera vez en la Ley de Aguas Territoriales de 1972.

Durante los años siguientes, Kenia emitió diversas leyes que modificaban los parámetros establecidos en la Ley de Aguas Territoriales así como en la de Zonas Marítimas anteriormente mencionadas, hasta que el 9 de junio del 2005, por medio de una proclama presidencial, consideró que la frontera marítima con Somalia debía seguir un paralelo de latitud, corriendo hacia el este hasta el límite de la zona económica exclusiva, refrendado por Somalia, quien entiende que la delimitación de la frontera marítima debe estar dada por una línea de equidistancia. Ambos países remitieron sus consideraciones sobre su delimitación marítima, zona económica exclusiva y plataforma continental al Secretario General de las Naciones Unidas. Desde 1970 y conforme lo alega, Kenia ha estado otorgando licencias de exploración y explotación de petróleo en el mar a empresas extranjeras, no obstante, hasta 1996, las operaciones de estas empresas no se habían extendido más allá de la línea de equidistancia con Somalia. A partir del 2000, Kenia cambia su postura, y actúa conforme su pretensión de límites paralelos, con lo que el otorgamiento de esas licencias se extendió a través de la línea de equidistancia en las zonas al sur del paralelo.

En virtud a que ninguno de los Estados había definido concretamente sus asuntos con relación a la plataforma continental más allá de las 200 mm, alrededor del año 2009, ambos países llevaron sus pretensiones por ante la Comisión de Límites de la Plataforma Continental de las Naciones Unidas (CLCS, por sus siglas en inglés) a fin de que dicha entidad lograra establecer límites en base a los fundamentos presentados por las partes. En este contexto, Somalia y Kenia no solo se encontraban disputando la ubicación de sus fronteras, sino que incluso no estaban de acuerdo en los principios que debían utilizarse para definirlas. Al margen de las actuaciones realizadas en el seno de la CLCS, se realizaron una serie de negociaciones bilaterales, teniendo como resultado, para abril del 2009 la firma de un Memorándum de Entendimiento, documento mediante el cual, se establecía, entre otras cosas, que: i) La delimitación de la plataforma continental entre la República de Kenia y la República de Somalia aún no se había resuelto; ii) Las reclamaciones de los dos Estados ribereños a propósito de la

plataforma continental constituía el objeto de la disputa; iii) Los dos Estados ribereños estaban de acuerdo en que cada uno por separado presentaran sus pretensiones a la CLCS con respecto a los límites de la plataforma continental más allá de las 200 mm sin tener en cuenta la delimitación de los límites marítimos entre ellos. El 10 de octubre de 2009, Somalia informó al Secretario General de las Naciones Unidas que el Parlamento Somalí había decidido no ratificar el Memorándum de Entendimiento. El 4 de febrero del 2014, Somalia solicitó a las Naciones Unidas que removiera de sus registros aquel Memorándum. Y entre febrero y agosto de ese mismo año, se llevaron a cabo las negociaciones respecto a la delimitación de la frontera marítima. Se realizaron diversas reuniones bilaterales, se elaboraron proyectos e informes que luego habrían de ser discutidos y aprobados por ambas partes. Sin embargo, en todos los encuentros permanecía el conflicto acerca del principio que debía utilizarse a los fines de proceder a la delimitación.

Somalia, argumentado en base al principio de equidistancia y Kenia en razón de la equidad y la justicia, a propósito de la línea paralela al ecuador, tal y como era la frontera marítima anglo-italiana delineada durante el periodo colonial. Fueron celebradas varias reuniones e inclusive se estableció la creación de una subcomisión para conocer de las peticiones, sin éxito. Para los meses de enero y marzo del año 2014, mientras se celebraba la 34<sup>a</sup> reunión de la CLCS en Nueva York, determinaron que no se estaba en condiciones de crear una subcomisión que conociera del asunto. Para marzo del 2014 las partes reflejaron el producto de sus discusiones en un primer informe firmado y aprobado por ambas naciones. Más adelante, a finales de julio de 2014, las delegaciones de ambos países intercambiaron documentos y presentaciones en donde hacían constar sus puntos de vista sobre la delimitación de la frontera marítima, aún en esta etapa, contradictorios. Como producto de estas discusiones se elaboró un segundo informe, acordando una nueva reunión para 25 y 26 de agosto de 2014. Ante esto, Kenia no habría confirmado su asistencia a la referida reunión, nunca firmó el segundo informe, ni respondió a las comunicaciones enviadas por el gobierno de Somalia a propósito de la tercera ronda de reuniones. En virtud a la conducta presentada por Kenia, la –considerada por Somalia– falta de respuesta y la falta de progreso durante las dos primeras rondas de negociaciones, Somalia concluyó que futuros encuentros no tendrían sentido, por lo tanto, tomo la decisión de llevar el caso ante la Corte Internacional de Justicia.

Así, el 28 de agosto de 2014, Somalia interpuso una demanda contra Kenya respecto de una controversia sobre la delimitación de espacios marítimos reclamados por ambos Estados en el océano Índico. En su demanda, Somalia sostuvo que ambos Estados "discrepan en cuanto a la ubicación de la frontera marítima en la zona en que se superponen sus derechos marítimos", y afirmó que "las negociaciones diplomáticas en cuyo marco se han intercambiado plenamente sus respectivas opiniones a ese respecto no han logrado resolver esta disputa". En consecuencia, Somalia pidió a la Corte que, "con fundamento en el derecho internacional, determine el curso completo de la frontera marítima única que divide todas las zonas marítimas correspondientes a Somalia y a Kenya en el océano Índico, incluida la plataforma continental más allá de las 200" millas marinas.

El demandante solicitó también a la Corte que "determine con precisión las coordenadas geográficas de la frontera marítima única en el océano Índico". En opinión de Somalia, la frontera marítima entre las partes en el mar territorial, en la zona económica exclusiva y en la plataforma continental debe establecerse conforme a lo dispuesto en los artículos 15, 74 y 83 de la CONVEMAR. Somalia explicó que, por consiguiente, la frontera en el mar territorial "debe ser una línea media, como se establece en el artículo 15, puesto que no existen circunstancias especiales que justifiquen apartarse de esa línea", y que, en la zona económica exclusiva y la plataforma continental, la frontera "debe establecerse con arreglo al proceso en tres etapas que la Corte ha empleado siempre al aplicar los artículos 74 y 83". El demandante sostuvo que "la posición actual de Kenia sobre la frontera marítima es que debe ser una línea recta que parte del punto terminal de la frontera terrestre de las partes y se extienda con dirección Este siguiendo la latitud que marca el paralelo que pasa por dicho punto terminal, a lo largo de toda la extensión del mar territorial, la zona económica exclusiva y la plataforma continental, incluida la plataforma continental más allá de las 200" millas marinas. Por último, Somalia manifestó que "se reserva el derecho de complementar o modificar su demanda". Como fundamento de la competencia de la Corte, invocó las disposiciones del Artículo 36, párrafo 2, del Estatuto de la Corte, y citó las declaraciones de aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte hechas en virtud de esas disposiciones por Somalia el 11 de abril de 1963 y por Kenia el 19 de abril de 1965. Somalia sostuvo además que "la competencia de la Corte con arreglo al Artículo 36, párrafo

2, de su Estatuto es reafirmada por el artículo 282 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar", que tanto Somalia como Kenia habían ratificado en 1989.

El 2 de febrero de 2017, la Corte Internacional de Justicia emitió su fallo sobre las excepciones preliminares opuestas por Kenia, en esta causa, desestimándolas y determinó que tenía competencia para conocer la solicitud presentada por Somalia y que dicha solicitud era admisible.

La composición de la Corte fue la siguiente: Presidente: ABRAHAM; Vicepresidente: YUSUF; Magistrados: OWADA, TOMKA, BENNOUNA, CANÇADO TRINDADE, GREENWOOD, XUE, DONOGHUE, GAJA, SEBUTINDE, BHANDARI, ROBINSON, CRAWFORD, GEVORGIAN; Magistrado *ad hoc*: GUILLAUME; Secretario: COUVREUR.

La Corte, por 13 votos contra 3, desestima la primera excepción preliminar opuesta por la República de Kenia, que sostenía que la Corte carecía de competencia para conocer sobre la causa como consecuencia de una de las reservas a su declaración por la que aceptó la jurisdicción obligatoria de la Corte, que excluye las controversias con respecto a las cuales las Partes hayan acordado "recurrir a algún otro método o métodos de solución", afirmando que el Memorando de Entendimiento constituye un acuerdo para recurrir a otro método de solución. Añadía que las disposiciones pertinentes de la CONVEMAR sobre la solución de controversias también equivalen a un acuerdo sobre el método de solución; A FAVOR: Presidente ABRAHAM; Vicepresidente YUSUF; Magistrados OWADA, TOMKA, CANÇADO TRINDADE, GREENWOOD, XUE, DONOGHUE, GAJA, SEBUTINDE, BHANDARI, CRAWFORD, GEVORGIAN; EN CONTRA: Magistrados BENNOUNA, ROBINSON; Magistrado *ad hoc* GUILLAUME. Por 15 votos contra 1, desestima también la primera excepción preliminar opuesta por la República de Kenia en tanto que se basa en la Parte XV de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar; A FAVOR: Presidente ABRAHAM; Vicepresidente YUSUF; Magistrados OWADA, TOMKA, BENNOUNA, CANÇADO TRINDADE, GREENWOOD, XUE, DONOGHUE, GAJA, SEBUTINDE, BHANDARI, CRAWFORD, GEVORGIAN; Magistrado *ad hoc* GUILLAUME; EN CONTRA: Magistrado ROBINSON;

Por 15 votos contra 1, desestima la segunda excepción preliminar opuesta por la República de Kenia, respecto de la admisibilidad de la solicitud de Somalia; A FAVOR: Presidente ABRAHAM; Vicepresidente YUSUF; Magistrados OWADA, TOMKA, BENNOUNA, CANÇADO TRINDADE, GREENWOOD, XUE, DONOGHUE, GAJA, SEBUTINDE, BHANDARI, CRAWFORD,

GEVORGIAN; Magistrado *ad hoc* GUILLAUME; EN CONTRA: Magistrado ROBINSON;

Finalmente, por 13 votos contra 3, determina que es competente para conocer la solicitud presentada por la República Federal de Somalia el 28 de agosto de 2014 y que la solicitud es admisible. A FAVOR: Presidente ABRAHAM; Vicepresidente YUSUF; Magistrados OWADA, TOMKA, CANÇADO TRINDADE, GREENWOOD, XUE, DONOGHUE, GAJA, SEBUTINDE, BHANDARI, CRAWFORD, GEVORGIAN; EN CONTRA: Magistrados BENNOUNA, ROBINSON; Magistrado *ad hoc* GUILLAUME.

El Vicepresidente YUSUF agregó una declaración al fallo de la Corte; el Magistrado BENNOUNA agregó una opinión disidente al fallo de la Corte; los Magistrados GAJA y CRAWFORD agregaron una declaración conjunta al fallo de la Corte; el Magistrado ROBINSON agregó una opinión disidente al fallo de la Corte; el Magistrado *ad hoc* GUILLAUME agregó una opinión disidente al fallo de la Corte.

#### **C). Caso Jadhav (India c. Pakistán)**

El 8 de mayo de 2017, la India interpuso una demanda contra Pakistán, "debido a graves violaciones de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de 1963" (CVRC) en relación con la detención y enjuiciamiento de un nacional indio, el Sr. Kulbhushan Sudhir Jadhav, condenado a muerte por un tribunal militar en Pakistán.

El demandante afirma que tan solo fue informado de la detención del Sr. Jadhav mucho después de su detención y que Pakistán no informó al acusado de sus derechos. La India también sostiene que, en violación de la CVRC, las autoridades pakistaníes le niegan el derecho a comunicarse con el Sr. Jadhav por conducto de sus autoridades consulares, a pesar de las reiteradas solicitudes en ese sentido. La India subraya además que fue por medio de la prensa como tuvo conocimiento de la sentencia de muerte dictada contra el Sr. Jadhav.

La India señala que, según la información que obra en su poder, el Sr. Jadhav habría sido "secuestrado en el Irán, donde realizaba actividades comerciales después de haberse jubilado de la marina india", pero Pakistán "afirmó que había sido detenido en Baluchistán" el 3 de marzo de 2016, lo cual se comunicó a las autoridades indias el 25 de marzo de 2016. La India afirma que trató de conseguir que sus autoridades consulares se comunicaran con el Sr. Jadhav el 25

de marzo de 2016 y posteriormente en reiteradas ocasiones. Asimismo afirma este Estado que, el 23 de enero de 2017, Pakistán solicitó su asistencia en una investigación relativa al Sr. Jadhav y posteriormente le informó, mediante nota verbal de fecha 21 de marzo de 2017, de que se estudiaria la posibilidad de "comunicarse por conducto de sus autoridades consulares [con el Sr. Jadhav] a la luz de su actuación ante la solicitud de asistencia". La India sostiene que el solo hecho de subordinar ese derecho a la concesión de la asistencia de investigación solicitada por el Pakistán constituye una grave violación de la CVRC.

En consecuencia, en su demanda, la India "solicita que: 1) la sentencia de muerte contra el acusado sea suspendida inmediatamente; 2) se le otorgue la *restitutio in integrum*, mediante una declaración en la que se constate que la condena impuesta por el tribunal militar, despreciando por completo los derechos consagrados en el artículo 36 de la CVRC, en particular en su párrafo 1 b), y los derechos humanos fundamentales de los acusados, a los que también se debe dar efecto según lo dispuesto en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, es contraria al derecho internacional y a lo dispuesto en la CVRC; 3) se impida que Pakistán ejecute la pena impuesta por el tribunal militar y adopte las medidas que puedan estar previstas en la legislación pakistán para anular la decisión de ese tribunal; 4) esa decisión, en caso de que Pakistán no pueda anularla, sea declarada ilícita por ser contraria al derecho internacional y a los derechos dimanantes de los tratados, y se ordene a Pakistán que se abstenga de violar la CVRC y el derecho internacional ejecutando de cualquier manera la condena y libere sin demora al ciudadano indio condenado".

Como fundamento de la competencia de la Corte, el demandante invoca el párrafo 1 del Artículo 36 del Estatuto de la Corte, en virtud del artículo I del Protocolo Facultativo de la CVRC sobre la Jurisdicción Obligatoria para la Solución de Controversias, de 24 de abril de 1963.

Ese mismo 8 de mayo de 2017, la India también presentó una solicitud de medidas provisionales en virtud del Artículo 41 del Estatuto de la Corte. En esa solicitud, señaló que la violación de la CVRC de la que acusaba a Pakistán le "había impedido ejercer los derechos que le confería dicha Convención y había privado al nacional indio de la protección que esta le reconocía". Alegó que "el Sr. Jadhav sería ejecutado a menos que la Corte, a través de medidas

provisionales, ordenara al Gobierno de Pakistán que adoptara todas las medidas necesarias para suspender la ejecución mientras se pronunciaba sobre el fondo" de la causa. La India destacó que la ejecución del Sr. Jadhav "causaría un perjuicio irreparable a los derechos que reclamaba".

Por consiguiente, le solicitó a la Corte que, "a la espera del fallo definitivo en la causa, ordenara que: a) el Gobierno de la República Islámica del Pakistán adoptara todas las medidas necesarias para que el Sr. Kulbhushan Sudhir Jadhav no fuera ejecutado; b) el Gobierno de la República Islámica del Pakistán informara a la Corte de las medidas que hubiera adoptado en aplicación de lo dispuesto en el apartado a); y c) el Gobierno de la República Islámica del Pakistán velara por que no se adoptara ninguna medida que pudiera menoscabar los derechos de la República de la India o del Sr. Kulbhushan Sudhir Jadhav con respecto a cualquier decisión que la Corte pudiera adoptar sobre el fondo de la cuestión".

La India, que invocó "la extrema gravedad y el carácter inmediato de la amenaza de ejecución de un ciudadano indio en Pakistán en contravención de las obligaciones que vinculaban a este país", también solicitó al Presidente de la Corte, "en el ejercicio de las facultades que le confiere el párrafo 4 del artículo 74 del Reglamento, mientras la Corte se reúne, que invite a las partes a actuar de forma que cualquier providencia que dicte la Corte sobre la solicitud de medidas provisionales tenga los efectos deseados". Así lo hizo el Presidente de la Corte el 9 de mayo de 2017, dirigiéndose a las dos partes.

Las vistas sobre las medidas provisionales solicitadas por la India se celebraron el 15 de mayo de 2017. Al finalizar éstas, la India confirmó las medidas provisionales que había solicitado a la Corte; el agente de Pakistán pidió a la Corte que desestimara la solicitud de medidas provisionales presentada por la India. El 18 de mayo de 2017, la Corte dictó su providencia, en cuya parte dispositiva establece: "Por los motivos expuestos, La CORTE, I. Por unanimidad, indica las siguientes medidas provisionales: El Pakistán adoptará todas las medidas a su alcance para que el Sr. Jadhav no sea ejecutado mientras no se dicte el fallo definitivo en esta causa e informará a la Corte de todas las medidas que se hayan adoptado en cumplimiento de la presente providencia. II. Por unanimidad, decide que, en tanto la Corte dicta su fallo definitivo, seguirá examinando las cuestiones que son objeto de la presente providencia." Integración de la Corte: Presidente ABRAHAM; Magistrados OWADA, CANÇADO TRINADE, XUE,

DONOGHUE, GAJA, SEBUTINDE, BHANDARI, ROBINSON, CRAWFORD, GEVORGIAN; Secretario COUVREUR.

Mediante providencia del 13 de junio de 2017, el Presidente de la Corte fijó para el 13 de septiembre de 2017 y el 13 de diciembre de 2017 los plazos respectivos para la presentación de una memoria por la India y una contramemoria por el Pakistán.

**D). Solicitud de interpretación del fallo de 23 de mayo de 2008 en la causa relativa a la Soberanía sobre Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks y South Ledge (Malasia/Singapur) (Malasia c. Singapur)**

El 30 de junio de 2017, Malasia presentó una solicitud de interpretación del fallo dictado por la Corte el 23 de mayo de 2008 en la causa relativa a la Soberanía sobre Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks y South Ledge (Malasia/Singapur). En ese fallo, la Corte determinó lo siguiente: 1) que la soberanía sobre Pedra Branca/Pulau Batu Puteh pertenecía a la República de Singapur; 2) que la soberanía sobre Middle Rocks pertenecía a Malasia; y 3) que la soberanía sobre South Ledge pertenecía al Estado en cuyas aguas territoriales se encontraba. Malasia fundamenta su solicitud de interpretación en el Artículo 60 del Estatuto de la Corte, en el que se establece lo siguiente: "En caso de desacuerdo sobre el sentido o el alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes". Malasia también invoca el artículo 98 del Reglamento de la Corte. El solicitante indica que "Malasia y Singapur han intentado cumplir el fallo de 2008 por vías de cooperación". Con ese fin, han establecido una comisión técnica conjunta, encargada especialmente de "la delimitación de las fronteras marítimas entre las aguas territoriales de ambos países". Según Malasia, la labor de esa comisión se estancó en noviembre de 2013. Malasia afirma que "una de las razones es que las partes no han podido ponerse de acuerdo sobre el sentido del fallo de A/72/4 17-14050 61/71 2008 en lo que se refiere a South Ledge y las aguas circundantes a Pedra Branca/Pulau Batu Puteh".

En su solicitud, Malasia indica –en particular– lo siguiente: "Los dos puntos [del fallo de 2008] en cuyo sentido o alcance siguen estando en desacuerdo [las partes] son los siguientes: 1) la conclusión de la Corte según la cual 'la soberanía sobre Pedra Branca/Pulau Batu Puteh pertenece a la República de Singapur'; y 2) la conclusión de la Corte según la cual 'la soberanía sobre South Ledge pertenece

al Estado en cuyas aguas territoriales se encuentra'." El solicitante alega a continuación que "la incertidumbre persistente" en cuanto a la determinación de cuál de los dos Estados tiene la soberanía sobre las zonas en litigio "sigue constituyendo un obstáculo para el mantenimiento de relaciones pacíficas y armoniosas entre ellos". Sostiene además que "es indispensable encontrar una solución viable a esta controversia", habida cuenta de "la densidad del tráfico aéreo y marítimo en la zona". En consecuencia, Malasia solicita a la Corte que falle y declare que: "a) las aguas circundantes a Pedra Branca/Pulau Batu Puteh siguen formando parte de las aguas territoriales de Malasia; y b) South Ledge se encuentra en las aguas territoriales de Malasia, lo que implica que la soberanía sobre South Ledge pertenece a Malasia".

Añade Malasia que esta solicitud de interpretación del fallo de 2008, presentada en virtud del Artículo 60 del Estatuto de la Corte, es "diferente e independiente" de la solicitud de revisión del mismo fallo presentada a la Corte el 2 de febrero de 2017 con arreglo al Artículo 61 del Estatuto, "aunque necesariamente haya vínculos estrechos entre los dos procedimientos".

El 10 de julio de 2017, en aplicación de lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 98 del Reglamento de la Corte, el Presidente fijó el 30 de octubre de 2017 como plazo para la presentación por la República de Singapur de sus observaciones escritas sobre la solicitud de interpretación presentada por Malasia.

### **Procedimiento consultivo**

#### **A). Consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965**

El 22 de junio de 2017, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la resolución 71/292, en la que, refiriéndose al Artículo 65 del Estatuto de la Corte, pidió a la Corte Internacional de Justicia que emitiera una opinión consultiva sobre las siguientes preguntas:

- a) "¿Se completó con arreglo a derecho el proceso de descolonización de Mauricio cuando Mauricio obtuvo la independencia en 1968, después de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio y teniendo en cuenta el derecho internacional, incluidas las obligaciones recogidas en las resoluciones de la Asamblea General 1514 (XV), de 14 de

diciembre de 1960, 2066 (XX), de 16 de diciembre de 1965, 2232 (XXI), de 20 de diciembre de 1966, y 2357 (XXII), de 19 de diciembre de 1967?";

- b) "¿Cuáles son las consecuencias en virtud del derecho internacional, incluidas las obligaciones reflejadas en las resoluciones mencionadas, que se derivan de que el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte siga administrando el archipiélago de Chagos, entre otras cosas respecto a que Mauricio no pueda aplicar un programa para reasentar en el archipiélago de Chagos a sus nacionales, en particular los originarios del archipiélago de Chagos?".

Por carta de fecha 23 de junio de 2017, el Secretario General de las Naciones Unidas transmitió a la Corte la solicitud de Opinión Consultiva. A continuación, el Secretario de la Corte, mediante cartas de fecha 28 de junio de 2017, notificó la solicitud de opinión consultiva a todos los Estados con derecho a comparecer ante la Corte, de conformidad con el párrafo 1 del Artículo 66 del Estatuto.

Mediante providencia de fecha 14 de julio de 2017, la Corte decidió que "las Naciones Unidas y sus Estados Miembros que puedan suministrar información sobre la cuestión sometida a la Corte para que emita una opinión consultiva podrán hacerlo dentro de los plazos fijados en la providencia". La Corte fijó el 30 de enero de 2018 como fecha límite para presentar exposiciones escritas sobre la cuestión a la Corte de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2 del Artículo 66 de su Estatuto y el 16 de abril de 2018 como plazo para que los Estados u organizaciones que hayan presentado exposiciones escritas puedan formular observaciones por escrito sobre las exposiciones escritas de los demás, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 4 del Artículo 66 del Estatuto.



## **JURISPRUDENCIA ARGENTINA SELECCIONADA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO 2017 Y 2018<sup>1</sup>**

*Seleccionada por JULIO CÉSAR CÓRDOBA<sup>2</sup>*

### **1. CSJN, 29/05/18, G. C., S. C. M. M., A. s. restitución internacional de niños.**

Restitución internacional de menores. Residencia habitual del menor en Colombia. Convención La Haya 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Convención sobre los Derechos del Niño. Protocolo de actuación para el funcionamiento de los convenios de sustracción internacional de niños. Sentencias de primer y segunda instancia que ordenan la restitución. Sentencia ejecutada. Cuestión abstracta.

Publicado en DIPr Argentina el 15/08/18.

### **2. STJ Santiago del Estero, 24/04/18, A., N. A. c. G., M. B. s. restitución internacional del menor A. A. A.**

Restitución internacional de menores. Residencia habitual del menor en Suecia. Viaje de la familia a Argentina. Retención ilícita. Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores La Haya 1980. Convención sobre los

<sup>1</sup> A requerimiento de la Asociación he seleccionado para este listado solamente algunos de los fallos dictados en los años 2017 y 2018. Aquellos interesados en consultar otras sentencias pronunciadas en dicho periodo pueden realizarlo en el sitio DIPr Argentina (<http://www.diprargentina.com/>).

<sup>2</sup> Profesor de Derecho Internacional Privado, Universidad Nacional de Chilecito, provincia de La Rioja.

Derechos del Niño. Guía de buenas prácticas. Sentencia que ordena la restitución. Recurso concedido con efecto devolutivo. Sentencia de Cámara que modifica el efecto. Avocamiento de oficio del Superior Tribunal. Efecto no suspensivo del recurso. Orden público internacional. Interés superior del niño. Cese de la vía de hecho.

Publicado en DIPr Argentina el 16/08/18 y comentado por G. TAGLE y F. MASTRÁNGELO en *La Ley Online*.

**3. Juz. Civ. de Personas y Familia, Tartagal, 29/12/17 y 05/03/18, Asesoría de Menores N° 1 s. restitución internacional de M. Y. A.**

Restitución internacional de menores. CIDIP IV sobre Restitución internacional de menores. Residencia habitual de la menor en Argentina. Autorización viaje a Bolivia. Retención ilícita. Menor criada por la abuela. Traslado a Bolivia por la madre. Maltrato. Abandono. Institucionalización de la menor. Pedido de restitución realizado por la tía. Procedencia de la restitución. Cooperación judicial internacional. Comunicaciones judiciales directas.

Publicado en DIPr Argentina el 16/04/18.

**4. Juz. Nac. Civ. N° 4, 10/07/17, D., H. A. c. L., E. M. s. restitución internacional de menores.**

Restitución internacional de menores. Residencia habitual de los menores 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. Guía de buenas prácticas. Código Civil y Comercial: 2642. Protocolo de actuación para el funcionamiento de los convenios de sustracción internacional de niños. Interés superior del niño. Derecho del menor a ser oído. Oposición del menor a la restitución. Rechazo del pedido de restitución.

Publicado en DIPr Argentina el 22/05/18.

**5. Tribunal Colegiado de Familia N° 5 de Rosario, 26/10/17, G. M., L. c. V. R., G. L. s. restitución internacional.**

Restitución internacional de menores. Residencia habitual del menor en España. Autorización viaje a la Argentina. Retención ilícita. Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores La Haya 1980. Convención sobre los Derechos del Niño. Convención Americana de Derechos

Humanos. Interés superior del niño. Derecho del menor a ser oído. Oposición del menor a la restitución. Proceso de restitución iniciado luego de un año. Integración del menor a su nuevo ambiente. Centro de vida. Rechazo del pedido de restitución. Publicado en DIPr Argentina el 21/05/18 y en DFyP 2018 (febrero), 193, con nota de M. A. CÓRDOBA.

**6. CNCiv., sala M, 07/11/17, Recanati Harry Zachary s. incidente civil.**

Sucesión internacional. Jurisdicción internacional. Último domicilio del causante en Israel. Proceso sucesorio tramitado en Israel. Código Civil: 3283, 3284, 3612, 10, 11. Código Civil y Comercial de la Nación: 2643, 2644. Inexistencia de bienes inmuebles o muebles permanentes en Argentina. Deuda por honorarios profesionales. Foro de necesidad. Rechazo. Incompetencia de los jueces argentinos.

Publicado en DIPr Argentina el 09/08/18.

**7. CNCiv., sala B, 10/04/18, Ayala Olmedo Carlos s. sucesión ab intestato.**

Sucesiones internacionales. Último domicilio del causante en Argentina. Fondos depositados en un banco en Puerto Rico. Jurisdicción internacional. Código Civil y Comercial de la Nación: 2643, 2644, 2663. Calificaciones. Competencia de los tribunales argentinos.

Publicado en DIPr Argentina el 05/06/18.

**8. CNCiv., sala M, 07/05/18, Bonomi Álvarez, Luis Carlos s. sucesión ab intestato.**

Sucesiones internacionales. Último domicilio del causante en Uruguay. Marcas inscriptas en Argentina. Jurisdicción internacional. Código Civil y Comercial de la Nación: 2643, 2644, 2609. Tratado de Derecho Civil Internacional Montevideo 1889. Tratado de Derecho Civil Internacional Montevideo 1940.

Publicado en DIPr Argentina el 16/07/18.

**9. CNCiv. sala I, 10/08/17, N. de M., M. V. y otro c. M., T. C. s. incidente civil y M., T. F. c. M., T. C. s. incidente civil.**

Sucesiones internacionales. Último domicilio del causante en Argentina. Fondos depositados en bancos de EUA.

Publicado en DIPr Argentina el 14/06/18.

**10. CNCiv., sala M, 30/05/17, Do Nascimento, Hilda Viana s. sucesión *ab intestato*.**

Sucesiones internacionales. Último domicilio del causante en Brasil. Fondos depositados en un banco en Argentina. Jurisdicción internacional. Código Civil: 3284. Código Civil y Comercial de la Nación: 2643. 2644. Tratado de Derecho Civil Internacional Montevideo 1889. Tratado de Derecho Civil Internacional Montevideo 1940.

Publicado en DIPr Argentina el 12/06/18.

**11. CNCiv., sala F, 08/03/17, Defilippi, Roberto y otros c. Defilippi, Elios s. sucesión s. ejecución de convenio.**

Sucesiones internacionales. Último domicilio del causante en Italia. Bien inmueble en Argentina. Proceso sucesorio tramitado en Italia. Reconocimiento de sentencias. Convención con Italia sobre reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil. Código Civil: 10, 3282, 3283, 3284, 3598. Código Civil y Comercial: 2277. Jurisdicción indirecta. Rechazo del recono-cimiento.

Publicado en DIPr Argentina el 10/10/17 y en LL 22/06/17, 6, con nota de M. L. MAZZONELLI.

**12. Juz. Civ. y Com. 8, Paraná, 02/11/17, L. S., N. M. c. S. C., M. T.; S. C. V., S. M. del R., S. D. P., S. G. S. y C. T. s. ordinario.**

Filiación extramatrimonial. Derecho aplicable. Código Civil y Comercial: 2642, 2597, 2600, 2613, 2614. Domicilio del hijo al tiempo del nacimiento. Domicilio del presunto padre al tiempo del nacimiento del hijo. Derecho más favorable a la filiación. Aplicación del derecho extranjero. Plazo de caducidad. Orden público internacional. Derecho a la identidad. Derechos humanos. Incaducidad de la acción de filiación.

Publicado en DIPr Argentina el 20/08/18.

**13. CCiv., Com. y Lab., Goya, 29/09/17, V., B. E. c. M. T. B. s. nulidad matrimonial.**

Matrimonio celebrado en Argentina. Divorcio no vincular decretado en Argentina (art. 67 bis ley 2393). Segundo matrimonio celebrado en Paraguay. Posterior conversión del divorcio en vincular. Tratado de Derecho Civil Internacional Montevideo 1940. Orden público internacional. Relatividad. Variabilidad. Actualidad. Nulidad del matrimonio. Rechazo. Aplicación del precedente Solá.

Publicado en DIPr Argentina el 20/07/18.

**14. CNCiv., sala I, 03/07/18, y Juz. Nac. Civ. 61, 31/10/17, Aguinda Salazar María y otros c. Chevron Corporation s. exequáтур y reconocimiento de sentencia extranjera.**

Reconocimiento de sentencias. Juicio tramitado en Ecuador. Requisitos. CIDIP II sobre eficacia extraterritorial de sentencias y laudos extranjeros. CPCCN: 517. Jurisdicción directa. Domicilio del demandado o bienes a ejecutar en el país. Cosa juzgada. Orden público internacional. Rechazo de la ejecución. Publicados en DIPr Argentina el 05/07/18 y el 09/11/17.

**15. CNCom., sala F, 29/05/18, Federación Argentina de Asoc. de anestesia analgesia y rean. c. Choice Live Ltd. s. ordinario.**

Cooperación judicial internacional. Notificación en el extranjero (Reino Unido). Convención de La Haya de 1965 sobre Notificación de Actos Judiciales en el Extranjero. Fracaso. Domicilio desconocido. Notificación por edictos. Improcedencia. Publicado en DIPr Argentina el 26/07/18.

**16. CNCom., sala D, 17/10/17, Chemton S.A. s. concurso preventivo s. inc. de verificación por Sojitz Plastics America Inc.**

Arraigo. Concurso preventivo. Improcedencia. Código Civil y Comercial: 2610. Garantía del acceso a la jurisdicción. Igualdad de trato procesal. CPCCN: 348. Derogación. Poder otorgado en el extranjero. Excepción de falta de personería. Código Civil y Comercial: 2649. Rechazo. Presunción de validez. Publicado en DIPr Argentina el 19/07/18 y comentado por G. E. GERBAUDO en RDCO Mayo/Junio 2018.

**17. CFed. Apel., Corrientes, 07/03/17, Klaus & Tach Limitada c. Tisocco, Rubén Darío y otro s. cobro de pesos**

Compraventa internacional de mercaderías. Incoterms. Cláusula CIP. Vendedor Brasil. Comprador Argentina. Obligación de contratar el transporte. Transporte terrestre internacional. Brasil – Argentina. Falta de pago del flete. Reclamo al comprador. Falta de legitimación pasiva. Publicado en DIPr Argentina el 08/08/18.

**18. Cam. Civ. y Com. Fed., sala III, 30/05/17, Meraviglia, Graciela Rosa c. Costa Cruceros SA s. lesión y/o muerte de pasajero transporte marítimo.**

Transporte marítimo internacional. Contrato de crucero. Daños y perjuicios. Excepción de prescripción. Rechazo. Relación de consumo. Ley de defensa del consumidor.  
Publicado en DIPr Argentina el 02/08/18.

**19. CNCiv. y Com. Fed., sala III, 31/10/17, Laboratorio Lemos SRL c. Eagle Global Logistics de Argentina SRL s. daños y perjuicios.**

Transporte aéreo internacional. Transporte de mercaderías. Argentina – Brasil. Incumplimiento. Falta de entrega de documentación para despacho a plaza. Resolución de la compraventa. Agente de carga. Transportista contractual. Transportista efectivo. Responsabilidad solidaria.

Publicado en DIPr Argentina el 30/07/18.

**20. CNCom., sala D, 19/12/17, Pan American Energy LLC (Sucursal Argentina) c. Metrogas S.A. (Chile).**

Arbitraje internacional. Arbitraje CCI con sede en Buenos Aires. Recursos contra el laudo. Renuncia a interponer recursos judiciales. Recurso de apelación. Recurso de nulidad. Irrenunciabilidad. Causales. Falta esencial en el procedimiento. Laudo sobre puntos no comprometidos. Rechazo. Revisión del fondo. Improcedencia. Doctrina de la causa Cartellone. Crítica. CPCCN: 760, 761. Código Civil y Comercial: 1656. Naturaleza jurisdiccional del arbitraje. Principio de *favor arbitri*.  
Publicado en DIPr Argentina el 22/12/17.

**21. CNCom., sala F, 07/09/17, Industrias Rotor Pump S.A. c. Franklin Electric Sales Inc. y otros s. medida precautoria.**

Medida autosatisfactiva. Acción preventiva de daño. Código Civil y Comercial: 1655, 1711, 2601, 2602, 2603, 2605, 2650. Contrato de distribución. Principal EUA. Distribuidor Argentina. Exclusividad. Autonomía de la voluntad conflictual. Derecho aplicable Indiana EUA. Arbitraje AAA con sede en Chicago. Medidas cautelares en sede judicial. Medida cautelar territorial. Foro de necesidad. Jurisdicción internacional.  
Publicado en DIPr Argentina el 27/07/18.

**22. CNCom., sala D, 17/04/18, Harz Und Derivate y otra c. Akzo Nobel Coatings S.A. y otras s. incidente impugnación al pago de la tasa de justicia.**

Arbitraje internacional. Arbitraje con sede en Buenos Aires. Tribunal

de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires. Recurso de nulidad contra el laudo. Tasa de justicia. Determinación. Monto del laudo. Publicado en DIPr Argentina el 14/05/18.

**23. CNCiv., sala B, 03/08/17, Nunnari Juan Ignacio c. Club Atlético Vélez Sarsfield s. daños y perjuicios.**

Contratos internacionales. Contrato de espectáculo deportivo. Relación de consumo. Partido de fútbol en Uruguay. Deber de seguridad. Daños sufridos por espectador. Derecho aplicable. Lugar de cumplimiento (Uruguay). Estatuto de la Confederación Sudamericana de Fútbol (CONMEBOL). Jurisprudencia uruguaya. Publicado en DIPr Argentina el 16/11/17.

**24. CNCom., sala C, 10/08/17, Pérez Morales, Gonzalo Martín c. Booking.com Argentina S.R.L. s. ordinario.**

Jurisdicción internacional. Contratos internacionales. Contratos de consumo. Reserva de alojamiento en España y Francia. Cancelación de la reserva. Improcedencia. Términos y condiciones. Pacto de jurisdicción Amsterdam. Excepción de incompetencia. Improcedencia. Competencia de los tribunales argentinos. Código Civil y Comercial: 2602, 2654. Foro de necesidad.

Publicado en DIPr Argentina el 24/07/18 y comentado por M. L. ROSA VILARDO en JA 21/02/18, 26 y en *RDCO Mayo/Junio 2018*.

**25. Juz. Nac. Com. 27, 19/03/18 y 23/03/18, M., G. c. Assist Card Argentina SA de Servicios s. medida precautoria.**

Contrato de asistencia médica al viajero. Viaje a Brasil. Medida autosatisfactiva. Cobertura de gastos médicos y de internación. Procedencia. Derecho a la salud. Relación de consumo. Cláusulas abusivas.

Publicado en DIPr Argentina el 07/08/18, en LL 25/04/18, 3, con nota de I. GONZÁLEZ MAGAÑA, en *DFyP 2018* (mayo), 231, con notas de I. GONZÁLEZ MAGAÑA y J. A. SEDA, en *DFyP 2018* (junio), 145 y en LL 17/07/18, 4 con nota de J. SANTISO.

**26. CNCom., sala F, 12/04/18, Steverlynck, José María c. Axa Assistance Argentina SA s. medida precautoria s. incidente art. 250.**

Contrato de asistencia médica al viajero. Viaje a Francia. Medidas cautelares. Cobertura de gastos médicos. Procedencia. Derecho a la salud.

Publicado en DIPr Argentina el 03/08/18 y en LL 08/05/18, 10.

**27. Juz. Nac. Com. 18, secretaría 36, 17/04/18, Aguirre Leo, Ana María c. Axa Assistance Argentina S.A.**

Contrato de asistencia médica al viajero. Viaje a España. Lesiones. Seguro por accidentes personales. Excepción de prescripción. Plazo. Código Civil. Código Civil y Comercial. Ley de defensa del consumidor.

Publicado en DIPr Argentina el 31/07/18.

**28. CNCom., sala F, 23/02/17, Vidaplan S.A. c. Litvin, Teddy Daniel s. ejecutivo.**

Títulos de crédito. Pagaré librado en Uruguay. Deuda de juego. Relación de consumo. Ley de defensa del consumidor. Rechazo de la ejecución. Elección en el proceso del derecho aplicable. Demanda fundada en las normas de la fuente interna.

Publicado en DIPr Argentina el 21/08/18.

**29. CNCom., sala F, 06/06/17, Westall Group Sociedad Anónima c. Foods Land Sociedad Anónima s. ejecutivo.**

Sociedad constituida en el extranjero (Uruguay). Sociedad off shore (SAFI). Ley de sociedades: 118, 124. Ejercicio habitual en Argentina. Capacidad para estar en juicio. Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional Montevideo 1940. CIDIP II Sociedades mercantiles. Convención de La Haya de 1956 sobre el reconocimiento de la personalidad jurídica de sociedades, asociaciones y fundaciones extranjeras.

Publicado por JULIO CÓRDOBA en DIPr Argentina el 23/08/18 y en LL 03/07/17, 6, con nota de R. A. NISSEN.

**30. CNCom., sala F, 02/11/17, Geoallianz SRL s. quiebra s. incidente de revisión.**

Verificación de crédito. Contrato de mutuo. Cesión de créditos. Sociedad constituida en el extranjero (Uruguay). Sociedad off shore (SAFI). Actos aislados. Ley de sociedades: 118, 124. Criterio restrictivo. Ejercicio habitual en Argentina. Capacidad para estar en juicio.

Publicado por JULIO CÓRDOBA en DIPr Argentina el 22/08/18.

---

## **RECENSIONES**

---



***CUESTIONES COMPLEJAS EN LOS PROCESOS DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS EN LATINO-AMÉRICA***, LÁZARO TENORIO GODÍNEZ; NIEVE RUBAJA, FLORENCIA CASTRO (COORDINADORES), Editorial Porrúa, Ciudad de México, México, 2017, 603 páginas.

La aparición de esta obra tan innovadora como necesaria, viene a poner luz en un área que necesita del aporte de la doctrina y los operadores jurídicos a fin de elaborar parámetros actuales de análisis e interpretación. Estamos ante un libro para especialistas, en el que se exhibe desde distintas aristas, el despliegue de la materia en los últimos años, con especial referencia a sus cuestiones complejas.

Guiado por sus coordinadores, al inicio el lector podrá advertir el sentido y propósito perseguido por los mismos en cada uno de sus ocho capítulos, a modo de poder optar por la temática de su preferencia.

El capítulo 1, que da comienzo a la obra, está a cargo del destacado jurista uruguayo RICARDO C. PÉREZ MANRIQUE, quien nos presenta un análisis de la relación entre los convenios sobre sustracción, tanto de dimensión convencional americana como universal, con el Derecho internacional de los derechos humanos, poniendo en claro que la Convención de los Derechos del Niño, como tratado de derechos humanos constituyen un orden jurídico común, junto al Convenio de La Haya de 1980 y la Convención Interamericana de 1989, tratados de cooperación ambos, además de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). Existe entre ellos una simbiosis que los aleja de contradicciones, siempre en búsqueda de establecer estándares mínimos de protección de los derechos humanos que deben ser respetados por los Estados, los cuales resalta, son transversales y universales.

Siguiendo el hilo conductor iniciado al referirse a los Convenios de derechos humanos, NIEVE RUBAJA desarrolla el principio del Interés superior de niño, y partiendo de la aceptación de su indefinición,

vincula esa premisa con la recepción por parte del Comité de los Derechos del Niño que lo enuncia como un concepto dinámico y en constante evolución, además de ser un concepto tridimensional: derecho sustantivo –principio jurídico interpretativo– norma de procedimiento. No agota allí su tratamiento, sino que se adentra en precisar la versatilidad del concepto, y la imprescindible necesidad de su adaptación al caso concreto, especialmente en los casos de sustracción.

En el capítulo 2, se aborda la Cooperación jurídica en el siglo actual, lo que adelanta el tratamiento de un tema trascendente para el éxito de un proceso de sustracción de menores, comenzando con el Desarrollo histórico y Desafíos actuales, a cargo del profesor venezolano JAVIER OCHOA, que en nuestra consideración resulta uno de los artículos más ricos del compendio, no sólo por su excelente síntesis de la parte histórica del instituto, sino además por el enfoque de la actualidad, situando a la cooperación jurídica internacional como una herramienta clave para la gobernanza global.

Continúa otro maestro uruguayo como el Dr. TELLECHEA BERGMAN, refiriéndose a los Nuevos lineamientos de la cooperación en el contexto de la restitución internacional de niños, entre los que destaca los Principios de ASADIP sobre Acceso Transnacional a la Justicia, especialmente el análisis del capítulo referido a la Cooperación interjurisdiccional, como así también enumera diversas maneras en que las autoridades centrales pueden mejorar su funcionamiento.

Uno de los coordinadores de la obra, el Dr. LÁZARO TENORIO GODÍNEZ presenta el tema de las Comunicaciones judiciales directas, brindando con exhaustivo detalle su concepto, clases, formas, ámbitos y requerimientos para el desarrollo de las mismas, estableciendo sus principios procesales en el ámbito latinoamericano con especial referencia a la experiencia mexicana.

Seguidamente el capítulo 2 concluye con la semblanza efectuada por los jueces de enlace de Argentina, Dra. GRACIELA TAGLE DE FERREYRA, de Brasil, Dra. MÓNICA SIFUENTES, Uruguay, Dra. MARÍA LILIAN BENDAHAN Y SILVERA, ROSA ISABEL REYES REBOLLEDO de Venezuela, además de miembros de autoridades centrales como NATALIA CAMBA MARTÍNEZ, quienes relatan las diferentes experiencias durante sus años de actuación, lo que sin dudas brinda un panorama acabado de lo que ocurre en la práctica de la cooperación jurídica, señalando diferentes maneras de enriquecer el instituto.

En el capítulo 3 aborda uno de los problemas que mayor complejidad plantea, ya que refiere a las Demoras en la tramitación de los casos y sus Desafíos procesales.

Los miembros de la Autoridad central uruguaya ADRIANA FERNÁNDEZ PEREIRO y DANIEL TRECCA nos aleccionan desde la experiencia oriental acerca de la necesidad de contar con un proceso especial para el trámite de las solicitudes de restitución, destacando la limitación de la vía recursiva.

Desde la academia argentina, PAULA ALL y NIEVE RUBAJA desarrollan el Protocolo de actuación para el funcionamiento de los Convenios de sustracción internacional de niños, novedoso instrumento de *soft law* que está transitando su etapa de adaptación en los juzgados del país. Lo propio hace desde la Autoridad central de Chile, JUAN FRANCISCO ZARRICUETA BAEZAS sobre el procedimiento de urgencia establecido por el Acta 205-2015 de la Excma. Corte Suprema de Chile.

Una semblanza de la Ley de Protección integral para la niñez y adolescencia del Salvador es brindada por el juez RED ALEX MARROQUÍN, como así de la Ley especial uruguaya hecha por la Dra. BENDAHAN SILVERA. El capítulo culmina con el análisis de la prueba en los procesos de restitución efectuada por OSCAR CERVERA RIVERO desde la óptica mexicana, y el contacto personal del niño y progenitor desplazado efectuado minuciosamente por MIGUEL ÁNGEL FLORES RÍOS y DIEGO BENAVIDES SANTOS.

Quizás sea el capítulo 4 enfocado sobre la excepción del grave riesgo el que acapara mayor desarrollo, así lo merita bucear en los dilemas que presenta su interpretación, las herramientas con las que puede contar el juez, como en el análisis de la prueba. También tiene lugar el tratamiento de la aplicación de la excepción del grave riesgo vinculada con la noción de regreso seguro, como forma de eliminar esa aplicación, según expresa IGNACIO GOICOECHEA en sus líneas.

La opinión del niño en el contexto de los procesos de restitución ocupa el capítulo 5, a cargo del Magistrado español JAVIER FORCADA MIRANDA, y resulta por demás interesante apreciar su veredicto respecto de la importancia que la misma tiene y como va ganando terreno en pos de la flexibilización de los estándares aplicativos del Convenio de La Haya de 1980.

La Dra. GRANILLO OCAMPO despliega en el capítulo 6, junto a ISABEL RÚA, las nociones tendientes a garantizar la ejecución de la sentencia

de restitución. Ambas con vasta experiencia en la temática, ilustran con ejemplos algunos de los puntos más necesarios para lograr ese fin.

El capítulo 7 da tratamiento y refleja las bondades que el Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección internacional de niños posee, así como su amplio reconocimiento en la comunidad jurídica internacional, además de su complementación con su par de 1980. La necesaria ratificación por parte de los Estados que aún no lo han hecho resulta un pedido a voces.

Los Medios alternativos de resolución de disputas, son tratados en el octavo y último capítulo por la jurista hispano-mexicana NURIA GONZÁLEZ-MARTÍN, quien brinda un panorama detallado y abarcativo de todas sus facetas. No sólo analiza la realidad mexicana, además efectúa un repaso de los antecedentes en la elaboración de normativa y el trabajo de los órganos de codificación, poniendo énfasis en las luces y sombras que la misma adolece, los desafíos del DIPr en cuanto a la jurisdicción y selección del derecho aplicable, como en las características que deben reunir los mediadores en sustracción internacional parental de menores. Se señala a las ODR como método moderno y eficaz, y se deja una clara postura a favor de desjudicializar el proceso de mediación.

Resulta novedosa la elaboración de un capítulo de conclusiones finales, a las que el lector puede acudir en su pesquisa, con el fin de tener un *abstract* del contenido del aporte de cada autor.

Mediante este sucido repaso por el contenido de la obra vemos que hace honor a su nombre, y refleja la situación actual de las cuestiones referidas a los procesos de restitución en Latinoamérica, sus obstáculos y avances, y lo hace tanto desde la situación geográfica de sus autores, englobando países como Argentina, Chile, Costa Rica, Brasil, El Salvador, Uruguay, México, República Dominicana, Venezuela, como desde la procedencia funcional de cada uno.

Académicos de prestigio, que han escrito algunas de las páginas más elevadas sobre el tema, funcionarios de autoridades centrales, quienes se rozan día a día con la realidad, como así también jueces de enlace, quienes con su labor buscan que se evolucione en la búsqueda de soluciones a la problemática del instituto, dan entidad a esta obra que viene a ocupar un espacio imprescindible en la literatura jurídica relativa al niño.

Celebramos su aparición, considerando que estamos ante un

libro que no puede faltar en ninguna biblioteca latinoamericana de cualquier académico u operador jurídico que investigue o lleve a la práctica temas relacionados con los procesos de sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes; son más de 500 páginas de contenido en pos de coadyuvar el desarrollo y mejoramiento del instituto.

*Mgter. FABIO MASTRÁNGELO*

***EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ACTUAL.*** Tomo 2º, DREYZIN DE KLOR, ADRIANA, Zavalía, Buenos Aires, septiembre de 2017, 520 páginas.

Tengo el honor de compartir con el lector la flamante obra de la reconocida jurista mediterránea. El libro es la continuación de la *Parte General* publicada en 2015. En esta oportunidad, se tratan temas de la *Parte Especial* del Derecho Internacional Privado (Dipr.). Si bien el *Manual* está destinado a estudiantes de grado, el mismo no deja de ser de gran utilidad para toda la comunidad jurídica. La actualidad de los contenidos que se abordan, su metodología y sistematización, acompañan el rigor científico que caracteriza a la autora.

Desde hace muchos años, la doctora DREYZIN DE KLOR comanda una de las cátedras de Derecho Internacional Privado, en la Universidad Nacional de Córdoba (UNC) y la de la Universidad Blas Pascal. Además, enseña en múltiples posgrados, en el ámbito nacional e internacional, forma parte del cuerpo de árbitros del Mercosur y es miembro de evaluación del CONICET. Un detalle para nada menor a la hora de ponderar su labor doctrinaria se vincula con su trabajo en la Comisión Redactora del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), que trae aparejado que, mediante la lectura del *Manual* se pueda obtener una mirada fundada de la codificación del Dipr. en nuestro país.

A su vez, en esta ocasión, algunos capítulos se produjeron en coautoría con otros docentes de la cátedra de Dipr. de la UNC y la titular de la cátedra en la Universidad Católica de Córdoba, lo que la hace aún más enriquecedora. Todo lo dicho supone calificar el libro que reseñamos como un material académico de lectura obligatoria para aquellos que se interesen por la asignatura. No solo por el detalle y transcripción de normas, sino por el constante y enriquecedor análisis de resoluciones judiciales dictadas a la luz del CCCN. A lo largo de su recorrido, se puede advertir un enfoque

teórico y práctico, que aporta herramientas fundamentales al momento de estudiar, interpretar y aplicar el Dipr.

En el Capítulo 1, –coautoría con los profesores JORGE ARÉVALO y CRISTINA BRITOS–, la Dra. DREYZIN DE KLOR se ocupa de la persona humana. Allí se detallan los atributos de las personas físicas: el domicilio, la residencia habitual, el nombre, y la capacidad. Por supuesto, siempre desde una mirada *ius privatista internacional*. En ese contexto, se pueden observar en detalle las diferentes regulaciones tanto en el ámbito interno como en el convencional. Asimismo, nunca falta el agregado de jurisprudencia reciente en la materia.

A lo largo del Capítulo 2 se analiza la responsabilidad parental desde una perspectiva multidimensional, ya que en su introducción se toma a la familia internacional como punto de partida, y se mencionan las dificultades que enfrenta el Derecho Internacional Privado de Familia. Además de los institutos específicos como la tutela y curatela, se pone especial énfasis en temas de vital relevancia para esta materia como, las cláusulas de escape y las medidas urgentes.

En el capítulo siguiente, la autora se ocupa de la filiación por naturaleza y las novedades asociadas a la filiación derivada por técnicas de reproducción humana asistida. La filiación adoptiva se reservó para un capítulo aparte. En esta sección se expone la problemática relacionada con este tema en el Dipr., ya que estamos frente a un instituto donde se protegen intereses generales y particulares en forma muy diversa, obstaculizando la armonización. Sin embargo, a lo largo del recorrido del capítulo se obtiene un conocimiento integral respecto a la jurisdicción internacional y el derecho aplicable en la filiación.

Entrando en el análisis del Capítulo 4, dedicado a la adopción internacional, destaco la visión histórica con la que se encara la descripción del instituto. En este camino, se detallan los diferentes convenios internacionales que regulan la materia y su evolución en la legislación nacional. Asimismo, se resalta la vasta jurisprudencia señalada, no solo en formato de citas, sino como análisis pormenorizados de los fallos resueltos recientemente.

En el Capítulo 5, la Dra. DREYZIN DE KLOR y el profesor FABIO MATRÁNGELO se encargan de una cuestión de importancia sideral como lo es la protección internacional de menores. El abordaje es amplio e integral abarcando toda la normativa vigente. Así también, se introduce un comentario a la reciente normativa procesal aprobada en la Provincia de Córdoba, legislación que se instituye como una novedad a nivel nacional.

A continuación se trata el tema de tráfico internacional de menores, sección a cargo de la profesora MARÍA CECILIA AZAR. Si bien esta cuestión podría haberse tratado en el capítulo anterior, considero acertada la división, ya que es habitual la confusión de institutos por los estudiantes. Con respecto a este punto, la profesora se encarga muy bien de aclarar las divergencias existentes. Por otro lado, debido a la relevancia de este fenómeno jurídico resulta necesario su tratamiento en forma individual.

En los Capítulos 7 y 8, la Dra. DREYZIN DE KLOR, junto con los profesores CARLOS ECHEGARAY DE MAUSSIÓN y MYRIAM D. LUCERO, analizan las instituciones del matrimonio, divorcio y obligaciones alimentarias. Los autores detallan los efectos de cada uno de estos fenómenos para el Dipr., desde una mirada amplia, citando las convenciones existentes en esta materia y haciendo énfasis tanto en la jurisdicción como en el derecho aplicable. No falta el análisis de jurisprudencia atinente a los temas tratados.

Seguidamente, se estudia otro tema de importancia fundamental en la materia: la sucesión internacional. Aquí, la titular de la obra junto con la docente MÓNICA BERARDO, reflejan las profundas complicaciones que la transmisión de bienes por causa de muerte genera cuando existe un patrimonio internacionalmente disperso. No obstante, destaco la pedagógica claridad del capítulo, facilitando el estudio e interpretación de la problemática planteada. A renglón seguido, en el Capítulo 10, ambas autoras, analizan en forma exhaustiva el régimen aplicable para los bienes.

En el Capítulo 11, se inaugura el análisis de los aspectos comerciales del Dipr. Así, la parte de contratos internacionales, a cargo de la Dra. DREYZIN DE KLOR junto con ILSE ELLERMAN, sobresale por la profundidad en el tratamiento de este tipo de acuerdos, que imperan en el ámbito de los negocios internacionales. Otra cuestión a destacar, es el desarrollo riguroso de la autonomía de la voluntad, elemento característico de estos contratos. Igualmente se aborda la forma de los actos jurídicos.

En este mismo camino, en el Capítulo 12, se analizan los contratos internacionales en forma particular. La profesora CAROLINA HARRINGTON realiza un desarrollo estricto de un tema central para el ámbito comercial, la compraventa internacional de mercaderías. Allí, se relata sobre este protagonista ineludible del comercio internacional, y su tratamiento resulta, sin dudas, coincidente con su importancia. Punto por punto, se desarrollan los aspectos más considerables del ámbito de aplicación de la convención que rige

esta operatoria, además de razonamientos precisos que efectúa la autora.

Otra cuestión a remarcar, es la inclusión de los contratos de consumo internacional, –estudio realizado por la docente ILSE ELLERMAN–, quien subraya la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra el consumidor en general. Recordemos que esta asimetría se acentúa cuando la contratación adquiere relevancia internacional. Desde esta perspectiva, y con ciertas características propias de las relaciones de consumo internacional, la profesora precisa regulación y jurisprudencia atinente a este entramado de vínculos contractuales.

En el Capítulo 13, la Dra. DREYZIN DE KLOR, –coautoría con ILSE ELLERMAN–, desarrollan las nociones generales de la responsabilidad civil. El punto de partida aquí, es la revisión del sistema. Ello debido al aumento de riesgos de alcance internacional. El examen se circunscribe al estudio de la responsabilidad civil de carácter extracontractual, coincidiendo de esta manera, con el sistema actual del Dipr.

Otro capítulo que destaca por su extensión, además de su valor transcendental en la actualidad, es el número 14 a cargo de la profesora MARÍA CECILIA AZAR. Desde una mirada armonizadora, la docente pone de manifiesto cual es la tarea fundamental del Dipr. en lo que hace a la actuación de las sociedades extranjeras, siendo el reconocimiento y actuación sus puntos claves. Detalle innovador, es el análisis de las sociedades constituidas bajo la modalidad *off shore*. El título abarca su concepto, alcances y propuestas de solución desde la doctrina y jurisprudencia.

A continuación (Capítulo 15), la Dra. ILSE ELLERMAN detalla las cuestiones esenciales para el entendimiento de los títulos valores utilizados en el ámbito internacional. La autora enseña las características de los títulos de créditos y describe su regulación en la dimensión convencional y autónoma.

Por último, en el Capítulo 16, a cargo de todo el equipo que la Dra. DREYZIN conduce y la profesora MARÍA CECILIA AZAR coordina, se trata el relevante tópico de la quiebra internacional. Sin desconocer la problemática que este tipo de procesos enfrenta, la descripción de cada uno de sus aspectos hace de esta sección un trabajo de interés superior para todo aquel que quiera adentrarse en el instituto de la insolvencia transfronteriza. Se desarrollan las diferentes teorías que se aplican, así como su legislación en las diferentes fuentes normativas.

Como colofón basta la mención de una ineludible característica de la obra: el tratamiento de cada instituto remarcando la jurisdicción y el derecho aplicable en forma individualizada y diferenciada, que se traduce en un aporte considerablemente valioso. Fiel a su permanente espíritu docente, la autora se esfuerza por brindar herramientas para superar la contrariedad que genera en algunos estudiantes la complejidad del estudio de los conflictos jurídicos internacionales. En este andarivel, se logra una identificación más rápida y eficaz al momento de resolver alguna duda puntual cuando se intenta incorporar los contenidos detallados.

Asimismo, la división en relación a las fuentes de legislación, sea esta convencional, autónoma o transnacional, facilita aún más su lectura. Por otro lado, resultan interesantes las reflexiones que introducen cada uno de los capítulos. Esto prepara al lector, de forma breve, acerca de la problemática que se va a tratar desde una perspectiva histórica-temporal, y siempre reconociendo las soluciones que restan por alcanzar.

Es necesario distinguir el constante detalle de jurisprudencia actualizada (con su correspondiente índice de casos), y explicación de situaciones fácticas de la vida diaria para adecuar los conocimientos ensayados a una realidad cada vez más cambiante e internacional. Otro detalle mayúsculo es la incorporación de bibliografía al final de cada capítulo, de gran utilidad para aquellos interesados en profundizar los temas enumerados. De más está decir, que esta contribución resulta elemental al momento de estudiar esta disciplina.

Desde siempre, esta asignatura ha representado un desafío para el intérprete ya que implica aplicar una lógica distinta a la usual. Como consecuencia, muchas veces su estudio puede resultar pedregoso. Pese a ello, con este libro se logra superar ampliamente esas dificultades y me permito decir que se convertirá en un gran amigo de todo aquel que anhele imbuirse en terrenos del Derecho Internacional Privado. Vaya esta recensión, a modo de congratulación, para todos los que formaron parte en esta edición, por su pasión y esfuerzo en el arte de enseñar.

*Mgter. MARTINA JEIFETZ*

***HISTORIA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LA ARGENTINA***, BOASSO, PEDRO ANTONIO, Pontificia Universidad Católica Argentina - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, Rosario, 2017, 133 páginas.

El autor, miembro del Instituto de Historia de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la PUCA, viene a colmar un espacio en la historia del derecho internacional privado en nuestro país. Dividido en cinco capítulos, la obra comienza con los antecedentes de la autonomía material del DIPr. en la comunidad internacional, los remotos despliegues en España y América, los pilares constitutivos de SAVIGNY y MANCINI, y los intentos codificadores.

Su condición de profesor universitario de Historia le permite un abordaje amplio, exhaustivo, de todo aquél fenómeno vinculado con la condición jurídica que el extranjero tuvo en nuestro país desde sus orígenes. Comienza con los antecedentes constitucionales de 1812, 1819 y 1826, las constituciones provinciales y el Tratado de amistad, navegación y comercio celebrado con Inglaterra en 1825, que constituyera un precedente del tratamiento que al extranjero otorgaría la Constitución de 1853.

En el capítulo tercero despliega las consecuencias que la Carta Magna a partir del preámbulo y los derechos y garantías en aquélla consagrados, implicaban para el derecho a producirse por nuestro novel Congreso. Repasa así la ley 163 –intervención consular del cónsul en la sucesión de los extranjeros residentes en el país–, la tutela a las marcas de fábrica y patentes extranjeras, el Código de Comercio del Estado de Buenos Aires –que, recordemos– aplicaba al estatuto personal la ley de la nacionalidad, y finalmente, el Código Civil argentino, cuyas disposiciones de DIPr. , con la adopción del derecho domiciliario para la persona humana, y el reconocimiento a la capacidad obtenida en función del domicilio extranjero o local, se colocaba en un lugar privilegiado dentro del contexto internacional jusprivatista a nivel mundial. Los fallidos intentos de reforma y

sustitución del Código de Vélez son también examinados. En otro plano son también examinados los Tratados de Lima, de Montevideo de 1888/9 (éste como una respuesta sudamericana a la identidad jurídica de la región), el Código Bustamante, y los Tratados de Montevideo de 1939/40.

El capítulo cuarto se avoca a la autonomía científica de nuestra disciplina, advirtiéndose que el espíritu cosmopolita formó parte de nuestra identidad como nación desde su consolidación como República. Encontramos allí a CARLOS CALVO, AMANCIO ALCORTA, ESTANISLAO ZEBALLOS, ALCIDES CALANDRELLI, y otros autores que hicieron del DIPr. una verdadera vocación jurídica argentina.

En el capítulo quinto se describe la historia de la autonomía pedagógica, con ANTONIO SAENZ y su Derecho Natural y de Gentes en la Universidad de Buenos Aires, su continuación por RAFAEL CASAGENAS y luego, por VALENTÍN ALSINA (quien fue apartado finalmente por su condición de unitario en el período rosista). Con la caída de JUAN MANUEL DE ROSAS, revive el autor la sucesión de esta cátedra que, luego del período a cargo de FEDERICO PINEDO, cobra su autonomía como Derecho Internacional Privado en el profesor AMANCIO ALCORTA y sus continuadores, ALCIDES CALANDRELLI y CARLOS VICO.

En una época en que se ha afirmado "el fin de la historia" y la vocación por la abstracción de la posmodernidad, el libro de PEDRO BOASSO constituye un verdadero instrumento de reflexión en la construcción de la identidad jurídica argentina, inevitable para la comprensión de nuestra materia en la que –según GUZWILLER, citado por BOGGIANO– *l'histoire est tout*. Esperamos con ansiedad –como lo augura el Doctor NELSON COSSARI en su prólogo– una segunda parte de la obra, que nos revele los despliegues de aquella hasta nuestros días.

*Profesor ALEJANDRO ALDO MENICOCCI*

**LAS COMUNICACIONES JUDICIALES DIRECTAS EN LA COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL**, FORCADA MIRANDA, FRANCISCO JAVIER, (*incluye versión eBook*), Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2017, 487 páginas.

La tesis doctoral de FRANCISCO JAVIER FORCADA MIRANDA evidencia su minuciosa y detallada labor orientada a conocer y hacer conocer una invaluable herramienta para la cooperación jurídica internacional: las Comunicaciones Judiciales Directas (CJD). La obra jurídica que la tiene como base y que hoy reseñamos da acabada cuenta de ello.

Es sabido que en los últimos años el desarrollo tecnológico ha fomentado la consolidación de una serie de mecanismos que persiguen generar una conexión más directa entre las autoridades implicadas para efectivizar la asistencia. Ciertamente, los tradicionales exhortos internacionales no ceden su clásico protagonismo. Empero, el manejo de CJD, con mayor tradición en los países del *common law*, se ha tornado cada vez más frecuente también en países no pertenecientes a ese segmento. Los operadores han tenido la ocasión de constatar sus ventajas, en orden a la aceleración de los tiempos implicados y la desburocratización de algunas gestiones.

Detrás de la figura en estudio existen palpables beneficios relacionados con el acortamiento de los plazos y la adopción de resoluciones más informadas acerca de los condicionamientos y efectos vinculados al sistema jurídico foráneo. No obstante, también es ostensible la generación de condiciones favorables para un efecto menos tangible –pero invaluable– derivado de estas prácticas: aumentar y robustecer recíprocamente la confianza entre los sistemas judiciales como premisa básica de la cooperación jurisdiccional internacional.

El estudio concebido por el Dr. FORCADA MIRANDA es bien consciente de la potencialidad de este recurso para eficientizar la cooperación y de su subutilización a pesar de la ausencia de escollos legales que lo restrinjan.

Es ese el atalaya desde el cual, el jurista y magistrado español se propone abordar las CJD para escudriñar sus particularidades, requerimientos y formas de manifestación en la arena cooperativa internacional actual.

El autor es magistrado en actividad y representante de España ante la Red internacional de jueces de La Haya desde el año 2009. Se trata, por tanto, de un verdadero *insider* de las CJD, que ha tenido la oportunidad de observar, participar y contribuir a su desarrollo.

La obra se estructura en once capítulos, precedidos por la ineludible introducción y rematados por una serie de potentes conclusiones.

La introducción es el espacio propicio para delimitar el estudio emprendido en los límites marcados por las CJD ejercitada por jueces en actividad y en relación a un caso transfronterizo de naturaleza civil o comercial concreto. Aunque no se eluden cuestiones suscitadas en las CJD sin conexión a litigios específicos, entre autoridades centrales o nacionales, el hilo conductor que atraviesa toda la pesquisa está circunscripto a las CJD en los términos apuntados.

El capítulo inaugural acierta al sentar las bases para una comprensión de la cooperación jurídica internacional en su configuración y planteo actual. Luego de una acotada descripción general de la situación desde la mirada del Derecho internacional privado y su manifestación en la Unión Europea, se dedica a vincular el panorama planteado con la irrupción de las CJD y dedica un subcapítulo especial a su función de la superación de inconvenientes detectados en el derecho de familia transfronterizo.

Seguidamente (Capítulo II) se presenta las CJD con todas las de la ley, acotando su conceptualización, desde la perspectiva normativa española y a la luz de los desarrollos de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado. El relevamiento y cotejo de las experiencias de los países del *common law* y del derecho civil resulta fundamental a la hora de deslindar eventuales disparidades y enfatizar caminos comunes. Los inconvenientes asociados al mecanismo no resultan obviados desde que el desconocimiento o falta de formación a la hora de su puesta en práctica, sumados a la evidente necesidad de recursos tecnológicos, en ocasiones atenta contra sus ventajas.

Sin lugar a dudas, la problemática relacionada con la existencia

y necesidad (o no) de bases legales para las CJD conforma uno de los aspectos medulares en cualquier análisis. Si bien se trata de un planteo transversal, presente en toda la obra, debemos admitir que tan minucioso es el abordaje específico en el texto, que se extiende a través de cinco capítulos (III a VII). Según el Dr. FORCADA MIRANDA es uno de los mayores retos que afrontan las CJD para llegar a ser realmente operativas. Afirma el autor que se trata de un aspecto que en ocasiones aparece como necesario para su establecimiento y desarrollo en la línea de posibilitar su utilización. Relata así que el tipo de bases, legales y no legales, formales e informales, su carácter vinculante o facultativo, el puntual contenido de las habilitaciones, legales o no, etc., son asuntos que siempre surgen con inquietud al momento de la efectiva puesta práctica de esta novedosa herramienta de la cooperación judicial transfronteriza.

El capítulo III se destaca por el enfoque teórico del tema, mientras que el capítulo IV ofrece ejemplos de concreciones normativas de las CJD en el ámbito internacional, de la Unión Europea y en redes de cooperación. El debate sobre la necesidad (o conveniencia) de legislar sobre las CJD y la labor de las organizaciones internacionales al respecto es objeto de tratamiento en el Capítulo V. Mientras tanto, el escenario legislativo de 49 países de América, Europa, Oceanía, Asia y África es el protagonista del Capítulo VI demostrando la incansable fatiga investigativa detrás del libro, para reservar el Capítulo VII a la descripción crítica de la situación española.

La importancia de contar con información estadística confiable para evaluar la implementación de los instrumentos internacionales implicados, sopesar posibles obstáculos al fortalecimiento de la protección de niños y detectar potencialidades futuras se palpa en los capítulos VIII y IX de la obra. En el primero de ellos se pone de manifiesto la relevancia de los cuestionarios cumplimentados para reflejar las posiciones y el estado de situación de las CJD en cada sistema jurídico. El estudio se complementa con su aplicación en las reuniones de la RJILH y la Cumbre Judicial Iberoamericana. El capítulo IX está dedicado a describir la naturaleza de las funciones de los jueces que integran la RJILH y dar cuenta acabadamente del papel desempeñado por el autor de la tesis como representante designado por España durante ocho años (2009/2016).

Como una suerte de recapitulación de las bases legales, pero a partir de su clasificación en orden a las técnicas de reglamentación utilizadas, el Capítulo X compila los modelos internacionales de regulación directa e indirecta y plantea el abanico de posibilidades

regulatorias a través del listado de protocolos, directrices, leyes modelos y concordatos, guías prácticas, memorandos, reglas básicas, orientaciones y declaraciones conjuntas.

A lo largo del último capítulo (XI), el autor emprende el estudio de tres componentes ineludibles de la problemática de las CJD: las salvaguardias y garantías, la independencia e imparcialidad de los jueces implicados y la protección y confidencialidad de los datos personales. Se trata de factores cuya consideración no puede ser obviada en ninguna regulación ni en ninguna práctica comunicativa, pues representan el elemento determinante para una comunicación transfronteriza efectiva, que respete los principios liminares del debido proceso.

Las conclusiones de tan detallada pesquisa no defraudan y están a la altura de la obra que culminan, desde que entretienen los resultados que emergen de cada uno de los capítulos anteriores.

Es innegable que las CJD vienen abriéndose paso en el terreno de la cooperación jurídica internacional gracias a las posibilidades abiertas por la tecnología y la proactiva actitud personal e institucional en aras de celeridad e inmediatez en las comunicaciones interjurisdiccionales. El autor del texto que comentamos conjuga sus vivencias como magistrado, académico y asesor en la redacción de normas e instrumentos. El libro condensa su experiencia catalizada por una inocultable y rigurosa tarea de investigación.

La contribución del examen formulado no se acota a la realidad española y se potencia en países como Argentina, que a través de la modernización reciente de su derecho positivo han legislado expresamente la posibilidad de valerse de este recurso (art. 2612 Código Civil y Comercial), circunstancia irradiada en la generación de instrumentos de *soft law* (p. ej. el valioso Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios de Sustracción Internacional de Niños de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 2016).

JAVIER FORCADA MIRANDA está más que convencido del aporte de las CJD a efectividad de la cooperación jurídica internacional. Es un auténtico "militante" y estimamos que el pormenorizado análisis que condujo a las pujantes conclusiones de su tesis no hará más que sumar nuevos adeptos a la causa.

*Profesora CAROLINA HARRINGTON*

***LA HIPERVULNERABILIDAD DEL CONSUMIDOR TRANSFRONTERIZO Y LA FUNCIÓN MATERIAL DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO***, KLEIN VIEIRA, LUCIANE, Buenos Aires, 2017, 580 paginas.

El libro constituye la presentación del resultado de la investigación realizada por la autora para obtener el título de Doctora en Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

El trabajo esta precedido por palabras de los dos codirectores de la tesis, el Dr. ALBERTO DO AMARAL JUNIOR y la Dra. SANDRA NEGRO. El Dr. AMARAL JUNIOR presenta la obra subrayando las cualidades de la investigadora y la investigación realizada. Destaca la tarea descriptiva y analítica del texto, y refuerza la innovación del análisis prospectivo y de su propuesta legislativa. Por su parte, la Dra. NEGRO prologa el trabajo destacando que se trata de "un trabajo serio, actualizado e innovativo, en el cual la autora recurrió a una vasta revisión de la bibliografía nacional en la materia, así como a la doctrina y la jurisprudencia extranjeras".

La obra consta de siete capítulos, además de las conclusiones y recomendaciones y de dos anexos. Dentro de las características generales se destaca el excelente uso del idioma español, no siendo ésta su lengua materna. También es de mencionar el abundante y acertado uso de bibliografía local, regional e internacional.

En el capítulo primero, estudia el establecimiento de la noción de consumidor en sus distintos ámbitos, a partir del análisis de las disposiciones del derecho interno de los Estados mercosureños. Analiza sistemáticamente las calificaciones en la normativa de cada uno de los países de Mercosur, como de los organismos de integración regional y de otros foros codificadores. Destaca la inclusión del concepto de consumidor transfronterizo "hipervulnerable" y del "especialmente hipervulnerable".

En el capítulo segundo, se desarrolla un análisis de las normas propuestas normativas existentes en los distintos foros codificadores

en materia de determinación de la ley aplicable al contrato internacional de consumo. Se menciona especialmente la ausencia de normativa para los consumidores "vulnerables" y de los "especialmente hipervulnerables".

A continuación, la autora se concentra en el examen del panorama existente en el Mercosur en materia de protección al consumidor transfronterizo. Analiza las normas vigentes indirectamente referidas a la cuestión o de alcance más general, para luego entrar en las que son normas específicas o directas relacionadas con el consumidor, con un amplísimo conocimiento y destacándose claro está, el Protocolo de Santa María. Finaliza el acápite con los proyectos que el bloque mercosureño viene trabajando ya desde hace muchos años.

En el cuarto apartado son abordadas las legislaciones relativas al consumidor en los Estados Partes del Mercosur. En particular, matiza la cuestión del derecho internacional privado se hace desde un análisis de carácter dual entre normas materiales e indirectas, pero matizado por la feliz idea del "diálogo de fuentes". Parte de tratar el carácter "tuitivo" de este derecho del consumidor transfronterizo. Avanza desde la dimensión autónoma por derecho material de la protección del consumidor, pasando por el derecho conflictual –tanto el vigente, como el proyectado– y finalmente incluye el derecho de fuente convencional.

En el apartado quinto se desarrolla el tema de la autonomía de la voluntad de las partes de la elección del derecho destinado a regir los contratos internacionales en general. Se trata la libertad de contratación general en las dimensiones autónoma, convencional del Mercosur y regional, como extrarregional y global.

La sexta parte de la obra se aboca a explorar específicamente la autonomía de la voluntad para la elección de la ley aplicable al contrato internacional de consumo. Se entrelaza un análisis de la concepción clásica de autonomía de la voluntad, pasando por las restricciones a la misma, la exclusión de la *lex mercatoria*, la vinculación necesaria en la conexión utilizada, y los límites tradicionales de exclusión de la autonomía de la voluntad: esto es el orden público (del foro) y las normas (internacionalmente) imperativas. También menciona en un subapartado las características que debe reunir una regulación en relación con el consumidor "especialmente hipervulnerable". Finaliza con un análisis de derecho comparado con las más modernas legislaciones.

El ultimo capítulo, se enfoca en el estudio de los métodos de armonización legislativa. Señala acertadamente los diferentes métodos, y vincula a los mismos a cada ámbito de integración regional. Pasa revista al modelo de la Unión Europea para entrar a analizar las alternativas mercosureñas. En este orden de ideas, analiza las posibilidades de modificaciones desde los propios estados, el ámbito de la CIDIP VII, pasando al iter interactivo entre *softlaw* y *hardlaw* en el propio ámbito legislativo del Mercosur. Al finalizar el realiza su propuesta de armonización legislativa para el Mercosur en materia de contratación internacional con consumidores. Esta propuesta incluye calificaciones específicas, limitación del ejercicio de la autonomía de la voluntad, reglas de conflicto materialmente orientadas de carácter subsidiario, normas de conflicto especiales para los contratos con consumidores hipervulnerables, como criterios adicionales de localización y resguardos excepcionales en materia de consumidor vulnerable e hipervulnerable en general de carácter tuitivo.

En las conclusiones y recomendaciones resume, ordena y orienta el criterio del alcance tuitivo de la protección del consumidor transfronterizo en general, como vulnerable, y especialmente del hipervulnerable.

En los anexos se incluyen cuestiones diversas. En el primero de ellos, se incorpora la propuesta de "Acuerdo/Protocolo Mercosur sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales con Consumidores" formulada como texto legislativo. En el segundo se incorpora la amplia mención de jurisprudencia de diversos países regionales y extraregionales.

Para concluir la reseña, cabe señalar que la tesis, como su versión publicada representa un esfuerzo por rescatar a un sujeto de las relaciones jurídico privadas internacionales ampliamente olvidado "el consumidor".

El trabajo remonta desde las relaciones jurídicas y su instrumentación contractual la necesidad de proteger al consumidor transfronterizo, por su carácter vulnerable, pero especialmente al que tiene características hipervulnerables que destaca y que refuerza sistemáticamente.

Metodológicamente es de mencionar su interés en sostener el pluralismo metodológico de manera indiscutida e indiscutible. Para ello maneja las variantes de regulación material e indirecta, a esta última la destaca de manera particular como idónea para la regu-

lación de la temática. También en lo metodológico destaca el uso de la perspectiva del "diálogo de fuentes".

En síntesis, la obra presenta todos los elementos para convertirse en un clásico de la temática del consumidor transfronterizo, por lo moderno, teórica y metodológicamente, por su lenguaje accesible, por su profundidad y por su espíritu tuitivo y crítico para un sujeto particularmente necesitado de protección.

*PROFESOR ERNESTO GASTÓN DE MARSILIO*

**DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO APLICADO – SISTEMATIZACIÓN DE JURISPRUDENCIA.** Directora: ADRIANA DREYZIN DE KLOR - Coordinadores: LUCIANO BUFFA – VIRGINIA CARLETTI – MARÍA EUGENIA FERREYRA - Editorial Advocatus, Córdoba, noviembre 2017, 268 págs.

El sistema de Derecho Internacional privado, como ciencia jurídica dedicada y comprometida con la situación privada internacional, capta la problemática vinculada a las relaciones jurídicas privadas internacionales, conectadas con diversos ordenamientos jurídicos estatales, buscando aquel que nos aproxime a la finalidad que persigue que es la justicia, como lo predica G. VAN HECKE, en particular si partimos del concepto que la justicia que pretende arribar DIPr no es la misma que persigue el derecho privado interno de cada Estado. La diferencia radica en que los "casos multinacionales", objeto del DIPr, presentan una "complicación sustancial" que no aparece en los casos internos.

Frente a estos casos, conectados con varios países, se debe perseguir una Justicia del Derecho interno, pero en un ambiente internacional. En este sentido, el rol de la jurisprudencia resulta de gran ayuda en la interpretación frente al Derecho internacional privado plurilegal, donde sus normas provienen de diversos ámbitos de producción legislativa, dentro del ámbito nacional; por emanar de acuerdos entre los Estados; sea por acuerdos de integración regional e incluso normas que están fuera del sistema jurídico estatal, que provienen de Institutos y Organismos internacionales, que reflejan una regulación normativa más allá del Derecho estatal, normativa que para muchos autores, sí son una expresión de la justicia.

Esta obra, dirigida a estudiantes, magistrados, académicos, tiene como función equilibrar y conectar la construcción teórica y su aplicación práctica. No estamos frente a una colección de fallos,

sino como su mismo nombre lo indica, a una "sistematización de jurisprudencia", en la que se analizan temas centrales de Derecho internacional privado.

El libro utiliza el formato de seis índices, abreviaturas, abreviaturas de tribunales actuantes, temas, por voces, por fuente y por autor. En el mismo, el lector encuentra *leading cases* y fallos de no más de cinco años de antigüedad, provenientes de tribunales de distintas instancias, distribuidos en una parte general y una parte especial.

Con relación a la parte general, abordan la problemática de la cooperación jurisdiccional, excepción de arraigo, fraude a la ley e inmunidad de jurisdicción. Mientras que en la parte especial, analizan temas como matrimonio, alimentos, adopción, restitución internacional de niños, sucesiones, contratos, responsabilidad civil y títulos valores.

Cabe resaltar que la sistematización comprende desde los autos, publicación, fecha de la resolución, tribunal interveniente, breve descripción de los hechos, régimen jurídico, doctrina judicial - mayoritaria y minoritaria, y *leading case* o fallo precedente. Luego, hay un análisis del caso, breves consideraciones del mismo y potencial de aplicación del Código Civil y Comercial de la Nación.

Este libro permite un enfoque actualizado, profundo, pragmático y necesario de temas tan relevantes del Derecho internacional privado. Es meritorio haber logrado una publicación tendiente a tales fines, fruto de un trabajo grupal excelentemente coordinado, bajo una dirección precisa, clara, estimuladora y eficiente.

*Profesora MARÍA CECILIA AZAR*

**LA TENSIÓN COSMOPOLITA. AVANCES Y LÍMITES EN  
LA INSTITUCIONALIZACIÓN DEL COSMOPOLITISMO.** GARCÍA  
SEGURA, C. (Dir.), Tecnos, Madrid, 2016, 376 pp.

Toda obra colectiva es un esfuerzo conjunto, pero sobrellevado de mayor manera por su dirección. Así, el presente *collectpaper* en análisis es muy bien dirigido por la magistral batuta de la catedrática de relaciones internacionales de la Universidad Pompeu Fabra, profesora García Segura.

La idea general de la obra apunta a la concientización del uso y vigencia del cosmopolitismo, para ello luego de un capítulo general, se avanza en el análisis de casos, tratando de enfocar algunos ejes: primero el carácter blando o de softpower del ideario cosmopolita ya no holista universalista en la necesidad de mixturar políticas cosmopolitas en sentido global<sup>1</sup> con la realidad política internacional de un mundo constituido por Estado-Naciones a los cuales se pretende preservar. En segundo término, en los análisis particulares se analiza el cosmopolitismo en sus distintos grados de inserción en las políticas (*policyorientation*) según las regiones, temas y prácticas concretas. Para terminar, planteando a la imagen de "lo" cosmopolita como una tendencia o ideal, más no como una guía de políticas. En una apretada síntesis, el libro plantea el tránsito y comunicación desde el ideario de convincentes principios cosmopolitas a la implementación de los mismos en políticas públicas, que mixturan el interés estatal con la necesidad de dar respuestas globales a problemas universales y generales, pero enfocados en la individualización de las personas afectadas por los mismos.

Esta obra coral se estructura en tres partes yendo de lo general a lo particular. La primera de ellas se titula "Del discurso a la institu-

<sup>1</sup> Pensando globalmente, como humanidad.

cionalización de los principios y normas cosmopolitas" analizando el cosmopolitismo actual teóricamente y relacionado al concepto de "responsabilidad de proteger" (RdP). La segunda parte denominada "Los principios cosmopolitas en Organizaciones y Foros Internacionales" se enfoca en estudios empíricos sobre las instancias de institucionalización del cosmopolitismo en las relaciones internacionales. Finalmente, el apartado tercero se refiere a "Los Principios cosmopolitas en la construcción y gobernanza de Bienes Públicos Globales" y se enfoca en lo relativo a cuestiones regionales o temáticas espaciales.

En la primera parte, se discute la idea de cosmopolitismo desde los "mitos" del modelo westfaliano a una nueva realidad internacional. En los tres capítulos que la componen, los autores se avocan a plantear la relación entre el discurso cosmopolita y la institucionalización de los principios cosmopolitas en la Comunidad Internacional y en la práctica política. El primer capítulo "Entre *Westfalia* y *Worldfalia*: la comunidad internacional como comunidad social, política y jurídica" de ÁNGEL J. RODRIGO, examina jurídicamente los principales lineamientos que sobre salen en un proceso de cambio de orientación cosmopolita desde el mundo occidental westfaliano, en un proceso de decadencia irreversible a una cosmovisión denominada "Worldfalia" de carácter global pero que aún no está claramente definida y constituida; para esta renovada realidad que transita un puente de punta a punta retoma el concepto de comunidad internacional, en el sentido de FERDINAND DE TÖNNIES, y "regulada por un Derecho Internacional auténticamente *público*" (p.24). El capítulo segundo escrito por CATERINA GARCÍA SEGURA y PABLO PAREJA se denomina "La inspiración cosmopolita de la responsabilidad de proteger: construcción normativa y disenso". Basado en el eje conceptual de la Responsabilidad de Proteger –en adelante RDP– en el mencionado sentido de ser una norma sobre un cosmopolitismo blando, los autores discuten la inconsistencia de buena parte del debate entre el Norte Global y el Sur Global. En este sentido apuntan a los primeros como sus impulsores a los segundos como quienes se opondría al mismo como una imposición de los países desarrollados a aquellos que se están desarrollando. Para ello los autores ejemplifican con algunos casos en donde se ve el juego estratégico de los votos de los países del Sur Global dentro del sistema de Naciones Unidas y sus efectos en particular de los desacuerdos teóricos y políticos protagonizados por los países emergentes en torno a la RDP.

El capítulo tercero "El daño medioambiental y la Responsabilidad de Proteger: la necesaria revisión de la doctrina en clave cosmopolita" de MARTA ABEGÓN NOVELLA y MATILDE PÉREZ HERRANZ apuntando a la tirantez entre RDP y el deber de los individuos frente al daño medioambiental. si bien plantean la necesidad de ahondar el discurso teórico de la responsabilización individual en el discurso de la RDP, expresan múltiples argumentos en contra de tal extensión al tema medioambiental ante la posibilidad de resentir la actual adhesión que genera hoy el concepto de manera más general.

Los capítulos que componen la segunda Parte II son dedicados en general al análisis de la aplicación del ideario cosmopolita a algunos regímenes internacionales. Así, el capítulo cuarto de SILVIA MORGADES GIL, titulado "La aplicación extraterritorial del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales: el concepto de jurisdicción en perspectiva cosmopolita" analiza la aplicación extraterritorial del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En particular, la autora destaca el camino transitado por el TEDH desde de una concepción originariamente territorialista de la jurisdicción que ha ido migrando y se ha ido agrupando en otra concepción más centrada en el vínculo persona-Estado en términos de un efectivo control de éste al individuo, aunque sin abandonar la territorialidad como parámetro político y jurídico de la conexión ciudadanía/nacionalidad.

En los dos capítulos siguientes se plantea la tensión entre cosmopolitismo y soberanía estatista planteando como eje del debate la "legitimidad" de los regímenes en el actual entorno internacional en transición. El capítulo cinco de MIGUEL ÁNGEL ELIZALDE, quien denomina su paper "El Organismo Internacional de Energía Atómica: ¿avanzando hacia el cosmopolitismo o enraizado en el enfoque soberanista tradicional?". El mismo como análisis de caso de la OIEA estudia la dimensión formal institucional de la organización detalla aspectos de los objetivos, la membresía, los procedimientos de la toma de decisiones, sus valores, su práctica, etc. concluyendo que la OIEA se ubica preferentemente en el enfoque soberanista tradicional. Finaliza el apartado el capítulo de ANDER GUTIÉRREZ-SOLANA nominado "La imposible legitimidad del G-20 a la luz de las propuestas cosmopolitas", analizando al G20 como eje de la gobernanza a la luz del cosmopolitismo. Si bien desde su título no deja dudas sobre la concepción, el autor supone que la ampliación subjetiva del ámbito donde resolver determinadas cuestiones de la gobernanza económica y financiera (incorporación de más Estados

al foro de discusión), esta ampliación no es suficiente para considerarla una gobernanza cosmopolita o global.

La tercera y última parte analiza la tensión entre el cosmopolitismo y la difundida, aunque inacabada, idea de Bienes Públicos Globales, analizando los casos del discurso del desarrollo y la idea de la paz en un mundo liberal/posliberal.

El capítulo séptimo escrito por JOSÉ ANTONIO SANAHUJA se titula "Entre Westfalia, Southfalia y Cosmópolis: la gobernanza global del desarrollo sostenible en el Horizonte 2030", en el mismo considera los Objetivos de Desarrollo Sostenible y la gobernanza del desarrollo en el objetivo del 2030. La clave de análisis se centra en el cambio del liderazgo de las políticas globales de desarrollo, la cual está desplazándose a nuevos actores, muchos de ellos pertenecientes al sur global cooperando horizontalmente entre sí; por esta razón el eje Norte-Sur deja de ser relevante para el desarrollo y debe dejarse de lado la concepción "post-colonial" del mismo. La conclusión de SANAHUJA es que los ODS plantean un paso adelante en la propuesta cosmopolita, global y transnacional de la agenda del desarrollo.

Los últimos dos capítulos son concatenados. En el capítulo octavo de KARLOS PÉREZ DE ARMIÑO se nomina "La tensión entre lo global y lo local en los procesos de construcción de la paz: aportes para una paz cosmopolita". En el mismo, se interpreta que el clásico modelo de paz liberal (kantiana) no representa un marco de paz históricamente cosmopolita. Como consecuencia, la efectiva concreción de una paz cosmopolita tendría que basarse en una "paz posliberal" que priorizara inicialmente las necesidades de las poblaciones locales, contextualizada al conjunto de creencias, ideas y valores culturales. El trabajo se estructura a partir de los componentes teóricos de la idea de "paz posliberal" tomando el concepto de OLIVER RICHMOND, en este sentido destaca que si bien tiene solidez teórica en su componente crítico fundamentalmente, le falta posibilidad de definir políticas alternativas. Finaliza el libro con el trabajo de ITZIAR RUIZ-GIMÉNEZ intitulado "Mujeres, paz y seguridad: controversias feministas en torno a la paz liberal", en el mismo y basado en el trabajo anterior, la autora analiza las controversias internas y teóricas del feminismo en torno al concepto de paz liberal, focalizando empíricamente en la crítica a la agenda de género.

*Profesor ERNESTO GASTÓN DE MARSILIO*

---

## **INSTITUCIONAL**

---



**ASOCIACION ARGENTINA  
DE DERECHO INTERNACIONAL**

**XXIX° CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO  
INTERNACIONAL**

**Asamblea General Ordinaria de la Asociación Argentina de  
Derecho Internacional - 2017**

Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo  
Ciudad de Mendoza, Provincia de Mendoza, República Argentina  
7, 8 y 9 de Septiembre de 2017

**MEMORIA DEL PERÍODO ESTATUTARIO 2016-2017**

Señores miembros de la A.A.D.I:

A efectos de dar cumplimiento a lo normado en los artículos 25 del Estatuto, 16 del Reglamento de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y concordantes de ambos, se pone a vuestra consideración la Memoria de la labor realizada por la Asociación Argentina de Derecho Internacional durante el período estatutario 2016-2017. En este período se ha destacado el desarrollo de las actividades científicas y académicas que son nuestro objetivo y razón de ser desde el punto de vista institucional y la promoción de las mismas a través de incentivos y estímulos a los jóvenes profesionales y docentes del derecho internacional. Con un constante y efectivo trabajo de Presidencia, Vicepresidencia, Secretaría, Tesorería y Consejeros, hemos logrado, en este ejercicio, mantener la regularidad institucional y económica de nuestra Asociación. Lo realizado surge de lo expresado en esta Memoria y Balance que ponemos a vuestra consideración.

## **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 Institucional**

### **1. Autoridades. Composición del Consejo Directivo y Revisores de Cuentas**

Al inicio del presente ejercicio (1 de agosto de 2016), se encontraban en funciones las autoridades electas en ocasión de la realización del *XXVIIº Congreso Argentino de Derecho Internacional, "A 50 años de la Resolución 2065 (XX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas – Cuestión Malvinas"*, que tuviera lugar en la Sede de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco, sita en Boulevard Almirante Brown 3700 de la ciudad de Puerto Madryn, Provincia de Chubut, se proclamaron las nuevas autoridades del acto eleccionario del día 28 de agosto de 2015. El escrutinio de los votos de elección de integrantes del Consejo Directivo y Revisores de Cuentas de la Asociación para el período 2015-2017, dio el siguiente resultado: **Presidente**: Dr. LUIS CRUZ PEREYRA; **Vicepresidente**: Dra. MARTA YOLANDA TEJERIZO; **Secretario**: Dr. DEMETRIO OSCAR GONZALEZ PEREIRA; **Prosecretaria**: Dra. ADRIANA CASTELANELLI; **Tesorero**: Dr. ROBERTO ARMANDO VICARIO; **Protesorero**: Dr. FELIPE JUAN AMORMINO; **Consejeros Titulares**: Dres. ARMANDO DANIEL ABRUZA, ALEJANDRO ALDO MENICOCCI, JORGE OSCAR PALADINO, ANUNCIADA LATTUCA, MARIELA CARINA RABINO Y ANALÍA CONSOLI. **Consejeros Suplentes**: Dres. ELOISA RAYA DE VERA, ALBERTO MONSANTO, **Revisor de Cuentas Titular**: BRUNO TONDINI; **Revisor de Cuentas Suplente**: GABRIEL DIAS. **Comités de Secciones. Derecho Internacional Público**: Director: DR. ARIEL MANSI; Secretaria, Dra. FABIANA BEAUGE; Vocales: Dres. LEOPOLDO MARIO RODOLFO GODIO, ALEJANDRO CANIO Y JORGE AREVALO; **Derecho Internacional Privado**: Directora: Dra. CAROLINA IUD, Secretaria, Dra. LORENA GRESELIN. Vocales: Dres. ADRIANA ZAVATTI, ADRIANA VERÓNICA VILLA Y SANDRA BLANCO; **Sección Relaciones Internacionales**: Director: Dr. ENRIQUE ARAMBURU, Secretario, Dr. ROBERTO CACHEIRO FRIAS. Vocales: Dres. ANAHI PRIOTTI DE MONREAL, JUAN CARLOS PÉRSICO, CARLOS BIANGARDI DELGADO; **Sección Derecho de la Integración**: Director, Dr. OSCAR BENITEZ; Secretaria:

Dra. ANDREA STRAZIUSO. Vocales: Dres. LUCIANA ESPAZA, SEBASTIÁN MELANO, EDUARDO HORACIO TAGLIANI; **Sección Documentación, Metodología y Enseñanza del Derecho Internacional**: Director, Dr. GUILLERMO ARGERICH, Secretaria, Dra. ZULEMA RODRIGO, Vocales: Dres. JULIO CESAR CÓRDOBA, SILVIA GABRIELA PÉREZ MORENO, MARÍA GLORIA BOTTIGLIERI; **Sección Derechos Humanos**: Directora, Dra. LAURA AGUZIN, Secretario Dr. SEBASTIÁN ALEJANDRO REY. Vocales: Dres. AUGUSTO CATOGIO, JUAN MANUEL BRADI,AMILCAR CROSIO. Las nuevas autoridades fueron proclamadas por los miembros titulares presentes en la Asamblea, habilitados para votar. Se recuerda que según el artículo 28 del Estatuto Social vigente, también ha integrado el Consejo Directivo el Presidente saliente –Dra. BEATRIZ PALLARÉS–, por el período sucesivo al de la finalización de su mandato.

## **2. Incorporación de nuevos miembros**

En el *XXVIIIº Congreso Argentino de Derecho Internacional*, realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de La Matanza (UNLaM), sita en Florencio Varela 1903 de la ciudad de San Justo, Partido de La Matanza, Provincia de Buenos Aires, se aprobó la incorporación de: A) Tres (3) **Miembros Asociados**: BRODSKY, JONATHAN MATIAS; LEJARRAGA, INÉS; GONZÁLEZ JOHANSEN, CHRISTIAN PABLO. B) Dos (2) **Miembros Titulares**: CISELLI, GRACIELA; ESTRADA OYUELA, RAÚL ALFREDO. C) Tres (3) **Cambios de Categoría de Asociados a Titular**: BRADI, JUAN MANUEL; FARRAIRONE, CHRISTIAN HERNÁN y PONS, GUSTAVO GABRIEL.

## **3. Reuniones del Consejo Directivo**

Consensuado por los Sres. Miembros del CD, se establecieron las siguientes fechas y sedes de reuniones: 13 de agosto de 2016, y 7 de septiembre de 2016 ambas en la *Facultad de Derecho, Universidad Nacional de La Matanza, Florencio Varela 1903, de la localidad de San Justo Provincia de Buenos Aires*; 29 de octubre de 2016, 18 de marzo de 2017 y 13 de mayo de 2017 en la sede de la Asociación, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario sita en la calle Cordoba 2020 de la Ciudad de Rosario, Provincia de Santa Fe; el 01 de julio de 2017 en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba; y el 6 de septiembre de 2017, previa al inicio del *XXIXº Congreso Argentino de Derecho Internacional* en el lugar de su sede.

#### **4. Actualización del padrón**

Durante el período de esta Memoria se continuó trabajando en la actualización y depuración del Padrón de Miembros de la Asociación, en el marco de lo establecido en el Capítulo III artículos 20, 32 y 33 del Estatuto, habiéndose contado para ello con la actividad del Señor Presidente, Tesorero y Secretario, además de la constante colaboración de los demás Consejeros, siendo la situación al 31 de julio de 2016 el siguiente:

El Registro de Miembros Histórico, asciende a los 984 Miembros. Todos los Miembros se encuentran anotados en el Libro de Registro de Asociados de la AADI. De ese total, 374 se encuentran con distintas obligaciones incumplidas, 27 han renunciado, 115 han fallecido y 219 son Correspondientes. Se encuentran en condiciones de regularidad 249 Miembros incluidos los ingresados en el año 2016, esto es con deudas no anteriores al año 2012. De estos últimos se encuentran al día, 191 del 2012, 191 del 2013, 171 del 2014, 159 del 2015 y 137 del 2016 y 70 con las del presente año.

#### **5. Regularización institucional**

El Señor Presidente, Dr. LUIS CRUZ PEREYRA, la Vicepresidente Dra. MARTA TEJERIZO, el Secretario, Dr. OSCAR GONZÁLEZ PEREIRA y el Tesorero Dr. ROBERTO VICARIO, han continuado con las gestiones tendientes a la regularización de la AADI, conjuntamente con los Sres. Consejeros Dres. ALEJANDRO ALDO MENICOCCI y FELIPE J. AMORMINO disponiéndose la contratación de un profesional especializado para realizar los trámites y presentaciones necesarios a los fines de regularizar la situación registral de la Asociación Argentina de Derecho Internacional –AADI, ante Inspección General de Personas Jurídicas de la Provincia de Santa Fe- atento cambios producidos en su procedimiento que han demorado la inscripción de los ejercicios 2014/2015 y 2015/2016 y que como se informará en la Asamblea hacen necesaria algunas modificaciones estatutarias, a efectos de llevar en legal y debida forma los libros sociales obligatorios y la correcta realización de los actos asamblearios. Durante el presente ejercicio la Administración Federal de Ingresos Públicos restituyó la exención impositiva que tenía la Entidad quedando totalmente saneadas las presentaciones impositivas ante el organismo de contralor.

### **6. Cuota social**

En la reunión de Consejo Directivo realizada en la Sede de la Asociación, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, el dia 29 de octubre de 2016, se aprobó por unanimidad de los Consejeros presentes mantener el mismo importe de cuota social existente en el año 2016 para el presente período anual, fijándose en \$ 600,00 (pesos seiscientos) para los miembros asociados y \$ 900,00 (pesos novecientos) para los miembros titulares.

### **7. Proyecto de modificación normas Estatutarias**

De conformidad a observaciones formuladas por la Inspección General de Personas Jurídicas de Santa Fe, se ha resuelto en la reunión de Consejo Directivo del trece de mayo de dos mil diecisiete, presentar a la Asamblea un Proyecto de Reforma Estatutaria a fin de dar cumplimiento a las nuevas normas procesales y los ajustes que se han realizado en los distintos organismos ante la Sanción y vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, así como aprovechar la oportunidad para algunas modificaciones y ajustar el Estatuto a la realidad de las actividades científicas y estructurales de la AADI. Fundamentalmente las Reformas se centran en el nombre del órgano ejecutivo de la Asociación y en su cantidad de representantes, en la necesidad de dejar claramente expuestas las formas de notificación y citación a Asambleas de Asociados y la nueva formulación de Secciones y autoridades de las mismas.

## **III. Anuario Argentino de Derecho Internacional**

### **1. Consejo de Redacción del Anuario**

Durante el presente período, el Consejo de Redacción ha continuado conformado de acuerdo a lo resuelto en la reunión de Consejo Directivo llevada a cabo el en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba-UNC, el día 3 de junio de 2016, proponer al Consejo Directivo de la AADI, la incorporación del Dr. Guillermo Argerich como Consejero y confirmar en los cargos de Director; Secretario y Consejeros del Anuario Argentino de Derecho Internacional, a los actuales integrantes. El Consejo Directivo de la AADI aprobó la propuesta del Consejo de Redacción, en la reunión realizada el día 4 de junio de 2016, en la Facultad de Derecho de la UNC.

De tal manera el Consejo de Redacción ha quedado integrado de la siguiente manera:

**Director:** LUIS CRUZ PEREYRA, **Secretario:** JULIO CESAR CÓRDOBA, **Derecho Internacional Público:** GUSTAVO BARBARÁN y ARMANDO ABRUZA; **Derecho Internacional Privado:** AMALIA URIONDO DE MARTINOLI y HORACIO PIOMBO; **Relaciones Internacionales:** ARIEL MANSI y GUILLERMO ROSSI; **Derecho de la Integración:** ARTURO PAGLIARI y ALBERTO MONSANTO; **Documentación, Metodología y Enseñanza:** GUILLERMO ARGERICH; **Derechos Humanos:** VÍCTOR BAZÁN.

**2)** *Propuestas de intercambio de Anuarios entre Asociaciones Académicas y Científicas.* El Sr. Director del Anuario, Dr. LUIS CRUZ PEREYRA ha informado sobre las solicitudes efectuadas por Asociaciones Científicas o Académicas de distintos países para el canje de publicaciones pero que el tema de costos de envíos es una seria dificultad para lograr ese cometido. Asimismo el Consejo Directivo ha resuelto que el tema sea analizado en forma particular en cada caso y se respeten los criterios ya establecidos en cuanto a aceptaciones y cumplimiento del Reglamento de publicación. Se han recibido pedidos del Instituto de Graduados de Altos Estudios Internacionales y Desarrollo de Ginebra, quienes solicitan volúmenes faltantes. También la Universidad Autónoma de México ha solicitado intercambio de volúmenes y la Biblioteca Conjunta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos solicita el envío de ejemplares publicados recientemente para poder continuar con el intercambio de publicaciones. Se ha aprobado el envío de ejemplares del Anuario a dichas Instituciones. Para tratar de abaratar los costo de envío de los Anuarios por vía postal, los Sres. Consejeros autorizaron al Dr. PEREYRA a efectuar consultas a la Editorial Lerner para determinar la posibilidad que dicha Editorial realice los trámites ante la Cámara de Librerías, Papelerías y Afines del Centro de la República –CALIPACER, con sede en la ciudad de Córdoba– la cual está adherida a la Cámara Argentina del Libro –CAL–, y así aprovechar los importantes descuentos para el envío de libros previstos en el Convenio que la CAL tiene con el Correo Argentino. La Editorial Lerner está efectuando los trámites pertinentes a tal fin.

**3)** *Edición y distribución Tº XXIV.* Se editó el Tº XXIV del Anuario (2015) el cual fue presentado y distribuido en el XXVIIIº Congreso Argentino de Derecho Internacional, llevado a cabo en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de la Matanza (UNLaM) sita en la calle Florencio Varela 1903 de la ciudad de San Justo, Provincia de Buenos Aires. Se ha realizado también, una labor conjunta de distribución posterior para su mayor difusión, durante el periodo

que se informa. Asimismo, se han tomado decisiones tendientes a mejorar aún más la calidad de la publicación.

**4)** *Edición, presentación y distribución del Tº XXV (2016) del Anuario Argentino de Derecho Internacional.* El Tº XXV correspondiente al año 2016 será entregado en el XXIXº Congreso Argentino de Derecho Internacional, a realizarse los días 07, 08 y 09 de septiembre de 2017 en la Universidad Nacional de Cuyo de la ciudad de Mendoza. Se continuará con la labor de distribución y envío del Anuario a Instituciones locales y extranjeras. A los fines de evitar gastos de envío, se continuará con la entrega de ejemplares a las Bibliotecas de la Cortes Suprema de Justicia de la Nación, tribunales nacionales y provinciales, Universidades y Colegios profesionales, a través de los Sres. Miembros del Consejo Directivo y del Consejo de Redacción.

**5)** El Director y el Secretario del Anuario han informado al Consejo Directivo de la Asociación, en la reunión llevada a cabo el día trece de mayo de dos mil diecisiete en la sede de la Asociación, acerca de los trámites realizados y pendientes para la incorporación del Anuario al Catálogo de Latindex. Como resultado de dichos trámites y consultas realizadas al Caicyt Conicet –coordinador para nuestro país de Latindex–, se ha informado que: a) se ha constatado que el Anuario se encuentra incorporado, desde hace tiempo, al Directorio de Latindex; b). el Catálogo, es un subconjunto de las revistas incluidas en el Directorio; c) forman parte del Catálogo solamente aquellas revistas que cumplen con un umbral de características editoriales establecidas por el Sistema mediante la aplicación de criterios de calidad editorial. El Director y el Secretario del Anuario Argentino de Derecho Internacional han considerado que el Anuario satisface esos requerimientos, razón por la cual entienden que resultará factible cumplimentar con los restantes requisitos formales exigidos por Latindex para concluir el trámite y solicitar la evaluación del Anuario a los fines de la indexación.

#### **IV. Actividades Académicas y Científicas**

##### **1. CONGRESOS**

###### **a) XXVIIIº CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL -AADI**

En la Asamblea Plenaria llevada a cabo el día 29 de agosto de

2015 en el Salón de Actos de la Facultad de Derecho San Juan Bosco de la Universidad Nacional de la Patagonia, el Sr. Vicepresidente a cargo de la presidencia de la Asociación informó a la Asamblea que con relación a la designación de la Sede y fecha de realización del XXVIIIº Congreso Argentino de Derecho Internacional y de la Asamblea General Ordinaria 2016, que las postulaciones que existían en tratamiento no habían sido confirmadas a la fecha, razón por la cual la Asamblea, por unanimidad, facultó al Consejo Directivo para fijar Sede y fecha del XXVIII Congreso Argentino y Asamblea Anual Ordinaria 2016. El Consejo Directivo, en su reunión del 19 de marzo de 2016 y luego de evaluar varias propuestas, aprobó la postulación de sede efectuada por el profesor JORGE OSCAR PALADINO y el Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de La Matanza, Provincia de Buenos Aires, para los días 8, 9 y 10 de septiembre de 2016.

A continuación se detalla la lista de los temas tratados, aprobados por el Consejo Directivo de la Asociación.

#### ***Sección de Derecho Internacional Público***

Tema: *"Derecho internacional del medio ambiente. Del daño transfronterizo a las cuestiones globales: aspectos jurídicos y económico-financieros"*.

Relator: RAÚL ESTRADA OYUELA

#### ***Sección de Derecho Internacional Privado***

Tema: *"Aportes y desafíos de la regulación del ámbito de la responsabilidad civil no contractual en los casos multinacionales"*.

Relatora: Dra. MARÍA SUSANA NAJURIETA

#### ***Sección de Relaciones Internacionales***

Tema: El Atlántico sur y la comunidad internacional: la Cuestión de las Islas Malvinas".

Relator: GUILLERMO ROBERTO Rossi;

#### ***Sección de Derecho de la Integración***

Tema: *"Fortalezas y Debilidades del Mercosur a 25 de su creación - Alternativas para su desarrollo"*.

Relatora: SILVINA BARÓN KNOLL

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

Tema: "Neuroeducación".

Relator: HERNÁN J. ALDANA MARCOS

***Sección de Derechos Humanos***

Tema: "Debates actuales en materia de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con especial énfasis en el sistema interamericano".

Relatora: LAURA AGUZIN

**b) XXIXº CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL-AADI**

En la Asamblea Plenaria llevada a cabo el día 9 de setiembre de 2016 en el Salón de Actos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de La Matanza, el Sr. Presidente de la Asociación LUIS CRUZ PEREYRA, informó a la Asamblea que con relación a la designación de la Sede y fecha de realización del XXIXº Congreso Argentino de Derecho Internacional y de la Asamblea General Ordinaria 2017, la postulación de sede que se encontraba en tratamiento es la correspondiente a la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo de la ciudad de Mendoza con fecha a definir. Asimismo sobre tablas en la misma Asamblea se realizó una postulación de la Universidad Católica Argentina sede Posadas Provincia de Misiones. Ante ello la Asamblea facultó al Consejo Directivo a que luego de presentadas formalmente las postulaciones tomara la decisión respectiva, por lo que en Reunión del 29 de octubre de 2016 se aprobó la propuesta de sede efectuada por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo de la ciudad de Mendoza para el 7, 8 y 9 del mes de septiembre de 2017 para la realización del XXIXº Congreso Argentino de Derecho Internacional y Asamblea Ordinaria 2017.

A continuación se detalla la lista de los temas a tratar y de los relatores, aprobados por el Consejo Directivo de la Asociación.

***Sección de Derecho Internacional Público***

Tema: "Cincuenta años de labor del Comité Legal de la Organización Marítima Internacional: instrumentos jurídicos".

Relator: GUILLERMO J. BARTOLETTI.

**Sección de Derecho Internacional Privado**

Tema: *"Desafíos actuales en el Derecho Internacional Privado de Familia"*.

Relatora: NIEVE RUBAJA

**Sección de Relaciones Internacionales**

Tema: *"Los Actores no estatales en el derecho de la Comunidad Internacional"*.

Relator: FERNANDO OLTRA SANTA CRUZ

**Sección de Derecho de la Integración**

Tema: *"Crisis del Mercosur en el nuevo escenario mundial: Identidad, proyectos y alternativas de la integración regional"*.

Relator: JORGE MURILLO

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

Tema: *"El uso del lenguaje llano como herramienta facilitadora del derecho internacional"*,

Relatora: RITA TINEO

**Sección de Derechos Humanos**

Tema: *"Migraciones y Derechos Humanos"*.

Relatores: PABLO CERIANI CERNADAS - LUIS ERNESTO CAMPOS - VERÓNICA JARAMILLO FONNEGRA.

**2. ACTIVIDADES CIENTÍFICAS DE LAS DIVERSAS SECCIONES.**

• *Coordinación de las actividades de las Secciones a través de Vicepresidencia (art. 39 del Estatuto)*. Debido a las diversas propuestas de actividades de las Secciones ha sido necesario llevar un orden y coordinación de las mismas y conforme lo dispuesto oportunamente por el Consejo Directivo en el ejercicio anterior con fundamento en *lo dispuesto por el Art. 39 del Estatuto de la Entidad* (en el punto de la coordinación de las actividades de las Secciones y de las funciones de Vicepresidencia) se la ha realizado la coordinación

de las Actividades científicas de la Asociación con registro y toma de conocimiento por Secretaría.

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

- *Jornada Preparatoria de la Sección de Relaciones Internacionales al XXVIIIº Congreso Argentino de Derecho Internacional* en la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES), realizada en el mes de agosto de 2016 sobre el tema "El Atlántico Sur y la comunidad internacional".

- *Actividad de la Sección de Derechos Humanos.* Realizada el 1 de septiembre de 2016 en la Universidad Nacional de José C. Paz. Con participación de las cuatro cátedras de derechos humanos concursadas. Primer Panel: Actividad Preparatoria del Congreso: Desafíos actuales del derecho internacional de los derechos humanos y Segundo Panel: Los derechos económicos, sociales y culturales. Los expositores fueron JUAN PABLO VISMARA, JUAN MANUEL BRADI y SEBASTIÁN REY, todos ellos miembros de AADI y contó con la coordinación del Secretario de la Sección.

- *Actividad de la Sección de Derechos Humanos.* Jornada con temática tratada en la Sección, para dar a conocer resultados y conclusiones del XXVIII Congreso Argentino de Derecho Internacional y para difundir las actividades de AADI. La misma se realizó en noviembre de 2016 en la Facultad de Derecho de la UNL, en la ciudad de Santa Fe.

- *Actividad de la Sección de Derecho Internacional Público.* Seminario "La Argentina y su maritimidad. Ciencias del Mar y Derecho Internacional" (A cien años de la obra del Almirante Segundo Storni). Mar del Plata, Escuela Nacional de Pesca "Comandante Luis Piedra Buena" 30 de noviembre y 1º de diciembre de 2016. Temas y Expositores: Palabras del Capitán de Navío JORGE A. AMATO, Director de la Escuela Nacional de Pesca, A.R.A., y del Lic. MARTÍN MERLINI, Presidente del Consorcio Portuario Regional Mar del Plata. "Segundo R. Storni, un visionario. Su aporte a la formulación del concepto de plataforma continental", conferencia inaugural a cargo de ARMANDO ABRUZA, Profesor de Derecho Internacional Público, UNMdP, AADI. "Hidrografía: historia y misión del Servicio de Hidrografía Naval", Comodoro de Marina VALENTÍN SANZ RODRÍGUEZ, Servicio de Hidrografía Naval. "Convenios sobre responsabilidad por contaminación marina proveniente de buques, elaborados en el marco de la OMI", Capitán

*de Navío (RS)* GUILLERMO BARTOLETTI, A.R.A.. "Formación marítima para el personal de buques pesqueros", Capitán de Ultramar y de Pesca MARCELO R. LUCERO, Escuela Nacional de Pesca. "La Argentina Atlántica: herramientas geopolíticas de un Estado oceánico", Lic. MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ, Asociación Bonaerense de la Industria Naval. "La investigación pesquera desarrollada por el Instituto Nacional de Investigación y Desarrollo Pesquero (INIDEP). El caso del calamar (*Illex argentinus*) y su explotación en el Atlántico Sudoccidental", Dr. OTTO C. WÖHLER, Director del INIDEP. "Oceanografía", Lic. PATRICIA MARTOS, INIDEP, UNMdP. "Características biológicas y estado de explotación de la merluza (*Merluccius hubbsi*)", Lic. GABRIELA IRUSTA, INIDEP. "Pesquería de la merluza de cola (*Macruronus magellanicus*) en el Atlántico Sudoccidental", Dra. ANALÍA GIUSSI, INIDEP. "Pesquería de langostino (*Pleoticus muelleri*) en aguas patagónicas", Lic. PAULA MORIONDO, INIDEP. "Estudios oceanográficos en la Antártida. Un desafío", Lic. RAÚL GUERRERO, INIDEP, UNMdP. "Del 'Titanic' al 'Costa Concordia'. Desafíos del Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar en el siglo XXI (SOLAS)", ALEXIS FERRAIRON, Profesor de Derecho Internacional Público y Comunitario, Universidad FASTA. "Seguridad portuaria", Prefecto JULIO AQUINO, P.N.A. "La Economía Pesquera en el marco de los intereses marítimos", Lic. GRACIELA PIERGENTILLI, Asesora de la Dirección Provincial de Pesca de la Provincia de Buenos Aires. "Rol de la fiscalización para los intereses marítimos", MIGUEL DOBARRO, Director de Fiscalización de la Actividad Pesquera de la Provincia de Buenos Aires. "Convenio Internacional sobre Búsqueda y Salvamento Marítimos (Convenio SAR)", Capitán de Navío GABRIEL ADAD, A.R.A. "Biodiversidad fuera de la jurisdicción nacional", CARLA YACOMINI, AADI. "Ciertos aspectos del régimen comunitario europeo de certificación de capturas", JULIO TILLOY, AADI. "Solución de controversias en derecho del mar", ADRIANA CASTELANELLI, UNMdP, AADI. "Pesca en alta mar y derecho internacional", ARIEL MANSI, Profesor titular de Derecho Internacional Público, UNMdP, AADI. Actividad no arancelada. Con entrega de certificados de asistencia. Coorganizado por AADI, Escuela Nacional de Pesca y Consorcio Portuario Regional-Puerto Mar del Plata.

• *Actividad de la Sección de Derecho Internacional Público.* Coorganizada por AADI y Centro de Actividades Submarinas Escualo (CASE). En el marco del Ciclo de Charlas ConCiencia Marina, exposición a cargo del Dr. Armando Abruza "El Límite Externo de la Plataforma Continental Argentina" 17 de diciembre de 2016, en la Sede del CASE, Gral. Paz 4776 de Mar del Plata.

- *Actividad de la Sección de Derecho Internacional Público. Conferencia del Profesor Doctor MARCELO KOHEN, miembro de la Asociación, La aquiescencia en la Jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia*" realizada el 18 de abril de 2017 en instalaciones del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires coorganizada por AADI Sección Derecho Internacional Público y la ILA rama argentina,
- *Actividad de la Sección Derecho Internacional Público. Conferencia "La Cuestión de las Islas Malvinas. Aspectos Jurídicos. Actualidad".* 19 de abril de 2017 en instalaciones del Colegio de Abogados de Mar del Plata. Exposición a cargo del Director de la Sección ARIEL MANSI. Coorganizada por AADI Sección Derecho Internacional Público y la Comisión de Jóvenes Abogados del CAMDP.
- *Jornada Preparatoria de la Sección de Relaciones Internacionales al XXIXº Congreso Argentino de Derecho Internacional realizada en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba el día 30 de junio de 2017 sobre el tema "Crisis del Mercosur en el nuevo escenario mundial: Identidad, proyectos y alternativas de la integración regional" a cargo del profesor JORGE MURILLO.*
- *Jornada Preparatoria de la Sección Derecho Internacional Privado al XXIXº Congreso Argentino de Derecho Internacional realizada en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba el día 30 de junio de 2017 sobre el tema "Desafíos actuales en el Derecho Internacional Privado de Familia" a cargo de la profesora NIEVE RUBAJA.*

El H.C.D. de la AADI hace su deber felicitar a los organizadores, expositores y colaboradores de cada una de estas actividades en las que debe destacarse el nivel académico y la cuidada y esmerada preocupación por todos los detalles necesarios para el desarrollo de las distintas actividades.

## **VI. Otras actividades**

### **1. Sitio web de la Asociación**

La página Web, de la AADI se encuentra en pleno funcionamiento y actualizada y continúa brindando información útil en sus diversos campos: Autoridades, Miembros, Actualización de datos, Estatuto, Doctrina, Actividades y Novedades. Actualmente se ha mejorado su funcionamiento y actualizado su diseño.

Las propuestas de Actividades Académicas y Científicas de la Asociación, una vez que son aprobadas por el Consejo Directivo,

son remitidas por el Sr. Coordinador, Dr. PEREYRA al Sr. Tesorero, Dr. VICARIO, para ser incorporadas a la página a los fines de la debida publicidad y conocimiento de los asociados y terceros. Se han digitalizado la totalidad de los ejemplares del Anuario y se ha acordado con la Editorial que publica el Anuario. También se encuentran incorporados los reglamentos de la AADI incluso los recientemente modificados.

## **2. Sede de la AADI. Mobiliario**

En el curso del presente año se ha incorporado adquisición de mobiliario para el archivo de toda la documentación de la Asociación, el cual fue instalado en nuestra Sede de la Universidad Nacional de Rosario (UNR). Con ello se ha logrado centralizar la ubicación de la documentación de la Entidad, Actas, Libros y Anuarios, así como un lugar de utilización por nuestros asociados que quieran consultar la biblioteca existente.

## **3. Biblioteca de la AADI**

Se continúa tratando el tema, a los fines de lograr una solución adecuada al tema de la Biblioteca de la AADI. Considerando que en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la UNR se encuentran los libros de la AADI, algunos Consejeros proponen que dentro de la Biblioteca General podría habilitarse un sector para la Biblioteca de la AADI, atendido por los mismos bibliotecarios y otros consideran que es necesario un lugar diferenciado para los libros de la AADI. Se realizan gestiones ante las autoridades de la UNR.

He aquí la síntesis apretada de lo obrado por la Asociación Argentina de Derecho Internacional –AADI– en el ejercicio 1 de agosto de 2016 al 31 de julio de 2017.

DEMETRIO OSCAR GONZÁLEZ PEREIRA  
Secretario AADI

Dr. LUIS CRUZ PEREYRA  
Presidente AADI

**XXIXº CONGRESO ARGENTINO  
DE DERECHO INTERNACIONAL**  
**Asamblea General Ordinaria de la Asociación Argentina de  
Derecho Internacional - 2017**

Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo  
Ciudad de Mendoza, Provincia de Mendoza, República Argentina  
7, 8 y 9 de Septiembre de 2017

***Nómina de Ingresantes como Miembros Asociados***

1. BIBILIONI, Diego

*Especialidad:* Derecho Internacional Público – Adjunto (a cargo de la cátedra), Facultad de Derecho –Universidad Nacional de Cuyo- (UNCu).

*Domicilio:* Junín 175, Ciudad de Mendoza (5500) –Provincia de Mendoza- Teléfonos (261) 6612676

E-mail: diegobibiloni@gmail.com;

*Secciones:* Derecho Internacional Público. Derechos Humanos y Metodología Documentación y Enseñanza del Derecho Internacional.

2. CACERES FALKIEWICZ, Ariadna Janet

*Especialidad:* Derecho Internacional Privado - Adscripta, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales -Universidad Nacional de Córdoba (UNC).

*Domicilio:* Pedro Goyena 930 –Villa Allende- (5105) Provincia de Córdoba

E-mail: ariadnacaceres3@gmail.com; Teléfono (0351) 157023026

*Secciones:* Derecho Internacional Privado. Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales.

**3. CIRASINO SALZMAN, Anna Rosa**

*Especialidad:* Derecho Internacional Público – Adscripta, Facultad de Derecho - Universidad Nacional de Cuyo (UNCu).

*Domicilio:* Perú 556 Ciudad de Mendoza (5500) –Provincia de Mendoza:

Teléfonos: (261) 76628060 -4239578;

E-mail: annitacirasino@gmail.com;

*Secciones:* Derecho Internacional Público. Derechos Humanos y Relaciones Internacionales.

**4. GINOCCHIO, Silvana Micaela**

*Especialidad:* Derecho Internacional Privado - Jefe de Trabajos Prácticos, Facultad de Derecho -Universidad Nacional de Catamarca (UNCa).

*Domicilio:* Eusebio Russo 661, San Fernando del Valle de Catamarca (4700) Provincia de Catamarca

E-mail: silvanaginocchio@hotmail.com;

*Secciones:* Derecho Internacional Privado. Derecho de la Integración y Metodología Documentación y Enseñanza del Derecho Internacional.

**5. GORDILLO REINALDE, Laura Andrea**

*Especialidad:* Derecho Internacional Privado - Adscripta, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - Universidad Nacional de Córdoba (UNC).

*Domicilio:* San Jerónimo 378 PB «A» Centro – Ciudad de Córdoba (5000) Provincia de Córdoba

E-mail: laugordillo@gmail.com; Teléfono: 0351-156652142

*Secciones:* Derecho Internacional Privado. Derechos Humanos y Relaciones Internacionales.

**6. MASTRÁNGELO, Fabio Raúl José**

*Especialidad:* -Derecho Internacional Privado – Jefe de Trabajos Prácticos, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales -Universidad Nacional de Córdoba (UNC).

*Domicilio:* 27 de abril 370 Piso 19 «A» – Ciudad de Córdoba- (5000) Provincia de Córdoba

E-mail: frjmastrangelo@gmail.com; Teléfonos: 0351-6502759/ 4241461

*Secciones:* Derecho Internacional Privado. Derechos Humanos y Relaciones Internacionales.

## 7.- MILONE BARBAGELATA, Mariano Gastón

*Especialidad:* Derecho Internacional Público – Adscripto, Facultad de Derecho - Universidad Nacional de Cuyo (UNCu).

*Domicilio:* García Lorca 1954 –Godoy Cruz –Provincia de Mendoza  
Teléfonos: (251)-4396502 / 3532008;

E-mail: mmilonebarbagelata@gmail.com;

*Secciones:* Derecho Internacional Público. Relaciones Internacionales y Derecho de la Integración.

## 8.- MOYA, María de las Mercedes

*Especialidad:* Derecho Internacional Público - Jefe de Trabajos Prácticos, Facultad de Derecho - Universidad Nacional de Cuyo (UNCu).

*Domicilio:* Coronel Rodríguez 40, Ciudad de Mendoza (5500) - Provincia de Mendoza:

Teléfonos: (261)-154542368;

E-mail: mariadelasmercedesmoya@gmail.com;

*Secciones:* Derecho Internacional Público. Derechos Humanos y Metodología Documentación y Enseñanza del Derecho Internacional.

## 9.- PORTABELLA POLIMENI, Diego Alejandro

*Especialidad:* Derecho Internacional Público - Jefe de Trabajos Prácticos, Facultad de Derecho - Universidad Nacional de Cuyo (UNCu).

*Domicilio:* Tiburcio Benegas 999, Ciudad de Mendoza (5500) – Provincia de Mendoza:

Teléfonos: (261)-5097241

E-mail: diegoportabella@abogadosportabella.com;

*Secciones:* Derecho Internacional Público. Relaciones Internacionales y Metodología Documentación y Enseñanza del Derecho Internacional.

## 10.- ROUSSET SIRI, Andrés Javier

*Especialidad:* Derecho Internacional de los Derechos Humanos -Adscripto, Director de Diplomatura de Posgrado. Facultad de Derecho - Universidad Nacional de Cuyo (UNCu).

*Domicilio:* Emilio Civit 15, Piso 7, Dpto. «2», Ciudad de Mendoza (5500) –Provincia de Mendoza.

Teléfonos: (261)-5196454; E-mail: andres.rousset@gmail.com;

*Secciones:* Derecho Internacional Público. Derechos Humanos y Metodología Documentación y Enseñanza del Derecho Internacional.

**11.- SEGURA, Fabiola de los Angeles**

*Especialidad:* -Derecho Internacional Privado - Adscripta-, Facultad de Derecho - Universidad Nacional de Catamarca (UNCa). *Domicilio:* Andrés de la Vega y Castillo 1595 Depto. «B», San Ramón (4700) Provincia de Catamarca.

Teléfonos: 3834-272743. E-mail: fabiolaseguraab@gmail.com; *Secciones:* Derecho Internacional Privado, Derechos Humanos y Metodología Documentación y Enseñanza del Derecho Internacional.

**12.- VAZQUEZ, Agustina Noeli**

*Especialidad:* Ayudante en Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires.

*Domicilio:* Av. Belgrano 1712 1º Piso, (1043) CABA. Teléfonos: (011) 3551318

E-mail: agustinavazquez@gmail.com; avazquez@derecho.uba.ar *Secciones:* Derecho Internacional Público. Relaciones Internacionales y Metodología, Documentación y Enseñanza del Derecho Internacional.

**13.- VIVIANT y BUSTOS, Jorge Cipriano**

*Especialidad:* Derecho Internacional Público-Jefe de Trabajos Prácticos Facultad de Derecho - Universidad Nacional de Cuyo (UNCu).

*Domicilio:* Paraguay 1240 Depto «3» -Godoy Cruz, (5501) - Provincia de Mendoza.

Teléfonos: 4288999 (261) 6304599.

E-mail: jvivant@yahoo.com.ar

*Secciones:* Derecho Internacional Público. Derechos Humanos y Relaciones Internacionales.

***Nómina de Ingresantes como Miembros Titulares*****1. NEUMAN, María José**

*Especialidad:* -Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado – Profesora titular en la Universidad Nacional de Concepción del Uruguay y Universidad Abierta Interamericana.

*Domicilio:*

*Secciones:* Derecho Internacional Público, Derecho de la Integración y Documentación Metodología y Enseñanza del Derecho Internacional.

## 2. TAGLE FRIAS, Graciela María

*Especialidad:* -Derecho Internacional Privado – Juez de la Red Internacional de Jueces de La Haya – Capacitadora. Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Universidad Nacional de Buenos Aires (UBA).

*Domicilio:* Borelli 6440 Villa Belgrano, Ciudad de Córdoba (5147) Provincia de Córdoba.

Teléfonos: (351) 15-571046; 03543 -421248.

E-mail: graciela@tagle@gmail.com

*Secciones:* Derecho Internacional Privado, Derecho de la Integración y Derechos Humanos.

***Cambios de Categoría de Miembros Asociados a Titulares***

## 1. CELI, Alejandro

*Especialidad:* Derecho Internacional Público - Derecho Internacional Económico. Facultad de Derecho Universidad Nacional de Cuyo (UNCu).

*Secciones:* Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración y Documentación, Metodología y Enseñanza del Derecho Internacional.

*Domicilio:* Seru 75 Ciudad de Mendoza, (5500) Provincia de Mendoza.  
E-mail: akejandroceldelanota@gmail.com;

## 2. GUARDATTI, Georgina Alejandra

*Especialidad:* Jefe de Trabajos Prácticos –Derechos Internacionales Públicos- Facultad de Derecho de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Nacional de Mendoza (UNM).

*Secciones:* Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración y Derechos Humanos.

*Domicilio:* Salta 2443 Ciudad de Mendoza, (5500) Provincia de Mendoza. Telefono: (261) – 43044784 / 156436648  
E-mail: georginaguardatti@gmail.com;

## 3. ORDOÑEZ PENAGOS, Nancy Rocío

*Especialidad:* Derecho Internacional Privado, Adjunta Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina –Sedes La Plata y San Martín – Ayudante –Facultad de Derecho Universidad

Nacional de Buenos Aires (UBA).

*Domicilio:* Lavalle 462 5º Piso «I» Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Teléfonos 114157-3366

E-mail: nancyordonezpenagos@gmail.com

*Secciones:* Derecho Internacional Privado. Relaciones Internacionales y Metodología y Enseñanza del Derecho Internacional.

#### 4. SCIOLLA, Vanina Dolores

*Especialidad:* Auxiliar – Derechos Internaciona Público Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Litoral (UNL).

*Secciones:* Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración y Derechos Humanos.

*Domicilio:* Las Orquideas 6848 Colastiné Norte- Santa Fe (3001) Provincia de Santa Fe.

Telefono: (342)-4401607

E-mail: vanina\_dolores@hotmail.com;

#### 5. TILLOY, Julio Alberto

*Especialidad:* Profesor de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata

*Secciones:* Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración y Relaciones Internacionales.

*Domicilio:* Sarmiento 3573 Mar del Plata (7600) Provincia de Buenos Aires.

Telefonos : (223) 5655857.

E-mail: julio.tilloy@gmail.com;

Se terminó de imprimir en Octubre de 2018 en  
EDICIONES LERNER SRL  
Simón Bolívar N° 312 - CP 5000  
Córdoba - República Argentina



Se terminó de imprimir en Octubre de 2018 en  
EDICIONES LERNER SRL  
Bolívar N° 312 - CP 5000  
Córdoba - República Argentina

