

LOS APORTES DE LA JURISPRUDENCIA
AL DESARROLLO DEL DERECHO INTERNACIONAL

**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA**

**INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO
Y DERECHO DE LA INTEGRACIÓN**

CUADERNO DE DERECHO INTERNACIONAL

Número VII

ISSN: 2314-1905

**CÓRDOBA
REPÚBLICA ARGENTINA
2012**

*El presente volumen es una publicación del
Instituto de Derecho Internacional Público y de Derecho de la Integración
Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba
Volumen VII*

*Copyright Academia Nacional de Derecho
y Ciencias Sociales de Córdoba
Artigas 74 - 5000 Córdoba
Impreso en la Argentina
Queda hecho el depósito que prevé la ley 11.723
www.acader.unc.edu.ar
E-mail: secretaria@acaderc.org.ar*

**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA**

AUTORIDADES
(Período 2010 - 2013)

JUAN CARLOS PALMERO
Presidente

JULIO I. ALTAMIRA GIGENA
Vicepresidente

JORGE DE LA RÚA
Secretario

ARMANDO S. ANDRUET (h.)
Tesorero

LUIS MOISSET DE ESPANÉS
Director de Publicaciones

Dirección: Gral Artigas 74- 5000 – Córdoba
Tel./Fax (0351) 4214929
E-mail: secretaria@acaderc.org.ar
Consulte novedades doctrinarias en la
Página Web: www.acaderc.org.ar
REPÚBLICA ARGENTINA

Presidentes Honorarios

OLSEN A. GHIRARDI
LUIS MOISSET DE ESPANÉS

**INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y
DERECHO DE LA INTEGRACIÓN**

Autoridades

ERNESTO J. REY CARO

Director

ZLATA DRNAS DE CLÉMENT

Coordinadora

Miembros Titulares del Instituto

Abogado OSCAR BENÍTEZ

Abogado GUILLERMO COSTILLA

Doctora ZLATA DRNAS DE CLÉMENT

Abogada SUSANA GALVÁN

Mgter. MAGDALENA GARCÍA ELORRIO

Abogado DIEGO GARCÍA MONTAÑO

Abogada ESTHER MATHIEU

Doctor ARTURO S. PAGLIARI

Doctor EDUARDO PINTORE

Doctora MARÍA CRISTINA RODRÍGUEZ

Abogada GLORIA ROSENBERG

Doctora GRACIELA R. SALAS

Mgter. SUSANA M. SARTORI

Doctor LUIS SAVID BAS

Doctor CHRISTIAN G. SOMMER

Mgter. MARÍA ALEJANDRA STICCA

Miembro Correspondiente del Instituto

Doctor JOSÉ ALEJANDRO CONSIGLI (Buenos Aires)

COMITÉ EDITORIAL

Dr. Luis Moisset de Espanés

Dr. Ernesto J. Rey Caro

Dra. Zlata Drnas de Clément

Dra. María Cristina Rodríguez de Taborda

COMITÉ EVALUADOR EXTERNO

Dr. RAFAEL CASADO RAIGÓN (España)

Dr. HUGO LLANOS MANSILLA (Chile)

Dr. MANUEL PÉREZ GONZÁLEZ (España)

Dr. ANTONIO REMIRO BROTONS (España)

Dra. FRIDA M. ARMAS PFIRTER (Argentina)

PALABRAS PRELIMINARES

El tema de la solución pacífica de las controversias internacionales, que fue elegido por los miembros del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de esta Academia para ser abordado en las sesiones del año 2012, que tiene muchos puntos de conexión con el tópico escogido para las reuniones del año anterior, dio origen a medulosas exposiciones e interesantes debates. Como en otras ocasiones, y siguiendo una práctica ya institucionalizada, la labor realizada se complementó con una jornada dirigida a docentes y alumnos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba en el mes de octubre del mismo año.

Es más que conocido el hecho de que en la comunidad internacional, desde tiempos remotos, se produjeron discrepancias o conflictos entre sus integrantes que cuando no pudieron ser zanjados en forma amistosa condujeron a las guerras, con la consiguiente pérdida de vidas y bienes. La lucha armada constituyó un medio extremo pero usual al que recurrieron los gobernantes en todas las épocas, aunque las consecuencias y deshumanización llegaron al paroxismo en el siglo pasado, protagonista de las dos grandes guerras mundiales.

No obstante, no todos los conflictos desembocaron en enfrentamientos bélicos y los medios de solución pacífica surgieron coetáneamente con el desarrollo y evolución de las relaciones interestatales. Las negociaciones directas, la mediación y el arbitraje -v.gr.- fueron mecanismos que se hicieron frecuentes en la Edad Media, y comenzaron a incorporarse con asiduidad en muchos tratados internacionales a partir del siglo XVIII.

Aunque la idea de crear tribunales internacionales a los cuales se pudiera recurrir para resolver los conflictos o controversias internacionales fue esbozada ya por la doctrina en aquella etapa histórica, es recién en

el siglo XX cuando se materializan muchos proyectos -como la constitución de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya, La Corte Permanente de Justicia Internacional y la actual Corte Internacional de Justicia-, y se multiplican los órganos judiciales otorgándose un *ius standi* no sólo a los Estados sino también a otros entes internacionales e, incluso, al individuo. Cabe recordar entre los precedentes un aporte continental, la Corte Centroamericana de Justicia, creada en 1908, a la que tuvieron acceso los Estados y los particulares. La multiplicación de tribunales internacionales de alcance regional o con competencias especializadas constituye uno de los acontecimientos más relevantes del siglo pasado y los pronunciamientos de tales tribunales han tenido una influencia inapreciable en la evolución del Derecho Internacional.

Este nuevo “material” ha servido para que muchos estudiosos de la realidad internacional y de este aspecto particular de nuestra disciplina hayan desarrollado valiosas investigaciones y en la actualidad, enhorabuena, la bibliografía sobre el tema es abundantísima. No es de extrañar que algunos miembros de nuestro Instituto se hayan sentido atraídos por esta materia y que hayan elaborado atrayentes contribuciones que hoy se incorporan en esta nueva entrega de los Cuadernos. Prueba de esta convicción son los trabajos de Zlata Drnas de Clément, Arturo Pagliari, Graciela R. Salas, María Cristina Rodríguez de Taborda, Susana Sartori, Christian Sommer, Susana B. Galván, Diego García Montaña, Eduardo José Pintore y Magdalena García Elorrio. Vaya a ellos nuestro agradecimiento.

Ernesto J. Rey Caro

**VIGENCIA DE LAS INSTITUCIONES DEMOCRÁTICAS
EL LAUDO N° 1/12 DEL TRIBUNAL PERMANENTE DE
REVISIÓN
DEL MERCOSUR**

**FORCE OF DEMOCRATIC INSTITUTIONS
AWARD N° 1/12 OF THE MERCOSUR PERMANENT
REVIEW COURT**

*Ernesto J. Rey Caro **

Resumen: El trabajo analiza situaciones fácticas y jurídicas que rodean el pronunciamiento de 21 de julio de 2012 del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR con relación a la vigencia de las instituciones democráticas en Paraguay y la suspensión de ese país de su participación en los órganos del MERCOSUR.

Palabras-clave: Instituciones democráticas - Debido proceso - Paraguay - MERCOSUR.

Abstract: The paper analyzes factual and legal situations linked to the pronouncement of July 21, 2012 of the MERCOSUR Permanent Review Court regarding the validity of democratic institutions in Paraguay and the suspension of that country of its participation in MERCOSUR bodies.

Keywords: Democratic institutions - Due process - Paraguay - MERCOSUR.

El 21 de julio de 2012, el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur se pronunció en el procedimiento de urgencia solicitado por la

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor emérito de la Universidad Nacional de Córdoba (República Argentina). Director del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

República del Paraguay en relación con la suspensión de su participación en los órganos del Mercado Común de Sur y la incorporación de Venezuela como Miembro Pleno ¹.

Los antecedentes de la situación que originó el petitorio de Paraguay, se localizan en la destitución por el Senado de la República de Paraguay, previa participación de la Cámara de Diputados, del presidente Fernando Lugo y la asunción del vicepresidente Federico Franco en su reemplazo, hecho producido el 22 de junio del mismo año.

Los presidentes de los países Miembros del Mercosur en la reunión celebrada en la ciudad de Mendoza a fines de junio de 2012, adoptaron el día 29 de dicho mes una Decisión que rezaba: “1. Suspender a la República del Paraguay del derecho a participar en los órganos del Mercosur y de las deliberaciones, en los términos del artículo 5° del Protocolo de Ushuaia” ². En los fundamentos se señala que de conformidad con este Protocolo sobre Compromiso Democrático, la plena vigencia de las instituciones democráticas se considera esencial para el desarrollo del proceso de integración, constituyendo tal ruptura “un obstáculo inaceptable para la continuidad del proceso de integración”. Asimismo se destaca que conforme a los tratados fundacionales del Mercosur, la suspensión aparejaba la limitación en la participación de Paraguay en la participación de los órganos, “así como la pérdida de los derechos de veto y de voto”. Se menciona la “Declaración de los Estados Partes del Mercosur y Estados Asociados sobre ruptura del orden democrático en Paraguay”, emitida el 24 de junio del mismo año ³.

La Decisión de marras también establece que: “2. 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 y Uruguay, en los términos del inciso ii) de dicho artículo”, y que la suspensión cesará -apartado 3- cuando, de acuerdo a lo establecido en el

¹ Conf. Mercosur, Tribunal Permanente de Revisión, Laudo N° 1/2012.

² Conf. “Decisión sobre la Suspensión del Paraguay en el Mercosur en aplicación del Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático”.

³ Conf. “Declaración de los Estados Partes del Mercosur y Estados Asociados sobre ruptura del orden democrático en Paraguay”.

artículo 7° del Protocolo de Ushuaia, se verifique el pleno establecimiento del orden democrático en la parte afectada, manteniendo los Cancilleres “consultas regulares al respecto”. Se resuelve asimismo comunicar al Parlamento del Mercosur la decisión adoptada.

Cabe señalar que la Declaración del 24 de junio, suscripta por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República de Uruguay, la República Bolivariana de Venezuela, el Estado Plurinacional de Bolivia, la República de Chile, la República de Colombia, la República de Ecuador y la República de Perú, destacaba que de acuerdo al Protocolo de Ushuaia de 1998, la plena vigencia de las instituciones democráticas, era condición esencial para el desarrollo del proceso de integración y, en la parte decisoria se expresaba en primer lugar, la “más enérgica condena a la ruptura del orden democrático en la República del Paraguay por no haberse adoptado el debido proceso” y “suspender al Paraguay en forma inmediata y por este acto, del derecho de participar de la XLIII Reunión del Consejo del Mercado Común y Cumbre de Presidentes del Mercosur, así como de las reuniones preparatorias que tendrán lugar en la ciudad de Mendoza, entre el 25 y 29 de junio de 2012”. En su apartado tercero se estableció que en la Reunión Cumbre del Mercosur de Jefes y Jefas de Estado se adoptarían ulteriores medidas.

Juntamente con la Decisión mencionada, del 29 de junio, los presidentes de Argentina, Brasil y Uruguay suscribieron una “Declaración” que dispuso en el primer apartado “El ingreso de la República Bolivariana de Venezuela al Mercosur”, y convocaron a una reunión especial para el 31 de junio de 2012 para la “admisión oficial de este país al Mercosur. En un tercer apartado se convoca a todos los países de América del Sur “para que en el complejo escenario internacional actual se unan, para lograr que el proceso de crecimiento e inclusión social protagonizado en la última década en nuestra región, se profundice y actúe como factor de estabilidad económica y social en un ambiente de plena vigencia de la democracia en el continente”.

Se advierte entonces que los acontecimientos producidos en Paraguay determinaron dos decisiones en el seno del Mercosur. Por una parte, la suspensión aplicada al Paraguay en los términos ya mencionados y, por la otra, la incorporación de Venezuela como Miembro Pleno. Ello sin perjuicio de que ya con fecha 24 de junio se aplicara una primera suspensión en virtud de la cual se negó a este país la participación en la Cumbre de Mendoza.

De la relación fáctica realizada, surge que el instrumento axial sobre el que se apoyaba la determinación de suspender a Paraguay, fue el Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile, de julio de 1998.

Este instrumento, establece -artículo 2º-, que “se aplicará a las relaciones que resulten de los respectivos Acuerdos de integración vigentes entre los Estados Partes del presente Protocolo, en caso de ruptura del orden democrático en alguno de ellos” y que de producirse tal hecho -artículo 3º- ello “dará lugar a la aplicación de los procedimientos previstos en los artículos siguientes”. Estos procedimientos y la forma de adopción de las medidas pertinentes han sido regulados en los artículos 4º, 5º y 6º.

En primer lugar -artículo 4º-, en el caso de “ruptura” del orden democrático en un Estado Parte, “los demás Estados Partes promoverán las consultas pertinentes entre sí y con el Estado afectado”. Cuando las consultas mencionadas -artículo 5º- resultaren infructuosas, los demás Estados Partes del Protocolo, según corresponda de conformidad con 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”. Tales medidas, de conformidad con este mismo dispositivo “abarcarán desde la suspensión del derecho a participar en los órganos de los respectivos procesos de integración, hasta la suspensión de los derechos y obligaciones emergentes de esos procesos”. Las medidas previstas en el artículo 5º se adoptan por “consenso” y se comunican al Estado “afectado”, el cual no participará en el proceso decisorio pertinente. Las medidas entran en vigor en la fecha en que se realiza la comunicación. Las medidas cesan -artículo 7º- a partir de la fecha en que se comunique al Estado sancionado el acuerdo de los Estados que adoptaron tales medidas “de que se ha verificado el pleno restablecimiento del orden democrático”, y tiene lugar “tan pronto ese restablecimiento se haga efectivo”.

Del examen de la situación y del instrumento invocado para la suspensión, emanan algunas circunstancias que merecen ser destacadas.

En primer lugar, en las decisiones adoptadas el 24 de junio y el 29 de junio, no se efectúa relación alguna de los hechos concretos en que se fundamentan. Sólo se menciona genéricamente “la ruptura del orden democrático” y “no haberse respetado el debido proceso”. Podría deducirse que la ruptura del orden democrático se habría producido por no haberse respetado el debido proceso en la destitución de Lugo, pero no hay referencia alguna. Medidas de tal envergadura, que implican la suspensión del

Estado Parte de conformidad con el Protocolo de Ushuaia, en nuestra opinión, deberían haberse fundado adecuadamente y con mención expresa de los hechos, sin perjuicio de la valoración que de éstos pudiera realizar cada Estado Parte que participa en la toma de la decisión pertinente.

Pero lo más preocupante, es que no se ha seguido el procedimiento establecido en el Protocolo, que como lo hemos señalado prescribe consultas con “el Estado afectado”. *Paradójicamente la resolución que suspende a Paraguay “por no haberse respetado el debido proceso”, se adopta en violación del “debido procedimiento” prescripto en el instrumento convencional aplicado.*

Otra de las consecuencias derivadas de la suspensión aplicada a Paraguay, es la *incorporación de Venezuela*. En efecto, los términos del Tratado de Asunción son claros al respecto, en cuanto dispone para el caso de adhesión al Tratado -artículo 20 *in fine*- que la aprobación de la solicitud será objeto de “*decisión unánime de los Estados Partes*”. La vigencia de este dispositivo se reitera expresamente en el Acuerdo Marco para la Adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al Mercosur del 8 de diciembre de 2005.

Es conocida la circunstancia de que Paraguay no había prestado aún el consentimiento requerido por el Tratado de Asunción. *La suspensión impuesta no le ha quitado el carácter de Estado Parte y Miembro del Mercosur*. De allí que la resolución adoptada el 29 de junio por los otros tres Estados del Mercosur de efectivizar el ingreso de Venezuela, importa una clara violación del Tratado de 1991.

Cabe señalar que el Protocolo de Montevideo, suscripto en diciembre de 2011, conocido también como Ushuaia II, y que aún no se encuentra en vigor, al margen de tener un ámbito de aplicación más amplio, luce como un instrumento más completo. Este Protocolo se aplicará -artículo 1º-, en caso “de ruptura o amenaza de ruptura del orden democrático, de una violación del orden constitucional o de cualquier situación que ponga en riesgo el legítimo ejercicio del poder y la vigencia de los valores y principios democráticos”. Enumera las autoridades u órganos competentes para intervenir, y el lugar de la reunión de éstos -artículo 2º-; el procedimiento a seguir -artículos 3º, 4º y 5º- y, lo que es útil destacar, se establece en el dispositivo siguiente un catálogo de medidas que pueden ser adoptadas. Ellas son: suspender el derecho a participar en los distintos órganos de la estructura institucional del Mercosur; cerrar en forma total o parcial las fronteras terrestres; suspender o limitar el comercio, tráfico

aéreo y marítimo, las comunicaciones y la provisión de energía, servicios y suministros; suspender a la Parte afectada del goce de los derechos y beneficios emergentes del Tratado de Asunción y sus protocolos y de los acuerdos de integración celebrados entre partes; promover la suspensión de la Parte afectada en el ámbito de otras organizaciones regionales e internacionales; promover ante terceros países o grupos de países la suspensión a la Parte afectada de derechos y/o beneficios derivados de los acuerdos de cooperación de los que fuera parte; respaldar los esfuerzos regionales e internacionales, en particular en el marco de las Naciones Unidas, encaminados a resolver y a encontrar una solución pacífica y democrática a la situación acaecida en la Parte afectada; y adoptar sanciones políticas y diplomáticas adicionales. Prescribe que tales medidas “guardarán la debida proporcionalidad con la gravedad de la situación existente, no deberán poner en riesgo el bienestar de la población y el goce efectivo de los derechos humanos y libertades fundamentales en la Parte afectada; respetar la soberanía e integridad territorial de la Parte afectada, la situación de los países sin litoral marítimo y los tratados vigentes”. En otras normas se prevé la forma de aplicar las decisiones adoptadas, la vigencia de ellas, la cesación de su aplicación, etc. No es el objetivo de estas reflexiones analizar este instrumento, que merece de por sí un detenido estudio que tendría que abarcar sus virtudes y también las numerosas dudas que se originan de su detenida lectura. Sólo ha sido traído a colación para resaltar los silencios y ausencia de previsiones que se observan en el Protocolo de Ushuaia.

Otra cuestión que abre muchos interrogantes, que se origina en las disposiciones de la *Decisión de los Jefes de Estado de 29 de junio*, es la previsión del apartado 2 referida a los incisos ii y iii del artículo 40 del Protocolo de Ouro Preto, a aplicarse durante el periodo que dure la suspensión incoada a Paraguay. En efecto, *de conformidad con tal previsión podrán incorporarse normas sin la participación de Paraguay*. Si se trata de normas que ya han sido aprobadas con la participación de este país -que no ha perdido la calidad de Estado Parte en el Tratado de Asunción, el Protocolo de Ouro Preto y todos los demás acuerdos-, pero que aún no han sido incorporadas, aquella determinación resulta claramente violatoria del referido artículo 40 en cuanto dispone que “cuando **todos** los Estados hubieren informado la incorporación a sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, la Secretaría del Mercosur comunicará el hecho a cada Estado Parte”. ¿Este ha sido el propósito de los Estados

que aplicaron la sanción? Por otro lado, surge el interrogante en relación a si esa norma incorporada sólo con la participación de los tres Estados que aplicaron la sanción podría tener efectos en relación a Paraguay. Igualmente, si aquella determinación incluida en la Decisión estuviera referida a normas que se pudieran aprobar durante la vigencia de la suspensión, es decir aprobadas sin la participación de Paraguay por estar suspendida su participación en los órganos del Mercosur, nos encontraríamos ante un “derecho” aplicable solamente a una parte de los Estados Miembro del Mercosur. Asimismo, nos preguntamos: ¿qué obligatoriedad tendrían para Paraguay una vez que hubiera cesado la suspensión aplicada? Entendemos que la modificación de los instrumentos convencionales no puede realizarse sin el consentimiento de Paraguay mientras no cese su calidad de Estado Parte de los mismos, pues constituiría una clara violación de los principios que regulan el Derecho de los Tratados y de la Convención de Viena de 1969 sobre la materia, vigente para los cuatro Estados. Asimismo, reiteramos: la Decisión de 29 de junio no contiene la fundamentación que requeriría la adopción de sanciones tan graves como la aplicada a Paraguay. Creemos que ha existido una gran improvisación que en nada contribuye al afianzamiento de este proceso de integración, sin entrar en la valoración de los hechos acontecidos en Paraguay y su relación con la sanción aplicada, tema este que como lo anticipáramos merecería por sí solo un detenido estudio. Por otra parte, nos preguntamos si ha sido adecuada la equiparación que realiza el Protocolo de Ushuaia de los Estados Parte del Mercosur con los Estados Asociados, que habilita a estos últimos a aplicar determinadas sanciones a los primeros. Quedan también en duda los efectos que pudieran derivarse de la suspensión en relación a la representación de Paraguay y los derechos de ésta en el Parlamento del Mercosur. En nuestro entender, no la afectaría.

Retomando las observaciones sobre el *Laudo del TPR de 21 de julio*, es necesario destacar que la presentación de Paraguay ante el Tribunal tenía por objeto solicitar la aplicación de una medida excepcional de urgencia de conformidad con lo establecido en el artículo 24 del Protocolo de Olivos⁴, a los efectos de que: 1) se declarara inaplicable la deci-

⁴ Este dispositivo estipula: “El Consejo Mercado Común podrá establecer procedimientos especiales para atender casos excepcionales de urgencia que pudieran ocasionar daños irreparables a las Partes”.

sión de suspender a Paraguay de participar en los órganos del Mercosur y, 2) se declarara inaplicable la declaración que incorporaba a la República Bolivariana de Venezuela como miembro pleno del Mercosur. La competencia del Tribunal se fundaba en el art. 2º, inc. b de la Decisión 23/04⁵ y subsidiariamente, en el artículo 1º, y en el 23 del PO referente al acceso directo en única instancia al TPR⁶.

Paraguay sostiene, en la acción promovida, que el 22 de junio de 2012 el Senado paraguayo destituyó al entonces presidente Fernando Lugo Méndez, como consecuencia de un juicio político llevado a cabo de conformidad con lo establecido en el art. 225 de su Constitución, agregando que *en la noche de ese mismo día el presidente depuesto aceptó la decisión del Congreso*. La demanda reseña también los hechos producidos en el seno del Mercosur con motivo de aquel acontecimiento y reclama por la gravedad de las medidas adoptadas en la Cumbre de Presidentes, las que causaban un gravamen irreparable por el hecho de que le impedían ejercer sus derechos soberanos e inalienables como Estado fundador del Mercosur.

Alega igualmente, que la referida suspensión no se efectuó mediante una norma emanada de los órganos enumerados en el Protocolo de Ouro Preto ni en aplicación de las fuentes jurídicas enunciadas en el art. 41 del mencionado Protocolo, y cuestiona la legalidad de los jefes de Estado para adoptar decisiones obligatorias en razón de que las cumbres presidenciales no constituyen ni integran los órganos del Mercosur y que las decisiones no se ajustan a su normativa.

Asimismo *Paraguay considera que no se había producido ruptura alguna del orden democrático y que no se habían realizado las consultas previas previstas en el artículo 4º del Protocolo de Ushuaia*.

⁵ Artículo 2º, inc. b): “*Que la situación se origine en acciones o medidas adoptadas por un Estado Parte, en violación o incumplimiento de la normativa Mercosur vigente*”.

⁶ Artículo 23: “*1. Las partes en una controversia, culminado el procedimiento establecido en los artículos 4 y 5 de este Protocolo, podrán acordar expresamente someterse directamente y en única instancia al Tribunal Permanente de Revisión, en cuyo caso éste tendrá las mismas competencias que un Tribunal Arbitral Ad Hoc y regirán en lo pertinente, los artículos 9, 12, 13, 14, 15 y 16 del presente Protocolo. 2. En este supuesto los laudos del Tribunal Permanente de Revisión serán obligatorios para los Estados parte en la controversia a partir de la recepción de la respectiva notificación, no estarán sujetos a recurso de revisión y tendrán con relación a las fuerza de cosa juzgada*”.

En cuanto a la incorporación de *Venezuela* como miembro pleno, Paraguay alega esencialmente que no se había contado con su participación como Miembro Pleno del Mercosur y la falta de unanimidad requerida para la toma de decisiones de conformidad con lo dispuesto por el *art. 20 del Tratado* de Asunción, y la inobservancia de lo consignado en el *art. 40 del Protocolo* de Ouro Preto sobre vigencia simultánea de las normas emanadas de los órganos del Mercosur. Alega para sustentar su postura normas y principios del derecho internacional, que violarían la decisión adoptada por los presidentes, como así también la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Paraguay estima que las *decisiones objeto de la acción promovida adolecen de falta de motivación*, y que ellas generan responsabilidad internacional por incumplimiento del sistema normativo del Mercosur y otras normas y principios de derecho internacional.

Afirma Paraguay asimismo, que recurre en forma directa al Tribunal por las razones ya apuntadas, ya que las demás instancias a las que podría recurrir dentro del sistema de solución de controversias del Mercosur quedarían excluidas como consecuencia de la suspensión y la imposibilidad de participación de sus representantes en los órganos que deberían intervenir para conformar el procedimiento.

Los tres países accionados respondieron en forma conjunta. En primer lugar, plantearon la excepción preliminar de incompetencia *ratione materiae* del Tribunal, arguyendo que la decisión cuestionada en el marco de Protocolo de Ushuaia y del sistema de solución de controversias del Mercosur “era de naturaleza comercial”. Igualmente los Estados accionados sostuvieron que entendían que la democracia era condición *sine qua non* para el desarrollo de proceso de integración y que *el Protocolo de Ushuaia escapaba al sistema de solución de controversias del Mercosur y en consecuencia que la decisión de suspender a Paraguay con sustento en el artículo 5° del Protocolo de Ushuaia no podía ser examinada por el Tribunal Permanente de Revisión*.

La segunda cuestión preliminar esgrimida, se fundaba en la inadecuación de la vía escogida en razón de que los casos de urgencia previstos en el *art. 24 del Protocolo de Olivos* no eran extensibles al objeto de la presentación de Paraguay, dado que este precepto contemplaba casos específicos de naturaleza comercial. La tercera cuestión preliminar aducía que Paraguay no había iniciado las negociaciones directas previas, y que carecía del consentimiento de los Estados accionados para el ejercicio de la competencia originaria conforme al *art. 23 del Protocolo de Olivos*.

En cuanto al fondo de la cuestión, los accionados sostuvieron que el procedimiento para aplicar el art. 5° del Protocolo de Ushuaia no preveía ningún “rito solemne” ni “formalidades” y que las medidas adoptadas habían sido “de naturaleza estrictamente política”. Asimismo arguyeron la legalidad de la suspensión aplicada a Paraguay en razón de que “realizaron consultas previas con diversos actores políticos paraguayos a los que solicitaron sea respetado el derecho de defensa y la garantía del debido proceso”. Reivindicaron la competencia de los jefes de Estado para adoptar la decisión de marras, en razón de que el Protocolo de Ushuaia no establece nada al respecto y alegaron que la ruptura del orden democrático se había producido por la destitución del presidente de ese país mediante un procedimiento sumarísimo que no respetaba el debido proceso.

Mientras sesionaba el Tribunal, Paraguay presentó un escrito de Solicitud de Medidas Provisionales invocando el artículo 15 del Protocolo de Olivos⁷ y los artículos 29⁸ y 39⁹ del Reglamento de Protocolo de Olivos.

⁷ El artículo 15 sobre medidas provisionales, prescribe: “1. *El Tribunal Arbitral Ad Hoc podrá a solicitud de la parte interesada y en la medida que existan presunciones fundadas de que el mantenimiento de la situación pueda ocasionar daños graves e irreparables a una de las partes en la controversia, dictar las medidas provisionales que considere apropiadas para prevenir tales daños.* 2. *El Tribunal podrá, en cualquier momento, dejar sin efecto tales medidas.* 3. *En el caso de que el Laudo fuera objeto de recurso de revisión, las medidas provisionales que no hubiesen quedado sin efecto antes de dictarse el mismo, se mantendrán hasta su tratamiento en la primera reunión del Tribunal Permanente de Revisión, que deberá resolver sobre su continuidad o cese”.*

⁸ Artículo 29. *Medidas provisionales:* “1. *La solicitud al TAH de dictar medidas provisionales puede presentarse en cualquier momento después de la aceptación por el tercer árbitro de su designación. La parte interesada, en su pedido, deberá especificar los daños graves e irreparables que se intenta prevenir con la aplicación de medidas provisionales, los elementos que le permitan al Tribunal evaluar esos eventuales daños y las medidas provisionales que considere adecuadas.* 2. *La parte que solicita medidas provisionales notificará su pedido simultáneamente a la otra parte, la cual podrá presentar al TAH las consideraciones que estime pertinentes en un plazo máximo de cinco (5) días contados a partir de la fecha de notificación.* 3. *Las medidas provisionales dictadas por el TAH deberán ser cumplidas en el plazo determinado por éste debiendo la parte obligada informarle acerca de su cumplimiento.* 4. *El TPR, al pronunciarse sobre la continuidad o cese de las medidas provisionales dictadas por el TSH, deberá notificar de inmediato su decisión a las partes”.*

⁹ Artículo 39. *Acceso directo al Tribunal Permanente de Revisión* (art. 23 PO): “1. *Los Estados partes en una controversia que acuerden someterse directamente y en*

El Tribunal en su laudo, pasó a examinar las alegaciones de las partes en la controversia. En lo que respecta a la competencia del Tribunal *ratione materiae*, éste señala que si bien no existe en el Protocolo de Ushuaia indicación expresa de foro para la solución de controversias ni en cuanto a su aplicación e interpretación, en el Preámbulo de este instrumento convencional se indica que se encuentra vinculado al “conjunto normativo del Mercosur”¹⁰. Más aún, destaca que el artículo 8° determina expresamente que el Protocolo es parte integrante del Tratado de Asunción y de los respectivos acuerdos de integración celebrados entre el Mercosur y las repúblicas de Bolivia y de Chile.

El Tribunal sostiene que, por lo tanto, el sistema de solución de controversias establecido para el Mercosur abarca las normas de Protocolo de Ushuaia “en la medida en que afecten o puedan afectar derechos y obligaciones de cualquiera de los Estados Parte”¹¹. Por lo tanto, sigue, es indiscutible el derecho del Estado Parte a recurrir a ese sistema cuando considere que se han vulnerado sus derechos en aplicación de las normas del Protocolo de Ushuaia. Cerrando la cuestión, el Tribunal concluye “que la observancia de la legalidad de los procedimientos previstos en el PU son susceptibles de revisión en el marco del sistema de solución de controversias del Mercosur. Lo mismo se aplica a cuestionamientos relacionados a la aplicación e interpretación de dicho Protocolo, en la medida en que el hecho concreto, por su naturaleza, demande un examen de legalidad”.

Confirmada la competencia del Tribunal para entender en la cuestión planteada por Paraguay, pasa a considerar la *cuestión de las medidas excepcionales de urgencia* invocadas por este país. Expuestas las posiciones antagónicas de las partes en cuanto a los requisitos que deben concurrir para la procedencia de dichas medidas, el Tribunal

única instancia al TPR, deberán comunicarlo por escrito a dicho Tribunal a través de la ST, con copia a la SM. 2. El mencionado Tribunal actuará con la totalidad de sus miembros cuando funcione en única instancia. 3. En este caso, el funcionamiento del TPR estará regulado, en lo pertinente, por lo dispuesto en los artículos 18; 25; 26; 27; 28; 29; 30; 34; 40 y 41 de este Reglamento. Las funciones atribuidas a la SM en dichas normas serán cumplidas por la ST. Las comunicaciones entre las partes y el TPR deberán ser tramitadas con copia a la SM”.

¹⁰ V. párr. 40.

¹¹ V. párr. 43.

recuerda que en el Protocolo de Olivos las Partes acordaron -artículo 24-, que el Consejo Mercado Común podría establecer procedimientos especiales para atender casos excepcionales de urgencia que pudieran ocasionar daños irreparables a las Partes, y que esta posibilidad fue reglamentada por la Decisión 23/04 de este órgano, que previó los procedimientos para atender tales casos ¹². El Tribunal destaca que al enunciarse los requisitos para habilitar la vía prevista, la Decisión del CMC no aclaró si esos requisitos eran independientes o cumulativos, lo que le obligaba a la lectura del resto del texto de la referida Decisión para efectuar una correcta interpretación. “A partir de ello -dice- se observan dos menciones que ayudan a esa interpretación: a) el art. 6 de la Decisión 23/04 menciona ‘todos los requisitos establecidos’; b) el art. 52, indica que el incumplimiento de algunos requisitos no impide que el demandante inicie un nuevo procedimiento”. El Tribunal sostiene que él no puede sustituir la voluntad de los Estados manifestada en los requisitos esenciales de la Decisión 23/04 que limitan la competencia del TPR en relación al procedimiento excepcional de urgencia. Acogiendo la tesis de los accionados, *reafirma que no puede entender en la materia por medio de este procedimiento* ¹³.

Dilucidado este aspecto de la *litis*, el Tribunal pasó a examinar las posturas divergentes de las partes en cuanto a la cuestión del acceso directo al tribunal. Paraguay había solicitado que el Tribunal entendiera por esta vía con base a lo previsto en los Artículos 1 y 23 del PO, y que en razón de los hechos que motivara la presentación, se consideran

¹²La Decisión establece en el art. 2º: “Cualquier Estado Parte podrá recurrir ante el Tribunal Permanente de Revisión (TPR) bajo el procedimiento establecido en la presente Decisión siempre que se cumplan los siguientes requisitos: a. que se trate de bienes perecederos, estacionales o que por su naturaleza y características propias perdieran sus propiedades, utilidad y/o valor comercial en un breve periodo de tiempo, si fueran retenidos injustificadamente en el territorio del país demandado; o de bienes que estuviesen destinados a atender demandas originadas en situaciones de crisis en el Estado importador; b. que la situación se origine en acciones o medidas adoptadas por el Estado Parte en violación o incumplimiento de la normativa Mercosur vigente; c. que el mantenimiento de esas acciones o medidas puedan producir daños graves e irreparables; d. que las acciones o medidas cuestionadas no estén siendo objeto de una controversia en curso entre las partes involucradas”.

¹³V. párr. 52.

cumplidos los requisitos de este último dispositivo. Los accionados negaron que se hubiera cumplido con tales requisitos y en particular que Paraguay hubiera demostrado haber intentado negociaciones directas con los demandados.

El Tribunal recuerda que el PO permite el acceso directo sin el cumplimiento de la fase anterior del tribunal arbitral *ad hoc*, cuando las partes en la controversia hubieran acordado someterse directamente en única instancia al TPR. Este consentimiento, según el Tribunal, no se había producido. “El consentimiento de las partes -dice el Tribunal- configura condición fundamental para el ejercicio de la legitimidad jurisdiccional del TPR, al contrario del proceso ordinario, en cuyo caso este consentimiento ya se dio al momento de firmar la incorporación del PO. Se puede comprender el argumento de Paraguay de que el acceso a la jurisdicción directa es la vía necesaria para suspender un acto arbitrario, sobre el cual ni siquiera fue instado a manifestarse. Pero, sin el consentimiento expreso, *no puede el TPR anteponerse al texto del PO, a pesar de los daños que la demora en el proceso decisorio ordinario pueda causar a Paraguay o a la estabilidad jurídico-institucional de la región*”¹⁴.

El Tribunal aborda después la cuestión de las *negociaciones directas* como fase necesaria en el proceso de solución de controversias en el Mercosur, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4º del PO. Paraguay había argumentado que se trataba de una exigencia de cumplimiento imposible toda vez que había sido suspendido del Mercosur, sin tener derecho de defensa. El Tribunal reitera la necesidad de cumplir con esta etapa procesal, sosteniendo - y esto es muy importante- que *si Paraguay hubiera solicitado negociaciones directas y éstas hubieran sido rechazadas “tendríamos una situación distinta”*¹⁵.

Cabe destacar que en esta cuestión hubo una opinión minoritaria en el Tribunal. Más allá de una interpretación diferente sobre las medidas excepcionales y de urgencia, tal posición destacaba que si los Estados Parte demandados, a través de sus jefes de Estado habían adoptado una decisión que excluía a Paraguay de participar en los órganos del Mercosur,

¹⁴ V. párr. 58.

¹⁵ V. párr. 60.

y si el Estado afectado no podía iniciar los procedimientos para una instancia previa al TPR, resultaba admisible considerar que estaría habilitado a recurrir de forma directa y no necesariamente por la vía de la Decisión 23/04 en situaciones excepcionales de urgencia y que si la suspensión no excluía la condición de Paraguay de Estado Parte, eran inadmisibles situaciones en que se desconociera por vía de hecho esta condición o que se impidiera o imposibilitara su acceso al sistema jurisdiccional previsto para el Mercosur ¹⁶.

De allí que en la parte resolutive, se consigna -punto 3- *que por mayoría “el Tribunal Permanente de Revisión decide que, en las condiciones de la actual demanda, resulta inadmisibile la intervención directa del TPR sin el consentimiento expreso de los demás Estados Parte. Por la misma razón, considera el TPR inadmisibile, en esta instancia, la medida provisional solicitada en el marco de la demanda”. En el punto siguiente, por unanimidad y sin entrar al fondo de la demanda, el TPR no se pronuncia “sobre el cumplimiento o la violación de la normativa Mercosur en relación con la demanda planteada en este procedimiento”, y afirma que la decisión del Tribunal no inhibía otros medios a los que pudieran acudir los Estados Parte en el marco del sistema de solución de controversias del Mercosur”.*

Sin pretender efectuar un examen exhaustivo del laudo emitido por el Tribunal Permanente de Revisión, estimamos que éste -al margen de la discrepancia puesta de manifiesto en cuanto al acceso directo al Tribunal ya reseñada, que es una cuestión opinable-, sienta una jurisprudencia que contribuye a afianzar el marco jurídico en que debe sustentarse el proceso de integración iniciado en 1991. Hubiera sido preocupante, que se admitiera la postura de los países accionados que alegaron que la aplicación del Protocolo de Ushuaia y la interpretación de sus normas eran materias que estaban excluidas del control jurisdiccional del TPR, y más aún la negación de la jurisdicción fundada en que se trataba de una cuestión “de naturaleza política”. También es interesante que el Tribunal haya reconocido que quedaban abiertos otros medios a los que los Estados Parte pudieran recurrir en el marco del sistema de solución de controversias

¹⁶V. párrafos 62, 63 y 64.

instituido en el Mercosur, y que señalara que otro podría haber sido el pronunciamiento si se hubieran observado o cumplido con algunas de las instancias previas al recurso planteado ante el Tribunal.

El Tribunal Permanente de Revisión no se pronunció en relación a la acción promovida por el ingreso de Venezuela como Miembro Pleno del Mercosur.

También, un análisis de la cuestión originada por la suspensión de Paraguay y de las circunstancias que condujeron a adoptar esta determinación, ha puesto en evidencia las falencias del Protocolo de Ushuaia que deja abiertas demasiadas puertas por las que pueden filtrarse la arbitrariedad, más allá de que se pudieran adoptar decisiones sin cumplirse con los procedimientos establecidos en el propio Protocolo.

En suma, estimamos que la situación planteada por la suspensión aplicada a Paraguay, por las circunstancias que condujeron a esta determinación por los otros tres países miembros del Mercosur, y la decisión de efectivizar el ingreso de Venezuela sin haberse completado el procedimiento prescripto en la normativa convencional aplicable al caso, son hechos que en nada contribuyen a consolidar este proceso de integración que de por sí afronta dificultades que hacen cada vez más dudosa la posibilidad de que se alcancen los objetivos fundacionales.

NUEVOS SUJETOS, NUEVAS FUENTES, NUEVOS CONFLICTOS, NUEVOS MEDIOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INTERNACIONALES

NEW SUBJECTS, NEW SOURCES, NEW CONFLICTS, NEW
MEANS OF INTERNATIONAL DISPUTE SETTLEMENT

*Arturo Santiago Pagliari **

Resumen: Tal como lo indica el título del trabajo, el mismo hace una revisión de los sujetos del derecho internacional, las fuentes, los tipos de conflictos y los medios de solución de controversias internacionales, tanto los tradicionales como los novedosos y señalando aspectos estables y dinámicos de cada uno de ellos.

Palabras-clave: Derecho internacional - Sujetos - Fuentes - Conflictos - Solución de controversias.

Abstract: As indicated by the title, this work is a review of the subjects of international law, sources, kinds of conflicts and means of solving international disputes, studying both traditional and innovative types and stable and dynamic aspects of each of them.

Keywords: International law - Subjects - Sources - Conflicts - Settlement of disputes.

Sumario: I. Función del derecho internacional. II. Nuevos sujetos. III. Nuevas fuentes. IV. Interacción entre fuentes. V. Pluralidad de normas. Fragmentación. VI. El principio del arreglo pacífico de las controversias. VII. Distintos medios de solución de los conflictos internacionales en la modernidad.

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Catedrático de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (República Argentina). Miembro del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

I. Función del derecho internacional

La función del derecho internacional público es tratar de asegurar la paz y seguridad internacionales y la instrumenta reglamentando las relaciones entre los sujetos de la comunidad internacional que sean susceptibles de una normatividad de carácter jurídico. Por ello, cuanto más se extienden las relaciones entre los Estados, más materias de distinta naturaleza deberán ser objeto de regulación. Este incremento de las funciones del derecho internacional fundamentalmente es producto de la cooperación internacional y, su correlato, la institucionalización de la comunidad. La cooperación ha dado nacimiento a nuevas ramas jurídicas como el Derecho del Desarrollo, el Derecho Internacional Económico, el Derecho del Medio Ambiente, el Derecho Internacional Penal, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, etc., que determinan el surgimiento de nuevos conceptos de contenido jurídico. En este proceso-función de cooperación y desarrollo, juegan un papel significativo las organizaciones internacionales, consideradas el paso necesario en la institucionalización de la comunidad internacional. El fenómeno general de la expansión del alcance material del derecho internacional se vincula estrechamente al desarrollo de los subsistemas basados en convenciones particulares. La eficacia de unidad necesaria en el sistema internacional normativo, dependerá de la percepción que los jueces tengan de la existencia y la coherencia de tal sistema, así como del conocimiento real de su contenido¹. Pero aun si las instituciones aplicaran las mismas reglas, las aplicarían de manera distinta debido a “*diferencias en los respectivos contextos, objetos y propósitos prácticas de las partes y los trabajos preparatorios*”². Esta expansión mate-

¹ Pierre-Marie DUPUY, “A Doctrinal Debate in the Globalisation Era: On the ‘Fragmentation’ of International Law”, *European Journal of Legal Studies*: Issue 1, ob. cit. (Tribunales Penales internacionales (incluyendo, de allí en adelante, el Tribunal Penal Internacional), así como el Tribunal del Derecho del Mar, cortes y cuerpos de supervisión para derechos humanos, el panel de petición de OMC, tribunales de arbitraje (no olvidando el del CIADI y NAFTA) quienes están haciendo uso regular del derecho internacional y, finalmente, la cohorte entera de mecanismos de seguimiento).

² M. KOSKENNIEMI, “El destino del Derecho Internacional Público: entre la técnica y la política”, *Revista de Derecho Público* 24, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 2010.

rial del derecho internacional también se expresa en la proliferación de instituciones y regímenes normativos que gozan de un alto grado de autonomía (fragmentación institucional), así como los conflictos que surgen entre dichos regímenes e instituciones, y con el derecho internacional general (fragmentación sustantiva).

En todo caso, el ordenamiento jurídico en general, y el internacional en particular, se encuentra, en su contenido, condicionado por su finalidad³; todo ordenamiento jurídico debe cumplir la exigencia de adecuación a la realidad como condición indispensable para su vigencia⁴. No es admisible hablar de ordenamiento jurídico, es decir obligatorio (salvo respecto de instituciones de valor histórico), si carece de posibilidad de ser aplicado a la realidad social que pretende regular. En conclusión, el cumplimiento de los fines y funciones del derecho requiere la adecuación de sus reglas a la realidad social que es el objeto de regulación normativa. En este sentido, la relación entre política y derecho internacional es importante. La política internacional se plasma históricamente en normas e instituciones, que a su vez adquieren una autonomía propia, que puede ser más o menos completa. El derecho internacional sirve de justificación de las conductas internacionales. Y si bien ofrece un margen amplio de interpretación, impone límites, inhibe las conductas de los países y suele formar parte del contexto de una decisión. La relación entre derecho y política se extiende, virtualmente, a todas las fuentes del derecho internacional. Su importancia es obvia en la negociación de tratados internacionales, sean bilaterales o multilaterales. Pero es igualmente relevante en el caso de la costumbre⁵. La interdependencia entre política y derecho internacional es

³ José Luis FERNÁNDEZ FLORES, "El medio en que opera el Derecho Internacional", *Estudios de Derecho Internacional*, Madrid, Tecnos, 1979, t. I.

⁴ Enrique PECOURT GARCÍA, "El pensamiento internacionalista del Prof. Miaja de la Muela", *Estudios de Derecho Internacional*, Madrid, Tecnos, 1979, t. I. Hace referencia a la denominada vuelta al realismo del Derecho Internacional (limitándolo al Derecho Internacional Privado). Consideramos que el Derecho Internacional (en particular el Derecho Internacional Público) se ha adecuado permanentemente a su realidad fundamental.

⁵ Tema muy poco analizado por los politólogos, pero que sin embargo pretende reflejar una práctica consistente y generalizada de los estados, unida a la convicción de que representa una cierta obligación legal (*opinio juris*). Más allá de los múltiples proble-

también evidente en las organizaciones internacionales. Aun cuando ellas disponen siempre de su respectivo marco jurídico y dependen en último término de sus Estados miembros, en la práctica van cobrando grados variables de autonomía y tienden a definir sus propias tareas y funciones, de manera relativamente independiente de los Estados que las crearon y sin atenerse siempre estrictamente a sus estatutos originales⁶. Esa tensión representa precisamente la política de las organizaciones internacionales, que ha influido en el desarrollo de identidades propias de múltiples organizaciones regionales o funcionales.

La aplicación del derecho internacional se encuentra vinculada al problema de la eficacia del orden jurídico internacional para posibilitar el cumplimiento de una de sus funciones más importantes: garantizar la paz y seguridad en el seno de la comunidad internacional. Las normas y obligaciones internacionales adoptadas y aceptadas por los Estados deben ser cumplidas por ellos de buena fe. Para la aplicación de una norma internacional es preciso tener la determinación previa, tanto de su existencia, como de su contenido y alcance, es decir se hace necesario un proceso de interpretación⁷. El carácter relativo de las normas internacionales, la carencia de órganos centrales de naturaleza judicial y ejecutiva

mas conceptuales y metodológicos que plantea la costumbre -¿qué tan extendida y uniforme debe ser?, ¿cómo se reconoce la *opinio juris*?, ¿cuándo una práctica se transforma en costumbre?- está claro que esta fuente tan clásica y venerable del derecho internacional tiende a evolucionar en el tiempo, como lo demuestra la evolución del derecho del mar y las normas sobre jurisdicción de los Estados sobre sus zonas costeras, que nunca fueron uniformes ni estáticas. El divorcio entre el derecho y la política internacional y la falta de diálogo entre sus especialistas ha atentado contra un entendimiento cabal del surgimiento y alcance de la costumbre internacional, que resulta una fuente especialmente difícil de identificar y aplicar.

⁶ Michael N. BARNETT y Martha FINNEMORE, "The Politics, Power, and Pathologies of International Organizations", *International Organization* 53:4, 699-732.

⁷ La aplicación de las normas internacionales corresponde a los propios sujetos, y en tal sentido los Estados, sujetos principales, la aplican y cumplen no sólo por el compromiso jurídico internacional que suponen tales normas, sino también porque en muchos casos la incorporan a su derecho interno, y consecuentemente, son aplicadas por sus propios órganos. En efecto, los tribunales nacionales en muchos casos aplican el derecho internacional en virtud de la incorporación al derecho interno de los tratados debidamente ratificados, pero también pueden hacerlo con normas internacionales consuetudinarias.

en la comunidad internacional, impide, la mayoría de las veces, el cumplimiento forzoso de las normas internacionales. Por ello, el ordenamiento jurídico internacional ha previsto mecanismos sobre el particular que se traducen en el régimen de responsabilidad internacional, ya que la responsabilidad constituye el núcleo del sistema jurídico internacional. Toda violación de una obligación internacional vigente genera responsabilidad internacional del autor. Esto hace necesario no sólo determinar las condiciones de la obligación violada, sino también la del sujeto lesionado y la del infractor. Esto demuestra la indiscutible relación existente entre subjetividad internacional y responsabilidad internacional. La existencia de Regímenes autónomos de responsabilidad, que se encuentran establecidos generalmente mediante tratados multilaterales, es sumamente delicado ya que la responsabilidad internacional es la base del ordenamiento jurídico internacional. El problema se plantea no en la validez de estos tratados, sino si excluyen la aplicación subsidiaria de normas generales sobre responsabilidad internacional. De ser así, *“se abriría una peligrosa puerta para el fraccionamiento del derecho general en sistemas normativos independientes que haría caer al derecho internacional en una “normatividad relativa” que quebraría su unidad como ordenamiento jurídico”*⁸.

En la actualidad la aplicación del derecho internacional se encuentra actualizada por varios factores, entre los cuales podemos destacar: la aparición de nuevos sujetos, una revitalización de las fuentes clásicas tratados, costumbre y principios generales del derecho; aparición de nuevas fuentes formales como medios de creación, modificación o extinción de obligaciones internacionales producto algunas veces del surgimiento de nuevos sujetos (organizaciones internacionales, la persona humana y entre ellas, la figura particular figura del inversor), otras, reconocidas expresamente por la propia jurisprudencia de la CIJ (actos unilaterales); la equidad, no ya en el sentido y con el alcance de lo establecido por el art. 38.2, sino modificando el derecho vigente; la jurisprudencia de los tribunales internacionales, especialmente la de la CIJ, excediendo en algunos casos su función netamente interpretativa por una más cercana a la creación de normas internacionales; el cada vez más desarrollado fenómeno

⁸ Oriol CASANOVAS Y LA ROSA, ob. cit.

de la interacción en todas las fuentes del derecho; la pluralidad de normas (fragmentación del derecho); todos estos factores originan la creación de nuevos y diversos medios de solución de conflictos.

II. Nuevos sujetos

El Estado constituyó siempre el sujeto internacional por excelencia ejerciendo de todos los derechos y teniendo todas las obligaciones establecidos por el derecho internacional. A partir de mediados del siglo XX comienzan a tener reconocimiento como sujetos internacionales otros entes tales como las organizaciones internacionales la persona humana, los pueblos y la humanidad, que sin embargo no alcanzan a desplazar al Estado como centro del sistema internacional. Las entidades que revisten carácter de sujetos en el estado actual del desarrollo del ordenamiento jurídico internacional⁹ son de diversa naturaleza. La transformación operada en la configuración material y subjetiva de la comunidad internacional se debe, entre otras razones, a la creciente interdependencia de los Estados; la progresiva limitación de la soberanía estatal; la transferencia de competencias estatales a las organizaciones internacionales y, el desplazamiento de roles de los Estados a entes privados.

En la actualidad no puede desconocerse la subjetividad internacional de las organizaciones internacionales, como persona internacional, diferente de los Estados miembros que la componen, titular de una voluntad propia, distinta y separada de la de ellos. Las organizaciones internacionales constituyen entes dotados de subjetividad internacional objetiva, cuestión que quedó resuelta a partir de la Opinión Consultiva formulada por la Corte Internacional de Justicia, en oportunidad de expedirse sobre la *Responsabilidad por daños sufridos al servicio de la O.N.U.* Por

⁹ Una clasificación, de conformidad con su naturaleza, permite distinguir entre sujetos 1) elementales, entendiéndose por ello que son imprescindibles para la existencia de la Comunidad y el Derecho Internacional (el Estado, la persona humana) y, 2) instrumentales o funcionales, en cuanto entidades necesarias para el cumplimiento de funciones específicas de interés común de los integrantes de la Comunidad Internacional (organizaciones internacionales, los pueblos).

otra parte, las organizaciones no gubernamentales (ONGs) asumen un papel creciente en la elaboración de nuevas normas internacionales en materia de derechos humanos, medio ambiente o desarme, participando en algunos casos en la adopción de nuevas convenciones o en otras instancias relevantes en el proceso de formación de normas internacionales.

El problema de la personalidad jurídica internacional de la persona humana se ha planteado en la legislación, jurisprudencia y doctrina y es factible citar tratados, fallos y opiniones respetables que coinciden en aceptarla¹⁰. La situación vigente acredita que la persona humana es des-

¹⁰ El Prof. Hugo Llanos Mansilla es quien ha realizado uno de los más exhaustivos estudios sobre el tema. La siguiente enumeración lo sigue en lo esencial. Cita: a) Tratado de Versalles, arts. 297/304, relativos a los Tribunales Mixtos de Arbitraje que admitían reclamos de particulares por “reparación de daños” consecuencia de acciones bélicas alemanas; b) Tribunal internacional de Presas (Convención de La Haya, 1907. Art. 4º, otorgaba recurso de apelación a los particulares contra las Resoluciones de los Tribunales de Presas nacionales); c) Estatuto de la Corte de justicia Centroamericana, art. 2º, otorga a dicho órgano judicial competencias para entender en cuestiones iniciadas por particulares contra los gobiernos de los Estados Parte por violación de tratados, convenciones y demás casos en que correspondiera la aplicación del Derecho Internacional y aun en contra de la voluntad del Estado de la nacionalidad del reclamante, en caso de agotamiento de los recursos internos o denegación de justicia; d) El Tribunal Administrativo de la OI del Trabajo puede aceptar y resolver sobre reclamaciones de asociaciones obreras o patronales nacionales en caso de que se impute incumplimiento, por los Estados, en sus respectivas jurisdicciones, de convenios por ellos ratificados; e) La Carta de las Naciones Unidas, art. 87º, facultaba al Consejo de Administración Fiduciaria a aceptar peticiones de particulares sin autoridad administradora; f) Los tratados básicos de la actual Unión Europea reconocen derechos e imponen obligaciones, en una multiplicidad de disposiciones, a las personas humanas y morales, incluso capacidad procesal, Tratado CECA, Art. 33º; T. CEE, art. 173º; T. CEEA, art. 146; g) El Acuerdo de Cartagena sobre el Tribunal de justicia, arts. 17º y 19º admite la reclamación de nulidad de actos de la Comisión o de la Junta incoadas por personas físicas y morales y lo faculta para conocer en caso de incumplimiento de derecho propio por un Estado Parte; h) La jurisprudencia de la C.P.J.I. se pronunció sobre la cuestión en el caso de la jurisdicción de los Tribunales de Dantzig, 1928; i) Además de los antecedentes mencionados, se puede hacer referencia, entre otros a: Acuerdo de Londres de 1945 sobre criminales de guerra; Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 25º; Pacto de Derechos Civiles y Políticos, Protocolo Anexo; Convenio de Montreal sobre Aviación Civil; Convención Americana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica, 1982; Convención de Jamaica sobre el Derecho del Mar, 1982, etc. Ver José A. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Madrid, Tecnos, 1992, pág. 212 y ss., analiza también casos sobre la materia.

tinataria de normas pertenecientes al ordenamiento jurídico internacional, tanto de aquellas que importan un reconocimiento de derechos como de las que la hacen pasible de responsabilidad por violación de éstas; la situación señalada importa la aceptación de la personalidad jurídica internacional del hombre. Por otra parte, los arbitrajes ante el CIADI han permitido la intervención de nuevos sujetos (empresas, compañías e inversionistas). Cuando intereses contrapuestos de las partes entran en pugna entre el inversionista y el Estado receptor surge una controversia¹¹. Los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) posibilitan que cuando una empresa de un país incluido en alguno de estos acuerdos considera que el gobierno local toma medidas que violan las cláusulas establecidas, pueda ésta recurrir al CIADI u otros mecanismos para presentar sus reclamos. Estos suelen ser denominados BIT (Bilateral Investment Treaties) o TBI (Tratados Bilaterales de Inversión). Contienen la facultad del inversor extranjero de demandar directamente al Estado receptor de la inversión ante una instancia arbitral internacional¹².

La subjetividad de los pueblos ha sido también motivo de diferentes análisis teniendo en cuenta su inclusión en la Carta de las Naciones Unidas en su art. 1° inc. 2 que establece como propósito fundamental de la Organización “la libre determinación de los pueblos”; la Resolución 1514 (XV), en su art. 1° se refiere a “1. La sujeción de pueblos a una subyuga-

¹¹ En circunstancias normales, esa disputa ha de ser resuelta según las leyes y los mecanismos del Estado receptor. En el pasado cuando un conflicto debía ser resuelto inexorablemente según los mecanismos del Estado receptor, los inversionistas solicitaban la protección diplomática de los Estados de su nacionalidad. Sin embargo, esta eventualidad quitaba al inversionista control de la disputa y hacía que las controversias disputas pudiesen ser resueltas según los intereses del Estado de su nacionalidad y no según los intereses del inversionista.

¹² Los acuerdos bilaterales suscriptos contemplan dos modalidades al respecto: 1) Una de ellas permite al inversor acudir directamente al arbitraje internacional (modalidad “*fork in the road issue*”), Este es el caso del TBI con EE.UU. en su artículo VII establece que “*cuando se suscite una controversia en materia de inversión la sociedad o el nacional involucrados podrán elegir someterla -entre otros- al arbitraje del CIADI, cuyo laudo será definitivo y obligatorio para las partes*”. 2) La otra lo obliga a someter en primer lugar la controversia a los tribunales nacionales y sólo abre la vía del arbitraje internacional, si han pasado 18 meses, u otro plazo, y los tribunales nacionales no se hubieran pronunciado o hubieren rechazado la demanda. A esta cláusula se la denomina “Half heartened Calvo Provision” o “Soft Calvo”.

ción, dominación y explotación extranjeras...”, en el siguiente expresa que “2. Todos los pueblos tienen derecho a la libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”. Las resoluciones 1541 (XV) del 15/12/1960 y la 2625 (XXV) hablan de “... territorio no autónomo...” y de “... colonia u otro territorio no autónomo...”; en ambas oportunidades, el término territorio reemplaza el de pueblo pues quien tiene la capacidad para organizarse alcanzando “... la plenitud del gobierno propio”, para constituirse como Estado o para asociarse o integrarse a un Estado existente, es un pueblo, no un territorio. Al Pueblo, en el concepto dado, es al que el ordenamiento jurídico internacional le reconoce su derecho a autodeterminarse libremente. Autodeterminarse se debe entender como determinar u optar, sin injerencias externas, acerca del porvenir a que se aspira. La determinación implica una opción entre alternativas posibles. El derecho internacional determina dichas alternativas en la citada Resolución 1541 (XV) cuando enumera las posibilidades, ya mencionadas, de constituirse en Estado o asociarse o integrarse en un Estado existente. El acto de determinación, una vez que se haga efectivo determina la extinción del ente Pueblo. Consecuencia de lo expuesto es la nota de temporalidad o transitoriedad que se advierte, por ello es lícito concluir que dicho ente, en cuanto sujeto internacional, es por esencia temporal.

III. Nuevas fuentes

Asistimos en la actualidad a un tránsito de las fuentes originales del derecho internacional como los tratados, el derecho consuetudinario y los principios generales, a otras fuentes como los actos unilaterales, la legislación internacional, la jurisprudencia y la equidad.

Los actores que intervienen en la formación de nuevas normas internacionales tienden a diversificarse. Sin embargo, los tratados como fuente siguen teniendo un rol fundamental como fuente del derecho internacional. En ese sentido, la necesidad de relacionarse de los Estados propicia las normas sobre celebración, conclusión e interpretación de los tratados. Los tratados son el derecho escrito y la fuente más directa, clara y comprobable del derecho internacional. Sin embargo, esta claridad, tiene

como contraposición, el ámbito más restringido de aplicación que la costumbre internacional, ya que las convenciones crean obligaciones sólo para los Estados parte.

Tanto el elemento material como el subjetivo (*opinio iuris*), tienen relevancia y son indispensables a los fines de la creación y comprobación de la costumbre como fuente del derecho internacional. Ambos elementos constitutivos han sido resaltados por la Corte Internacional de Justicia en numerosos fallos¹³. Si bien la costumbre puede surgir como una práctica ejecutada, aceptada y consentida por algunos Estados, una vez que ésta se ha generado es obligatoria para todos, hayan o no participado en su creación¹⁴. Sin embargo, ese concepto tradicional ha cambiado en cuanto al proceso de formación de las normas del derecho internacional consuetudinario ante las profundas modificaciones que se han producido en el sistema jurídico internacional durante la segunda mitad del siglo XX y el considerable aumento del número de Estados. En efecto, el proceso de formación del derecho consuetudinario era y es importante tanto en la teoría como en la práctica porque hace a su propia naturaleza esencial. El problema radica no tanto en la formación del derecho consuetudinario, sino en la cuestión de su prueba, es decir, en la constatación de la existencia de una norma consuetudinaria. La formación y la prueba del derecho internacional consuetudinario están estrechamente relacionadas y han sido analizadas por la jurisprudencia de los tribunales internacionales y, más específicamente, por la Corte Internacional de Justicia y su predecesora. Sin embargo, en muchos casos, los tribunales internacionales no especifican el razonamiento con arreglo al cual se afirma la existencia de una norma de derecho consuetudinario. Un medio a esos efectos, es investigar la práctica de los Estados, incluyendo en el análisis la *opinio juris*, en cuanto a su caracterización, su importancia relativa y sus posibles expresiones o manifestaciones en relación con la formación y la prueba del derecho internacional consuetudinario. La conducta de los Estados, tanto de uno como de un conjunto, incide en la formación de una costumbre

¹³ Caso Lotus, Caso del derecho de paso por territorio indio, Caso de la plataforma continental del Mar del Norte, Caso del Golfo de Maine, Caso de la plataforma continental entre Libia y Malta, Caso de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua.

¹⁴ Salvo la figura del objetor persistente.

como así también la posición de los llamados objetores persistentes, que revisten una especial importancia puesto que ellos equilibran los valores de la comunidad y el derecho de soberanía de los Estados en derecho internacional.

Si bien no se puede desconocer la enorme importancia que juega el consentimiento de los Estados como fuente de las normas internacionales, ya sea que se manifieste en forma expresa o tácita, es pertinente aceptar la existencia de otra clase de fuentes, que no derivan necesariamente del consentimiento estatal. El derecho convencional y el consuetudinario no agotan el derecho internacional, sino que ambos encuentran su complemento en los principios generales del derecho; estos son los que otorgan validez a las normas y a su forma de producción, dispongan de mayor o menor generalidad o especificidad, ya que su función es la de servir de pautas sostenibles de toda regla general que rija en el espacio o respecto de los contenidos reglados. Los “Principios Generales del Derecho” constituyen las pautas de toda la normativa jurídica, resultando las primeras consecuencias de la intención de hacer efectiva la Justicia en la realidad social¹⁵.

La doctrina tradicional sostiene que los principios generales del derecho mencionados en el artículo 38 del Estatuto como fuente formal, se refieren exclusivamente a los existentes en la legislación de los Estados, excluyendo como fuente a los principios generales del derecho internacional. Sin embargo, tanto la propia Corte Internacional de Justicia y su antecesora, han promovido confusión acerca del verdadero valor y alcance como fuente de los principios generales propios del ordenamiento ju-

¹⁵ Es generalmente aceptado que la noción de “Principio” reconoce dos acepciones; la primera como *elemento irreducible* al cual se reducen los demás que son, por consiguiente de él derivados. Se trataría del “Principio” como elemento originario de las cosas que existen realmente como consecuencia de su evolución, desarrollo y transformación real. La segunda entiende que “Principio” es la *razón o causa* por la cual las cosas son lo que son. Es decir como fundamento o razón de ser que sostiene la existencia o validez de sus consecuencias. Corresponde señalar que ambas concepciones no son excluyentes entre sí y que ambas se funden y es esta noción unificadora la que resulta aplicable en el campo de las ciencias sociales y en el Derecho. “Principio” sería por consiguiente el *elemento* originario y la *causa, razón o fundamento* de la existencia de sus derivaciones y consecuencias. Por otra parte, los principios generales del derecho sirven para interpretar preceptos jurídicos internacionales dudosos.

rídico internacional. La jurisprudencia internacional derivada de la actividad de la Corte Permanente de Justicia Internacional¹⁶, como de la actual Corte Internacional de Justicia¹⁷, se ha referido a los principios generales

¹⁶La Corte Permanente citó expresamente a los principios generales del Derecho en el Caso de los Intereses Alemanes en Alta Silesia Polaca: “*Aunque esta situación se califique de ‘excepción’ o aunque tome el nombre de fin de non recevoir, es cierto que nada, ni en el Estatuto ni en el Reglamento ni en los principios generales del derecho, impide al Tribunal ocuparse de ella desde este momento, y previamente a todo debate sobre el fondo, puesto que la posibilidad de semejante debate dependerá de su no admisión*” (CPJI, Serie A, N° 6). En relación al principio general que establece la obligación de reparar el daño causado, la Corte lo indicó expresamente en su resolución sobre el Asunto de la Fábrica Chorzow: “*En cuanto al primer punto el Tribunal observa que es un principio de Derecho Internacional, e incluso una concepción general del Derecho, que toda violación de un compromiso implica obligación de reparar*” (CPJI, Serie A, Ng 17, pág. 29). Con respecto al principio general del abuso del derecho, la Corte Permanente, lo cita expresamente en el Asunto de la Zona Francesa de la Alta Saboya: “*Considerando... que se debe hacer una reserva para el caso de abuso de derecho, abuso que el Tribunal no puede, sin embargo, presumir*” (CPJI, Serie A, N° 24).

¹⁷La Corte Internacional de Justicia, también se ha referido, en numerosas oportunidades a los principios generales del derecho. Así ha hecho mención “a ciertos principios generales y bien reconocidos”, en el caso del Estrecho de Corfú: “*Las obligaciones que correspondían a las autoridades albanesas consistían en hacer conocer el interés de la navegación en general, la existencia de un campo de minas en las aguas territoriales albanesas y en advertir a los barcos de guerra británicos... el peligro inminente al que les exponía el campo de minas. Estas obligaciones se fundan no en la VIII Convención de La Haya de 1907, que es aplicable en tiempos de guerra, sino sobre ciertos principios generales y bien reconocidos, tales como consideraciones elementales de humanidad, más absolutos aún en tiempos de paz que en tiempos de guerra, el principio de la libertad de las comunicaciones marítimas y la obligación, para todo estado, de no dejar utilizar su territorio para los fines de actos contrarios a los derechos de otros Estados*” (CIJ, 1949). En la Opinión Consultiva requerida por la Asamblea General acerca de las Reservas de la Convención para la Prevención y Represión del Delito de Genocidio, la Corte al expedirse sobre la primera cuestión planteada, respondió al interrogante de que en qué medida pueden efectuarse reservas a la Convención, en los siguientes términos: “*La Convención de Genocidio tiene por objeto prohibir las destrucciones de grupos humanos. Los principios que informan su contenido son reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios, aun sin vínculo convencional alguno, lo cual da a esta Convención la mayor universalidad posible*” (CIJ, *Recueil* 1951). En ocasión de la Opinión Consultiva sobre el Efecto de sentencias indemnizatorias del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas, la Corte volvió a hacer referencia al efecto obligatorio que tienen los principios generales del derecho, en estos términos: “*Es un principio de derecho generalmente reconocido que las sentencias de un cuerpo judicial constituyen res iudicata obli-*

del derecho utilizando diferentes términos: “principios generales del derecho”, o “principios bien conocidos”, o “principio bien establecido o generalmente reconocido”, etc. No se puede desconocer que junto a los principios generales del derecho reconocidos en “foro doméstico”, existen otros propiamente internacionales que no encuadran dentro del dispositivo del apartado 1.c) del artículo 38. Estos principios generales internacionales, tales como la primacía del tratado internacional sobre la ley interna; el principio de la continuidad del Estado; el respeto a la independencia e igualdad de los Estados; la regla del agotamiento de los recursos internos para la procedencia de la acción de amparo diplomático, etc., son por su propia naturaleza, de índole estrictamente internacional, y no deben confundirse con los principios generales del derecho a que hace referencia la disposición citada. En general, cuando se niega la posibilidad de que los principios generales del derecho internacional sean fuente autónoma uno de los argumentos que se esgrimen es que éstos constituyen normas de derecho internacional derivados de la costumbre. Esta afirmación es materia discutible. Consideramos que existe una clara distinción entre el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho ya que estos últimos presentan sus propios caracteres y complejidades. Es controvertible que los principios generales del derecho propiamente internacionales, signifiquen meramente la expresión de una norma consuetudinaria, ya que en muchos casos no revisten las condiciones previstas para la formación de esta última; en especial, carecen del elemento

gatoria para las partes. En este caso, las partes son los funcionarios demandantes por un lado, y el Secretario General, representando a la Organización por el otro. La sentencia es final e inapelable, según el art. 10 del Estatuto del Tribunal, y por lo tanto, obligatoria para las Naciones Unidas. Siendo que la Asamblea General es un órgano de las Naciones Unidas, ésta está obligada a cumplir la sentencia, y debe pagar las indemnizaciones fijadas” (CIJ, Recueil 1954). Los casos citados no fueron los únicos en que la Corte hizo referencia a los principios generales del derecho. En efecto, se refirió a ellos en la sentencia del 18 de julio de 1966 (Etiopía y Liberia contra la Unión Sudafricana), en el Caso Namibia (donde estableció que constituye un principio general del derecho que la violación de una obligación jurídica da derecho a la otra parte a solicitar la extinción del compromiso asumido), en el fallo sobre el Recurso concerniente a la competencia del Consejo de la OACI (18 de agosto de 1972), al determinar que “un principio de derecho muy importante está en juego: que una parte no tiene por qué explicarse sobre cuestiones de fondo ante un tribunal que no es competente en el caso concreto o cuya competencia no ha sido aún establecida”.

material, entendido como práctica constante, generalizada y uniforme. En otros supuestos, el elemento subjetivo, la *opinio juris*, se encuentra asentado y confirmado por un principio general de derecho internacional preexistente. Por ello entendemos que la cada vez más frecuente alusión de la Corte a principios generales, o principios fundamentales, significa la aceptación de tales principios como fuentes, a pesar de que a veces se invocan como íntimamente vinculados a una costumbre internacional; en realidad, tal alegación, no es otra cosa que la afirmación y aplicación de una norma u obligación que tiene como fuente los principios generales del derecho internacional. Las normas convencionales y consuetudinarias son consecuencias y concreción destinadas a facilitar la aplicación de los principios jurídicos básicos, ya que éstos constituyen pautas legales esenciales y vigentes; informan toda elaboración jurídica particular, condicionan el proceso de creación de normas jurídicas, e integran la ley concreta. El valioso aporte del positivismo se limita a posibilitar la realización efectiva de las pautas normativas universales que constituyen los principios jurídicos.

Con relación a los actos unilaterales de los Estados, algunos sólo tienen carácter jurídico cuando se vinculan a otros actos, o son preparatorios de la creación de otra fuente del derecho. Es decir, no poseen de manera independiente, el carácter de generadores de derecho¹⁸. Pero, existen sin embargo, otros actos unilaterales que por su naturaleza tienen el efecto de ser generadores de derecho, es decir, tienen la facultad de producir efectos jurídicos con independencia de otro acto¹⁹. La Corte Internacional de Justicia, en el Asunto de los Ensayos Nucleares²⁰, sentó las siguientes precisiones sobre el acto unilateral: las declaraciones que revisten la forma de actos unilaterales y afectan situaciones de hecho y de derecho, pueden tener como efecto crear obligaciones jurídicas, deben tener un objeto preciso, los Estados que efectúan estas declaraciones

¹⁸Ejemplo de ellos, lo constituyen los actos preparatorios o necesarios para la celebración de un tratado o para la formación de una costumbre internacional (negociación, declaración, ratificación, reserva, etc.).

¹⁹Es necesario aclarar que de estos actos no surgen normas generales sino sólo obligaciones particulares para el Estado del que emanan y es desde este punto de vista que ellos ocupan un lugar dentro de la teoría de las fuentes del derecho internacional. Los actos unilaterales a que nos referimos son: la promesa, la renuncia y el reconocimiento.

²⁰CIJ, *Recueil* 1974.

tienen la intención de quedar obligados de acuerdo con los términos de éstas, esta intención obligatoria de la declaración le confiere la naturaleza de compromiso jurídico, con efecto obligatorio para el autor de la declaración, en el sentido de que éste deberá seguir en el futuro una línea de conducta acorde con la declaración efectuada, no es necesaria ninguna contrapartida para que la declaración produzca efectos jurídicos; esto es, no se requiere aceptación, réplica u otra reacción por parte de los restantes estados, tal exigencia -la contrapartida- es incompatible con la naturaleza estrictamente unilateral del acto jurídico. Se podría evaluar si estos actos, si bien son actos jurídicos y de ellos derivan consecuencias y obligaciones para la parte que lo emite, no tienen por fin crear una norma de derecho, sólo obligaciones para el sujeto que lo emite.

Con respecto a las decisiones o resoluciones de las instituciones internacionales, es indudable que deben ser definidas, en cuanto a su naturaleza, como actos de derecho y como tales, traen aparejados efectos jurídicos. Sus consecuencias y alcances, están directamente relacionadas con los instrumentos constitutivos: de dichas organizaciones. En principio, se puede afirmar que las resoluciones son fuente-creadora de derecho para los Estados parte de la organización, si así lo establece expresamente su tratado fundacional; pero además, los autores las consideran, salvo casos excepcionales, como de importancia decisiva para el perfeccionamiento de otra fuente principal del derecho internacional: la costumbre internacional. En efecto, el cúmulo de resoluciones, declaraciones, recomendaciones, etc., de las organizaciones internacionales constituye un paso decisivo en la formación de la *opinio juris sive necessitatis*, es decir del elemento subjetivo o psicológico que debe mediar necesariamente para que un acto o conducta repetida adquiera la fuerza de costumbre internacional. Cualquiera que sea nuestro juicio sobre el papel de la Asamblea General de las Naciones Unidas en la adopción de nuevas normas internacionales, no se puede desconocer su influencia en la gestación de las normas consuetudinarias²¹. Por otra parte, las organizacio-

²¹ La lucha contra el terrorismo ha llevado al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas a la adopción de normas bastante extensas y elaboradas de carácter obligatorio, más allá de las múltiples convenciones internacionales que abordan las distintas manifestaciones del terrorismo

nes no gubernamentales (ONGs) asumen un papel creciente en la elaboración de nuevas normas internacionales en materia de derechos humanos, medio ambiente o desarme, participando en algunos casos en la adopción de nuevas convenciones o en otras instancias relevantes en el proceso de formación de normas internacionales.

La interpretación y prueba de la norma internacional obra de la jurisprudencia, es una de sus funciones más importantes, que facilita enormemente la aplicación del derecho internacional. La función interpretativa y probatoria de la jurisprudencia internacional ha tenido la gran virtud de aplicar reglas jurídicas, deduciéndolas de los principios generales del derecho y de las prácticas estatales convencionales o consuetudinarias, explicándolas y profundizándolas y otorgándoles una certeza de las que carecían, permitiendo de este modo lograr verdaderos y significativos avances en el desarrollo del derecho internacional. Las decisiones judiciales, jurisprudencia, establecidas en el punto 1. c) del Estatuto de la Corte como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de los dispuesto en el artículo 59...”²², parece hacer referencia solo a las decisiones de la Corte por referencia al artículo 59. Para gran parte de la doctrina la jurisprudencia no constituye una fuente autónoma del derecho internacional. Sin embargo, cierta doctrina se inclina por darle valor de fuente autónoma a la jurisprudencia, comparando los precedentes judiciales con el proceso de formación de la costumbre internacional. “*La jurisprudencia es al cumplimiento forzoso del derecho, lo que es la costumbre a su observancia espontánea*”²³. Kelsen no duda

²² “*La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido*”. Esta disposición consagra el principio de la cosa juzgada; en consecuencia, las sentencias de la Corte sólo tienen fuerza obligatoria para los Estados litigantes y para el caso que demandó el fallo.

²³ José A. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 1986. Citando al profesor Giraltd (con una posición similar a la de Scelle), argumenta que la jurisprudencia tiene poder normativo autónomo, calificándola de “costumbre jurisdiccional”. “*Si la costumbre es fuente de derecho, con mayor razón habrá de serlo la jurisprudencia. Pues si aquélla -la costumbre resulta de los supuestos, no contemplados inicialmente por la regla positiva, en que los miembros de una comunidad acudían voluntariamente a los principios superiores para encontrar la solución adecuada al caso en cuestión, provienen de la jurisprudencia los supuestos en que la solución ha*

en apoyar esta postura: “Además de la costumbre y los tratados, las decisiones de los órganos internacionales, especialmente los fallos de los tribunales internacionales, son fuente del derecho internacional”²⁴. Esta tesis es compartida por Barberis después de un minucioso análisis de la labor desarrollada por la Corte de La Haya, efectuando una crítica a la redacción del artículo 38, 1.d) en cuanto califica a la jurisprudencia como “fuente auxiliar” del derecho internacional: “Parece que esta disposición, no describe fielmente el valor, como fuente de derecho, que, en la práctica, la Corte atribuye a sus propios precedentes”²⁵. La Corte a través de varios fallos y dictámenes, ha consagrado el valor de la jurisprudencia como fuente autónoma del derecho internacional, en virtud de que ha invocado y aplicado reglas originadas en sus propios precedentes, dándoles valor no como principios generales del derecho, ni como costumbres o tratados, sino como su privativa jurisprudencia. En definitiva, la jurisprudencia es un modo de creación de normas jurídicas que se traduce en la denominación general de sentencias y, en virtud de que ha sido dictada con el consentimiento de las Partes, crea una regla de derecho obligatoria para ellas.

Si nos atenemos a la disposición del artículo 38, párrafo 2, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, la Corte puede solucionar un litigio *ex aequo et bono* únicamente cuando las partes lo convienen. Ello hace necesario dilucidar el significado y alcance del concepto de equidad y a las funciones que cumpliría ésta en el marco del derecho internacional

sido indagada en los principios superiores por un órgano calificado de la comunidad, cual es el judicial”.

²⁴ Hans Kelsen, *Principios de Derecho Internacional Público*, Argentina, El Ateneo, 1965. “El derecho creado por los organismos internacionales, especialmente por las decisiones de los tribunales internacionales establecidos por tratados, deriva su validez de esos tratados, los cuales, a su vez, obtienen su validez de la norma de derecho internacional consuetudinario, *pacta sunt servanda*”.

²⁵ Julio Barberis, ob. cit. El valor otorgado por la Corte a sus precedentes judiciales, según este autor, puede ser observado a través de tres etapas diferenciadas en su actuación: “a) Una primera, donde la Corte sienta una decisión aplicable sólo al caso particular; b) una segunda, en la que el Tribunal otorga a sus precedentes el carácter de Regla General; y c) una tercera, en la cual la Corte recurre a la práctica de invocar su jurisprudencia anterior como ‘principal fundamento de la regla de interpretación en cuestión’”.

en general, y en particular con respecto a las fuentes del derecho. Nadie discute que la equidad cumple una función esencial en la aplicación del derecho internacional, en el sentido de que el derecho debe ser aplicado con equidad, es decir que el juez debe adecuar la norma al caso concreto con un sentido de justicia, atemperando su excesivo rigor o adaptándola, conforme el criterio valorativo de las circunstancias del caso, cuando ésta sea imprecisa, injusta o insuficiente. Esta facultad que tiene el juzgador de hacer uso de la equidad aparece necesariamente unida a cualquier resolución de una cuestión de derecho, sin que sea imprescindible una autorización expresa de las partes en tal sentido. Esta función interpretativa de la norma jurídica atribuida a la equidad, es la llamada en doctrina *infra legem* o *infra ius* o *secundum legem* ²⁶. Existen otras funciones atribuidas a la equidad: la *praeter legem* y la *contra legem*. La primera tiene como función llenar una laguna del derecho; la segunda, concretamente se aplica para dejar de lado, modificar o eliminar una norma jurídica. De acuerdo a ello, un pronunciamiento de la Corte conforme el artículo 38 ap. 2 del Estatuto debería tomar en cuenta cualquiera de las otras dos funciones atribuidas a la equidad: la *praeter legem* o la *contra legem*, ya que la *infra legem* no constituye un requisito independiente de la decisión judicial y por ende no necesita una autorización expresa su utilización.

La idea de la equidad como fuente del derecho internacional ha sido rechazada por la mayoría de la doctrina. Sin embargo, el derecho internacional ha ido variando en las últimas décadas con base en las mutaciones operadas en la sociedad internacional. Estamos asistiendo a un proceso de judicialización marcado por una llamativa influencia de las decisiones judiciales que han avanzado sobre el concepto tradicional y formalista de las fuentes del derecho priorizando valores humanos, individuales y colectivos, basados en la equidad como eje rector. Ello no sólo se percibe en las decisiones de los tribunales de derechos humanos, sino también en la opinión de varios de los miembros de la CIJ. En efecto, se “... *ha pasado de la prevalencia del valor institucional estatal universalista... ma-*

²⁶Esta función interpretativa de la equidad fue establecida por el Instituto de Derecho Internacional (Luxemburgo, 1937) “... que la equidad es normalmente inherente a una sana interpretación del derecho, y que el juez internacional, lo mismo que el interno, está llamado por su propia misión a tener en cuenta de ella en la medida compatible con el respeto del derecho”.

nifestado en los principios de imperio y soberanía, principio de no intervención, principio de efectividad, a la preeminencia del valor individual de los derechos humanos con percepción constructivista, reflexivista, particularista, implicando ello la debilitación de los principios fundamentales de la etapa anterior, correspondiendo al Estado asegurar prioritariamente la protección de los derechos humanos fundamentales del individuo con visión fundada en percepciones propias del relativismo cultural. Destacamos esta percepción de 'nuevo derecho', en tanto, los tribunales internacionales de derechos humanos se han ido adhiriendo a la visión postmoderna señalada. La misma ha ido creciendo, contribuyendo, tal vez, a la formación de una nueva eventual *opinio iuris*. Los tribunales interpretan progresivamente los tratados y aplican un derecho evolutivo personalista y subjetivo. Con ello dan apoyo e impulso a esa nueva tendencia de activismo judicial. Es de observar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos va a la vanguardia de esos avances, si bien, ello encuentra justificación en la amplitud de sus funciones, particularmente, en materia de reparaciones”²⁷. También es notable esta actitud judicial en materia de interpretación amplia, extensiva, voluntarista con fundamento en la equidad, en los votos razonados separados de algunos los jueces de la CIJ en el *asunto Níger c/ Burkina Faso*²⁸. La ley no puede aplicarse mecánicamente con un excesivo formalismo, y ese sentido elude una interpretación literal, por una más ajustada a la equidad. Así lo sostiene el juez Daudet, en relación con la decisión de la Corte cuando opta por la línea media para el trazado de la frontera: “Ajustarse estrictamente al compromiso sin ninguna consideración de equidad, conduciría a un resultado significativo de excesivo formalismo. La aplicación del principio del *uti possidetis* ha sido ‘desplazado’ por la realidad actual”. En lo referido a este nuevo concepto de soberanía vinculado estrechamente al resguardo de los derechos humanos, el juez Bennouna expresa: “En la actualidad existe un

²⁷ Zlata DRNAS DE CLÉMENT, “La equidad *contra legem* en la sentencia del 30 de noviembre de 2010 de la CIJ en el asunto Ahmadou Sadio Diallo”, *Estudios de Derecho Internacional. Libro homenaje al Profesor Hugo Llanos Mansilla*, Santiago de Chile, Abeledo Perrot-Thomson Reuters, 2012, t. I.

²⁸ CIJ. *Recueil* 2013.

nuevo concepto de la soberanía. Esta se ha vuelto inseparable de la responsabilidad respecto de la población. Este cambio obliga a los Estados a que adopten las medidas necesarias para proteger los derechos de las poblaciones afectadas. Las realidades geográficas y humanas entre una época y otra han cambiado y la Corte hace que la justicia, casi un siglo después, no pueda dejar de tenerlos en cuenta". Del fallo y de las opiniones individuales se pueden destacar una interpretación en que la equidad pone en jaque una aplicación rígida de los tratados y principios, modificando incluso la inmutabilidad de los tratados que fijan un límite o frontera y de un principio general del derecho como el *uti possidetis*.

IV. Interacción entre las fuentes

Dos de las fuentes formales autónomas -tratados y costumbre- no son contrapuestas, ni separadas o independientes. En efecto, *“una de las principales conclusiones que puede derivarse de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia relativa al tema de las fuentes es que dicha contraposición o diferenciación entre el Derecho Convencional y el Derecho Consuetudinario no debe formularse, o aplicarse, demasiado rígidamente, dado que una norma contenida en un tratado puede ser, o llegar a ser, una norma consuetudinaria. En este sentido, una distinción rígida entre ambas, como si existieran en compartimientos estancos, sería incorrecta”*²⁹. La interacción entre ambas fuentes produce diversos efectos que van desde el reconocimiento expreso de normas ya existentes hasta la formación de nuevas (declarativo, cristizador y generador), este fenómeno se ha extendido a la interacción entre todas las fuentes del derecho internacional público. Los especialistas en derecho internacional comienzan a analizar la conducta de los Estados, los fenómenos de legalización de las normas y también la existencia de normas embrionarias caracterizadas como *soft law*. El antiguo debate sobre las “palabras” frente a los “hechos” es significa-

²⁹ Eduardo JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *El Derecho Internacional Público Contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 1980.

tivo en aquellos casos en que determinadas normas del derecho internacional consuetudinario no se afirman sobre la base de la práctica real y efectiva de todos los Estados o la mayoría de ellos, sino por otros medios, tales como la confirmación de una norma sustentada en la aprobación por varios Estados de una resolución o en la existencia de un tratado ampliamente ratificado. Se trata de un problema más complejo que la relación entre la costumbre y los tratados, incluido el efecto de los tratados ampliamente ratificados pero no universales, las cuestiones planteadas por el artículo 38 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y el papel del derecho internacional consuetudinario en la interpretación de los tratados. Incluye también el efecto de los tratados de codificación en la prueba de las normas consuetudinarias; la relación entre la costumbre y el derecho internacional general, los principios generales del derecho y los principios generales del derecho internacional; el efecto de las resoluciones de las organizaciones internacionales; y, en forma más general, el papel de la práctica de sujetos de derecho internacional distintos de los Estados, como las organizaciones internacionales; la relación entre el derecho en gestación y la costumbre y entre la *lex lata* y la *lege ferenda*; la importancia o no que se debe conceder a la práctica desigual en la formación y la prueba de las normas del derecho internacional consuetudinario; el valor de la noción de oponibilidad y el posible papel de la aquiescencia, el silencio y la abstención en el proceso de formación de las normas del derecho internacional consuetudinario; el papel desempeñado, en ese proceso, por los actos unilaterales, como la protesta y el reconocimiento; las condiciones respectivas para la formación y la modificación de una norma de derecho internacional consuetudinario; los posibles efectos de las reservas a los tratados en las normas del derecho internacional consuetudinario; el papel de la práctica regional y su relación con el derecho internacional como sistema; y la relación entre el derecho internacional consuetudinario regional y general.

V. Pluralidad de normas. Fragmentación

Una de las peculiaridades del ordenamiento jurídico internacional es la coexistencia de un Derecho Internacional común o general con ordenamientos internacionales particulares, parciales o especiales, que

cuantitativamente, son muy superiores a las generales. Como la mayor parte del derecho internacional es de naturaleza dispositivo, (sin perjuicio de las excepciones en materias de normas imperativas y de otros casos de inderogabilidad), los acuerdos especiales o particulares pueden dejarlo sin efecto, o bien, es posible y admisible jurídicamente, apartarse del derecho general. Siendo el tratado una fuente primordial de Derecho Internacional, tanto los convenios bilaterales como los multilaterales, pueden crear este derecho particular para regir sus mutuas relaciones. Se trata de normas convencionales, pero también existen normas particulares de Derecho Internacional consuetudinario. Así, las normas que sólo obligan a dos o más Estados constituyen el llamado Derecho Internacional “particular”³⁰. Pero una norma puede ser especial o particular, no sólo en relación al número de Estados a los que se aplica, sino también por la extensión y contenido de la materia que trata³¹. A través del Derecho Internacional particular se va ampliando el Derecho Internacional general, provocando su diversificación y expansión lo que ha suscitado lo que se denomina el proceso de fragmentación del derecho internacional³². El Derecho Internacional particular presupone el Derecho Internacional “común” o “general”. La existencia de un derecho internacional particular, no significa que las normas que lo integran se encuentren aisladas del derecho internacional general. Los acuerdos parciales reciben su fuerza obligatoria por referencia a normas o principios generales (válidos y obligatorios) exteriores y anteriores a ellos y que son de aplicación supletoria. El derecho internacional general siempre se encuentra subyacente tras las normas y regímenes particulares.

³⁰Ciertas normas particulares, al ser desarrolladas y aceptadas por todos los Estados de una región geográfica, han sido denominadas normas jurídicas regionales, como el caso del denominado “derecho internacional americano”. Una norma regional es una norma del Derecho Internacional cuyo ámbito de aplicación queda limitado a las relaciones entre los sujetos de un área geográfica determinada.

³¹Normas específicas referidas a los Derechos de la Persona Humana, Derecho Humanitario, Derecho del Desarrollo, Derecho del Mar y Fluvial, Derecho espacial, Derecho del medio ambiente, etc.

³²Existen tres clases de fragmentación: a) la derivada de interpretaciones antagónicas del derecho general; b) la resultante de la aparición de un derecho especial como excepción al derecho general; c) la dimanante de un conflicto entre diferentes tipos de derecho especial.

El fenómeno de la globalización influye sobre el derecho internacional general, ya que “*la universalidad de las reglas comunes entraña igualmente la especialización de ramas del Derecho internacional y la autonomía relativa de sistemas jurídicos especiales concebidos en función de características propias de los ámbitos que regulan*”³³. Esta regionalización ha provocado la expansión del derecho internacional, no solo en el sentido material, sino también, como hemos expresado) con la aparición de nuevos sujetos internacionales y la modificación en el proceso de elaboración de las normas internacionales, una de cuyas consecuencias es la fragmentación del ordenamiento jurídico internacional, entendida como un epifenómeno de la globalización, con el riesgo latente sobre la unidad y eficacia del derecho internacional general. En efecto, si bien los Estados son libres de elegir las fuentes formales del derecho, ello origina que la comunidad internacional quede debilitada estructuralmente por la dificultad que se le presenta para articular soluciones al choque producto del enfrentamiento entre la globalización/universalismo y el regionalismo.

La estructura descentralizada del orden internacional y del sistema jurídico que lo apoya, facilita este fenómeno. La expansión del derecho internacional y la multiplicación de instancias jurisdiccionales de carácter funcional o regional, han agudizado el problema de la fragmentación del derecho internacional, tema que ha sido objeto de tratamiento por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas³⁴. En dicho informe, la Comisión alude al surgimiento de interpretaciones diversas del derecho internacional general, al surgimiento de excepciones institucionalizadas al derecho internacional general, al conflicto entre distintos regímenes legales y a las diferencias en los procesos de adopción de normas internacionales. Aunque existen criterios para la solución de

³³ P.M. DUPUY, “Sur le maintien ou la disparition de l’unité de l’ordre juridique international”, en BEN ACHOUR - LAGHMANI, *Harmonie y contradicciones en droit international*, París, Pedone, 1996 (citado por SALINAS ALCEGA, ob. cit., pág. 43).

³⁴ Informe y conclusiones del Grupo de Estudio sobre Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho internacional, 58º período de sesiones celebrado del 1 de mayo al 9 de junio y del 3 de julio al 11 de agosto de 2006. Informe de la Comisión de Derecho Internacional, Suplemento N° 10 (A/61/10), Capítulo XII, párrafos 241-251, págs. 441-465.

estos problemas, como la especificidad (*lex specialis*), la temporalidad (*lex posterior*), la jerarquía normativa (*ius cogens*, obligaciones *erga omnes*), el criterio de la interpretación sistémica (artículo 31, N° 3, letra c) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados) o la prevalencia de las obligaciones impuestas por la Carta de las Naciones Unidas (artículo 103 de la Carta), su aplicación tampoco está exenta de dificultades y contradicciones³⁵. Con todo, hay un cierto consenso en estimar que pese a esta fragmentación, que refleja en parte la diversidad y pluralismo de la comunidad internacional, se mantiene la unidad del derecho internacional, a través de la universalización del contenido de sus normas fundamentales, de la búsqueda de una cierta uniformidad en las soluciones sustantivas y a la adaptación de las normas y contenidos a los desarrollos recientes del derecho internacional y las necesidades de la comunidad internacional³⁶.

VI. El principio del arreglo pacífico de las controversias

El principio de que los Estados reencuentran obligados al arreglo pacífico de las controversias es el corolario, la consecuencia necesaria, del de la prohibición de la amenaza y del uso de la fuerza en el derecho internacional. Constituye un principio general consuetudinario³⁷, establecida en la Carta de las Naciones Unidas en sus artículos 1°, apartado 1 (como un propósito), 2 apartados 3 y 4 (traducidos en dos obligaciones: la

³⁵ CASANOVAS, "Aproximación a una teoría", págs. 42-43.

³⁶ Ángel RODRIGO HERNÁNDEZ, "La integración normativa y la unidad del derecho internacional público", en RODRIGO Y GARCÍA, *Unidad y Pluralismo en el Derecho Internacional*, Madrid, Tecnos, 2011, pág. 323.

³⁷ Las expresiones de las organizaciones internacionales hacen de fuente de creación consuetudinaria y eso lo expresó el TIJ en el caso de Nicaragua vs. EE.UU. El Tribunal expresó que el hecho de que los Estados aprobaran la Resolución 2625 (XXV) demostraba una *opinio iuris* que era practicada por los Estado y por ende, constituía una costumbre. Las resoluciones de la Asamblea General no son vinculantes en sí mismas, pero en virtud de que están integradas por representantes de todos los Estados (y muchas veces las resoluciones se adoptan por consenso), hacen que gocen de legitimidad internacional.

primera, donde consta concretamente el deber del arreglo pacífico, y la segunda, referente a la prohibición del uso de la fuerza), y 33 (donde se enumeran los distintos medios de solución pacífica). Los Estados deben procurar llegar a un arreglo pacífico de sus controversias internacionales mediante los medios que establece el derecho internacional. La obligación tiene un aspecto positivo y otro negativo: el primero, es que los Estados deben tratar de solucionar sus controversias de buena fe y buscando un medio adecuado de arreglo; el negativo, es que deben abstenerse de toda acción que agrave la controversia. El arreglo pacífico se basa en los principios de igualdad soberana de los Estados y libre elección de los medios.

VII. Distintos medios de solución de los conflictos internacionales en la modernidad

En este nuevo período el derecho internacional ha ampliado de tal forma sus objetos sujetos a regulación, que dichas materias necesitan de la construcción nuevas formas de arreglo para sus conflictos. El desarrollo de nuevos regímenes y la transformación de los antiguos no han estado exentos de problemas. Muchas veces, los límites de estos regímenes son difusos. En ocasiones, se hace evidente una colisión de regímenes, que responden a lógicas políticas diferentes. A veces, las disputas son dirimidas por la misma instancia, pero en otros casos pueden existir instancias alternativas o paralelas.

Una visión de conjunto nos permite observar en la actualidad toda clase de controversias internacionales y una inmensa diversidad de mecanismos de arreglos previstos para su solución. El paso previo para someter un conflicto a una decisión jurisdiccional, es el de determinar cuál es la jurisdicción adecuada a los fines de posicionar el diferendo al tribunal correspondiente.

Durante años no se planteó el problema derivado de la pluralidad de jurisdicciones atento la inexistencia de regímenes especiales y de tribunales con jurisdicción internacional (con excepción de la actual Corte Internacional de Justicia y su antecesora la Corte Permanente). El advenimiento de nuevos regímenes especiales trajo aparejada la creación de múltiples tribunales. La Corte Internacional de Justicia, como queda

dicho era el único tribunal judicial con jurisdicción internacional (salvo algunos casos particulares de tribunales arbitrales). El problema radica en encontrar o definir “criterios universales” para encuadrar legalmente distintos conceptos o circunstancias propios del conflicto de que se trate. En todo caso, la Convención de Viena de 1969, dispone que todo tratado deba ser interpretado teniendo en cuenta “*cualquier regla relevante del derecho internacional aplicable entre las Partes*”. Esta regla permitiría no caer en compartimentos herméticos de especialización funcional.

La globalización ha acercado los conflictos y ha influido en gran medida que la relación entre lo interno y lo internacional conduzca necesariamente a la utilización, cada vez con más frecuencia, a la utilización de medios jurisdiccionales o cuasi jurisdiccionales para la solución de las controversias internacionales. En el siglo XXI se ha puesto en revisión el orden jurídico político instaurado después de la Segunda Guerra Mundial. Uno de los factores a tener en cuenta como relevante es la judicialización de las relaciones internacionales en determinados ámbitos, superando los medios pacíficos no jurisdiccionales en materia de solución de controversias. El debate permanente que se plantea entre quienes ven al proceso judicial internacional como un ejercicio neutral de aplicación de normas objetivas a un caso concreto y quienes en cambio lo consideran como un proceso de toma de decisiones que ocurre en un contexto específico y donde entran en juego valores y consideraciones respecto de las consecuencias políticas de un acto de adjudicación³⁸.

Consecuencia de ello es que se puede observar un incremento importante de instancias y tribunales internacionales, que propician una tendencia hacia la judicialización de los diferendos utilizando procedimientos reglados aceptados por los Estados, que resuelven las controversias con fundamento en el derecho internacional. Ejemplo de este fenómeno son:

³⁸Rosalyn HIGGINS, *Themes and Theories*, Oxford University Press, Oxford, 2009, vol. I, págs. 19-21.

- a) En el orden internacional, la Corte Internacional de Justicia, la Corte Permanente de Arbitraje³⁹, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar⁴⁰.
- b) En el campo de los derechos humanos, se pueden mencionar como organismos jurisdiccionales el Tribunal Europeo de Derecho Humanos, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Africana, como organismos jurisdiccionales y como cuasi jurisdiccionales, en el orden internacional, el Comité de Derechos Humanos del Pacto de internacional de derechos civiles y políticos, el Comité para la eliminación de la discriminación, el Comité contra la Tortura, los sistemas de denuncias internacionales de la OIT; en el plano regional, la Comisión americana, la africana, etc. de derechos humanos.

³⁹ La CPA fruto de las Conferencias de La Haya de 1899 y 1907, constituye en la actualidad un moderno tribunal que ofrece la más variada gama de medios para la solución de controversias no sólo entre Estados, sino también entre éstos y entidades privadas, como entre organizaciones internacionales. Desde la última década del pasado siglo, se amplió el campo de aplicación del arbitraje de la CPA modernizando su procedimiento, mediante la adopción de nuevos reglamentos para toda clase de arbitrajes, favoreciendo que se sometieran a su consideración diversos asuntos entre Estados como los casos del *Aeropuerto de Heathrow* (EE.UU. c/ Gran Bretaña), *la jurisdicción territorial de un grupo de islas del Mar Rojo* (Eritrea/Yemen), *la delimitación de la frontera entre Eritrea y Etiopía*; también entendió sobre asuntos entre un Estado y una entidad privada (*asunto Mitz Goh Pte. / Sri Lanka*), como entre privados entre sí como el arbitraje del *Bank of International Settlements y algunos accionistas*.

⁴⁰ El sistema de arreglos de controversias previsto en el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 presenta un esquema multisistémico que combina la libertad de elección del medio de solución pacífica a utilizar con la existencia de bases de jurisdicción convenidas en acuerdos generales, regionales o bilaterales o de cualquier otra manera, con la posibilidad de realizar la elección de unos de los procedimientos jurisdiccionales enumerados en el art. 297 del convenio o, en su defecto, recurrir al arbitraje del Anexo VII. El TIDM constituye una nueva jurisdicción internacional. El estatuto del tribunal entró en vigor el 14 de noviembre de 1994. El acceso a la jurisdicción está abierto a los Estados partes como entidades distintas a éstos; también pueden acceder organizaciones internacionales de integración contempladas en el anexo XIX, como las organizaciones internacionales de cooperación, organizaciones internacionales no gubernamentales y otras entidades públicas o privadas con las que las partes hayan concluido un acuerdo que confiera competencia al tribunal.

- c) En cuanto a tribunales penales internacionales, la Corte Penal Internacional, Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (1993), el Tribunal Internacional para Ruanda (1994), No obstante, una “tercera generación” de tribunales hizo su aparición a fines de los años ‘90 y principios del nuevo milenio, para dar respuesta a aquellos casos no alcanzados por la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, la mayoría de las veces, referidos a crímenes acontecidos con anterioridad a la entrada en vigencia del Estatuto de Roma y por ende sobre los cuales la CPI carece de competencia. Estos tribunales, llamados comúnmente “híbridos” o “internacionalizados”, surgieron *ex post facto*, es decir, para abordar situaciones una vez concluido el conflicto y con competencia retroactiva. La característica de estos tribunales híbridos es que no son enteramente internacionales ni tampoco son completamente nacionales, sino que combinan particularidades de ambos regímenes. Si bien existe una combinación de características internacionales y nacionales que se manifiesta en la creación, organización, estructura, funcionamiento y ley aplicable de estos tribunales, no puede decirse que dicha mixtura sea idéntica en cada uno de ellos. Ellos son: Los Paneles Especiales de Dili, Timor Leste (Timor Oriental) (2000); *el Tribunal Especial de Sierra Leona* (2002); *las Cámaras Extraordinarias de Camboya*⁴¹; y *el Tribunal Especial para el Líbano*⁴².
- d) En el ámbito del comercio internacional, existen Sistemas de solución de controversias en la OMC, el CIADI, la Corte internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

⁴¹El gobierno camboyano en 2001 sancionó una ley que creó las Cámaras Extraordinarias de Camboya para la prosecución de los crímenes cometidos durante el periodo de la Kampuchea Democrática. Aquella fue enmendada en 2004, en el marco del Acuerdo de Marzo alcanzado, luego de arduas negociaciones, entre Naciones Unidas y el gobierno de Camboya. En consecuencia las *Cámaras Extraordinarias para Camboya* se constituyeron dentro de la estructura judicial camboyana.

⁴²Actuando de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de San Francisco, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas dictó la Resolución 1757, del 30 de mayo de 2007, por la que decidió la entrada en vigor del acuerdo firmado entre el Líbano y Naciones Unidas, el 27 de junio de ese año, conformando el anexo y apéndice de dicha resolución el Acuerdo y Estatuto del Tribunal Especial del Líbano respectivamente.

- e) En materia financiera internacional, los paneles de inspección del Banco Mundial, Banco Interamericano de Desarrollo y del Banco Asiático de Desarrollo.
- f) En el ámbito de la integración, la Corte de Justicia de la Unión Europea, la Corte de Justicia de la Comunidad Andina, la Corte de Justicia de Centroamérica, los Tribunales arbitrales del Mercosur, los procedimientos de solución del ALCA, etc.

Estas nuevas instancias jurisdiccionales y cuasi jurisdiccionales han originado nuevas jurisdicciones y motivado una profusa jurisprudencia, a veces discordante. La causa, en consecuencia, de resoluciones diferentes para casos análogos, no radica sólo en normas contradictorias, sino, principalmente, en la diferente apreciación, interpretación y aplicación que de éstas hacen los múltiples tribunales internacionales. Sin embargo, la multiplicación de jurisdicciones internacionales, si bien puede ocasionar consecuencias negativas para la unidad del derecho internacional (si se deja de lado la garantía de coherencia mínima en la interpretación y aplicación de las normas internacionales), tiene un efecto útil cual es que permite la solución de un mayor número de controversias, habilitando la jurisdicción internacional a materias que antes quedaban excluidas. Pero, tal multiplicación de jurisdicciones ocasiona, sin duda, no solo la posibilidad de conflicto entre las propias jurisdicciones, sino también una probable contradicción en la jurisprudencia de los distintos tribunales.

Este problema puede ser atenuado desde el punto de vista normativo, institucional y jurisprudencial. Desde el primero, teniendo siempre como base las reglas de interpretación de los tratados establecidas en la Convención de Viena de 1969; desde el ángulo institucional, aceptando la jerarquía como tribunal supremo de la comunidad internacional, a la Corte Internacional de Justicia, teniendo en cuenta que la misma es el máximo tribunal con jurisdicción universal para cualquier cuestión de orden jurídico, ya sea por vía contenciosa o consultiva. Incluso la jurisprudencia de la Corte ha marcado nuevas reglas en materia de interpretación de los tratados que exceden las expresadas en la CV69 al establecer que los tratados deben interpretarse y aplicarse en el marco del sistema jurídico vigente en el momento de la interpretación, y no en el momento de la elaboración o adopción del texto.

LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES Y LA SOLUCIÓN PACÍFICA DE CONTROVERSIAS

INTERNATIONAL ORGANIZATIONS AND PEACEFUL SETTLEMENT OF DISPUTES

*Graciela R. Salas**

Resumen: El trabajo estudia la solución pacífica de controversias entre Estados como eje para analizar el rol de las organizaciones internacionales en los diferendos con Estados y otras organizaciones internacionales.

Palabras-clave: Solución de controversias - Estados - Organizaciones Internacionales.

Abstract: The paper studies the peaceful settlement of disputes between States as an axis to analyze the role of international organizations in disputes with states and other international organizations.

Keywords: Settlement of disputes - States - International Organizations.

Sumario. Introducción. El rol de las organizaciones internacionales. Las controversias entre Estados y organizaciones internacionales. Las controversias entre organizaciones internacionales. Conclusión.

Introducción

Durante 2012 el objetivo fue trabajar sobre solución pacífica de controversias. En nuestro caso centramos la atención en el rol de las organizaciones internacionales en la materia.

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Profesora Titular de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba y otras Universidades. Miembro del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Sin embargo, la doctrina suele detenerse particularmente en las controversias entre Estados, llegando a referirse al rol de las organizaciones internacionales en la resolución de esas controversias, pero rara vez encontramos alguna referencia a las controversias entre organizaciones internacionales. En efecto, los acuerdos celebrados entre éstas, infinitamente menores en relación a los celebrados entre Estados, y entre éstos y organismos internacionales, constituyen parte de los objetivos de este trabajo.

A poco de comenzar el estudio de este tema nos enfrentamos a la necesidad de delimitar el área de investigación, de allí que tomemos a la solución pacífica de controversias entre Estados como eje, para analizar a continuación cuál es el rol de las organizaciones internacionales.

Desde esa óptica el tema parecería sencillo en su abordaje, pero a poco de andar aparece la infinidad de aristas a que hacíamos referencia más arriba. Es así que el eje de análisis va transitando desde la relación entre Estados a la relación Estados - organizaciones internacionales, al eje organizaciones internacionales entre sí, y en este caso a las relaciones de coordinación junto a las relaciones de subordinación. En esta diversificación del enfoque encontramos que en el sistema general se fueron planteando nuevas necesidades al producirse el surgimiento de otros tipos de organizaciones internacionales, de fines específicos, que hicieron necesaria una estricta coordinación con miras a evitar la duplicación y dispersión de esfuerzos. En este caso estamos haciendo referencia a los que se fueron incorporando al sistema general como organismos especializados.

Veremos a continuación la diversidad de situaciones planteadas en relación a los dos tipos de organizaciones internacionales y que se vinculan con la solución pacífica de controversias que nos ocupa.

El rol de las organizaciones internacionales

Como decíamos en la introducción, la primera aproximación a este tema la ofrece el rol de las organizaciones internacionales en la solución pacífica de controversias.

A partir de allí nos interesa identificar los principales instrumentos internacionales aplicables, sin que desde luego la nómina resulte absolutamente exhaustiva, iniciando con el primero de ellos, en especial por el rol

que desempeña en una suerte de jerarquización de normas en las relaciones entre organizaciones internacionales:

1. Carta de la Organización de las Naciones Unidas y en ella principalmente los arts. 1º, 2º, 33 a 38 y 52. Los órganos habilitados para participar en la solución pacífica de controversia son el Consejo de Seguridad en primer lugar, en virtud de sus competencias específicas, y la Asamblea General.

2. La Resolución 2625 (XXV) Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones de Amistad a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, abstención del uso o la amenaza del uso de la fuerza, solución pacífica de controversias, no intervención, igualdad de derechos y libre determinación de los pueblos, igualdad soberana de los Estados, cumplimiento de buena fe las obligaciones contraídas de conformidad con la Carta.

3. La Res. 37/10 de la Asamblea General de la ONU Declaración de Manila sobre Arreglo Pacífico de Controversias. Podríamos decir que, de acuerdo a los principios establecidos en la Carta de la ONU, por un lado los Estados están obligados a obrar de buena fe y a solucionar pacíficamente sus controversias y, por el otro, en cumplimiento de lo establecido por el Capítulo VI de esa Carta, deben recurrir en primer lugar a los medios de solución pacífica establecidos por los organismos regionales. Se reafirma en suma la igualdad soberana de los Estados y la libre elección de los medios para cumplir con la obligación de solución pacífica de sus controversias. En este caso vemos la reafirmación de principios establecidos en la Res. 2625 (XXV) y una necesaria coordinación con los organismos regionales.

4. La Convención para el Arreglo Pacífico de los Conflictos Internacionales, suscrita en La Haya en 1907, que establece la obligación de los Estados de recurrir a los buenos oficios y la mediación antes de recurrir a la guerra. Se dispuso también que los Estados utilicen una Comisión Internacional de Encuesta a fin de cooperar en el esclarecimiento de los hechos, para lo cual se creó un procedimiento especial. En esta Convención se creó también el Tribunal Permanente de Arbitraje con sede en La Haya.

Hasta aquí los instrumentos de alcance universal.

Junto a ellos podemos enumerar los instrumentos generales en nuestro continente americano:

1. La Carta de la Organización de los Estados Americanos (Carta de Bogotá) que, en coordinación con la Carta de la ONU particularmente en virtud del artículo 131 y desde los arts. 1º, 2º, 3º, 8º, Cap. V, establece la obligación de los Estados del continente de solucionar pacíficamente sus controversias (arts. 24, 25). En este punto cabe destacar la importancia del principio de cooperación con la ONU (artículo 54).

2. El Tratado Americano de Soluciones Pacíficas (Pacto de Bogotá). Como sabemos este acuerdo mereció serias reservas, particularmente en cuanto establecía con rigidez que una de las partes en una controversia podía llevarla a la Corte Internacional de Justicia (artículo 5º).

3. El Tratado de Arbitraje Obligatorio, firmado en la Segunda Conferencia Panamericana celebrada en 1902 en la ciudad de México.

4. El Tratado para Evitar o Prevenir conflictos entre Estados Americanos, también conocido como Pacto Gondra, de 1923.

5. La Convención General de Conciliación Interamericana, el Tratado General de Arbitraje Interamericano y el Protocolo de Arbitraje Progresivo, firmados en Washington en 1929.

6. El Tratado Antibélico de no Agresión y de Conciliación (Pacto Saavedra Lamas), firmado en Río de Janeiro en 1933.

7. En ocasión de celebrarse en 1936 en Buenos Aires la Conferencia sobre Mantenimiento, Afianzamiento y Restablecimiento de la Paz, se firmó la Convención del mismo nombre, con su Protocolo Adicional relativo a no intervención; el Tratado Interamericano sobre Buenos Oficios y Mediación y la Convención para Coordinar, Ampliar y Asegurar el Cumplimiento de los Tratados existentes entre Estados Americanos. En la misma oportunidad se creó el Sistema de Consulta origen del vigente actualmente en nuestro continente.

8. El Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca, firmado en Río de Janeiro en 1947, al que posteriormente se le agregó un protocolo adicional en San José (1975).

Partiendo ahora y concretamente del sistema de Naciones Unidas vemos que, con base en los instrumentos precitados, en el ámbito de la solución pacífica de las controversias la ONU ha desarrollado una importante acción, aunque no siempre coronada por un éxito rotundo.

Uno de los avances que se considera de mayor acierto fue la incorporación de la Corte Internacional de Justicia como un órgano interno,

con la doble competencia conocida y, a pesar de que la ONU carezca de competencia obligatoria para resolver controversias más allá de la posible intervención de la CIJ. El accionar de la organización mundial continúa siendo importante al tiempo de proponer elementos que pudieran llevar a la solución pacífica de una controversia, recurriendo aun a una solicitud de opinión consultiva a la propia CIJ.

Los medios utilizados en distintas oportunidades por la organización mundial han sido diversos: examen del litigio, investigación o recomendación de un procedimiento o de un arreglo. A tales fines se crearon a su vez órganos subsidiarios con el objeto de seguir la evolución de un problema que amenazaba el mantenimiento de la paz, como en el caso de las comisiones de conciliación para Palestina, Libia, los Balcanes, Corea. También se enviaron observadores para supervisar el cumplimiento de armisticios como en Palestina y Cachemira. Otro medio utilizado es el despliegue de las fuerzas de seguridad como en 1957 en el Canal de Suez a fin de separar a Egipto de Israel y posteriormente en la misma región luego de los acuerdos de Camp David, en Chipre, en el Congo, en la ex Yugoslavia, y en nuestro continente en Haití, sin que ésta sea sino una enumeración meramente enunciativa y en ningún modo exhaustiva. A pesar de ello debemos recordar que las soluciones propuestas por la ONU aún no son obligatorias.

La creación de la ONU y los mecanismos que venimos mencionando en definitiva agregaron a los tradicionales medios de solución pacífica los que vamos detallando y que, a nuestro modo de ver, no constituyen sino nuevas versiones de los mecanismos milenarios de la comunidad internacional, aplicados por nuevas vías.

Así, a modo de síntesis, vemos que desde sus comienzos la ONU viene intentando la creación y puesta en funcionamiento de una Comisión de Investigación o de Conciliación y de otros mecanismos y comisiones, pero hasta el momento no se ha logrado que se apliquen en forma efectiva. Entre los diversos medios aplicados encontramos también encontramos la Década del Derecho Internacional y del Fortalecimiento del Rol de la ONU, que intentó avanzar en el mismo sentido, aunque por otros medios. Finalmente, y lo que sí creemos destacable en la labor de la Organización mundial, es el rol del secretario general que en diversas ocasiones ha ejercido sus buenos oficios, con resultados diversos.

Por otra parte, y dentro del accionar de todas las organizaciones

internacionales sin excepción, la doctrina identifica algunos principios cuya vigencia es general: a) solución pacífica de controversias; b) la abstención de la amenaza o el uso de la fuerza para resolver las controversias; c) las controversias deben ser resueltas de buena fe y con arreglo al Derecho Internacional; d) las controversias deben resolverse en base al principio de igualdad de los Estados; e) con libre elección de los medios; f) teniendo en cuenta las características particulares de cada caso; g) el recurso a un procedimiento de arreglo de controversias no constituye un acto inamistoso ni viola la soberanía de los Estados; h) obligación de prevenir las controversias.

En cuanto al principio de solución pacífica de controversias, se les reconoce las siguientes características: a) es un principio general de derecho internacional; b) consagra una obligación de comportamiento para todos los Estados; c) exige que exista una controversia; d) que la controversia sea internacional y no se trate de un asunto reservado a la jurisdicción interna de los Estados.

Como puede observarse, cada uno de estos principios merecería un desarrollo particular que excede los alcances de este trabajo.

Pero es en los organismos regionales donde quizás sea posible apreciar un mayor accionar en materia de solución pacífica de controversias. Así es en el ámbito específico de la OEA, en particular en casos en que fue necesaria la puesta en práctica del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca, con la convocatoria de la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores en ocasión de la agresión de República Dominicana contra Venezuela (1960); también ante actos de intervención de Cuba contra Venezuela (1964), en este caso con calificación de agresión contra todos los Estados americanos; ante la situación interna en la República Dominicana (1965 y 1968); por la situación planteada entre Honduras y El Salvador (1969); entre Ecuador y EE.UU. por la explotación del atún (1971); por la situación en Centroamérica (1978); Costa Rica contra Nicaragua (1978); Ecuador contra Perú (1981); por la Guerra de Malvinas (1982); ante la situación interna en Panamá (1989); ante los atentados terroristas de que fuera víctima EE.UU. (2001); ante el ataque por fuerzas colombianas a un campamento en territorio ecuatoriano (2008); la situación entre Costa Rica y Nicaragua (2010), en la mayoría de los casos con la designación de una comisión de investigación.

Mientras tanto en el continente europeo, los integrantes del Consejo de Europa firmaron en Estrasburgo (1957) el Convenio Europeo para la

solución pacífica de los conflictos que establece el arbitraje como medio en caso de que una controversia no hubiera podido resolverse mediante la conciliación.

Este principio de solución pacífica de controversias aparece también en el artículo 5° del Pacto de la Liga Árabe Unida, en el artículo 3°, párrafo 4 de la Carta de la Organización de la Unidad Africana y en el artículo 4° apartado e) de la Carta de la Unión Africana.

En cuanto a la necesaria coordinación entre el sistema general y los sistemas regionales, en particular el americano, vemos que fue siendo precisado por Protocolo de Cartagena de Indias, de 1985 (artículo 23), en forma acorde con el artículo 2° del Protocolo de Reformas al Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca, de 1975:

“Como consecuencia del principio formulado en el artículo anterior las altas partes contratantes se comprometen a resolver pacíficamente las controversias entre sí. Las altas partes contratantes harán todos los esfuerzos posibles para lograr el arreglo pacífico de las controversias, por medio de los procedimientos y mecanismos previstos en el sistema interamericano, antes de someterlas al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas”.

“Esta disposición no se interpretará en el sentido de menoscabar los derechos y obligaciones de los Estados parte de acuerdo con los artículos 34 y 35 de la Carta de las Naciones Unidas”.

En nuestro continente esto no implicó la ausencia de dificultades en la práctica. Existieron casos llevados al Consejo de Seguridad y remitidos por éste a la OEA: Cuba (1960-1961), crisis de los misiles en Cuba (1962), Haití (1963) y Panamá (1964). También hubo casos de competencia paralela entre los sistemas universal y regional: República Dominicana (1965) y la cuestión del Atlántico Sur (1982). Además, también existieron situaciones en que únicamente actuó la OEA como en los casos de Granada y de Nicaragua.

Fuera de los organismos regionales encontramos asimismo este principio, aunque en ámbitos más restringidos como en la OMC, el Tribunal Internacional de Derecho del Mar, o en las organizaciones internacionales de integración.

La existencia de dos tipos de sistemas, el general establecido en la Carta de San Francisco, y el particular correspondiente a cada organismo regional, generó la necesidad de su coordinación, especialmente en materia de mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

Recordemos en este orden que, con base en lo resuelto en la Conferencia de Chapultepec en 1945 los Estados americanos independientes en ese momento defendieron la existencia de acuerdos regionales en el sistema general a crearse con la Carta de la ONU y que se tradujo en los arts. 52 a 54. Aparentemente el objetivo de su admisión en el sistema general se relacionaba más con el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, incluyendo el uso de la fuerza, que con la solución pacífica de controversias, si bien ésta estaba preanunciada por los principios enumerados en el artículo 2º del mismo instrumento.

El desarrollo y profundización de esta coordinación vendría inmediatamente después, especialmente en América, con la puesta en práctica de los mecanismos provistos en primer lugar por el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca e inmediatamente por la Carta de la Organización de los Estados Americanos. No excluimos al Tratado Americano de Soluciones Pacíficas porque entendemos que el mismo se imbrica en los dos anteriores, a pesar de que su vigencia está restringida a los Estados ratificantes, entre los que no se encuentra la República Argentina.

Desde el Capítulo VIII de la Carta de la ONU estudiamos esta relación y posteriormente veremos su desarrollo:

“Artículo 52. 1. Ninguna disposición de esta Carta se opone a la existencia de acuerdos u organismos regionales cuyo fin sea entender en los asuntos relativos al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y susceptibles de acción regional, siempre que dichos acuerdos u organismos, y sus actividades, sean compatibles con los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas.

2. Los miembros de las Naciones Unidas que sean partes en dichos acuerdos o que constituyan dichos organismos harán todos los esfuerzos posibles para lograr el arreglo pacífico de las controversias de carácter local por medio de tales acuerdos u organismos regionales antes de someterlas al Consejo de Seguridad.

3. El Consejo de Seguridad promoverá el desarrollo del arreglo pacífico de las controversias de carácter local por medio de dichos acuerdos u organismos regionales, procediendo, bien a iniciativa de los Estados interesados, bien a instancia del Consejo de Seguridad... ”.

Encontramos también a esta relación, recogida por la Declaración de Manila sobre el Arreglo Pacífico de Controversias Internacionales en cuyo anexo I, parágrafo 6 dice:

“6. Los Estados partes en acuerdos u organismos regionales harán cuanto esté a su alcance por lograr el arreglo pacífico de las controversias locales mediante dichos acuerdos u organismos regionales antes de someterlas al Consejo de Seguridad. Esto no impide a los Estados llevar cualquier controversia a la atención del Consejo de Seguridad o de la Asamblea General, con arreglo a la Carta de las Naciones Unidas.

En el párrafo siguiente avanza en el intento de lograr la solución pacífica de toda controversia que no haya podido ser resuelta por los Estados:

“7... Si las partes no logran solucionar por ninguno de los medios anteriormente mencionados una controversia cuya continuación pueda poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, someterán la controversia al Consejo de Seguridad, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y sin perjuicio de las funciones y los poderes del Consejo establecidos en las disposiciones pertinentes del Capítulo VI de la Carta”.

Posteriormente en el Anexo II reafirma el rol de la Asamblea General en tanto competente para discutir cualquier situación que pueda perjudicar el bienestar general o las relaciones amistosas entre Estados (artículo 12), para lo cual puede llamarse su atención ante toda controversia que pudiera llevar a fricción internacional o a una controversia o recurrir a ella en consulta. Habilita asimismo a utilizar inclusive a los organismos subsidiarios que establezca la AG.

En cuanto al Consejo de Seguridad, el mismo anexo recuerda la obligación de someterle toda controversia que no haya sido resuelta por los

medios establecidos en el artículo 33 y sobre todo la utilización de sus competencias en materia de determinación de los hechos origen de una controversia. Remarca asimismo su competencia para recomendar los procedimientos o métodos de solución que sean apropiados. Finalmente destaca la capacidad del secretario general para llamar la atención al CS sobre la existencia de una controversia que pudiera poner en peligro la paz y la seguridad internacionales, obligación compartida con todos los Estados integrantes de la ONU.

Como es dable observar, desde los considerandos esta Declaración se reconoce contenida en el marco general que emana de la Carta de San Francisco en cuanto al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y por ende a la necesidad de una solución pacífica de las controversias. Es importante destacar que este instrumento no deja de reconocer el rol protagónico de los Estados en la solución pacífica de controversias al instarlos a la celebración de acuerdos bilaterales en tal sentido o a incluir cláusulas acordes en otros instrumentos, siempre con el mismo objetivo. Para ello llama la atención a los Estados en el sentido de que no sólo pueden hacer uso de las competencias de la Asamblea General o del Consejo de Seguridad, sino que también podrán recurrir a los órganos subsidiarios que establezca la Asamblea General, a tal efecto, instando también al Consejo de Seguridad a recurrir a esos mismos órganos.

En definitiva, la Declaración de Manila intenta una profundización y un desarrollo de los mecanismos de solución pacífica de controversias ya contenidos en la Carta de las Naciones Unidas.

Posteriormente, y entre muchas otras acciones emprendidas por la Organización mundial, vemos que la Secretaría General ha emprendido importantes acciones, particularmente en el campo de la prevención de conflictos armados, con la colaboración de los acuerdos regionales, en nuestro caso la OEA, con su decidido apoyo a los procesos democráticos.

Como vemos, la Declaración de Manila implicó un notorio avance ya que, mientras en el ámbito de la Sociedad de las Naciones sólo era posible elegir entre la vía diplomática y el arbitraje o entre éste y el recurso al Consejo, conforme a lo establecido por el artículo 33 de la Carta de San Francisco la Declaración abre la elección de los medios pacíficos a aquellos que las partes elijan como apropiados a las circunstancias y a la naturaleza del diferendo. Vemos aquí reconocida la fundamentación jurídica de la tradicional posición argentina.

Las controversias entre Estados y organizaciones internacionales

La existencia de las fuerzas de paz de Naciones Unidas ha contribuido largamente en un primer momento al mantenimiento de la paz, en ocasiones a la solución pacífica de controversias, pero en algunas oportunidades generó casos de responsabilidad de la ONU frente a Estados en los que se desplegaban esas fuerzas de paz.

Esta situación motivó a la Comisión de Derecho Internacional a ocuparse de la responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales en un proyecto separado al que se trabaja en materia de responsabilidad internacional de los Estados.

En el caso de Naciones Unidas, vemos que su responsabilidad internacional surgirá cuando concurren los dos elementos constitutivos del hecho ilícito internacional: cuando el comportamiento de una fuerza de mantenimiento de la paz sea atribuible a la ONU según el Derecho Internacional y cuando el mismo constituya una violación de una obligación internacional de esa Organización. No estudiaremos en este caso los elementos del ilícito internacional, sino que centraremos la atención en el origen de una controversia entre un Estado y la ONU, basado en esa responsabilidad.

Un caso emblemático fue el protagonizado como consecuencia de la situación planteada entre la República del Congo y la ONU por el accionar de la ONUC en la primera etapa independiente de la primera. Ante la existencia de reclamaciones mutuas, se firmaron sendos acuerdos Spaak - U Thant, de 1965: uno de ellos sobre reclamaciones por la administración de antiguas bases belgas por parte de la ONU; el segundo por reclamaciones de ciudadanos belgas contra actos de la ONU durante la ONUC. Queda excluida en este punto cualquier reclamación que pudiera hacerse contra el Estado cuya nacionalidad detente la persona que haya ejecutado el ilícito bajo el mando de Naciones Unidas.

En dichos acuerdos se estableció el recurso a un tribunal arbitral para resolver sobre las reclamaciones contra la ONU, excluyendo así toda aplicación del derecho interno congoleño. En definitiva esta situación no se resolvió en ámbitos jurisdiccionales sino en forma diplomática, atento a que Bélgica acudió en protección diplomática de sus ciudadanos, y mediante una indemnización económica.

Otro de los casos, aunque más teórico que real, sería aquel en que el Consejo de Seguridad se extralimitara en sus competencias (artículo 2°

pár. 7) *in fine*, es decir en una posible colisión entre el principio de no intervención de la Organización en los asuntos internos de los Estados y la aplicación del Capítulo VII de la Carta en caso de uso de la fuerza ordenado por el Consejo de Seguridad. Esta situación no sería revisable por la CIJ por lo que quedaría planteada una controversia sobre la interpretación de la Carta en un caso concreto, particularmente al definir si existe una amenaza de uso de la fuerza.

En definitiva, las diferencias que se hayan planteado entre la ONU y Estados miembros, se han acercado al dominio de la responsabilidad internacional de las Organizaciones Internacionales y se resolvieron siempre teniendo en cuenta el carácter de funcionario o no de quien hubiere ejecutado el ilícito, y con las indemnizaciones que de ello podrían derivarse. En ocasiones son los propios Estados miembros que resuelven una cuestión asumiendo su propia responsabilidad frente a ciudadanos de esa nacionalidad que se integran a las fuerzas de paz, “según el grado de control efectivo ejercido por las partes en la operación”.

Las controversias entre organizaciones internacionales

Las relaciones entre las organizaciones internacionales recibieron un fuerte impulso luego de la firma de la Carta de las Naciones Unidas, cuyo artículo 63 fijó el rumbo, al menos en cuanto a la vinculación con aquellas que resultarían organismos especializados. En este punto es importante distinguir los acuerdos entre organizaciones internacionales que llamaríamos de subordinación, de aquellos que podríamos calificar de coordinación. En el primero de los casos estaríamos haciendo referencia a los acuerdos celebrados entre la ONU y sus organismos especializados, mientras que en el segundo colocaríamos a los celebrados entre Naciones Unidas y los organismos regionales.

Estimamos importante detenernos brevemente en los primeros en virtud de las características particulares que revisten. En un primer momento es notorio que queda excluido de este tipo de acuerdo cualquier organismo que pudiera tener como objetivo algo vinculado al uso de la fuerza, patrimonio exclusivo del Consejo de Seguridad.

La base en la construcción de estos vínculos proviene de lo establecido por el artículo 63, en virtud de lo establecido por el artículo 57, y como sigue:

“Artículo 63. 1. El Consejo Económico y Social podrá concertar con cualquiera de los organismos especializados de que trata el Artículo 57 acuerdos por medio de los cuales se establezcan las condiciones en que dichos organismos habrán de vincularse con la Organización. Tales acuerdos estarán sujetos a la aprobación de la Asamblea General...”.

“Artículo 57. 1. Los distintos organismos especializados establecidos por acuerdos intergubernamentales, que tengan amplias atribuciones internacionales definidas en sus estatutos, y relativas a materias de carácter económico, social, cultural, educativo, sanitario, y otras conexas, serán vinculados con la Organización de acuerdo con las disposiciones del artículo 63...”.

A partir de allí la ONU celebró acuerdos que la vinculan con: FAO, FIDA, FMI, OACI, OIEA, OIT, OMI, OMM, OMPI, OMS, OMT, ONUDI, UIT, UNESCO, UPU.

La incorporación de estas organizaciones internacionales como organismos especializados fue objeto de arduas negociaciones y etapas entre ambas partes, en cada caso particular, verificables en los diferentes informes de Naciones Unidas sobre la práctica en esta materia. Fue el caso del Acuerdo entre las Naciones Unidas y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, aprobado sobre la base de los informes de la Segunda Comisión de la Asamblea General por Res/3346 (XXIX). En este tipo de acuerdos llama la atención que no se menciona la posibilidad de que surjan controversias entre ambas instituciones en el cumplimiento de este acuerdo. Asimismo que la relación con la CIJ se podrá dar en dos ámbitos: el suministro de informaciones que le requiera el tribunal y la autorización para que el organismo especializado pueda solicitar opiniones consultivas (artículo 12). Finalmente, como vínculo profundo se advierte el compromiso de cooperación de la Organización con la AG y el ECOSOC y la integración del Comité Administrativo de Coordinación. Encontramos a este comité en todos los acuerdos celebrados con las organizaciones que mencionamos en el párrafo anterior. Por otra parte, para aplicar las cláusulas de los acuerdos de establecimiento de relaciones relativas a la conveniencia de coordinar los asuntos de personal la A.G. estableció la Comisión de Administración Pública Internacional que se inscribe en la dinámica característica de este tipo de acuerdos y que se

traduce en forma permanente en nuevos arreglos y entendimientos, otros procedimientos oficiales y officiosos, como los acuerdos entre organismos, los programas conjuntos, las consultas previas a los proyectos, y los esbozos de los programas a mediano plazo.

Más allá de lo apuntado no es posible encontrar normas generales aplicables a este tipo de situaciones. Más aún, ni siquiera es objeto de mención en documentos generales.

Esto en materia de relaciones entre la ONU y las citadas organizaciones internacionales.

Posteriormente encontramos la celebración de numerosos acuerdos entre ONU y OEA, en este caso en virtud de lo establecido por los arts. 91, 95 de la Carta de Bogotá. También entre la ONU y la Liga de los Estados Árabes, con el Comité Consultivo Jurídico Asiático-Africano, la Organización de la Conferencia Islámica, con el Sistema Económico Latinoamericano, entre otros.

En este tipo de acuerdos no ha sido posible encontrar sistema alguno de solución de controversias que pudieran plantearse entre ambas partes.

Una situación totalmente diferente se observa en otros tipos de acuerdos entre organizaciones internacionales como el Acuerdo de Complementación Económica N° 59, suscrito en 2004 entre los gobiernos de la República Argentina, de la República Federativa del Brasil, de la República del Paraguay y de la República Oriental del Uruguay, Estados partes del Mercosur y los gobiernos de la República de Colombia, de la República del Ecuador y de la República Bolivariana de Venezuela, países miembros de la Comunidad Andina (Mercosur y la CAN). En este caso la solución de controversias viene de la mano del régimen transitorio de solución de controversias instrumentado en el Anexo VI. En éste aparecen como medios idóneos para la resolución de las controversias que surjan en el ámbito de este acuerdo y sus protocolos conexos, las consultas recíprocas y las negociaciones directas. En una segunda etapa aparece el rol protagónico de la Comisión Administradora creada en el ámbito de este acuerdo y a continuación la posibilidad del recurso a un grupo de expertos *ad-hoc* que se expedirá sobre el caso concreto, a través de la Comisión Administradora. Como puede observarse se trata de un sistema *sui generis* que en ocasiones podría aproximarse a un tribunal arbitral *ad hoc*, particularmente en la etapa de intervención del grupo de expertos.

Una situación más flexible aparece en el artículo 35 del acuerdo Mercosur - UE:

“Artículo 35. Cumplimiento de las obligaciones

1. Las Partes adoptarán toda medida general o particular necesaria para el cumplimiento de sus obligaciones en virtud del presente Acuerdo y velarán por el cumplimiento de los objetivos previstos en el mismo.

Si una de las Partes considerara que la otra Parte no ha satisfecho una de las obligaciones que le impone el presente Acuerdo, podrá adoptar las medidas apropiadas. Con anterioridad, salvo en caso de urgencia especial, deberá proporcionar a la Comisión Mixta todos los elementos de información útiles que sean necesarios para un examen profundo de la situación, con vistas a buscar una solución aceptable para las Partes.

La elección deberá realizarse prioritariamente sobre las medidas que menos perturben el funcionamiento del presente Acuerdo. Estas medidas serán notificadas inmediatamente a la Comisión Mixta siendo objeto de consulta en su seno, a solicitud de la otra parte.

2. Las Partes acuerdan, que por los términos «caso de urgencia especial» contemplados en el apartado 1 de este artículo, se entiende un caso de ruptura material del Acuerdo por una de las dos Partes. La ruptura material del Acuerdo consiste en:

- a) una repudiación del Acuerdo no sancionada por las reglas generales del Derecho internacional; o bien*
- b) una violación de los elementos esenciales del Acuerdo referidos en el artículo primero.*

3. Las Partes acuerdan que las «medidas apropiadas» mencionadas en este artículo constituyen medidas tomadas de conformidad con el Derecho internacional. Si una de las Partes adoptara una medida en caso de urgencia especial en aplicación de este artículo la otra Parte podrá solicitar la convocatoria urgente, a los efectos de mantener una reunión entre ambas Partes en un plazo de quince días”.

Surge fácilmente del acuerdo en sí y del precedente artículo que en ningún momento se considera la posibilidad de que pudieran plantearse controversias y simplemente habla de que “si una de las Partes considerara que la otra Parte no ha satisfecho una de las obligaciones que le impone el presente Acuerdo...” y es en ese momento que la Comisión Mixta toma participación en la situación planteada.

Conclusión

Sin efectuar una relación completa de todos los intentos llevados a cabo para avanzar y profundizar la solución pacífica de controversias, particularmente en el ámbito de las Naciones Unidas, cabe destacar que no se han creado nuevos medios ni se ha logrado la instrumentación de sistemas que permitan hacerlo en forma más aceptada. Se ha avanzado sí en la creación de mecanismos procesales y también es posible encontrar casos de aplicación práctica, particularmente en nuestro continente.

Surge así con meridiana claridad que la participación de las organizaciones internacionales en la solución pacífica de controversias fue pensada para resolver aquellas que se presentaran entre Estados. Sin embargo, también se plantearon controversias entre Estados y organizaciones internacionales y sería posible pensar que en el plano jurídico pudiera ocurrir lo mismo también entre organizaciones internacionales.

En este último caso es de creer que, habida cuenta de la supremacía de la Carta de la ONU sobre los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales una posible controversia se resolvería a partir de esa relación, aun ante la inexistencia de acuerdos específicos.

EL ROL DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES
Desde la visión constitucionalista-sistemática-jerárquica
a la postmoderna-transnacional-voluntarista

THE ROLE OF INTERNATIONAL COURTS
From the constitutional-systematic-hierarchical vision
to the postmodern-transnational-activist position

*Zlata Drnas de Clément **

Resumen: El trabajo analiza las nuevas tendencias de los tribunales y su propensión a alejarse de la visión constitucionalista, sistemática y jerárquica para aplicar el derecho de modo voluntarista, frecuentemente influenciado por percepciones ideológicas.

Palabras-clave: Tribunales - Nuevas tendencias - Constitucionalismo - Activismo judicial.

Abstract: This paper discusses the new trends of the courts and their propensity to move away from constitutional vision, systematic and hierarchical to apply the law in a proactive way, often influenced by ideological perceptions.

Keywords: Courts - New trends - Constitutionalism - Judicial activism.

Tradicionalmente se ha señalado que en los diferendos de índole jurídica, en los que no se ha logrado un entendimiento por negociación directa, la mejor vía de solución es la jurisdiccional, ya sea la judicial o la arbitral. La primera, por las garantías de un tribunal pre-constituido, independiente, formado por juristas especializados, preocupado por la realiza-

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Profesora Emérita de la Universidad Nacional de Córdoba y de la Universidad Católica de Córdoba (República Argentina). Coordinadora del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba

ción de la justicia y el imperio del derecho. La segunda, arbitral, por ser atractiva para los litigantes en tanto los árbitros son elegidos por las partes, se manejan en el estrecho ámbito de actuación que les asignan los contendientes-convocantes y tratan -al aplicar las normas- dar la mayor satisfacción posible a los querellantes¹.

La percepción que ensalza a la vía jurisdiccional como medio de solución de controversias se ve reforzada en los últimos tiempos, en los que profusa bibliografía internacional se ocupa de la expansión y fortalecimiento del rol de los jueces. Por ejemplo Aldo Zammit Borda² interpreta al artículo 38 (1) (d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), entendiendo que el hecho de que a la jurisprudencia (y doctrina) se la califique de subsidiaria, auxiliar, no significa colocarla en un rango inferior o de menor importancia con relación a las otras fuentes, ya que, a la hora de la “determinación de las reglas de derecho”, de la verificación de su existencia, de su contenido, alcance y aplicabilidad al caso, el papel de la decisión judicial alcanza un rol determinante.

El incremento del rol de los jueces vía voluntarismo o activismo judicial, ha sido común en estos últimos tiempos en el ámbito de los derechos humanos y de los pronunciamientos en materia de procesos de integración. Basta recordar -en el ámbito de la Corte Interamericana de Derechos Humanos -entre muchos asuntos-: - el Caso *Castillo Páez Vs. Perú. Fondo*, el que en el párr. 86 de la sentencia de 3 de noviembre de 1997, por primera vez hace referencia al *derecho a la verdad*, reconociendo que se trata de “(...) un derecho no existente en la Convención Americana aunque pueda corresponder a un concepto todavía en desarrollo doctrinal y jurisprudencial, lo cual en este caso se encuentra ya resuelto por la decisión de la Corte al establecer el deber que tiene el Perú de investigar los hechos que produjeron las violaciones a la Convención Americana”; - el Caso *Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. El Perú)*, en el que, en distintas sentencias, la Corte ha declarado que normas del derecho interno del Estado peruano “carecen de

¹ G. ABI SAAB, “De la Jurisprudence. Quelques réflexions sur son rôle dans le développement du Droit International”, en *Hacia un Nuevo Orden Internacional y Europeo. Libro Homenaje al Profesor Manuel Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993, pág. 19 y ss.

efectos jurídicos”; que su sentencia sobre el fondo “*tiene efectos generales*”, asignando con ello rol normativo a su jurisprudencia³. Asimismo, la Corte ha ordenado a Perú que “*debe iniciar*” el procedimiento para “*suscribir y promover la ratificación de la Convención Internacional sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Lesa Humanidad (...) dentro de los 30 días de suscrito el acuerdo*”⁴; - el Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas* (Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 154), la CteIDH ha expresado en el para. 124 que “*el Poder Judicial (de los Estados) debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*”.

En numerosos países (*i.a.* Argentina) los más altos tribunales nacionales han entendido que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de

² A. ZAMMIT BORDA, “A Formal Approach to Article 38(1)(d) of the ICJ Statute from the Perspective of the International Criminal Courts and Tribunals”, *EJIL* vol. 24 (2013), No. 2, pág. 620 y ss.

³ El art. 63.1 de la CADH establece que, cuando la Corte decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en la Convención, dispondrá que se garantice “*al lesionado*” en el goce de su derecho o libertad conculcados. Puede disponer, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización “*a la parte lesionada*”. Lejos de tal mandato está la declaración *general* de ineficacia de normas nacionales o su ampliación y aplicación a “*otros casos de violaciones*” -como reza el fallo-, como si se tratara de pronunciamiento de carácter legislativo y no de una sentencia. La decisión de que las leyes de amnistía “*carecen de efectos jurídicos*” y de que la sentencia de la Corte “*tiene efectos generales*” viene a modificar normas establecidas de Derecho internacional y a constituir un nuevo principio de la jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos.

⁴ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha pretendido “*obligar*” a un Estado a suscribir y ratificar un tratado, lo que, a más de ser violatorio de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, busca por vía ilícita -compulsiva- lograr un alto número de Estados Partes para una convención que no goza de la aceptación voluntaria de los Estados. Más aún, el fallo ha denotado falta de formación jurídica y técnica de los jueces de la Corte al exigir la “*suscripción*”, hecho imposible por hallarse al momento de la sentencia cerrada esa etapa. El ciclo de impulsos voluntaristas ha ido desde la presión ilegítima para que un Estado suscriba y ratifique un tratado, para pasar a una interpretación de ese tratado *ad libitum*. Un especie autoritarismo dictatorial ajeno al rol de la judicatura.

Derechos Humanos y las recomendaciones de la Comisión Interamericana deben ser observados por los tribunales internos, al igual que por el poder Ejecutivo y el Legislativo⁵.

La visión expansiva de la protección de los derechos humanos ha llevado a que se aplique el principio *pro homine* no como principio de interpretación sino como principio general fundamental de los derechos humanos, derogatorio en ciertos casos del derecho positivo y herramienta de supremacía autogestionada de los jueces por sobre todo otro poder, principio que percibido así desconoce la voluntad de los Estados en el alcance de las convenciones específicas y coloca a los jueces en el rol de “creadores” del orden público internacional en la materia.

Independientemente de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos haya adoptado fallos por unanimidad, no debe olvidarse que es instancia internacional única, sin previsiones de alzada, conformada por sólo siete jueces, que sesionan con un *quórum* de cinco y deciden por mayoría simple (tres votos). Le caben las mismas desconfianzas con relación a capacidad de los jueces, su parcialidad, su eventual corrupción, su voluntad de protagonismo, su ideologización, etc., que han llevado en el plano interno a la creación de varias instancias.

⁵ Es el caso de Argentina, la que no sólo ha receptado esa posición, sino que ha entendido que la expresión constitucional del art. 75.22 “en las condiciones de su vigencia” (referida a los tratados), significa que esos convenios internacionales deben ser leídos conforme la interpretación de la CteIDH. En algunos casos, el único fundamento jurídico de una sentencia nacional ha sido la interpretación de la interpretación de la CteIDH. Así, por ej. *i.a.*, en el Caso Mazzeo, el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina ha expresado: “20) *Que la preeminencia de los tratados sobre las leyes ya había sido sostenida por esta Corte con anterioridad en el caso ‘Ekmekdjian’ (Fallos: 315:1492) por ello allí sostuvo que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se trata de una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte*”.

⁶ Ch. MCCRUDDEN - B. O’LEARY, “Courts and Consociations, or How Human Rights Courts May De-stabilize Power-sharing Settlements”, *EJIL*, vol. 24 (2013) No. 2, pág. 477 y ss.

Ese rol preponderante que los jueces se autoadjudican ha ido abriendo el camino al modelo judicial transnacional postmoderno que ha tomado impulso en el siglo XXI.

Christopher McCrudden y Brendan O’Leary⁶, han observado que algunos tribunales internacionales, incluso, han intervenido en cuestiones de índole política *ad intra* de los Estados y modificado las bases de entendimientos consociales creados para gestionar los conflictos etno-nacionales, etno-lingüísticos y etno-religiosos, como también su compatibilidad con las normas de no discriminación e igualdad, contenidas en disposiciones constitucionales y en acuerdos internacionales. Así, la Corte Europea de Derechos Humanos, en el *Caso Sejdic and Finci v. Bosnia and Herzegovina*⁷, se ha pronunciado contraviniendo esos acuerdos consociales, la Constitución Nacional y los Acuerdos de Dayton de 1995, que establecen que para los cargos públicos de gobierno (*i.a.* Presidencia, Parlamento) sólo pueden postularse los ciudadanos pertenecientes a los “pueblos constitutivos” (bosnios, croatas y serbios). Ello ha llevado a los referidos doctrinarios a considerar que es factible que, en el futuro, los Estados pluriétnicos denuncien ciertos acuerdos, no se incorporen a ellos o bien se adhieran, haciendo reserva de exclusión de tribunales regionales e internacionales en casos en que su dictamen implique tomar posición en la gestión de los acuerdos políticos inter étnicos.

Muchos tribunales internacionales han sido o son órganos de Organizaciones Internacionales (OI) (*v.gr.* Corte Internacional de Justicia, Tribunal de Justicia de la Unión Europea), mientras otros son creados por pactos internacionales por fuera de las organizaciones/organismos regionales o universales existentes (*v.gr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos). Los primeros, suelen expandir sus funciones originarias en invocación de su condición de órganos de la OI, con mandato de realizar

⁷ *Sejdic and Finci v. Bosnia and Herzegovina* (Application nos. 27996/06 and 34836/06), Prohibiting a Rom and a Jew from standing for election to the House of peoples of the Parliamentary Assembly and for the State presidency amounts to discrimination and breaches their electoral rights. *Violation of Article 14 (prohibition of discrimination) of the European Convention on Human Rights taken together with Article 3 of Protocol No. 1 (right to free elections), and Violation of Article 1 of Protocol No. 12 (general prohibition of discrimination) to the Convention.* Decision Grand Chamber of the European Court of Human Rights (2009).

los objetivos y fines de los entes que integran, generando pretorianamente nuevos derechos y obligaciones para las partes o modificando el espectro de los mismos. Los segundos, si bien no tienen esas facultades, suelen asignárselas en base a la materia del pacto que les dio origen, invocando un orden jurídico superior al que los Estados deben someterse. Este último caso, suele ser el de los tribunales de derechos humanos, los que en invocación del principio *pro homine* derogan el derecho positivo existente y lo reemplazan por uno construido dirigido a la mayor cobertura de los derechos humanos de los demandantes, creando con ello el contenido normativo de nuevas obligaciones de los Estados. En este último tiempo se han ido ampliando los actores-sujetos de deberes, incluyendo a más de los Estados a las empresas, generando así nuevas bases para la justicia transnacional en un mundo globalizado.

No hay uniformidad en la doctrina para determinar en un caso concreto si un tribunal se ha pronunciado conforme a derecho en ejercicio de una legítima técnica de interpretación e integración jurídica o se ha transformado en creador del derecho, instaurador de nuevas tendencias jurídicas, imponiendo el voluntarismo judicial.

Hélène Ruiz Fabri⁸, al referirse a la dimensión creadora del derecho que tienen, vía interpretación expansiva las decisiones internacionales, en especial, las jurisdiccionales -trascendiendo el caso particular y las relaciones inter-partes-, ha expresado que ese rol (creador o no) no depende de la voluntad del tribunal, sino de la *ratio* del dictamen.

Entre los fundamentos que han dado los órganos de protección de los Derechos Humanos para sentenciar *extra o contra legem*, se pueden señalar a modo ejemplificativo: *- hacer valer el carácter constitutivo de orden público de los tratados de derechos humanos (Caso *Pfunders/Fundres* Appl. N° 788/60, *Yearbook of the ECHR*, vol. 4, 1961, p. 116), *- impedir que se violen normas *erga omnes* (Comité de Derechos Humanos del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, Observación general N° 31); *- la prevalencia de valores comunes superiores (Caso *Constantine y otros Vs. Trinidad y Tobago. Excepciones Preliminares*. Sentencia

⁸ H. RUIZ FABRI, 'La motivation des décisions dans le règlement des différends de l'OMC', en H. RUIZ FABRI - J.-M. SOREL (eds.), *La motivation des décisions des juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2008, pág. 103.

de 1 de septiembre de 2001. Serie C No. 82); *- el deber de desarrollar el derecho de los derechos humanos alejándolo del consensualismo de los Estados (*Caso Blake vs. Guatemala. Fondo*. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C N° 36); *- evitar o paliar el sufrimiento humano (*Caso “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77); *- la aplicación del principio *pro homine* y de progresividad *ad infinitum* de los derechos (*Caso “Niños de la Calle” (Ibidem)*); *- compromiso de interpretación de los tratados de conformidad a su objeto y fin, teniendo en cuenta la permanente evolutividad de los derechos (no retroceso) (*Ibidem*); *- la concepción de los derechos en base a una percepción socio-histórica (la ley no sólo fruto de la razón sino como experiencia en la conciencia del pueblo, por lo que debe ser interpretada según las necesidades y exigencias sociales) (*Cinco Pensionistas vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98); *- rol de las sentencias de la Corte, las que deben alumbrar los significados de los tratados, pasando éstos a ser obligatorios en el sentido que la interpretación de los tribunales les han dado (“en las condiciones de su vigencia”) (*Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros) v. Perú”, sent. del 30/11/2001, párr. 48*); *- el rol del juez al “declarar el derecho”, que no es una mera operación lógica sino un sentimiento según la etimología del término “sentencia” (*Caso “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77), etc.

Los tribunales judiciales o arbitrales en materia de integración han solidado argüir *i.a.*: *- la necesidad de imprimir un “*enfoque teleológico para garantizar que las normas ‘sean eficaces en relación con su fin último, que es el de dar satisfacción a las exigencias de la integración’*” (Laudo I TAH Mercosur de 28 de abril de 1999); *- la aplicación del principio “*in dubio pro communitate*” (*Ibidem*); *- la condición de órgano con el deber de “*promover la integración y construcción de un mercado común*” (Laudo VIII del TAH de Mercosur de 21 de mayo de 2002); *- la percepción de “*proceso en permanente desarrollo*” (Laudo X del TAH de Mercosur de 5 de agosto de 2005); *- el tribunal “*solamente está impedido de hacer algo cuando existe una norma que expresamente le prohíba hacerlo*” (Laudo N° 1/2006 del TPR de Mercosur, de 13 de enero de 2006); *- la “*oportunidad de una creación pretoriana para insertarla dentro del régimen jurídico comuni-*

tario mercosureño” (Opinión Consultiva N° 1/2007 del TPR del Mercosur, de 3 de abril de 2007); -* “*el derecho de integración por su concepto, naturaleza y finalidad debe ser siempre prevalente sobre los derechos nacionales (...). Caso contrario, se desnaturaliza el concepto, la naturaleza y sobre todo la finalidad no sólo del Derecho de la Integración, sino del proceso de integración en sí mismo*” (Ibidem, TJCE, Sentencia de 15 de julio de 1964, Costa contra ENEL, TJCE, Sentencia de 9 de marzo de 1978, Simmenthal); etc.

La *ratio* de las argumentaciones de los tribunales que acabamos de señalar están lejos del antiguo aforismo adjudicado a Francis Bacon: “*Judges ought to remember that their office is ius dicere and not ius dare, to interpret law, and not to make law or give law*” y de la metáfora de Montesquieu al considerar a los jueces “*bouche de la loi*”.

La labor propia, reconocida indiscutiblemente a los jueces es la “*interpretación*”, actividad intelectual encaminada a desentrañar el alcance, significado, sentido de las normas jurídicas (interpretación literal, lógica, sistemática, teleológica, sustentada en técnicas de la argumentación, como la argumentación a coherencia, *sedes materiae*, pragmática, teleológica, apagógica, *a fortiori*, económica, etc.)⁹. Gary Born¹⁰ considera que la interpretación en sentido estricto lleva al ente jurisdiccional sólo a agregar información, en tanto el tribunal sólo anuncia las reglas relevantes aplicables al conflicto, siendo su única contribución a la solución de la controversia determinar cómo deben ser aplicado el derecho al caso.

La interpretación extensiva, la analógica (propriadamente denominadas “*integración*”), sale del derecho propio del caso e incursiona en el comparado y otras ramas del derecho y del saber para hallar respuesta a la

⁹ V. M. CALVO GARCÍA, *Interpretación y argumentación jurídica*, Textos Docentes, Zaragoza-España, Prensas Universitarias de Zaragoza, 1995; M. CALVO GARCÍA, *Los fundamentos del método jurídico*, Tecnos, Madrid, 1994; S. E. DURAND, “La tradición hermenéutica y sus derivaciones”, en S. DURAND - A. MOMBRÚ, *Encrucijadas del pensamiento*, Buenos Aires, Ed. Gran Aldea, 2003; C. SABINO, *El proceso de investigación*, Buenos Aires, Lumen Humanitas, 1996; J. SAMAJA, *Epistemología y Metodología. Elementos para una teoría de la investigación científica*, Buenos Aires, Eudeba, 1995.

¹⁰ G. V. BORN, “A new generation of international adjudication”, *Duke Law Journal*, vol. 61, N° 4, p. 775 y ss.

cuestión jurídica en tratamiento dejando un amplio margen a los jueces a la hora de adoptar decisión¹¹. La integración expande la labor hermenéutica, al buscar el sentido de una norma o cubriendo sus lagunas, ya no basándose en normas aplicables al caso sino en todo el orden jurídico, recurriendo a la analogía y a técnicas argumentativas tales como las *a simili*, *a contrario*. Bobbio ha señalado que en la aplicación analógica se crea una nueva norma, en cambio en la interpretación extensiva se extiende la existente norma a casos no previstos en ella. A pesar de esta diferencia, considera que la estructura lógica y el resultado de ambos procedimientos de argumentación son idénticos. El mismo autor considera que la diferencia establecida por algunos filósofos entre interpretación extensiva (lícita) y analogía (ilícita) no tiene razón de ser ya que la labor intelectual es la misma. En similar sentido opina Paul Mahoney: “(...) *both judicial activism and judicial self-restraint were complementary components of the methodology of judicial review (...)*”¹².

El rol activista voluntarista de los jueces se ha ido expandiendo. Tal como lo señala Thijmen Koopmans (juez del Tribunal europeo y ex director del Max Planck): “*The expression judicial activism was coined in the United States, but it crossed the Atlantic and became as much part of our day-to-day experience as blue jeans or Ford motor cars*”¹³.

Así como no hay forma de determinar la existencia o no de una norma consuetudinaria internacional o perfilar la aplicación de un principio general del derecho a un caso dado como no sea a través de la labor judicial, la tendencia actual es aceptar el activismo judicial, aun en los casos de notorios excesos. Si bien, esos pronunciamientos suelen ir acompañados de incumplimiento del fallo por parte del afectado¹⁴, la renuen-

¹¹M. CALVO GARCÍA, *Interpretación y argumentación Jurídica*, op. cit., pág. 9 y ss.; K. LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1994, pág. 208.

¹²P MAHONEY, “Judicial Activism and Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin”, 11 *Hum. RTs. L.J.* 57-89 (1990), pág. 57.

¹³D. POPOVIC, “Prevailing of judicial activism over self-restraint in the jurisprudence of the European Court of Human Rights”, 42 *Creighton L. Rev.*, 2008-2009, pág. 361 y ss.

¹⁴Gregory Shaffer -con relación al TEDH- señala que si bien las tasas de cumplimiento de las sentencias de ese tribunal son altas, el cumplimiento no es automático sino

cia a llevar nuevos casos a esos tribunales o su denuncia del tratado que lo ha sometido a esa jurisdicción, la excepcionalidad de esos comportamientos no produce el efecto de rechazo colectivo o de bloques significativos que podría obrar como medio de presión para contener la discrecionalidad de los jueces.

A los fines de determinar la legitimidad de un pronunciamiento *extra legem* o *prima facie contra legem*, debe considerarse si se trata de tribunales judiciales creados como órganos de OI, de tribunales creados por pacto con fines específicos, de tribunales arbitrales institucionalizados o *ad hoc*. Si bien, en todos los casos los sujetos internacionales han brindado su consentimiento para la creación de esas entidades, la amplitud del rol del tribunal -sus facultades- depende del grado de dependencia directa que tienen con el sujeto creador. Es bien distinto el rol de un tribunal arbitral de uno judicial creado como órgano de OI, el que posee poderes implícitos y se despega de la voluntad directa de las partes.

Koskeniemi¹⁵ hace presente que la teoría jurídica liberal ha desarrollado una serie de técnicas para la justificación legal de toma de decisiones en los “casos difíciles”. En particular, se ha recurrido el vocabulario “Geistenswissenschaft” (ciencia del espíritu, filosófica) de la hermenéutica y la interpretación, la justificación jurídica de la toma de decisiones por su exteriorización equilibrada, la búsqueda de “coherencia” o “ajuste” entre los hechos del caso y la tradición legal. El autor expresa “no hay nada de malo en esto”; “esto es lo que las tradiciones hacen para: tratar de acomodar nuevos fenómenos en los modelos conocidos, la idea común, tratando de equilibrar el respeto por el pasado con la apertura hacia el futuro”.

Sin embargo, en estos últimos tiempos hay una creciente y expandida tendencia postmoderna de desformalización, especialización en el derecho, fragmentación, adecuación de las mentalidades “constituciona-

contingente, habiendo declarado la mayoría de los tribunales constitucionales de los Estados parte en el Convenio europeo que sus Estados no están obligados por la jurisprudencia del TEDH (V. G. SHAFFER, “A Transnational Take on Krisch’s Pluralist Postnational Law”, *EJIL* 23 (2012), pág. 565 y ss.).

¹⁵M. KOSKENIEMI, “Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes about International Law and Globalization”, *Theoretical Inquiries in Law*, 8 (2006), págs. 22 y 23.

les” (estructuralistas, sistematicistas, formalistas) a nuevas técnicas más elásticas y libres fundadas en los objetivos y la libre aplicación del derecho (verdadero, law-making”).

André Nollkaemper¹⁶ reflexiona sobre la legitimidad de ciertos pronunciamientos de tribunales internacionales que vía normas procesales y auto atribuciones -más allá de la no controvertida capacidad judicial de relacionar derecho procesal/procedimental con derecho sustantivo- llevan a la dilución de ciertas normas sustantivas.

Asimismo, Armin von Bogdandy e Ingo Venzke¹⁷, recordando expresiones de Martii Koskeniemi sobre la necesidad de un análisis crítico (“a cambio de la fe religiosa”) sobre la “adjudicación internacional”, se preguntan en nombre de quién actúan los tribunales, considerando que se han convertido en instituciones poderosas con fuertes consecuencias para las posibilidades de autodeterminación democrática. Los autores lo hacen como parte de la cuestión general de la gobernanza legítima más allá del Estado-nación, entendiendo que la justificación tradicional basada en el consentimiento estatal o la narrativa funcional son insuficientes. Especialmente, argumentan que los tribunales en su calidad de entes autónomos, con independencia estructural, no están investidos de autoridad pública delegada por Estados o burocracias internacionales, debiendo buscar una auténtica fuente de justificación, que haga honor a los principios básicos de la teoría democrática. Esta visión democrática, en ojos de la mayoría de los doctrinarios postmodernos, minimiza o desconoce el papel del Estado, rescatando la participación cada vez más directa de los individuos¹⁸. Desecha la teoría de la correcta justificación de las decisiones judiciales basadas en la cognición, ya que ello implicaría que los que manejan la justicia serían simples técnicos que dan respuestas correctas, estimando que son pocos los doctrinarios que “todavía” abogan por esa posición de la interpretación judicial.

¹⁶ A. NOLLKAEMPER, “International Adjudication of Global Public Goods: The Intersection of Substance and Procedure”, *EJIL* (2012), vol. 23-3, pág. 769 y ss.

¹⁷ A. VON BOGDANDY - I. VENZKE, “In Whose Name? An Investigation of International Courts’ Public Authority and Its Democratic Justification”, *EJIL* (2012), vol. 23-1, pág. 7 y ss.

¹⁸ V. *i.a.* Y. SHANY, “No Longer a Weak Department of Power? Reflections on the Emergence of a New International Judiciary”, *EJIL* (2009), vol. 20- 1, pág. 73 y ss.; E.

Tal como ya en 1989 anunciara la *Declaración de principios* de la Internacional Socialista adoptada por el XVIII Congreso (Estocolmo), el “reto del cambio global” ha abierto enormes posibilidades para el socialismo. Apoyados en la idea de “democracia”, expresión de gran aceptación a nivel planetario, la Declaración expresa en su punto 2: “2. (...) *La cuestión fundamental que ahora se plantea no es si va a haber o no un cambio en el planeta en los años venideros, sino quién lo va a dirigir y cómo. La respuesta socialista es terminante. Corresponde al pueblo en todo el mundo ejercer dicho control, mediante una democracia más avanzada en todas las esferas de la vida: la política, la social y la económica. La democracia política es para los socialistas el marco indispensable y la condición previa para la ampliación de los derechos y de las libertades en los demás ámbitos de la sociedad*”. La Declaración en sus puntos 7 y 9 continúa diciendo: “7. *El proceso acelerado de internacionalización e interdependencia en la economía mundial ha originado contradicciones entre las instituciones políticas, sociales y nacionales. Este desfase creciente entre una economía internacionalizada y unas estructuras políticas internacionales inadecuadas ha contribuido a la pobreza y al subdesarrollo del Sur, así como a la extensión del paro y de nuevas formas de pobreza en zonas del Norte*”. “9. *Ante cuestiones tan cruciales, la Internacional Socialista reafirma sus principios fundamentales. Su compromiso sigue siendo la democratización de las estructuras del poder económico, social y político a escala mundial*”.

Esa “democracia más avanzada” -socialista-, en amplia expansión en buena parte de América Latina, autodenominada “participativa”, “inclusiva”, asociada a visiones ideológicas a-clasistas, anti-burguesas, anti-liberales, anti-individualistas, adquiere perfiles más precisos en su significado en las expresiones de Dieterich Steffan¹⁹, quien entiende que las

BENVENISTI - G. W. DOWNS, “National Courts, Domestic Democracy, and the Evolution of International Law”, *EJIL* (2009), vol. 20-1, pág. 59 y ss.; K. J. ALTER, “Delegating to International Courts: Self-Binding vs. Other-Binding Delegation”, 98 *L & Contemp Probs* (2008), pág. 37; S. HICKEY - S. BRACKING, “Exploring the Politics of Poverty Reduction: How are the Poorest Represented”, *World Development*, 33-6 (2005), pág. 851 y ss.

¹⁹H. DIETERICH STEFFAN, “El socialismo del siglo XXI” (“El socialismo del siglo XXI” (1996), (<http://es.scribd.com/doc/308308/El-Socialismo-del-Siglo-XXI>) (consultado...))

estructuras de la democracia socialista deben ser las necesarias para una gobernanza transnacional participativa cuya base debe ser la representación política de la sociedad civil como actor colectivo, neutralizando el rol de los Estados en el concierto mundial globalizado. Algunos doctrinarios han designado a ese modelo estructural como de “representatividad asumida, asociativa, corporativa” -en términos de Schmitter, “estructuras de intermediación de intereses”-, ya que “asumen la responsabilidad de representar” a los ciudadanos, trabajando “para la comunidad”. Se trata de organizaciones sociales civiles que “actúan con o por” grupos desfavorecidos con intereses comunes tales como agrupaciones para la construcción de viviendas, la ubicación laboral, la defensa de derechos de género o de comunidades originarias, la movilización militante, los servicios médicos, la formación profesional, etc., a fin de producir cambios políticos mediante la construcción simbólica de legitimidad democrática, obrando como instrumento útil para movilizar uniformidades electorales condicionadas. Buscan salir de la relación unidimensional que centra la representación en el proceso electoral, propio de la democracia representativa, evitando la tensión en la relación entre representante y representados. Cuestionan a nivel nacional la corrupción de los representantes, el alejamiento de los representantes del interés de los representados, el deslegitimado y desvalorizado rol de los partidos políticos y sindicatos y, a nivel internacional, a los lobbies en las instituciones asamblearias de organismos internacionales, la distribución desigual del poder en órganos como el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas o el complejo del Banco Mundial. Buscan un mecanismo institucional que permita garantizar el cumplimiento de las expectativas asociativas, construyendo una de las características específicas de la “moderna idea” de la representación participativa: confluencia de la sociedad civil con la sociedad misma, legitimada en forma natural y automática por su propia naturaleza (construcción simbólica de representatividad democrática). Pusimos entre comillas la expresión “moderna idea” ya que, es una réplica “aggiornada” del modelo marxista-stalinista, que no pudo constituirse hasta la fecha en modelo democrático para una sociedad igualitaria en ningún lugar del planeta

tado el 20 de septiembre de 2012). V. asimismo C. KATZ, (2011), “La democracia socialista del siglo XXI” (<http://katz.lahaine.org>) (consultado el 20 de septiembre de 2012).

(la casta de funcionarios públicos vino a cubrir la casta burguesa-liberal, tal como lo señalara el propio Gramsci)²⁰. Los jueces en la percepción socialista-marxista asumen rol militante, ideológico, que pone en entredicho la imparcialidad de los mismos ya que su rol es aplicar la “justicia distributiva global”²¹.

Dentro de la creciente literatura sobre la democracia transnacional, algunos relacionistas internacionales²² han distinguido cuatro corrientes teóricas: el internacionalismo liberal, la democracia pluralista radical, la democracia cosmopolita, y la democracia deliberativa o discursiva. Aunque se trata de una clasificación rústica permite encontrar características comunes y diferenciantes entre distintas posiciones en materia de democracia transnacional. Todas ellas en menor o mayor grado tienen en común que hunden sus raíces en un cosmopolitismo político que proclama establecer los principios generales, las estructuras y prácticas esenciales para la construcción de un orden mundial más humano en el que las necesidades de los pueblos prevalezcan por sobre los intereses de los Estados y de sus intrigas políticas, buscando sistemas jurídicos alternativos a la

²⁰ V. críticas en www.gramsci.org.ar y v. asimismo, Z. DRNAS DE CLÉMENT, “Nuevas formas de representatividad democrática, ¿igualdad política?”, *VIII Congreso de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica*, Sección Tercera: “Nuevas formas de representatividad democrática”, Santiago de Chile, 22 a 24 de noviembre de 2012 (obtenible en www.acader.org.ar); P. P. HOUTZAGER - A. GURZA LAVALLE, “Participatory Governance and the Challenge of Assumed Representation in Brazil”, *IDS Working Paper 321*, Institute of Development Studies at the University of Sussex, UK, 2009; N. URBINATI - M. E. WARREN, *The Concept of Representation in Contemporary Democratic Theory*, Parte VI (obtenible en www.hks.harvard.edu/Hauser); P. SCHMITTER, ‘The Consolidation of Democracy and Representation of Social Groups’, *American Behavioral Scientist* 35 (1992), pág. 422; S. HICKEY - S. BRACKING (eds.) ‘Exploring the Politics of Poverty Reduction: How are the Poorest Represented’, *World Development* 33 (2005) 6, pág. 851 y ss.

²¹ A. BORDALÍ SALAMANCA, “Independencia y responsabilidad de los jueces”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XIV, julio 2003, pág. 171. V. asimismo D. ZOLO, “Cittadinanza democratica e giurisdizione”, en N. ROSSI (editor), *Giudici e democrazia*, Milán, Franco Angeli, 1994, pág. 81 y ss.; D. ZOLO, *Cosmópolis, Perspectiva y riesgos de un gobierno mundial*, Barcelona-Buenos Aires-México, Paidós, 2000, pág. 107.

²² A. MCGREW, “Transnational Democracy: Theories and Prospects”, Ch. 3, en D. HELD, et al. *Global Transformations*, <http://www.polity.co.uk/global/transnational-democracy-theories-and-prospects.asp> (consulta de 1 de julio de 2013).

tradicional regla de autoridad en base a instituciones más representativas, plurales y responsables, más cercanas a los individuos y a los pueblos. Haremos una breve referencia a ellos, yendo del más próximo al modelo internacional tradicional hacia el más revolucionario. El *internacionalismo liberal*²³ se manifiesta como el más próximo al modelo internacional interestatal centrándose en buscar mayor cooperación internacional y mayor responsabilidad en las instituciones. La *democracia deliberativa o discursiva*²⁴ propone un nuevo acuerdo constitucional para la política global o bien la creación de estructuras alternativas de gobernanza global de control democrático de deliberación sobre los términos del discurso y la acción política (la esencia de la legitimidad democrática se encuentra no en el voto o representación, sino en la deliberación y con ello la construcción del discurso político). La *democracia cosmopolita*²⁵ se centra en las condiciones institucionales y políticas necesarias para el desarrollo de la gobernabilidad democrática eficaz, entendiendo que una democracia cosmopolita debe ser heterárquica, admitiendo la autonomía de los grupos en lo jurídico y en lo institucional, aun cuando haya superposiciones espaciales y materiales. A diferencia de la democracia pluralista radical acepta la unión a la centralidad del Estado de derecho y el constitucionalismo como condición necesaria para el establecimiento de un orden mundial más democrático. El *pluralismo radical*²⁶ se opone al

²³ M. DOYLE, *A liberal view: Preserving and expanding the liberal pacific union. International Order and the Future of World Politics*, J. A. Hall and T. V. Paul, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, págs. 41-66; P. LONG (1995), "The Harvard School of Liberal International Theory: the Case for Closure", *Millenium*, 24(3), 1995, págs. 489-505.

²⁴ J. S. DRYZEK, *Deliberative Democracy and Beyond*, Oxford, Oxford University Press, 2000; M. SAWARD, *A Crique of Held. Global Democracy: Key Debates*, London, Routledge, 2000.

²⁵ D. HELD, *Democracy and Global Order*, Cambridge, Polity Press, 1995; D. DEUDNEY, "Global village sovereignty", *The Greening of Sovereignty*, Boston, K. T. Litfin, MIT Press, 1998, págs. 299-325.

²⁶ K. HUTCHINGS, *International Political Theory*, London, Sage, 1999; J. BURNHEIM, "Democracy, Nation-States, and the World system. New Forms of Democracy", London, D. Held and C. Pollitt, Sage, 1986, págs. 218-239; H. PATOMAKI, "Republican public sphere and the governance of globalizing political economy", *Value Pluralism, Normative Theory and International Relations*, London, M. Lensu and J. - S. Fritz. MacMillan, 2000, págs. 160-195.

mantenimiento de las instituciones internacionales tal como existen hasta la fecha por entender que consolidarían la cosmocracia en detrimento de los grupos más postergados. Promueve la creación de lo que denomina “buenas comunidades” basadas en los principios normativos de la igualdad, la ciudadanía activa, la promoción del bien público, el gobierno humano y la armonía con el entorno natural. Se trata de una visión normativa que representa una mezcla de elementos de la teoría democrática republicana post-moderna, marxista y cívica. Se articula principalmente a través de la multiplicidad de los movimientos sociales críticos, como los de defensa del medioambiente, de los bienes comunes (agua, atmósfera, etc.), de las mujeres y los movimientos por la paz, que desafían la autoridad de los Estados y las estructuras internacionales. Niegan que la democracia tenga que basarse en unidades territorialmente delimitadas como los Estados-nación. Por el contrario, entienden que la democracia “real” se encuentra en la yuxtaposición de una multiplicidad de autogobiernos y autoorganizaciones colectivas constituidas en diversas escalas espaciales. El alcance territorial de estas comunidades se define espacialmente de conformidad al alcance geográfico de los problemas o actividades que tratan de manejar. El objetivo declarado del modelo es el logro de la igualdad social y económica de todos los hombres y todos los pueblos.

John Fonte²⁷ enuncia las características del “progresismo transnacional”, *i.a.*: -* la unidad política fundamental no es el ciudadano sino el grupo (racial, étnico, de género, etc.); -* existencia de grupos en pugna, opresor vs. víctima, privilegiados vs. marginados (víctimas inmigrantes legales e ilegales, transexuales, negros, etc.); -* proporcionalismo de grupo en las entidades públicas; -* multiculturalismo y multilingüismo para cambiar la cultura dominante; -* promoción del paradigma de la diversidad para reemplazar el tradicional basado en los derechos individuales, el gobierno de la mayoría, la soberanía nacional, la ciudadanía; -* redefinición de la democracia y de los ideales democráticos, debiendo basarse en el *pluribus* y alejarse de las preferencias mayoritarias ya que éstas reflejan las normas y las culturas de los grupos

²⁷J. FONTE, “Liberal Democracy vs. Transnational Progressivism: The Future of the Ideological Civil War within the West”, *Orbis*, Summer 2002. (http://www.hudson.org/files/publications/transnational_progressivism.pdf).

dominantes; -* deconstrucción de las narrativas nacionales y los símbolos nacionales (de connotaciones racistas) y construcción de una nueva historia; -* promoción del concepto de ciudadanía postnacional, ya que la inclusión, la justicia social, la participación democrática y los derechos humanos requieren de la ciudadanía transnacional, postnacional; -* el transnacionalismo como principal herramienta conceptual (organizaciones transnacionales”, “actores transnacionales”, “migrantes transnacionales”, “jurisprudencia transnacional”, “ciudadanía transnacional”).

La visión del rol de los jueces y los tribunales en esta perspectiva no sólo debe ser la abierta, que aplique el derecho comparado y el internacional, sino que ello debe hacerse a gran escala de modo de interpretar las constituciones nacionales con “activa libertad” y con reconocimiento del peso del derecho transnacional denominador común de justicia básica en la relación entre los gobernantes y los gobernados²⁸. La corriente que fluye entre jueces y tribunales allende las fronteras es lo que se ha dado en llamar “el diálogo silencioso”²⁹. Cada vez es más común que los tribunales salgan de los límites constitucionales para aplicar el derecho internacional o el derecho comparado considerado como conciencia de la humanidad, acercándose a los objetivos del transnacionalismo³⁰.

La corriente transnacionalista ha tomado vuelo formalmente, tanto en Europa como en Estados Unidos. Por ejemplo, parte de esa visión se observa *i.a.* en: - el denominado “Proceso Educativo Boloña” dirigido a crear un Espacio Europeo de Educación Superior para el año 2010 en 46 países participantes, en cooperación con varias organizaciones interna-

²⁸ V. C. JACKSON, “Transnational challenges to constitutional law: Convergence, resistance, engagement”, *Federal Law Review*, vol. 35, 2007, pág. 161 y ss. (<http://flr.anulaw.anu.edu.au/sites/flr.anulaw.anu.edu.au/files/flr/Jackson.pdf>).

²⁹ J. RESNIK, “Law’s Migration: American Exceptionalism, Silent Dialogues and Federalism’s Multiple Ports of Entry”, 115 *Yale Law Review*, (2006), pág. 1564.

³⁰ M. V. FLAHERTY, “Judicial Globalization in the Service of Self-Government”, 20 *Ethics and International Affairs*, (2006) pág. 477 y ss.; J. GOLDSWORTHY, “Originalism in Constitutional Interpretation”, 25 *Federal Law Review*, 1997- 1, pág. 20 y ss. Goldsworthy argumenta que, en situaciones en que el significado original no resuelve una cuestión interpretativa, los jueces pueden considerar “doctrinas jurídicas generales, principios, políticas públicas, y la justicia”.

cionales;- en el Código de Buenas Prácticas en la provisión de educación transnacional; especialmente la superior, dirigida al mercado de trabajo transnacional y según sus objetivos alejada del lucro y las fuerzas de mercado (Conferencias de Riga y Resolución de Jomtien)³¹; en la designación en 2009 como Asesor legal del Departamento de Estado de los Estados Unidos de América de Harold Hongju Koh, estadounidense de origen coreano, ex decano de la Facultad de Derecho de Yale y uno de los principales defensores del “proceso legal transnacional”, etc.

Se ha solido argumentar³² que el progresismo transnacional ha ido estableciendo leyes internacionales o interpretando libremente leyes vigentes de modo que ni los ciudadanos, ni los pueblos, ni los Estados pueden decidir sobre ellas, ni derogarlas o modificarlas. Una forma de lograr ello es seguir la siguiente secuencia: -lograr una redacción de tratado difícilmente aceptable; - presionar internacionalmente vía acción de ONG o judicial (incluso en países no democráticos) para obtener la suscripción-ratificación de los Estados; y - luego interpretar esos tratados en los tribunales transnacionales en sentido progresista, evolutivo de los contenidos del tratado, beneficiándose de la falta de tribunales de apelación. Con ello fuerzan la constante expansión de un modelo ideológico aun en contra de la voluntad de los Estados, y frecuentemente de los individuos y de los pueblos.

Rafael Domingo³³ señala que Derecho internacional “debe abandonar definitivamente su paradigma estatista” y, de seguir el paradigma jurídico clásico, forjar uno nuevo adecuado a las necesidades derivadas de la globalización: comunidad global -cuestiones globales- regla global. El único obstáculo que esta ola aún encuentra es la soberanía estatal, principio que entiende está perforado y es atacado desde distintos ámbitos (ambiente, derechos humanos, armamentos en manos de particulares, narcotráfico, trata de personas, trata de órganos, corrupción, ciberguerra, espionaje tecnológico y comunicacional, etc.).

³¹ <http://old.ei-ie.org/highereducation/file/>

³² C.D. MAY, “Brave New Transnational Progressive World”, *The New York Times*, November, 2011.

³³ R. DOMINGO, “Gaius, Vattel, and the New Global Law Paradigm”, *EJIL*, vol. 22-3, 2011, pág. 627 y ss.

En tal sentido, Dieterich Steffan³⁴ expresa: *“Para la sociedad post-burguesa se requiere su ampliación y profundización como parte indispensable de un manejo democrático del poder en la sociedad política y civil. El concepto “democracia participativa” se refiere a la capacidad real de la mayoría ciudadana de decidir sobre los principales asuntos públicos de la nación. En este sentido se trata de una ampliación cualitativa de la democracia formal, en la cual el único poder de decisión política reside en el sufragio periódico. En la democracia participativa, dicha capacidad no será coyuntural y exclusiva de la esfera política, sino permanente y extensiva a todas las esferas de la vida social, desde las fábricas y los cuarteles hasta las universidades y medios de comunicación. Se trata del fin de la democracia representativa -en realidad sustitutiva- y su superación por la democracia directa o plebiscitaria. El parlamento y el sistema electoral de la partidocracia, como los conocemos hoy, son controlados por las élites económicas y no tendrán lugar en la democracia futura. Lo mismo es válido para los monopolios de la adoctrinación (televisión, radio y prensa) y de la producción. La gran empresa privada -que en términos organizativos es una tiranía privada con estructura militar- es incompatible con una democracia real y desaparecerá como tal. Y el Estado, cual organización de clase, irá por el mismo camino. La democracia representativa fue un eslabón indispensable en la evolución hacia la democracia directa, mientras no existían los medios técnicos y culturales para la participación de las masas. Esta etapa ha pasado. Hoy, las condiciones tecnológicas y económicas permiten a los pueblos recuperar el poder real de su soberanía, usurpado durante doscientos años por las oligarquías (...)”*.

La democratización de la justicia implica el uso de la misma como instrumento que garantice el logro del objetivo central de todas las instituciones: la igualdad social y el gobierno de las masas, sin evaluar la posibilidad de caer en populismos demagógicos o en la oclocracia.

³⁴ H. DIETERICH STEFFAN (1996), “El socialismo del siglo XXI” (<http://es.scribd.com/doc/308308/El-Socialismo-del-Siglo-XXI>) (consultado el 20 de septiembre de 2012).

Es argumento común postmoderno de transición el que señala que los jueces no pueden manejar los miles de expedientes que llegan a sus despachos³⁵, olvidando considerar que, a mayor activismo-voluntarismo, mayor expectativa por parte de los litigantes de obtener resultados judiciales alejados del texto de la norma y, con ello, la promoción de una connatural mayor litigiosidad³⁶. Cuando las criticadas “burocracias” judiciales estaban apegadas a la ley y a la hoy execrada “seguridad jurídica”, la litigiosidad era muy baja, ya que los resultados judiciales podían ser avizorados de antemano como fruto de un *continuum* jurisprudencial, el que más allá de las críticas postmodernas, condicionaba a todos los interesados, ya fueran poderosos o débiles.

Tal como lo señaláramos en un trabajo anterior³⁷, la “compensación” de desigualdades sociales y económicas no debe conducir a nuevas hegemonías, las que por su naturaleza, a más de la pérdida de la democracia, importan a menor o mayor plazo su propia destrucción³⁸. Es importante que la democracia participativa con sus nuevas instituciones populares, en los hechos, no sea confundida con antiguas percepciones de la demagogia (manejo de los asuntos públicos por parte de nuevas oligarquías formadas por funcionarios estatales, sustentadas en multitudes-masas [militantes beligerantes]- que les “obedecen” por temor o necesidad)³⁹; verdadero retroceso social que hace resurgir modelos feudales en los que las asociaciones de ciudadanos más que pronunciarse con propia voz y en ejercicio de sus propios derechos, lo hacen en eco con el gobernante-monarca para obtener sus “favores” o mejor sobrevivir.

³⁵F. J. AYALA SANMIGUEL, “Jueces, nuevo derecho y burocracia”, *Jurídicas*, (Universidad de Caldas), Vol. 2, N° 2, julio-diciembre, 2005, págs. 63-81.

³⁶Ello va de la mano de la inflación legislativa (fruto de los particularismos en oposición a la ley general) y la consecuente anomia.

³⁷Z. DRNAS DE CLÉMENT, “Nuevas formas de representatividad democrática, ¿igualdad política?”, *VIII Congreso de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica*, op. cit.

³⁸D. RUESCHEMEYER, “On democratic equality”, Draft paper, Stanford University, 2003 (http://iis-db.stanford.edu/pubs/20439/QuD_paper_Rueschemeyer.pdf).

³⁹Kant entendió que la “democracia de masas” es “despotismo” ya que las “masas” no están en condiciones de gobernar por sí en tanto no las rige la razón sino los impulsos emocionales cultivados por terceros con espurias finalidades. Similar visión tuvieron Aristóteles (“Desviación del régimen republicano”) y Ortega y Gasset (*La rebelión de las masas*). V. M. MORINO, “La participación ciudadana en la democracia”, en *Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática*, Instituto Federal Electoral, <http://bibliotecadigital.conevyt.org.mx/colecciones/>. (Consulta realizada el 10 de agosto de 2012).

EL ARBITRAJE COMO MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS

ARBITRATION AS A DISPUTE SETTLEMENT MECHANISM IN INTERNATIONAL LAW OF FOREIGN INVESTMENT

Christian G. Sommer *

Resumen: El arbitraje internacional para resolver las controversias entre inversores extranjeros y Estados, se ha convertido en una herramienta ágil que ha posibilitado que los particulares puedan acceder a instancias internacionales sin estar sometidas exclusivamente a los tribunales locales para el reclamo de sus demandas por incumplimiento de las garantías previstas en los Tratados Bilaterales de Inversión. Pero este mecanismo no se encuentra exento de críticas por las continuas divergencias en los laudos emitidos sus tribunales, que ha llevado a varios países latinoamericanos a retirarse del Convenio de Washington o restringir los ámbitos de inversiones por los cuales se proroga la jurisdicción del Estado a tribunales arbitrales extranjeros.

Palabras claves: Inversión Extranjera - Tratados Bilaterales de Inversión - Arbitraje Internacional - CIADI.

Abstract: The international arbitration to resolve disputes between foreign investors and States, has become a flexible tool that has enabled individuals to access international authorities without being subject only to local courts to state their claims for breach of the guarantees provided in Bilateral Investment Treaties. But this mechanism is not without critics by continuing differences in awards issued by its courts, which has led to several Latin American countries to withdraw from the Washington Convention or restrict the areas of investment which extended the jurisdiction of the state courts foreign arbitration.

Keywords: Foreign Investment - Bilateral Investment Treaties - International Arbitration - ICSID.

* Abogado (UNC). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Profesor de Derecho Internacional (UNC y UCC). Miembro del Instituto de Derecho Internacional Público y del Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Introducción

Como parte del proceso de evolución del derecho internacional, la utilización del mecanismo del arbitraje internacional como uno de los modos pacíficos de solución de disputas en la comunidad internacional, ha posibilitado que los Estados en tanto sujetos de derecho internacional, puedan solucionar sus controversias. En tal sentido, inicialmente la actuación de monarcas europeos y otros jefes de Estado como árbitros *ad-hoc*, paralelamente a la consolidación de la Corte Permanente de Arbitraje y otras instituciones privadas, posibilitó durante la última parte del siglo XIX y todo el siglo XX, que los Estados acudieran a solucionar sus disputas a través de este mecanismo, consolidado luego en la práctica hasta la actualidad.

A su vez, el arbitraje de inversión extranjera ha significado un cambio en la búsqueda de dar respuesta a situaciones de controversias entre los Estados, a causa de la protección de sus nacionales cuando éstos reciben un trato diferenciante por parte del Estado donde se radicó la inversión como secuencia de los daños ocasionados. Este sistema de solución de controversias representa un mecanismo que prolifera a nivel internacional, dado que muchas veces, los sujetos que se desenvuelven en el comercio internacional o en inversiones extranjeras, optan por evitar procesos judiciales excesivamente prolongados, comunes en muchos sistemas judiciales de los Estados, que entorpecen la fluidez de las transacciones internacionales, en cuanto a los tiempos de espera para obtener una resolución a la disputa, además de acotar los mecanismos recursivos.

Con el presente texto se pretende reflexionar sobre los alcances generales del mecanismo arbitral para la resolución de controversias en el ámbito de las inversiones extranjeras, especialmente referidos al *Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones* (CIADI) del Banco Mundial.

I. El Derecho Internacional de las Inversiones Extranjeras

El proceso de implementación de un derecho internacional de las inversiones, a fin de desarrollar mecanismos jurídicos internacionales que posibiliten una adecuada promoción y cooperación entre los Estados (ga-

rantizando a su vez, un trato adecuado y equitativo a sus nacionales), tiene entre sus antecedentes a los denominados Tratados de Amistad, Comercio y Navegación (TACN), establecidos principalmente en el siglo XIX. Estos tratados estipulaban obligaciones de carácter general para proteger la propiedad de los nacionales de la otra parte, incluyendo disposiciones para el caso de que se produzca una expropiación y normas para regular lo referente a la repatriación de utilidades ¹.

Luego en los años 20' y 30' del siglo XX, las relaciones comerciales internacionales se expandieron significativamente y estos tratados pasaron a ser los principales instrumentos jurídicos de protección internacional de los inversionistas. A raíz de ello, se dio una primera evolución de estas convenciones, pues se comenzó a incorporar en éstas un “derecho” del inversionista a recibir una compensación pronta, adecuada y efectiva en caso de ser expropiado, de acuerdo con las llamadas “Reglas Hull” ².

Posteriormente, en los años 60' del siglo XX, se producirá una segunda fase, con el desarrollo de los primeros Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) en los que se incorporaron nuevos alcances en los estándares de protección a los inversores como trato justo, nación más favorecida (NMF), expropiaciones o nacionalizaciones, cláusulas de estabilización y las denominadas cláusulas paraguas ³. La novedad de los TBI consistió

¹ Conf. D. ANTOKOLETZ, *La política aduanera argentina y sus relaciones con la economía política nacional y el derecho de gentes*, tomo 2, N° 352, 1941, pág. 244; E. ORIHUELA CALATAYUD, “Los tratados internacionales y su aplicación en el tiempo”, *Cuadernos Internacionales* N° 4, UAM, Dykinson, 2004; L. I. SAVID BAS, *Los tratados y la regulación jurídica del comercio internacional*, Tesis de doctorado, Universidad Nacional de Córdoba, mayo de 1971.

² Conf. E. YMAZ VIDELA, *Protección de inversiones extranjeras. Tratados Bilaterales. Sus efectos en las contrataciones administrativas*, Buenos Aires, La Ley, 1999, pág. 10; C. F. KUNDMÜLLER. y G. R. RUBIO, “El arbitraje del CIADI y el Derecho Internacional de las Invencciones. Un nuevo horizonte”, *Lima Arbitration*, N°1 2006. Disponible en www.limaarbitration.net/franz_kundmuller_caminiti_roger_rubio.

La regla Hull, acuñada por el entonces secretario de Estado de los EE.UU., consiste en que la expropiación de la propiedad extranjera debe ser seguida de una pronta, justa y adecuada compensación, cuyo pago (de ser pecuniario) debe ser en moneda convertible y transferible.

³ Conf. S. FERNÁNDEZ DE GURMENDI, “Los Convenios Bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones Extranjeras”, *Relaciones Internacionales. Instituto de Relaciones Internacionales* (IRI) de la Universidad Nacional de La Plata, año II, N° 3, noviembre de 1992, pág. 67.

en que los inversionistas de la nacionalidad de uno de los Estados Parte, podían iniciar arbitrajes en contra de los Estados receptores de la inversión a fin de resolver controversias “derivadas de una inversión”. Como fruto de ese auge de nuevos TBI, es que el Banco Mundial establecerá, a partir de 1965, el *Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados* (Convenio de Washington) para dar un marco legal por el cual los distintos TBI cuenten con un mecanismo legal de solución de diferencias entre Estados e inversores con un carácter más institucional frente a los clásicos ya existentes.

Para tal cometido, comienzan a incorporarse en los TBI, cláusulas de sometimiento de arbitraje al *Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones* (CIADI), bajo el Convenio de Washington; a tribunales *ad-hoc* bajo las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL), o ante otras instituciones arbitrales que hayan acordado las partes en el TBI.

2. El arbitraje internacional como mecanismo de solución de disputas

Existen diferentes alcances conceptuales sobre el significado del arbitraje internacional, por lo que entre ellos, se podría considerar que constituye un: *Medio pacífico de solución de controversias acordado entre las partes con el objeto de someter sus diferencias (existentes o que surjan en el futuro) a un tercero, o a un tribunal constituido para tal fin, con el cometido de que sea resuelto conforme a las normas que ellos especifiquen y con el compromiso que la decisión deba ser aceptada por los contendientes como un arreglo final, a la*

⁴ Diversas consideraciones tanto de la doctrina como de la jurisprudencia, han emanado a lo largo de los años, sobre los alcances de este mecanismo de solución de controversias internacional. Confr. A. DREYZIN DE KLOR y D. FERNÁNDEZ ARROYO (dir.), *Arbitraje*, Revista *Decita* 02.2004, Buenos Aires, Zavalía, 2004; Z. DRNAS DE CLEMENT,

vez de cumplimentarse el laudo de buena fe⁴.

Más allá de las experiencias y aplicación del arbitraje para la solución de disputas entre Estados (mayoritariamente para dirimir cuestiones limítrofes o de posesión de territorios), el auge del arbitraje internacional

“Arbitraje y Procesos de Integración Económica Regional: la experiencia en el Mercosur”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, 2009, vol. 19, págs. 51-105; S., FELDSTEIN DE CÁRDENAS. y H. LEONARDI DE HERBÓN, *El arbitraje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998; E. GAILLARD y J. SAVAGE (edit.), *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, La Haya, Kluwer, 1999; B. GOLDMAN, *Investissements Étrangers et Arbitrage entre États et Personnes Privées. La Convention BIRD*, Pedone, 1969; H. GRIGERA NAÓN, “Arbitraje comercial internacional en el mundo actual”, J.A. 1996-III-701; P. HAMILTON, *The Permanent Court of Arbitration: International Arbitration and Dispute Resolution - Summaries of Awards, Settlement Agreements and Reports*, Kluwer Law International, 1999, págs. 29-281; N. HORN (edit.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes. Procedural and Substantive Legal Aspects*, W. Kluwer Editor, 2004; M. MCILWRATH and J. SAVAGE, *International Arbitration and Mediation. A Practical Guide*, W. Kluwer Editor, 2010; J. MAKOWSKI, “L’Organisation actuelle de l’arbitrage International”, *Recueil des Cours*, Academie de Droit International de la Haye, 1931-II, pág. 297; F. MANTILLA-SERRANO (coord.), *Arbitraje Internacional. Tensiones actuales. Comité Colombiano de Arbitraje*, Bogotá, Legis, 2007; J.G. MERILLS, *International Dispute Settlement*, 3ª ed., Cambridge, 1998, cther. 5; J. B. MOORE, *International Arbitrations*, Washington D.C, 1898, vol. I, pág. 495; K. OELLERS-FRAHM y A. ZIMMERMANN, *Dispute Settlement in Public International Law*, Berlin, 2001; B. OPETTIT, *Teoría del Arbitraje*, Bogotá, Legis, Universidad del Rosario, 2006; F. ORREGO VICUÑA, “El arbitraje en un nuevo sistema internacional de solución alternativa de controversias”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, 2004, vol. IV, págs. 439-456; L. A. PODESTÁ COSTA - J. M. RUDA, *Derecho Internacional Público*, 2º tomo, Buenos Aires, TEA, 1985, págs. 397-466; J. RALSTON, *International Arbitration from Athens to Lacarno*, 2ª edición, The Lawbook Exch., 2006; A. REDFERN, M. HUNTER, N. BLACKABY y C. PARTASIDES, *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, Buenos Aires, La Ley, 2007; J. C. RIVERA, *Arbitraje Comercial. Internacional y Doméstico*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007; C. SEPÚLVEDA, *Derecho Internacional Público*, 2ª ed., México, Porrúa, 1964, pág. 305; M. SHAW, “Arbitration”, *International Law*, 5ª edición, Cambridge, University Press, 2003; A. VAN DER BERG, *The New York Convention of 1958*, Kluwer, Hague, 1981; G. VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, 2007. Este mecanismo es utilizado, tanto para dirimir disputas entre Estados, como entre Estado y particulares, en cientos de procesos ante tribunales internacionales.

⁵ Si bien es en la época actual que el arbitraje internacional es utilizado en forma más asidua, sus antecedentes más remotos se podrían avizorar desde la época de la antigua Grecia, como el caso relatado por Herodoto en relación con Artabazanes y Jérges cuando acudieron al juicio de Darío, así como el caso de los cinco espartanos que resolvie-

como medio de solución de conflictos entre Estados y, posteriormente, para aquellos suscitados entre sujetos privados y entre privados y el Estado, se ha expandido como un mecanismo jurídico que no puede ser soslayado frente al vertiginoso mundo comercial y de las inversiones extranjeras, en parte, como fruto del proceso de la globalización⁵.

En palabras del Prof. Gaillard, la existencia de un mecanismo jurídico arbitral se aprecia, más que por la organización sistemática de sus normas o por su idoneidad para dar respuesta a toda controversia susceptible de plantearse al árbitro, por su capacidad para dar cabida al interro-

ron la disputa entre atenienses y meganios. Pero en lo referente a una aproximación más contemporánea del arbitraje internacional (especialmente de raigambre americana) se debe hacer alusión a los primeros congresos panamericanos a partir de 1826 aproximadamente, donde los representantes de algunas nacientes naciones ya planteaban este medio de solución de disputas para dirimir futuras discrepancias entre los Estados de la región. Tal el caso de las instrucciones de Simón Bolívar al representante de Colombia ante el Congreso de Panamá de 1826. Posteriormente, en los debates del Congreso de Lima de 1864, se haría alusión a la utilización del arbitraje como medio de solución de controversias entre los Estados, siendo éste de carácter inapelable. En las Conferencias Americanas de Washington (1889), México (1902) y Río de Janeiro (1906), se replantearían el uso del arbitraje internacional como un mecanismo necesario. Particularmente, la Conferencia de Río de Janeiro de 1906, en forma sucedánea a la Segunda Conferencia de La Paz a celebrarse ese mismo año, predispuso a los representantes a volver a enfatizar su apoyo al instituto del arbitraje. Del documento de la Conferencia de Río de Janeiro, resultó el dictado del art. 1º, en el que por primera vez se incluye la posibilidad de los reclamos de particulares por daños ocasionados por los Estados. El artículo sostenía: "Las Altas Partes Contratantes se obligan a someter a arbitraje todas las reclamaciones por daños y perjuicios pecuniarios que sean presentadas por sus respectivos ciudadanos y que no puedan resolverse amistosamente por vía diplomática, siempre que dichas reclamaciones sean de suficiente importancia para aumentar los gastos de arbitraje". Fruto de estos posicionamientos hacia la figura del arbitraje, contemporáneamente, los Tratados de Amistad, Comercio y Navegación, durante parte del siglo XX, incluirían cláusulas compromisorias para utilización de este mecanismo. A su vez, esta postura se repetiría en diversos tratados bilaterales entre Estados americanos para la solución de disputas de diversa índole, tanto comercial como para la solución de diferendos por territorios. Para una mayor profundización de estos antecedentes, ver: F.J. URRUTIA, *La evolución del principio del arbitraje en América*, Madrid, Ed. América, 1920.

⁶ E. GAILLARD, *Teoría jurídica del arbitraje internacional* (traducción de María E. Moreno), Asunción, CEDEP - Thomson Reuters, 2010, pág. 67.

⁷ Sobre el desarrollo histórico del arbitraje ver: B. OPPETT, *Teoría del Arbitraje*, Bogotá, Legis-Universidad del Rosario, 2006; F. GONZÁLEZ DE COSSIO, *Arbitraje*, México,

gante fundamental relativo a la aplicación de sus fuentes y a sus relaciones con los otros ordenamientos jurídicos⁶. A su vez, al conferir a los árbitros el poder de juzgar las controversias como las partes lo estipulan y aceptar lo resuelto por el decidor, sin tener como regla la revisión del fondo del asunto, los Estados han conferido al arbitraje internacional, una verdadera autonomía. Autonomía que, a pesar de basarse el árbitro en las normas generales o particulares de los Estados, muchas otras pertenecen al ámbito del derecho internacional, que exceden los límites interpretativos que dichas normas poseen en sus jurisdicciones. A ello habría que sumarle que frente a la imposición de un laudo, tanto los Estados como los particulares, suelen tener como política, la aceptación voluntaria de la decisión, o el posibilitar los medios jurisdiccionales del Estado para lograr una pronta ejecución de lo resuelto.

Particularmente, si bien el desarrollo del arbitraje internacional en el que intervienen sujetos privados se ha consolidado a través del arbitraje comercial internacional, en los últimos 40 años el auge e incremento de la utilización del arbitraje de inversiones para dirimir disputas entre privados y Estados, ha llevado a una mayor utilización de un mecanismo arbitral de tipo “mixto”. Aunque mantiene muchas de las prácticas y usos del arbitraje comercial internacional, al actuar el Estado como un sujeto público en los compromisos de los TBI y en la contratación con los inversores, aquél debería ser considerado en su calidad de tal, cuestión que no siempre suele resultar así, en particular atento a la *expertise* de los árbitros, más especializados en aspectos comerciales que en inversión extranjera⁷.

2.1. El arbitraje ad-hoc bajo las reglas de CNUDMI / UNCITRAL

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL por sus siglas en inglés), creada en 1966, es el principal órgano del sistema de las Naciones Unidas en la

Porrúa, 2004.

⁸ Ver <http://www.uncitral.org/>

⁹ *Anglian Water Group (AWG) Ltd vs. Argentina*. Laudo sobre responsabilidad del 30 de julio de 2010. En 1992, como parte del proceso de privatizaciones y la invitación del Estado argentino a inversores extranjeros, las empresas Suez, Aguas de Barcelo-

esfera del Derecho mercantil internacional. Tiene como objetivo principal eliminar o reducir los obstáculos jurídicos que entorpecen el desarrollo del comercio internacional a través de la armonización y modernización del derecho mercantil. La Comisión elabora textos de diversa índole, como convenciones, leyes modelos, guías legislativas, entre otras. En materia de arbitraje internacional, la Comisión ha elaborado textos como: el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI/UNCITRAL de 1976 (modificado en mayo de 2010); las recomendaciones dictadas en 1982 para ayudar a las instituciones arbitrales y otros organismos interesados con relación a los arbitrajes sometidos al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI/UNCITRAL; la Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional de 1985; y las notas de la CNUDMI/UNCITRAL sobre la organización del proceso arbitral de 1996⁸.

El Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI/UNCITRAL constituye un régimen procesal al que las partes podrán hacer remisión en su acuerdo de arbitraje, para la sustanciación de las actuaciones en orden a la solución de toda controversia que surja en su relación comercial o de inversión extranjera, ya sea ante un tribunal institucional o ante un tribunal constituido *ad-hoc*. Este Reglamento, que se ha utilizado para arbitrajes muy diversos, regula todos los aspectos del procedimiento arbitral, contiene una cláusula compromisoria modelo y regula la designación de los árbitros, la sustanciación de las actuaciones y la forma, el efecto y la interpretación del laudo. Sin embargo, no posee iguales alcances que el Convenio de Washington, en razón de que una vez dictado el laudo y en caso que éste no sea acatado voluntariamente, al momento de ser requerido el reconocimiento y ejecución del laudo, éste será entendido como una sentencia extranjera, con el consecuente efecto de poder ser revisado por órganos jurisdiccionales locales en los que pretenda el laudo ejecutarse. A lo largo de estos años, las reglas de arbitraje de CNUDMI/UNCITRAL han sido utilizadas a través de tribunales *ad-hoc*, elegidos en el marco de TBI o de Tratados Regionales de Inversión como el TLCAN, desarrollándose ya sea en espacios institucionales como las propias instalaciones del CIADI o de la Corte

na, Vivendi y AWG, junto con las empresas argentinas Banco de Galicia y Buenos Aires

Permanente de Arbitraje, entre otros.

Diversos TBI con la República Argentina, han fijado la utilización de las reglas del CNUDMI/UNCITRAL como mecanismo de resolución de diferencias, entre los que se pueden aludir a los firmados con Canadá, Alemania, India y Rusia. De los casos tramitados bajo estas reglas se pueden enunciar los asuntos *Anglian Water Group (AWG) Ltd vs. Argentina*⁹; *National Grid Plc vs. Argentina*¹⁰ y *British Gas (BG) Group Plc vs. Argentina*¹¹ e *Inspection and Control Services Ltd -ICS vs.*

S.A., Sociedad Comercial del Plata S.A., y Meller S.A., formaron un consorcio con el fin de participar en la licitación para la concesión relativa a la explotación de los sistemas especificados de suministro de agua potable y desagües cloacales de la Ciudad de Buenos Aires y municipalidades circundantes. El 9 de diciembre de 1992, el Gobierno de Argentina adjudicó a este consorcio la concesión para la explotación del sistema de servicios de suministro de agua potable y desagües cloacales de la Ciudad de Buenos Aires y municipalidades circundantes. De conformidad con las normas de la licitación, el consorcio formó posteriormente una empresa argentina, Aguas Argentinas S.A. (AASA). Fruto de las medidas económicas de 2001 y 2002, que modificaron el régimen de las tarifas y pesificaron la moneda, el consorcio consideró que estas medidas dañaban sus inversiones y representaban una infracción de los compromisos contraídos con ellas al obtener la concesión. Se presentaron diversas demandas ante el CIADI por parte de las diversas empresas del consorcio, pero en el caso de AWG el Estado no aceptó la utilización del Convenio del CIADI sino plantear la disputa bajo las reglas de la CNUDMI/UNCITRAL.

¹⁰*National Grid plc vs. Argentina*. Laudo del 3 de noviembre de 2008. En 1993, National Grid, junto con dos compañías de los Estados Unidos -Duke Transener Inc. y Entergy Corp.- y dos compañías argentinas -SADE Ingeniería y Construcciones S.A. ("SADE"), filial de Pérez Companc y Eléctrica del Plata S.A., filial de Sociedad Comercial del Plata S.A.- formaron un consorcio para participar en la licitación internacional de acciones de Transener (accionaria de las ex empresas estatales Agua y Energía, SEGBA e Hidronor). Transener constituyó una compañía argentina -la Compañía Inversora en Transmisión Eléctrica Citelec S.A. ("Citelec")- como vehículo para su inversión en Transener. National Grid adquirió entre 1993 y 1999 casi el 50 % de la participación del capital accionario de Citelec. La diferencia se planteó en el contexto del programa de privatización llevado a cabo por Argentina a principios de la década de los noventa, respecto de las garantías ofrecidas a los inversores que adquirieron activos en el sector de la electricidad; y de las medidas adoptadas por la demandada para poner fin a la crisis económica que experimentó en 2001-2002.

¹¹*British Gas Group Plc vs. Argentina*. Laudo del 24 de diciembre de 2007.

¹²*Inspection and Control Services Ltd -ICS vs Argentina*. Laudo sobre jurisdicción del 10 de febrero de 2012. la controversia está relacionada con el trato brindado por

*Argentina*¹², entre otros.

Este mecanismo arbitral, en lo referente al reconocimiento y ejecución de laudos, tal como se especificará más adelante, suele ser objeto de diversos pedidos de anulación o no ejecución del laudo por parte de Estados en razón de haberse presentado al momento de la sustanciación del proceso arbitral, impugnaciones sobre los árbitros, sobre la admisibilidad de jurisdicción o sobre el derecho aplicable. Aspectos similares a los mencionados se aplica a los laudos emanados del Mecanismo Complementario del Convenio que se comentará más adelante.

2.1.1. El arbitraje en el marco de la Corte Permanente de Arbitraje

La Corte Permanente de Arbitraje (en adelante CPA), establecida en el año 1899, es un organismo intergubernamental que ofrece una variedad de servicios para la resolución de controversias a la comuni-

la Argentina a ICS en relación con el contrato celebrado por ICS y el *Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos* (el “MECON”) el 11 de marzo de 1998 sobre la prestación de servicios de auditoría. Por medio del Decreto Presidencial 477/97 (“DP 477/97”), el Estado aprobó un programa supervisado por el gobierno que establecía que las mercaderías de importación destinadas a la Argentina debían someterse a una inspección previa a su embarque al país. Las mercaderías debían ser inspeccionadas por empresas privadas, autorizadas por el gobierno a través de un proceso de licitación pública internacional. ICS (conocida en aquel momento como Swipco Limited) obtuvo el cargo de Auditor tras ganar la licitación N° 13/97. Conforme a la Cláusula 3 del Contrato, los honorarios que ICS percibiría por la auditoría de los certificados de inspección correspondían al 0,64% del valor FOB, FOR o FOT de cada certificado de inspección auditado. Luego del otorgamiento del Contrato, el 11 de septiembre de 1998, el MECON modificó la estructura de los honorarios de ICS a través de la Resolución N° 1106/98 (“Resolución 1106/98”), de manera tal que los honorarios de ICS por Servicios Ordinarios corresponderían al 80% de los honorarios percibidos por la Empresa de Inspección de Preembarque por cada certificado de inspección auditado por ICS. El plazo inicial del Contrato concluyó en marzo de 2000. Sin embargo, un año más tarde, el 2 de marzo de 2001, el gobierno confirmó retroactivamente una extensión de un año del plazo del Contrato hasta marzo de 2001. Según la demandante, desde 1998 hasta 2001, no había recibido pago alguno por sus servicios. Con la crisis del 2001 y la declaración de emergencia, la deuda se pesificó por lo que ello produjo un perjuicio a la demandante.

¹³ Ver CPA. www.pca-cpa.org

¹⁴ *Centerra Gold Inc. (Canada) and Kumtor Gold Company (Kyrgyz Republic) vs. República de Kirguyzstan*. Laudo del 2009. El caso se planteó ante la CPA por parte de

dad internacional. Este tribunal está estructurado alrededor de los miembros de la Corte, los cuales son designados por los Estados Parte, hasta cuatro por cada uno, entre juristas de reconocida competencia en cuestiones de derecho internacional (art. 44 de la Convención de 1907)¹³. Las partes en disputa pueden seleccionar sus árbitros u otros jueces entre estos miembros para que constituyan el tribunal o la comisión que tendrá a su cargo la solución de la controversia y que llevará a cabo el procedimiento elegido. En contraste a la Corte Internacional de Justicia, la CPA no solamente resuelve controversias entre dos o varios Estados, sino que provee servicios para la resolución de controversias entre varias combinaciones de Estados, entidades estatales, organismos internacionales, y partes privadas.

El órgano encargado de las actividades cotidianas de la Corte es el Bureau Internacional, el que cumple la función de registro y de secretaría y sirve de canal de comunicación y custodia de archivos. Su secretario general tiene también, por el Reglamento de Arbitraje Comercial de 1976 de la CNUDMI/UNCITRAL, la facultad de nombrar una “autoridad de nominación” para poner fin a ciertas disputas que pueden surgir en la designación o recusación de árbitros.

Finalmente, el Consejo Administrativo es el órgano encargado de formular las directivas para la Corte y de supervisar los asuntos administrativos. Está compuesto por los representantes diplomáticos de los Estados Parte de las convenciones de 1899 y 1907 acreditados ante el reino de Holanda. Todas las reglas de arbitraje de la Corte Permanente están basadas en las Reglas de Arbitraje y conciliación de CNUDMI/UNCITRAL.

Bajo la órbita de la CPA, se han desarrollado diversos casos en los que se encuentran involucradas disputas sobre inversiones extranjeras. Entre los asuntos sometidos en ámbitos de la CPA, se pueden enunciar los casos *Centerra Gold Inc. (Canada) and Kumtor Gold Company vs. República de Kyrguistan*¹⁴; *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company vs. República de Ecuador*¹⁵; *Inspection and*

los inversores canadienses, a quienes se les habrían violado los estándares de trato justo y de no expropiación al anularse abruptamente la licencia de explotación de oro que la empresa Kuntor Gold Co. (subsidiaria de Centerra Gold y de Cameco Co.) había obteni-

Control Services Ltd -ICS vs. Argentina, entre otros.*2.1.2. El arbitraje en las Inversiones Extranjeras*

do en 1992 y sobre los cuales el gobierno de Kyrgyzstan accedía a un porcentaje de las ganancias. Posteriores gobiernos fueron modificando los porcentajes de participación del Estado. Ante el desacuerdo sobre los ingresos que debía percibir el Estado en 2008, luego de la anulación de la licencia se suspendieron cuentas bancarias y activos de la empresa. Posteriormente, la Corte Suprema del Estado restableció la licencia y se procuró un nuevo acuerdo entre las partes, por lo que el caso no continuó en la fase arbitral.

¹⁵ *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company vs. República de Ecuador* (PCA Case No. 2009-23). Laudo sobre jurisdicción y admisibilidad del 27 de febrero de 2012. Hasta el 2001, Texaco Petroleum Co (Texpet), era subsidiaria de Texaco Co., empresa radicada en EE.UU. Luego de ese año, la empresa Texaco Co. fue adquirida por la norteamericana Chevron. El caso que plantean los demandantes guarda relación con la participación histórica de TexPet como integrante minoritario de un consorcio con el Ecuador y su petrolera estatal Petroecuador, dedicado a la exploración y producción de petróleo con arreglo a contratos de concesión. Luego de concluida su participación en 1992, TexPet negoció un acuerdo transaccional con el Ecuador y Petroecuador en 1995, por el cual aquélla se hizo responsable de los proyectos especificados de remediación ambiental correspondientes a su participación minoritaria en el Consorcio y obtuvo la liberación de responsabilidad por el impacto ambiental no comprendido en el ámbito de los proyectos indicados. En el curso de varios años TexPet habría dedicado millonarias sumas de dinero a financiar proyectos de remediación ambiental llevados a cabo por un importante contratista internacional, así como también proyectos de desarrollo comunitario tal como estaba previsto en el acuerdo transaccional suscripto con el Ecuador y Petroecuador. En 1998 el Ecuador y Petroecuador suscribieron un acta por la cual liberaban a TexPet, a sus filiales y a sus funcionarios, de responsabilidad por el impacto ambiental ocasionado en lo que había sido el área de la Concesión. El Ecuador y Petroecuador conservaron su responsabilidad por el impacto restante derivado de las actividades desarrolladas por el Consorcio con anterioridad a 1992, así como también por todo impacto futuro generado por las operaciones que la propia Petroecuador siguió desarrollando en lo que había sido el área de la Concesión. En contra de esos acuerdos, el Estado ecuatoriano demandó en 2003, en conjunto con un grupo de ambientalistas, a la empresa Chevron por ser accionista mayoritaria de Texpet con miras a obtener una indemnización y otras reparaciones por impactos que, según sostienen, derivaron de las operaciones del Consorcio (el “Juicio de Lago Agrio”) antes de 1992. Los inversionistas (Texpet y Chevron) sostienen que tales medidas del Estado violan los acuerdos previos y la protección de éstos previstas en el TBI Ecuador - EE.UU. En febrero de 2012, el tribunal admitió abocarse al fondo del caso.

¹⁶ Aprobada el 10 de junio de 1958. Ley argentina 23.619 (B.O., 4/11/1988).

¹⁷ Conf. S. A. ALEXANDROV, “The Baby Boom of Treaty-Based Arbitrations and the Jurisdiction of ICSID Tribunals: Shareholders as “Investors” and Jurisdiction Ratione

El auge del arbitraje de inversión extranjera, como un paliativo a la aplicación de la protección diplomática por parte de los Estados a fin de proteger los intereses de sus nacionales, se ha fortalecido gracias a la utilización del *Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados* de 1965 (Convenio de Washington) y la implementación de tribunales arbitrales bajo las Reglas de la CNUDMI-UNCITRAL o de la CCI. Este medio de solución de conflictos suscitados entre Estados e inversores nacionales de un tercer Estado, se ha expandido como una práctica jurídica que no puede ser soslayada frente al vertiginoso mundo de las inversiones extranjeras, en particular, las destinadas a los países emergentes o en vías de desarrollo y los planteados ante un centro de arbitraje como el CIADI son un ejemplo (ver Gráfico 1). Implica, a su vez, un medio flexible de solución de conflictos, dado que muchas veces, los sujetos que se desenvuelven en el ámbito de las inversiones extranjeras, optan por evitar procesos judiciales excesivamente prolongados, comunes en muchos sistemas procesales de los Estados.

Como se enunciara anteriormente, el acceso a estos mecanismos de solución de diferencias, suelen estar referenciados en los TBI o bien en cláusulas contractuales entre el inversor y el Estado receptor de la inversión. El arbitraje de inversión, debe en gran parte su popularidad, al hecho que suelen eliminarse los diversos recursos de apelación o revisión de las decisiones de los tribunales (propio de los códigos procesales nacionales), por lo cual el laudo del tribunal es exigible en forma directa frente al Estado y, en algunos casos, como el mecanismo del CIADI, el laudo es considerado como si se tratara de una sentencia nacional. Sin embargo, en caso de aplicarse otras reglas arbitrales (CNUDMI/UNCITRAL-CCI-LCA), la *Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958*¹⁶ (Convención de Nueva York) posibilita que los tribunales de los Estados miembros puedan examinar el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales emanados en otros Estados miembros o por instituciones extranjeras.

El incremento de las inversiones internacionales como reflejo de la mundialización económica es en la actualidad una realidad incuestiona-

Temporis”, *Law and Practice of International Courts & Tribunals*, 2005, vol. 4, págs. 19-59; W. BEN HAMIDA, “L’arbitrage État-investisseur étranger: regards sur les traités et

ble. Este flujo de inversiones exteriores ha traído aparejado una mayor conflictividad y un aumento sin precedentes de los asuntos sometidos a los métodos de solución de controversias entre Estados e inversores extranjeros. Entre estos últimos, el arbitraje internacional se erige en la solución preferida por los inversores cuando tienen que buscar una solución a su diferencia con el Estado receptor de su inversión¹⁷. De ese incremento exponencial en las demandas efectuadas por inversores, la República Argentina ha sido un caso paradigmático, por la magnitud de las demandas que se han incoado contra el Estado, principalmente, ante el mecanismo CIADI¹⁸ y ante otros tribunales *ad-hoc*, anteriormente enunciados.

2.2. Elementos comunes y diferenciantes entre el arbitraje comercial internacional y el de inversiones extranjeras

En cuanto a las características comunes en el arbitraje de inversión y el comercial internacional, se puede avizorar, la búsqueda de utilizar estos medios alternativos de solución de controversias a fin de procurar medios más expeditos y económicos respecto a los sistemas judiciales naciona-

projets récents”, *Journal du Droit International*, vol. 131, N° 2, Juris Classeur, avril-Mar-Juin 2004, pág. 421 y ss.; J. COLLIER y V. LOWE, *The Settlement of Disputes in international Law. Institutions and Procedures*, Oxford University Press, 1999; J. DIEZ-HOCHLEITNER - C. IZQUIERDO SANS, “Las inversiones a través de sociedades locales en los APPRI celebrados por España con países de Latinoamérica”, *Revista Electrónica de Estudios internacionales*, N° 7, 2003. www.reei.org; M. HIRSCH, *The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*, Netherlands, Martinus Nijhoff, 1993.

¹⁸Hasta la actualidad, se han presentado aproximadamente unos 52 casos ante el CIADI y otros tribunales *ad-hoc*, de los cuales, la mayoría se encuentra pendiente de resolución definitiva, otros ya han logrado un laudo definitivo, en un menor número se han cancelado por haber logrado las partes un acuerdo (ver una listado de los casos en el anexo).

¹⁹*Lowen Group, Inc y Raymond L. Loewen vs. Estados Unidos de América* (Caso CIADI ARB (AF)/98/3), Laudo del 5 de enero de 2001, párr. 233. Disponible en www.state.gov/documents/organization/22094.pdf. Este conflicto surge a partir de un

les. La elección de los decisores jurisdiccionales por las partes, hace que éstos puedan tener un mayor control sobre el pleito, a la vez que genera una previsible confianza en la especialidad de los árbitros para conocer sobre la disputa, circunstancia que en jurisdicciones nacionales, los jueces no siempre tienen la formación necesaria para el abordaje de temas tan complejos como el derecho de las inversiones extranjeras o el comercio internacional.

Sin embargo, el mecanismo arbitral de inversiones no debe ser confundido en cuanto a sus alcances y trato a los sujetos intervinientes, respecto del arbitraje comercial internacional. Ello en razón del carácter mixto que profesa el arbitraje de inversiones y los particularismos que deberían tenerse en cuenta al momento de analizar las decisiones de políticas públicas que se han tomado por parte del Estado receptor de la inversión.

Esta diferenciación del arbitraje en materia de inversiones como un mecanismo distinto al arbitraje comercial internacional, lo podemos avizorar en el caso *Lowen Group vs. Estados Unidos de América*¹⁹. En tal decisión, se estableció que el arbitraje en materia de inversiones deriva del derecho internacional público y que la oferta general de arbitraje está hecha por medio de un TBI o acuerdo arbitral. Este mecanismo, sostuvo

litigio interpuesto contra Loewen Group, Inc. y Loewen Group International, Inc. su principal subsidiaria de los Estados Unidos, en la Corte Estatal de Mississippi por Jeremías Sr. O'Keefe, su hijo y varias empresas de propiedad de la familia de O'Keefe (llamados colectivamente O'Keefe). El litigio surgió de una disputa comercial entre los O'Keefe y las empresas Loewen, competidores en el negocio de funerarias y seguros de sepelios en Mississippi. La diferencia se refería a tres contratos entre O'Keefe y el Loewen valuados en 5 millones de dólares. Luego de un proceso judicial, un tribunal de Mississippi, otorgó una indemnización de cerca de 400 millones de dólares a los O'Keefe, lo que fue rechazado por la contraparte, argumentando arbitrariedades del juez a favor del demandante, en razón de la nacionalidad (canadiense) y la magnitud empresarial de Loewen Group frente a la pequeña empresa de los O'Keefe. Los demandados apelaron pero la Corte Suprema del Estado rechazó reducir la sentencia y exigió una fianza de 600 millones de dólares para continuar con las apelaciones. Loewen sostuvo que esto lo obligó a negociar bajo coacción con el demandante por lo que tuvo que pagar unos 175 millones de dólares. Como consecuencia de ello, se presentó una demanda ante el CIADI por violación del tratado NAFTA, utilizándose el mecanismo complementario del CIADI.

²⁰ Sobre estas posiciones acerca del carácter mixto del arbitraje de inversión ver: M. RABAGO DORBECKER, "El sistema híbrido de arbitraje en materia de inversiones: ¿más

el tribunal, ha remplazado el poder de los Estados de activar el sistema de protección a sus nacionales, por uno que incluye una definición *ad-hoc* de cierto tipo de actos que detonan responsabilidad internacional, así como medios especiales para la compensación. Por tanto, el uso o abuso de especialistas en arbitraje comercial internacional como árbitros en este tipo de disputas y la tendencia a asimilar prácticas del arbitraje comercial internacional, parecería ciertamente erróneo, lo que en muchos casos se ve reflejado en los laudos. El argumento bajo el cual se debe dar cierto carácter público al arbitraje en materia de inversiones es que un posible fallo emanado de tal sistema de adjudicación, repercute sobre los fondos públicos del Estado, los que en algunas circunstancias podrían quedar afectados por el pago de las indemnizaciones por el daño derivado de la responsabilidad internacional²⁰. Estos aspectos sobre las implicancias en las políticas públicas de los Estados y las inversiones extranjeras también se pueden apreciar en diversos tópicos de índole pública como el caso del acceso a la información en el ámbito del CIADI (v.gr. *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. Vivendi Universal SA vs. República Argentina*)²¹. También ante otros tribunales especializados, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los cuales se analizaron estas dualidades al negarse el acceso a la información sobre una inversión extranjera de explotación forestal por razones de interés público ya que estas prácticas, a criterio del Estado, vulnerarían el interés colectivo que se había fijado el país respecto a la promoción de inversiones, tal como se planteó en el asunto *Claude Reyes vs. Chile*²².

En los casos en donde se encuentran en disputas el pedido de indemnizaciones multimillonarias, principalmente a los Estados, el análisis

público que privado? Implicaciones de transparencia, acceso a la información, corrupción y rendición de cuentas en el arbitraje en materia de inversiones”, en S. RODRÍGUEZ JIMÉNEZ y H. WÖSS (coord.), *Arbitraje en materia de Inversiones*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2010, pág. 165 y ss.

²¹ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A., and Vivendi Universal, S.A. (Aguas Argentinas, S.A.), vs. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/03/19), Decisión sobre *amicus* del 19 de mayo de 2005.

²² Corte IDH. *Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia del 19 de septiembre de 2006, Serie C, N° 151.

²³ Conf. J. A. GRAHAM, “¿Dónde se queda la legítima expectativa de los Estados

de la controversia en torno al derecho aplicable y la responsabilidad del Estado, no debe ser comprendido bajo la misma óptica que una relación contractual privada o bajo las prácticas del comercio internacional. Muchas veces las decisiones sobre la condena a un Estado en el marco de una disputa por inversión extranjera puede significar el pago de lo que anualmente el Estado debe destinar en su presupuesto a educación o salud. La “liviandad” sobre los abordajes que algunos árbitros efectúan respecto a litigios entre Estados e inversores, es una de las críticas a las cuales se encuentra sometido particularmente el mecanismo arbitral del CIADI en la actualidad²³. Parte de esa crítica puede que se deba a la formación de los árbitros, de los cuales, la mayoría devienen de un origen y formación jurídica anglosajona, en la que la visión jurídica sobre el cumplimiento de los contratos entre privados o entre privados y el Estado suele tener diferencias respecto a perspectivas de otras regiones, tales como la latinoamericana. Esto ha llevado, por ejemplo, a países como Bolivia, Ecuador o Venezuela a denunciar el Convenio de Washington o en propender la utilización de otros foros arbitrales como la Corte Permanente de Arbitraje bajo las reglas del UNICTRAL.

En forma paralela, actualmente, también se está planteando la búsqueda de otros foros regionales como en el marco del UNASUR²⁴ a fin de utilizar un mecanismo arbitral alternativo al CIADI en razón de los particularismos latinoamericanos, tema sobre el cual se ha creado un Grupo de Trabajo en el ámbito de dicha Organización Internacional sudamericana²⁵. Estas iniciativas están siendo planteadas en razón de las crecientes disidencias que algunos Estados latinoamericanos tienen sobre el funcionamiento del CIADI, particularmente frente a discrepancias por la falta

en los arbitrajes sobre inversión extranjera?”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, N° 15, 2004, págs. 147-165; B. PALLARES, “El derecho internacional de la inversión extranjera y los mecanismos de solución de conflictos. El Estado Nacional ante el CIADI”. Disponible en: <http://www.econ.uba.ar/acuerdos%20y%20regulaciones/internacional>

²⁴ La UNASUR fue creada por el tratado constitutivo del 28 de mayo de 2008 y entró en vigor el 11 de marzo de 2011. Reúne a los países de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Surinam, Uruguay y Venezuela.

²⁵ En el mes de junio de 2009, durante la 39ª Sesión de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, Ecuador propuso que UNASUR crease un centro de arbitraje alternativo al CIADI. En el mes de diciembre de 2010 en Guyana, los minis-

de transparencia del organismo arbitral, las continuas recusaciones de árbitros por sus probables vínculos con los inversionistas o la falta de comprensión de las normas y prácticas locales como el derecho aplicable para decidir la controversia, la incongruencia en los laudos frente a hechos similares, entre algunas de las objeciones²⁶. Sin embargo, cabe resaltar que es poco probable que los Estados de los cuales provienen la mayoría de los inversionistas extranjeros hacia Sudamérica, firmen TBI o modifiquen los actuales, en los cuales se incorpore a este mecanismo arbitral. La poca o nula confianza de los inversores extranjeros en sistemas de arbitraje regional (altamente politizados), tornaría dificultosa la viabilidad de esta propuesta.

Dentro de las particularidades del proceso arbitral bajo estudio en UNASUR, se procedería a crear un mecanismo arbitral semejante al CIADI, pero tendiente a resaltar la exclusión de temas sensibles a las políticas públicas de los Estados (salud, distribución de agua potable, energía), la transparencia y modos de elección de los árbitros y, particularmente, la exigencia del previo agotamiento de vías internas en los Estados para el acceso al sistema arbitral regional. Esta última cuestión, en el ámbito americano tiene una particular importancia (aunque no se han especificado aún plazos posibles para considerar agotada la vía interna) ya que implicaría un solapado retorno a la denominada “Cláusula Calvo”, aunque relativizada en sus alcances²⁷, en razón de que no excluiría la disputa de inversiones ante tribunales internacionales, pero significaría

tros de Relaciones Exteriores de los países miembros de UNASUR decidieron de manera unánime que Ecuador debía presidir el grupo de trabajo sobre solución de controversias e inversiones. En la misma reunión, Ecuador presentó un proyecto de reglamentación del centro arbitral. Actualmente, el mencionado grupo de trabajo se encuentra analizando la propuesta, que va a ser presentada ante los países miembros de UNASUR para su posterior aprobación.

²⁶Sobre este punto ver: S.K. FIEZZONI, “Centro de Arbitraje de UNASUR: las principales características de la propuesta de Ecuador”, *Investment Treaty News*. N° 2, t. 2, diciembre 2011-enero 2012, IISD, pág. 6 y ss.; Disponible en: <http://www.iisd.org/itn/2012/01/12/itn-quarterly-december-2011january-2012/>; K. F. GÓMEZ, *Latin America and ICSID: David versus Goliath?*, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2010. Disponible en http://aragosaurus.academia.edu/katiafachgomez/Papers/858321/Latin_America_and_ICSID_David_versus_Goliath

²⁷Confr. Ch. SCHREUER, “Calvo’s Grandchildren: The return of legal remedies in

una postura diferente a la alcanzada por la jurisprudencia en el marco del CIADI, sobre el acceso a la jurisdicción arbitral. Sobre estos aspectos se hará alusión *a posteriori*.

3. El mecanismo de arbitraje CIADI

3.1. *El arbitraje de Inversión bajo las normas del Convenio de Washington y las reglas de procedimiento del CIADI*

La búsqueda de mejores instrumentos jurídicos que propicien un mayor desarrollo de las inversiones en el mundo, sin estar sometidas a las arbitrariedades de los Estados, llevó al Banco Mundial, a inicio de los años '60, a elaborar un dispositivo normativo que brindara un marco legal para cobijar a esas futuras inversiones, sobre todo en países de regiones en desarrollo económico, evitando las disputas diplomáticas entre los Estados por acudir en defensa de sus nacionales y sus intereses.

Así fue que partir de 1963, el Banco Mundial realizó una serie de reuniones con expertos, para discutir el proyecto de un Convenio sobre disputas por inversiones extranjeras preparado por el personal del Banco Mundial²⁸. Como fruto de las diversas reuniones, en las que participaron representantes de 61 Estados miembros, se sometieron a consideración de los gobiernos miembros del Banco el texto del *Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados* (el Convenio) que fuera aprobado el 18 de marzo de 1965, entrando en vigor el 14 de octubre de 1966²⁹.

En el Convenio se instituyó el *Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones* (CIADI) el que ha resultado crucial

Investment Arbitration”, *The Law and Practice in International Courts and Tribunals*, N° 1, Leiden, 2005, pág. 4.

²⁸ Las reuniones se efectuaron en Addis-Abeba (16 al 20 de diciembre de 1963), posteriormente en Santiago de Chile (3 al 7 de febrero de 1964), en Ginebra (17 al 21 de febrero de 1964) y en Bangkok (27 de abril a 1 de mayo de 1964).

²⁹ CIADI, *History of the ICSID Convention*, Washington, DC. 1970 Vol. I.

³⁰ Diversos juristas y especialistas en arbitraje han dedicado diversos esfuerzos al

en el campo de la resolución de controversias sobre inversión extranjera, que involucre a un Estado y a un inversionista de otro país³⁰. La importancia de esta posibilidad de arreglo arbitral resulta todavía más evidente si se analiza el considerable crecimiento del número de casos arbitrales concluidos o actualmente promovidos ante el CIADI, lo cual revela la aplicación real y práctica de dicho Convenio a disputas que involucran a países de todo el mundo, aunque con una marcada concentración de países de África y América. En los últimos 40 años, el CIADI se ha convertido en el principal foro arbitral a escala mundial para la resolución de controversias entre inversionistas y Estados. Ello se debe, en gran medida, al gran número de Estados que se han incorporado al denominado “mecanismo complementario” que abre las puertas al CIADI a aquellos países que no se han incorporado al Convenio³¹.

La diferencia esencial del arbitraje CIADI respecto de la generalidad de los arbitrajes internacionales, radica en la completa autonomía e independencia del procedimiento. Las reglas de arbitraje del CIADI derivan directamente de un tratado internacional y por tanto tienen total autonomía de cualquier derecho nacional y esta “a-nacionalidad” se manifiesta en la ausencia de control por parte de los tribunales nacionales, en medidas cautelares como en laudos a través del proceso de exequátur, siendo irrelevante el lugar donde se realice cada arbitraje en particular como el Estado en cuyo territorio debe ejecutarse el eventual laudo.

estudio del funcionamiento del CIADI. AA.VV. El CIADI. “Temas de derecho internacional analizados en sus laudos”. En A. PAGLIARI (coord.), *Temas de Doctrina y Jurisprudencia en el Derecho Internacional Público*, Cba., Advocatus, 2009, pág. 151 y ss.; A. BROCHES, “The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States”, *Collected Cours*, T. 331, Hague Academy of International Law, 1972- II; E. FERNÁNDEZ MASÍA, *Arbitraje en inversiones extranjeras: El procedimiento arbitral en el CIADI*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004; S. RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, *El sistema arbitral del CIADI*, México, Porrúa-Universidad Iberoamericana-UNAM, 2006; Ch. SCHREUER, *The ICSID Convention. A Commentary*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2009; J. A. VIVES CHILLIDA, *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)*, Madrid, Mac-Graw-Hill, 1998.

³¹ Confr. F. GONZÁLEZ DE COSSIO, “México ante el Centro internacional para el arreglo de diferencias de inversión. Un comentario”, *Revista de Derecho Privado* (México), N° 1, enero-abril, 2002.

³² Conf. I. BROWNLIE, *Principles of International Law*, Oxford University Press,

3.2. *La exclusión del ejercicio de la protección diplomática por parte de los Estados y su relación con el arbitraje de inversión*

La protección diplomática es uno de los clásicos procedimientos ejercidos por los Estados para procurar el cumplimiento de las normas de derecho internacional por parte de otro Estado frente a sus nacionales³². Este instituto, surgido a partir del siglo XVIII entre los Estados europeos y posteriormente en América -principalmente por la práctica de los EE.UU. hacia la segunda mitad del siglo XIX- fue desarrollado por Vattel a fin de ser aplicado para aquellos casos en donde el Estado del cual era nacional un ciudadano que se encontraba en un país extranjero, pudiera esgrimir sus reclamos al considerar que el daño ocasionado constituía un agravio al Estado³³. Esta postura será retomada en diversas ocasiones. Cabe aquí aludir a la sentencia del TPJI de 1927 en el asunto *Concesiones Palestinas Mavrommatis*, en la que se enfatizó sobre el trato mínimo que se debe ofrecer a un extranjero y que si un Estado hace suyo los

2008, pág. 487 y ss.; M. DIEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 15ª ed., Madrid, Tecnos, 2005, pág. 865 y ss.; Ch. ROUSSEAU, *Derecho Internacional Público* (trad.), Barcelona, 1966, pág. 358 y ss.; Ch. SCHREUER, *The ICSID Convention. A Commentary*, 2ª ed., Cambridge University Press, 2009, pág. 414 y ss.; M. SHAW, *International Law*, 5ª ed., Cambridge University Press, 2006, pág. 721 y ss.; E. VARGAS CARREÑO, *Derecho Internacional Público*, Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 2007, pág. 500 y ss.; C. JIMÉNEZ PIERNAS, "El particular frente al derecho de la responsabilidad internacional: los problemas previos del standard mínimo y la protección diplomática", *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1987, págs. 65-116; Arturo PAGLIARI, "Responsabilidad Internacional y Protección diplomática", *Cuaderno de Derecho Internacional*, N° III, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, Advocatus, 2009, pág. 55 y ss.; A. REMIRO BROTONS, *Derecho Internacional*, Madrid, Mac Graw Hill, 1997, pág. 499 y ss.; M. A. BURGOS-DE LA OSSA, y N. LOZADA-PIMIENTO, "La protección diplomática en el marco de las controversias internacionales de inversión", *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, N° 15, Bogotá 2009, págs. 243-278.

³³ Conf. E. VATTEL, *The Law of Nation on the principles of natural Law*, Secc. 342, vol. 2, pág. 349 y ss. Disponible en www.lonang.com/exlibris/vattel

³⁴ CPJI. *Readaptation of Mavrommatis Jerusalem Concessions* (Greece v. United

reclamos de un nacional al recurrir a la protección diplomática, está haciendo valer sus propios derechos a fin de que se respete el derecho internacional³⁴.

En el pasado, actos de expropiación y reclamaciones por violación de los derechos de los inversores en un tercer Estado, fueron resueltos por este mecanismo internacional. La protección diplomática, entendida como una norma consuetudinaria es, a partir de 1998, una norma pendiente de codificación por disposición de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de la Asamblea General de Naciones Unidas³⁵. Su amplia disponibilidad deriva del hecho de que la protección diplomática no requiere acuerdo previo entre las partes en conflicto. Es, en principio, discrecional del Estado del cual es nacional una persona (física o jurídica) el decidir hacer propios los reclamos de los particulares por los posibles daños sufridos.

El derecho internacional concibe a la protección diplomática como un derecho del Estado de origen, no de sus nacionales. Esto implica que los inversores son completamente dependientes de la voluntad de sus Estados de origen o de la nacionalidad que ostentan para considerar si adoptan o no sus reclamos. En general, la disposición de los Estados de los inversores a defender tales reclamaciones, se verá influenciada por diversas consideraciones políticas y económicas y, hasta qué punto es relevante para el manteniendo de las relaciones entre los Estados, el acudir en auxilio de su nacional. En temas de inversiones extranjeras, las acciones de los Estados del cual es nacional el inversor, suelen ser de mayor envergadura dado los montos de las inversiones que suelen estar en juego.

Recordemos que en el asunto *Barcelona Traction*, la CIJ ha remarcado diversos aspectos sobre la caracterización de la protección

Kingdom), 1927 P.C.I.J. (Ser. A) No. 11 (Oct. 10). Disponible en: http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.10.10_mavrommatis.htm

³⁵ En 2004, se aprobó una primera lectura de un Proyecto de artículos sobre la materia (A/59/10: pp. 16-104) y en la actualidad se ha designado a los juristas Mohamed Bennouna (Marruecos) y John Dugard (Sudáfrica) como relatores, habiéndose entregado un sexto proyecto de artículos en 2006.

diplomática, sosteniendo que:

*(...) dentro de los límites prescritos por el derecho internacional, un Estado puede ejercer protección diplomática por los medios y en la medida en que considere adecuado, puesto que es por derecho propio que el Estado está haciendo valer sus acciones. En el caso de las personas físicas o las personas jurídicas podría acudir en su defensa al considerar que no tienen ningún recurso en el derecho internacional. Lo que solamente pueden hacer es recurrir al derecho interno, si se dispone de medios, con el fin de promover su causa y obtener una reparación*³⁶.

La Corte afirmó también que:

*[E]l Estado debe ser considerado como el único juez para decidir si su protección se concederá, en qué medida se concede, y cuándo le pondrá fin. Posee a este sentido un poder discrecional cuyo ejercicio puede ser determinado por consideraciones de carácter político o de otro tipo, sin relación con el caso en particular*³⁷.

Además, las condiciones previas para ejercer este mecanismo, requieren de una “continuidad” en los reclamos por parte del particular ante el Estado que ha vulnerado sus derechos y el previo agotamiento de los recursos locales.

³⁶ CIJ. Case *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium vs. King of Spain)*, (New Application 1962), *ICJ Reports* (1970), págs. 3-357. Recordemos que este caso se inició ante la CIJ por parte de Bélgica contra España por el daño causado a una sociedad anónima de inversionistas mayoritariamente belgas y que estaba constituida con sede en Canadá. En esencia, la diferencia se refería a las disputas por ciertas medidas que el gobierno español había efectuado en el marco de un proceso de insolvencia y si tales medidas constituían una expropiación a los inversores. La Corte no hizo lugar a la pretensión de Bélgica por considerar que el Estado no tenía el derecho de ejercicio de la protección diplomática en razón de la falta de vínculo jurídico con los inversionistas, ya que en general una persona jurídica está bajo la potestad de aquel Estado en donde se encuentra constituido su domicilio social o centro de control de su empresa, hecho que se reflejaba bajo las leyes canadienses.

³⁷ *Ibidem* párr. 36.

Esta potestad del Estado de decidir unilateralmente aplicar el mecanismo de la protección diplomática frente a sus nacionales, fue repetida nuevamente en el asunto *LaGrand*, en el cual la CIJ sostuvo que:

*Un Estado parte de un tratado que crea derechos para los individuos puede hacer causa de uno de sus nacionales y poner en movimiento la acción judicial internacional a favor de dicho nacional sobre la base de una cláusula atributiva de competencia incluida en dicho tratado*³⁸.

Más recientemente, en el asunto *Ahamadou Sadio Diallo*, la CIJ remarcó los alcances de la protección diplomática al expresar que:

*El ejercicio por un Estado de la protección diplomática en nombre de una persona física o jurídica, que sea socio o accionista, que tiene su nacionalidad, busca involucrar a la responsabilidad de otro Estado por el perjuicio causado a esa persona por un hecho internacionalmente ilícito cometido por el Estado. En definitiva, esto no es más que la protección diplomática de una persona física o jurídica definida por el artículo 1^a del proyecto de la CDI (...)*³⁹.

Este ejercicio de la protección diplomática ha generado en el pasado diversas disputas ante sujetos internacionales, en particular, por la elección de los medios empleados para hacerla efectiva. Cabe recordar que los Estados pueden hacer uso (a su elección), de diversos medios para garantizar, o al menos exigir al Estado que ha vulnerado los derechos de sus nacionales, el poner fin a tal medida y exigir se repare el daño causado. Una de estas medidas lícitas suelen ser las “retorsiones”, u otras medidas que propugnen similares efectos, tales como represalias económicas o financieras proporcionales al daño causado o contramedidas, a fin de no aplicar el uso de la fuerza para la exigibilidad compulsiva de las reclamaciones, compartimento prohibido por el actual derecho interna-

³⁸ CIJ. Case *LaGrand*. (Deutschland vs. EE.UU.). *ICJ Reports*(2001), párr. 42.

³⁹ CIJ. *Case concerning Ahamadou Sadio Diallo* (Guinea Republic vs. Democratic of Congo Republic). Sentencia sobre objeciones preliminares de 27 de mayo de 2007. *ICJ Reports* (2007), párr. 64.

cional. Dichos comportamientos prohibidos a los sujetos internacionales, previos a las sanciones de las Cartas de ONU y OEA, fueron propugnados en la denominada “*Doctrina Drago-Porter*”, que inspiró a la *Convención sobre la limitación del empleo de la fuerza para el cobro de las deudas contractuales*, en la marco de la II Conferencia de la Paz de La Haya de 1907, la que restringía los medios disponibles para el ejercicio de la protección diplomática a fin de hacer efectivo el cobro de empréstitos internacionales entre Estados.

A fin de evitar los efectos negativos que suele proyectar la protección diplomática en las relaciones de los Estados, más si se trata de salvaguardar los derechos de nacionales en disputas por cuantiosas inversiones, es que claramente se estableció en el artículo 27 del Convenio, una cláusula sobre tales medidas.

Artículo 27:

(1) Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo.

(2) A los efectos de este Artículo, no se considerará como protección diplomática las gestiones diplomáticas informales que tengan como único fin facilitar la resolución de la diferencia.

Sin embargo, este ejercicio a renunciar a la protección diplomática por parte del Estado no es de carácter definitivo. Esta protección se puede accionar si el Estado responsable sobre el cual pesa un laudo en su contra, no efectúa los medios idóneos para dar fiel cumplimiento del laudo dictaminado y definitivo.

4. El CIADI como mecanismo de conciliación y arbitraje

Debemos remarcar, también, que como todo proceso de solución de disputas, suelen establecerse previamente etapas de conciliación o negociaciones directas para la búsqueda de una solución del diferendo. Bajo el procedimiento del CIADI, las partes pueden elegir el mecanismo de con-

ciliación o directamente el arbitraje. Esto se vería reforzado por el hecho que el artículo 25 de la Convención utiliza la expresión “jurisdicción del Centro” no diferenciando entre las dos técnicas de solución de controversias.

En el asunto *SPP vs. Egipto*, donde la competencia se basaba en el artículo 8 de la ley N° 43 de Egipto de 1974, la normativa establecía de forma no especificada para la solución de controversias, la expresión “en el marco de la Convención”⁴⁰. En tal sentido, el tribunal sostuvo que:

[...] al expresar el consentimiento a la jurisdicción del Centro se debe especificar si el consentimiento es con fines de arbitraje o conciliación. Una vez que se haya dado su consentimiento “a la jurisdicción del Centro”, la Convención y reglas de implementación permiten hacer la elección entre los dos métodos de solución de controversias. El Convenio deja esa elección a las partes el instituir los procedimientos.

En casos como el TLCAN, en el marco del Capítulo 11, se requiere que el inversor que se considere afectado en sus derechos, debe notificar sus intenciones de iniciar las negociaciones y consultas amistosas, acompañando la documentación que acredite, entre otros requisitos que, se

⁴⁰ *Southern Pacific Properties (SPP) and SPP Middle East (ME) vs. Egipto*, (Caso CIADI N° ARB/84/3). Decisión sobre Jurisdicción II, 14 de abril de 1988, 3 *ICSID Reports*, pág. 156. En 1974, el SPP, una empresa de Hong Kong, entró en acuerdos con el gobierno de Egipto para establecer una *joint venture* (ETDC) con el fin de desarrollar un complejo turístico internacional en la Pirámides de Oasis en Egipto. SPP conformó una filial egipcia SPP (ME) que poseía el 60% de las acciones de ETDC y el 40% restante era propiedad de un socio egipcio. El proyecto siguió adelante hasta 1978, cuando, como resultado de la oposición parlamentaria, el Gobierno canceló el proyecto y puso a ETDC en tutela judicial. Hasta ese momento, SPP (ME) y SPP había invertido aproximadamente 5 millones de dólares en el proyecto (Aportaciones de capital y préstamos a ETDC, gastos para el diseño de la infraestructura y vendido 286 lotes para la construcción por un total de más de 10 millones). En 1978, de conformidad con la cláusula de arbitraje contractual, SPP y SPP (ME) iniciaron un arbitraje ante la CCI, y obtuvieron un laudo favorable. Sin embargo, este laudo fue anulado posteriormente por tribunales franceses por razones de competencia. En 1984, los demandantes decidieron llevar el mismo asunto ante un Tribunal del CIADI, conforme a la Ley de Egipto, que contenía una cláusula de arbitraje del CIADI. El demandante sostenía que las acciones de Egipto habían violado los acuerdos entre las Partes y se había expropiado la inversión.

trata de un inversor en los términos del tratado, cuáles son las obligaciones del tratado vulneradas y la posible reparación solicitada en base al daño que se habría causado⁴¹.

Una vez transcurrido el plazo que cada tratado establezca para agotar la vía de conciliación, queda a criterio del inversor o del Estado, el poder iniciar las acciones jurisdiccionales que determine.

5. Agotamiento de los recursos internos

Es importante destacar que la vía del agotamiento de los recursos internos de un Estado constituye una práctica internacional de carácter consuetudinario que ha sido receptada por la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia internacional⁴². En razón de que tanto los nacionales como los extranjeros, deben poder contar con la posibilidad de que el Estado permita a los demandantes, vías idóneas (acceso a la justicia) para dirimir sus reclamaciones por vulneración de sus derechos y que, a su vez, se posibilite (en el caso que corresponda) reparar adecuadamente el daño ocasionado.

⁴¹ Artículo 1118 del TLCAN.

⁴² Conf. Th. HAELER, *The exhaustion of local remedies in the case law of International Courts and Tribunals*, Sijthoff, 1968, pág. 17; H. FAUNDEZ LEDESMA, *El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de derechos humanos*, Caracas, Ex Libris, 2007; J. A. BARRÍA, “Notas sobre la regla del agotamiento de los recursos internos en la responsabilidad por daños causados a extranjeros”, en B. RAMACCIOTTI y otros (edit.), *Derecho Internacional Económico*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, págs. 209-235; M. DIEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 15ª ed., Madrid, Tecnos, 2007; Z. DRNAS DE CLEMENT, “¿Se ha convertido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una cuarta instancia?”, *XVIII Reunión conjunta de Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires*, Buenos Aires, 2009; H. LLANOS MANSILLA, *Teoría y Práctica de Derecho Internacional Público*, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 1980, t. II; E. A. RUILOBA SANTANA, “El agotamiento de los recursos internos como condición de la responsabilidad internacional”, *Anales de la Universidad de Valencia*, 1970. Ver también los fallos CIJ, asunto *Interhandel, Reports* (1957) (Switzerland vs. EE.UU.). Corte IDH. *Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras*. Sentencia del 4 de julio de 1988, párr. 63, entre otros.

En el caso de la exigibilidad del agotamiento de la vía interna del Estado, ésta se fundamenta por ser el ámbito jurisdiccional local, el que mejor puede ser utilizado por los sujetos en la controversia y conocido por los jueces, ya que estos últimos administran con mayor certeza los alcances de los términos legales de un contrato entre Estado e inversor y aun de un tratado vinculado con su jurisdicción. En cambio, llevar un caso en donde está en discusión los alcances de aplicación de medidas estatales o de un derecho nacional, conlleva que los árbitros que se elijan para la controversia (generalmente extranjeros y en muchos casos formados bajo otro sistema jurídico), no tendrán igual conocimiento de dicho derecho local. Este recelo sobre el rol que deben jugar los tribunales locales en el conocimiento de temas relacionados a inversiones, puede encontrarse en la otrora cláusula Calvo.

Como un elemento de imprescindible estudio sobre la jurisdiccionalidad de un caso, diversos tribunales u órganos internacionales de control, suelen abocarse a su ponderación previamente a conocer sobre las reclamaciones planteadas (Corte Internacional de Justicia, tribunales regionales de derechos humanos, órganos de control sobre la aplicación de tratados). En el caso de la CIJ, cabe señalar los asuntos *Ambatielos* e *Interhandel*, al fundamentar la Corte la exigencia del agotamiento de los recursos internos como señal de respeto necesario a la soberanía de los Estados, otorgándoles a los tribunales locales la posibilidad de hacer justicia de acuerdo con su propio sistema jurídico, es decir, otorgando al Estado infractor la oportunidad de reparar por sus propios medios y normas, la obligación violada⁴³. El soslayar esta primera vía, significaría en palabras de la Corte que el extranjero sería un individuo privilegiado para quien no existirían ni el derecho interno ni los tribunales locales, y quien interpon-

⁴³ CIJ. *Ambatielos* (Greece vs United Kingdom). Preliminary Objections, July, 1 1952, *ICJ Reports* (1952); *Interhandel*, (Switzerland vs. EE.UU.). Preliminary Objections, March, 21 1959, *ICJ Reports* (1959). Disponible en www.icj-cij.org/docket/files/34/2297.pdf. Este último caso se originó por una reclamación de la Confederación Suiza contra EE.UU. a fin de lograr la restitución de activos de una subsidiaria de la sociedad suiza *Interhandel* que habían sido confiscados por el gobierno norteamericano en base a la *Trading with the Enemy Act* de 1942, al disponer la confiscación de todos los bienes de nacionalidad alemana en el país. Como resultado de ello, se confiscaron las acciones de la empresa *General Aniline and Films Co.*, constituida en los EE.UU. pero que en su

dría inmediatamente la influencia política del Estado de su nacionalidad. Una prematura intervención diplomática de esta clase, constituiría una afrenta a la independencia del soberano local y a la autoridad de sus leyes y tribunales, por sobre todas las personas sometidas a aquél⁴⁴.

Posteriormente, la misma Corte en el asunto *Elettrónica Sicula*, hizo alusión a los estándares necesarios para el agotamiento de los recursos internos al sostener que para materializarla es suficiente que la esencia de la reclamación haya sido llevada ante tribunales competentes, por reclamos permitidos por la ley y mediante los procedimientos locales, sin que se haya logrado una respuesta adecuada⁴⁵. Sin embargo, expresó también que la carga de la prueba del no agotamiento, recae sobre quien la invoca, es decir, sobre el Estado, con lo que si bien se garantiza el respeto de la soberanía del Estado a plantear sus excepciones ante tribunales internacionales, impuso un pesado manto de obligatoriedad a quien suele ser demandado⁴⁶.

En el marco del CIADI, la jurisprudencia del Centro ha sido variable. Por una parte, cabe recordar el asunto *Maffezini vs Reino de España*, en el cual el tribunal validó la utilización por parte del inversor de la cláusula de NMF para acceder a un tribunal internacional sin agotar todas las vías jurisdiccionales que el Estado exigía⁴⁷. Por la otra, en los asuntos *Winthershall vs. Argentina* y *TSA vs Argentina*, se enfatizó la

momento tenía su control societario en Alemania. Suiza expresó su oposición al considerar que para 1940, la empresa había pasado a formar parte de la sociedad Interhandel y no tenía control alemán.

⁴⁴ *Ibidem*, pág. 43.

⁴⁵ *CIJ Case concerning Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (USA vs. Italy)*, *ICJ Reports* (1989) p. 46. En el presente caso, EE.UU. había demandado a Italia en razón de los reclamos de dos empresas norteamericanas que poseían la totalidad de las acciones de una sociedad italiana, señalando que ciertas medidas administrativas adoptadas en razón de un proceso de insolvencia ante tribunales italianos, habían privado a los inversionistas de la empresa, constituyendo tales medidas actos expropiatorios. El reclamo se basó en la violación del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación entre EE.UU. e Italia de 1948, lo que habilitó la jurisdicción de la Corte. Sin embargo, la CIJ no hizo lugar a las reclamaciones de EE.UU. en cuanto a considerar que las medidas adoptadas en Italia en base a un proceso de insolvencia, constituían expropiación u otra violación del Tratado.

⁴⁶ *Ibidem*. *ICJ Reports* (1989), pág. 62.

necesidad de someter la controversia a los tribunales del Estado demandado, previo al inicio de un procedimiento ante un tribunal arbitral internacional, por lo que en ambos casos se rechazó el acceso a la jurisdicción del CIADI⁴⁸.

En el primer caso, el conflicto se enmarcó en el ámbito del TBI entre Argentina y Alemania, el cual establece que los inversores “deben” someter la controversia a los tribunales domésticos del Estado demandado por un término de 18 meses. Transcurrido el plazo aludido o, en su eventualidad antes si se obtiene una sentencia definitiva y aún el conflicto continúa, el inversor podrá elegir la vía arbitral. El inversor no cumplió el término de los 18 meses, invocando la aplicación de la cláusula de NMF que los eximía de ese requisito a tenor del TBI entre Argentina y EE.UU., en el cual se establece la aplicación de la cláusula *fork in the road* a la que se aludirá posteriormente. En el caso de *TSA*, la empresa inversionista de nacionalidad belga, utilizó la misma argumentación de no cumplir el proceso interno en el Estado, pero manifestando la cláusula de NMF en razón de lo estipulado en el TBI entre Argentina y Holanda.

Ambos tribunales sostuvieron que el requisito de someter el caso en una primera fase a los tribunales del Estado receptor, en el plazo fijado por el TBI respectivo, no era de mero carácter procesal, sino que está impuesto como un exhaustivo control por los recursos locales con la limitación temporal en cuestión.

En otro caso bajo el CIADI, el inversor logró un laudo favorable por haber accedido al tribunal *ad-hoc* sin agotar la vía interna del Estado. En *Impregilo vs Argentina*, el inversor utilizando la cláusula de NMF, logró una posición preferencial respecto a aquella que hubiese tenido en virtud del TBI que los regulaba (Argentina e Italia que exige un período de espera). Como sostuvo en su voto disidente la Prof. Stern, “*el inversor obtuvo lo mejor de ambos TBI, no por habersele otorgado un trato más favorable, sino un trato favorable inexistente*”⁴⁹.

⁴⁷ *Emilio Maffezini vs. Reino de España*. (Caso CIADI N° ARB/97/7). Laudo sobre jurisdicción, 25 de enero de 2000.

⁴⁸ *Winthershall Aktiengesellschaft vs. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/04/14). Laudo del 8 de diciembre de 2008; *Thales Spectrum de Argentina TSA vs. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/05/5). Laudo del 19 de diciembre de 2008.

El previo agotamiento de los recursos internos, configura una potestad de los Estados Partes del Convenio, al cual no han renunciado y sobre el que deberían los tribunales arbitrales dar mayor relevancia. La exigencia del agotamiento de la vía interna, al contrario de lo que impone la cláusula Clavo, no impide que si el inversor, luego de peticionar ante órganos jurisdiccionales del Estado receptor, considera que no obtuvo justicia a sus peticiones, puede acceder a las instancias de solución de controversias establecidas en los tratados. Para ello, los plazos generalmente fijados (aproximadamente unos 18 meses) no deberían ser considerados como excesivos por parte de los inversores y que ello motive una inmediata exclusión de hacer conocer internamente su demanda. Este mecanismo de garantía, permite que los tribunales locales puedan conocer sobre la reclamación en una instancia local, y la posibilidad de reconocer al inversor los derechos garantizados en los TBI, sin necesidad de recurrir a instancias internacionales.

5.1. *Los efectos de las cláusulas “fork in the road clauses”*

En los últimos años, y con motivo de la entrada en vigor de los TBI y la celebración de contratos entre el Estado e inversores extranjeros, juntamente con la estrategias adoptadas por los inversores que suelen constituir sociedades locales e incluso sociedades en terceros países para canalizar su inversión, se ha posibilitado que los inversores cuenten con varias opciones para poder elegir el foro más conveniente para hacer valer sus reclamaciones. Esta situación, además, se torna compleja en aquellas ocasiones en donde se produce una duplicación de procedimientos arbitrales con el consiguiente riesgo de laudos contradictorios, lo que provoca graves riesgos de inseguridad jurídica⁴⁹.

En las cláusulas *fork in the road*, o de “*bifurcación de camino*” los inversores tienen la facultad de recurrir a los tribunales internos del

⁴⁹ *Impregilo vs. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/07/17). Laudo del 21 de junio de 2011, párr. 12.

⁵⁰ Sobre estas posibilidades y la decisiva diferenciación entre acciones contractuales y acciones convencionales contractuales (claims v. treaty claims) para la elección

Estado receptor o ante los tribunales arbitrales que consideren factible acorde a las cláusulas pactadas en el contrato o en el TBI. Ahora bien, si se elige una vía no podría luego pretender en forma paralela plantear una reclamación también en la otra vía.

Diversos TBI establecen el inicio de un proceso jurisdiccional directamente ante ámbitos arbitrales o bien prescriben el previo agotamiento de los recursos internos del Estado en donde se originó la controversia⁵¹. En otros casos, prevén que se confiera al inversor o Estado demandante, la opción por uno u otro mecanismo jurisdiccional⁵².

En este sentido, suelen establecerse plazos de 12 a 18 meses, en los cuales la parte demandante debe presentar sus reclamaciones ante instancias jurisdiccionales locales. Si la reclamación no fuese atendida por la justicia local, quedaría habilitado el reclamante a llevar el caso ante la instancia arbitral estipulada.

En supuestos en donde se prevé por parte del Estado receptor el agotamiento de los recursos internos o de las vías administrativas, para

del foro correspondiente, ver: S. A. ALEXANDROV, "Breaches of Contract and Breaches of Treaty: the Jurisdiction of Treaty-based Arbitration Tribunals to decide Breach of Contract Claims in SGS v. Pakistan and SGS v. Philippines", *The Journal of World Investment & Trade*, N° 4, 2004, vol. 5, págs. 555-577; B. CREMADES y D. CAIRNS, "Contract and Treaty Claims and Choice of Forum in Foreign Investment Disputes", en N. HORN y S. KRÖLL, (edit.), *Arbitrating Foreign Investment disputes: Procedural and Substantive Legal aspects*, Hague, Kluwer Law International, 2004, págs. 325-35; B. DE MAEKELT, T. "Tratados bilaterales de protección de inversiones. Análisis de las cláusulas arbitrales y su aplicación", en *Arbitraje interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas* (coord. Irene de Valera), Academia de Ciencias Políticas y Sociales - Comité Venezolano de Arbitraje. Serie Eventos 18, Caracas, 2005, pág. 340; E. FERNÁNDEZ MASÍA, "Una relación compleja: competencia de los tribunales arbitrales y los tratados de protección y promoción de inversiones", *Instituto Vasco de Derecho Procesal*, 2005, págs. 19-27; E. FERNÁNDEZ MASÍA, "Duplicidad de procedimientos en la solución de controversias en materia de inversiones extranjeras", *Instituto de Investigaciones jurídicas*. UNAM-México. Disponible en: www.bibliojuridica.org/libros/6/2815/10.pdf; n° 5, 2004, págs. 397-412; J. M. LONCLE, "L'option"; J. GILL y M. GEARING, "Contractual Claims and Bilateral Investment Treaties: a Comparative Review of the SGS Cases", *Journal of International Arbitration*, vol. 21 de l'arbitrage des traités de protection des investissements: Treaty Claims vs. Contracts Claims", *RDAI*, N° 1, 2005, págs. 3-12.

⁵¹ Entre otros TBI entre Argentina y Canadá (art. X.1); Argentina y España (art. X). Argentina y México (art. 10).

⁵² Se pueden mencionar los TBI entre Argentina y EE.UU. (art. VII).

luego poder acceder a la vía judicial (entendida esta última como el procedimiento que suelen establecerse en los TBI de previamente acudir a los tribunales nacionales), ciertos autores sostienen que, de ser compulsiva esta vía, se estaría sometiendo al inversor extranjero a utilizar una “doble” instancia nacional de reclamación⁵³. Tal es el caso de la República Argentina en donde se exige el agotamiento de la vía contenciosa-administrativa para optar a la vía judicial, acorde al art. 23 de la ley nacional 19.549.

Dentro de la duplicidad de jurisdicciones por reclamación de una inversión, se ha generado un enriquecedor debate sobre los caminos que tienen los demandantes al momento de pretender ejercer sus acciones. En este sentido, basta recordar los alcances que pueden tener las cláusulas de sometimiento a una jurisdicción, según se trata de activar las cláusulas establecidas en el contrato o las establecidas en el TBI. Así, podemos verificar diversas interpretaciones que han efectuado los tribunales arbitrales. Bajo un criterio más constreñido a estas diferencias sobre el objeto de la demanda y la calidad de los actores involucrados, vale mencionar los casos *SGS vs. Pakistán*, *Aguas del Aconquija* y *Vivendi Universal vs. Argentina* y *Lesi-Dipenta vs. Argelia*, en donde los tribunales efectuaron una diferencia entre los alcances del contrato de inversión con el Estado (*Contract Claims*) y las violaciones de las normas establecidas en el TBI (*Treaty Claims*). Sin embargo, otros tribunales arbitrales, en consonancia con una postura cada vez más aplicada, han entendido que debe efectuarse una interpretación más amplia sobre la posible duplicidad de acciones porque si bien puede alegarse una violación contractual, ello puede ser analizado a la luz del TBI, tal como lo expresaron en los laudos *Salini vs. Marruecos*, en el recurso de anulación en *Aguas del Aconquija* y *Vivendi vs. Argentina*, *SGS vs. Filipinas* o *Siemens vs. Argentina*⁵⁴.

5.2. *La duplicidad de acciones en el arbitraje de inversiones*

⁵³M. CASTILLO FREYRE, E. SEVILA SÁNCHEZ y F. STIRNIMANN, “La cláusula *fork in the road* y el arbitraje de inversión, en *Panorama Actual de Arbitraje*, N° 13, Biblioteca de Arbitraje, Lima, Palestra, 2010.

⁵⁴Sobre este punto ver: E. FERNÁNDEZ MASÍA, *Tribunales nacionales, arbitraje internacional y protección de inversiones extranjeras*, Madrid, Marcial Pons, 2008. E.

El requisito de la duplicidad de acciones en la vía local y en la vía arbitral, no siempre es tal en razón que tanto los sujetos intervinientes en la jurisdicción local como en la arbitral suelen ser diferentes desde el punto de vista jurídico. En la instancia local, la demandante será una persona jurídica local en donde el inversionista tendrá el carácter de mayoritario o minoritario en el gobierno de la persona jurídica autorizada por el Estado; mientras que en el ámbito arbitral (internacional), será un inversor con una categoría jurídica distinta a la nacional. Incluso la identidad sobre el objeto del litigio podrá ser diferente ya que en el ámbito local se podrá demandar por el incumplimiento de las cláusulas del contrato, mientras que en el ámbito arbitral se objeta la violación de estándares que prevén los TBI como trato justo o no discriminación, expropiación indirecta, etc.

Frente a esas situaciones, es que las cláusulas de bifurcación de caminos, tratan de evitar la duplicidad de instancias ante situaciones en las que concuerdan tanto los hechos como las violaciones alegadas. El inversor debe elegir si utiliza la vía judicial del Estado receptor o la arbitral. Pero puede suceder también que un inversor abuse en el ámbito de la jurisdicción arbitral de más de un mecanismo. Como caso paradigmático cabe recordar los asuntos *Ronald Lauder vs. República Checa* y *CME vs. República Checa*, en los que se iniciaron dos procesos paralelos (uno por el Sr. Lauder como inversionista privado, utilizando el TBI entre Estados Unidos y la República Checa y otro, por la empresa CME (cuyo accionista mayoritario era el Sr. Lauder), fundando el reclamo en el TBI Holanda y República Checa -atento la nacionalidad que ostentaba la empresa-. Los casos arbitrales se habían desarrollado por los mismos hechos, pero los tribunales llegaron a conclusiones diferentes. Mientras que en un caso rechazaron la demanda (Lauder vs. República Checa), en el otro condenaron al Estado, por violación del trato justo y equitativo⁵⁵. Situación similar se produjo a través del asunto *SGS vs. Pakistán*, en el marco de un TBI con Suiza y respecto al asunto *SGS vs. Filipinas*, en

FERNÁNDEZ MASÍA, "Duplicidad de procedimientos en la solución de controversias en materia de inversiones extranjeras". *Instituto de Investigaciones jurídicas*, México, UNAM. Disponible en: www.bibliojuridica.org/libros/6/2815/10.pdf

⁵⁵ *Lauder vs. República Checa*. Laudo del 3 de septiembre de 2001 (Tribunal *ad-hoc* bajo reglas UNICTRAL) y *CME vs. República Checa*. Laudo del 14 de marzo de

otro TBI también con Suiza, pero donde se efectuaron laudos contradictorios sobre la misma materia de disputa⁵⁶.

Por otra parte, también se han planteado situaciones de los denominados “procesos paralelos” en los cuales una misma situación puede ser revisada tanto por la vía jurisdiccional nacional como por la arbitral internacional, con el consecutivo peligro de la resolución de sentencias que en

2003 (Tribunal *ad-hoc* bajo reglas UNICTRAL). Los laudos dictados en los casos Ronald S. Lauder y CME vs República Checa, ambos procedimientos sustanciados de acuerdo con las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI/UNCITRAL, se suscitaron respecto a la interferencia por parte del Estado receptor en los derechos de retransmisión televisivos que la Administración Checa había concedido en 1993, mediante la correspondiente licencia, a la sociedad CENTRAL EUROPEAN TELEVISIÓN 21 (CET21), sociedad controlada por la holandesa CME CZECH REPUBLIC, de la que el Sr. Lauder era accionista mayoritario. En agosto de 1999, el Sr. Lauder, nacional de los EE.UU., inició un arbitraje en Londres contra la República Checa de conformidad con la cláusula de resolución de controversias del TBI suscrito por EE.UU. con ese país. Seis meses después, CME inició un segundo arbitraje, en Estocolmo, contra el Estado checo, conforme al TBI entre Holanda y la República Checa. Ambos procedimientos se basaron en la alegada responsabilidad internacional del Estado fruto del incumplimiento por parte de la República de los respectivos TBI, por las medidas y el tratamiento que el Estado había adoptado en relación con CET21. Aunque ambos procedimientos se basaron en un idéntico supuesto de hecho, con idéntico inversor, uno y otro tribunal llegaron a conclusiones distintas. El laudo dictado por el primer tribunal en Londres, el 3 de septiembre de 2001, desestimó la reclamación por daños y perjuicios solicitada, ya que la parte demandante no probó el alegado tratamiento discriminatorio del Estado, ni que dicho trato fuese la causa del daño sufrido. Mientras la República Checa prevaleció en el primero de los arbitrajes, el 13 de septiembre de 2001, el segundo tribunal en Estocolmo decidió que la República había incumplido el TBI con Holanda y que el Estado tenía la obligación de indemnizar a CME por los daños y perjuicios sufridos en la suma de U\$D 360 millones, correspondientes al valor de mercado de la inversión. La existencia de un arbitraje previo y el laudo que había dictado el tribunal con sede en Londres, no impidieron al segundo tribunal pronunciarse sobre el fondo del litigio, ya que la República Checa no prestó su consentimiento a la consolidación de los procedimientos que había solicitado la parte demandante, estimando el tribunal que el posible abuso procesal de la demandante no afectaba a la jurisdicción del segundo tribunal arbitral. Posteriormente, los tribunales suecos desestimaron el recurso de anulación que contra el laudo del segundo arbitraje había presentado la República Checa, al considerar que las partes en el primero y segundo arbitraje no fueron idénticas, ni el derecho aplicable era semejante, lo que llevó al tribunal sueco a considerar que no era en estos casos de aplicación el principio de *litis pendentia*.

⁵⁶ *Société Générale de Surveillance (SGS) vs. Pakistán*. (Caso CIADI N° ARB/01/13). Laudo sobre jurisdicción del 6 de agosto de 2003 y *Société Générale de Surveillance*

algunos casos podrían ser contradictorias. Sobre esta particularidad, es ilustrativo aludir el asunto *Vanessa Ventures Ltd vs. Venezuela*⁵⁷. El inversionista había presentado una demanda ante el CIADI, en el marco del Mecanismo Complementario del Convenio (en razón de ser el inversionista de nacionalidad canadiense cuyo Estado no es parte del Convenio de Washington) y además existía una demanda por parte de la empresa *Minera La Cristina SA*, controlada por el inversionista extranjero, en cuyo contrato con una institución autónoma del Estado venezolano (*La Corporación Venezolana de Guayana*) había previsto una cláusula compromisoria en el contrato, por la cual en caso de disputa se aplicarían las reglas del Código de Procedimiento Civil de Venezuela ante un tribunal arbitraje de la CCI. Una vez concebida la disputa, el inversor no utilizó esta vía sino que planteó el caso ante la justicia ordinaria de Venezuela la que condenó al inversor, motivando una solicitud de revisión por parte del inversor ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, la que decidió no entender sobre el fondo por considerar que el inversor al acudir al Mecanismo del CIADI, acorde lo estipulado en el

(*SGS*) vs. *Filipinas*. (Caso CIADI N° ARB/02/06). Laudo sobre jurisdicción del 29 de enero de 2004. En el caso *SGS vs Pakistán*, el Estado había contratado con SGS para que el inversor proporcionara la gestión de servicios en el cobro de aranceles aduaneros. SGS denunció que el Estado había incumplido el contrato al no efectuar los pagos en virtud del convenio. El contrato incluía una cláusula de arbitraje, que especifica que todas las disputas debían ser resueltas en Pakistán. SGS no trató de presentar una demanda en Pakistán, pero sí presentó una primera reclamación ante los tribunales suizos. Paralelamente, Pakistán inició un proceso de arbitraje en el país por considerar que SGS había incumplido los términos del contrato. Al no obtener SGS, éxito en su demanda ante los tribunales suizos, decidió elevar el caso ante el CIADI aplicando el TBI entre Suiza y Pakistán. El tribunal abrió la jurisdicción por considerar que la violación del contrato por parte del Estado había implicado una violación del TBI. En el caso de *SGS vs. Filipinas*, los hechos fueron similares; el gobierno de Filipinas había contratado con SGS para realizar el cobro de servicios de aduanas. Posteriormente, Filipinas, decidió cambiar las políticas aduaneras para cumplir con el régimen de la OMC referidas a ese sector, por lo que el Estado decidió no renovar el contrato a SGS. El contrato fijaba como foro de jurisdicción a las cortes filipinas. Sin embargo, el inversor acudió al CIADI por considerar que acorde a la cláusula paraguas prevista en el TBI entre Suiza y Filipinas, la vulneración del contrato implicaba *per se*, la vulneración de los estándares previstos en el TBI.

⁵⁷ *Vannessa Ventures vs. República Bolivariana de Venezuela* (Caso N° ARB (AF) 04/6). Laudo de jurisdicción del 22 de agosto de 2008.

TBI Canadá- Venezuela (art. XII.3.b) había renunciado a la vía local. Sostuvo el tribunal que la elección de una vía de solución de disputa debe ser entendida como una renuncia “indubitable” a iniciar o continuar recursos ante otros tribunales (en este caso ante el Tribunal Constitucional)⁵⁸. Sin embargo, se debe compartir la crítica que se le ha hecho a la sala Constitucional en razón de considerar erróneamente los alcances de la renuncia cuando se pretende accionar ante el marco del CIADI⁵⁹. Ello en razón que los alcances del art. 26 del Convenio sobre este aspecto, no son aplicables en el ámbito del Mecanismo Complementario.

Otro caso paradigmático fue *Waste Management vs. México*, también bajo el Mecanismo Complementario CIADI en el cual se debatió sobre el alcance de la renuncia a una de las vías de reclamo. En dicho caso, el inversionista alegó que al haber solicitado el acceso a la jurisdicción CIADI, había declinado iniciar procedimientos paralelos ante los tribunales del Estado receptor por violación del TLCAN o del derecho internacional en general, pero no por violación del derecho mexicano en razón del contrato de concesión⁶⁰. El Tribunal rechazó esta posibilidad al entender que lo pretendido por el inversor implicaba una duplicidad de procedimientos en relación con la misma causa, pudiendo generar a la vez una posible “doble indemnización” por los daños pretendidos.

⁵⁸Para un estudio más profundo del caso ver: A. DE JESÚS, “¿La solicitud de arbitraje en el marco del Mecanismo Complementario del CIADI implica una renuncia a los recursos ante tribunales estatales? Reflexiones sobre el arbitraje internacional en el marco del Mecanismo Complementario del CIADI, el TBI Canadá-Venezuela y su articulación con el derecho positivo venezolano”, *Lima Arbitration*, N° 2, 2007, pág. 170 y ss.

⁵⁹*Ibidem*, pág. 35.

⁶⁰*Waste Management Inc. vs. Estados Unidos de México* (Caso CIADI N° ARB (AF) 98/2). Laudo del 2 de junio de 2002, pág. 4. Este caso involucró una controversia entre Waste Management, Inc. (Waste Management) actuando por su propia cuenta y por cuenta de Acaverde, S. A. de C. V. en contra de México como resultado de una supuesta violación de los artículos 1105 y 1110 del TLCAN por parte de Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S. N. C. (Banobras), el Estado de Guerrero y el Consejo de la Ciudad de Acapulco de Juárez. El tribunal decidió que, en la medida en que los demandantes no habían desistido de las demandas entabladas a nivel local en México, el requisito de renuncia al ejercicio de iniciar o continuar recursos locales, exigido por el artículo 1121(2)(b) del TLCAN, no se había cumplido y, por consiguiente, el tribunal carecía de jurisdicción para conocer del asunto.

Estas duplicidades en los procesos de solución de disputas son el resultado de la multiplicidad de jurisdicciones potencialmente competentes para conocer controversias relativas a inversiones que ha originado un notorio “desorden en el contencioso transnacional”, tal como lo ha señalado Ben Hamida en una de sus obras ⁶¹.

Otro tema importante es la relación entre las cláusulas *fork in the road* y las medidas cautelares. Como sostiene el Prof. Stirnimann, la exclusión de la jurisdicción nacional no imposibilita al inversor pedir medidas cautelares ante la jurisdicción local aunque haya llevado su caso ante tribunales arbitrales internacionales. En este sentido, cabe recordar que el art. 1.2.2 del tratado NAFTA prevé estas opciones, aunque los TLC más modernos como el de EE.UU. - Chile y EE.UU. - Singapur, limitan esta situación y sólo permiten al inversor extranjero pedir medidas cautelares “muy específicas” o de tipo más estrecho ⁶².

En el asunto *SPP vs. Egipto* el inversionista ya había logrado un laudo favorable sobre la misma controversia en el ámbito de la CCI antes de acudir al arbitraje CIADI, el que se encontraba en pedido de anulación por parte del Estado. El tribunal *ad-hoc* constituido conforme a las reglas del CIADI decidió no ejercer su jurisdicción hasta que el laudo de la CCI hubiera sido analizado. El tribunal razonó que:

Cuando las jurisdicciones de dos tribunales independientes, versan sobre la extensión en la misma controversia, no hay ninguna norma de derecho internacional o tribunal que impida ejerza su competencia. Sin embargo, en el interés del ordenamiento jurídico internacional, los tribunales podrían, a su discreción y como una cuestión de cortesía, decidir suspender el ejercicio de su jurisdicción en espera de una decisión del otro tribunal ⁶³.

⁶¹ Conf. W. BEN HAMIDA, “L’arbitrage transnational face á un désordre procedural: la concurrence des procédures et les conflicts de juridictions”, *Transnational Disputes Management*, Thomas Wälde, march, 2006.

⁶² Conf. F. STIRNIMANN, “Cláusulas Fork in the road y arbitraje”, *III Congreso internacional sobre arbitraje en material de inversiones*, Panamá 12 al 14 de noviembre de 2008.

Esto lleva a considerar la necesaria reformulación o re-negociación de los TBI, en los cuales se especifiquen más claramente las vías a seguir al momento de plantear una reclamación por parte del inversor. En este sentido, existe una tendencia a plantear una mayor flexibilidad de conceptos como *litis pendencia* en los cuales se apunte más a los “hechos” o *issue stop*, es decir, no crear una separación en los requisitos de la “triple identidad”, sino más bien entender que se trata de los mismos hechos más allá que los derechos sean diferentes en el ámbito local y en el internacional. Dicha postura fue plasmada hace años atrás a través de una serie de recomendaciones de la International Law Association, en cuanto a la aplicación de nuevas reglas para el arbitraje internacional⁶⁴.

6. El arbitraje de inversión bajo el Mecanismo Complementario del Convenio

Al tratarse de un ámbito de solución de controversias sobre aspectos relacionados con inversiones, el Centro también prevé la posibilidad que puedan ser llevados ante éste, aquellas diferencias entre Estados e inversionistas de Estados que no sean partes en el Convenio o viceversa. Este sistema denominado como Mecanismo Complementario del Convenio (Additional Facility Rules -en adelante MC/AF-) se encuentra previsto en el artículo 25 de las Reglas de funcionamiento para el arbitraje del CIADI, aplicándose *mutatis mutandis*, el procedimiento del Convenio⁶⁵.

Al decir de Broches, este mecanismo surgió como una necesidad frente a las demandas de Estados e inversionistas de poder utilizar los servicios del Secretariado (del CIADI) y poder llevar los casos en donde

⁶³ *SPP vs. Egipto*, Decisión sobre Jurisdicción (I), 27 de noviembre de 1985, 3 *ICSID Reports*, págs. 121, 129.

⁶⁴ ILA. informe final sobre la litispendencia y de cosa juzgada en Arbitraje Comercial Internacional en la Conferencia de Toronto de 2006. Disponible en: <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/19>

⁶⁵ Document ICSID/15 (April 2006). Additional Facility Rules (AF). Adoptado por el Consejo Administrativo del CIADI en su Duodécima Reunión del 27 de septiembre de 1978 y que autoriza al Secretario del CIADI a administrar cierta categoría de procedimientos entre Estados y nacionales de otros Estados que están fuera del ámbito

uno de los Estados implicado, directa o indirectamente, se ubicaba en el *status* de Estado no Contratante del Convenio de Washington⁶⁶.

En este tipo de procedimiento arbitral, se puede llegar por acuerdo de las partes o por la posterior renuncia que el inversionista pueda efectuar sobre la no continuidad del proceso en jurisdicción local. Esta “oferta” de foros arbitrales para las disputas por inversiones extranjeras, ha sido conceptualizada también como arbitraje sin relación jurídica directa o arbitraje transnacional unilateral⁶⁷.

En el caso de la utilización del mecanismo complementario del CIADI, como se sostuvo en el asunto *Vannessa Ventures Ltd vs. Venezuela*, “al haber instado el CIADI, para la resolución del conflicto suscitado, (el

de aplicación del Convenio del CIADI. Estos son: (i) procedimientos de comprobación de hechos; (ii) procedimientos de conciliación o arbitraje para el arreglo de diferencias relativas a inversiones que surjan entre partes, una de las cuales no sea un Estado Contratante o un nacional de un Estado Contratante; y (iii) procedimientos de conciliación o arbitraje entre partes, de las cuales al menos una sea un Estado Contratante o un nacional de un Estado Contratante, para el arreglo de diferencias que no surjan directamente de una inversión, a condición de que la transacción en cuestión no sea una transacción comercial ordinaria. El Reglamento del Mecanismo Complementario incluye un Reglamento principal que regula el Mecanismo Complementario y tres Anexos: el Reglamento de Comprobación de Hechos (Anexo A), el Reglamento de Conciliación (Anexo B) y el Reglamento de Arbitraje (Anexo C). El Reglamento del Mecanismo Complementario fue objeto de algunas enmiendas que fueron aprobadas el 29 de septiembre de 2002 por el Consejo Administrativo y entraron en vigor el 1 de enero de 2003. *Article 1. The Request. (1) Any State or national of a State wishing to institute an inquiry under the Additional Facility to examine and report on facts (here- in after called a “fact-finding proceeding”) shall send a request to that effect in writing to the Secretariat at the seat of the Centre. It shall be drawn up in an official language of the Centre, shall be dated and shall be signed by the requesting party or its duly authorized representative. (2) The request may be made jointly by the parties to the fact-finding proceeding.*

⁶⁶Conf. A. BROCHES, “The Additional Facility” of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)”, *Yearbook Commercial Arbitration*, 1979, vol. IV, pág. 374.

⁶⁷Confr. J. PAULSON, “Arbitration without privity”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 1995, vol. 10, pág. 232; W. BEN HAMIDA, *L’arbitrage transnacional unilateral. Réflexions sur une procédures réservée à l’initiative d’ une personne privée contre une personne publique*, Université Panthéon Assas (Paris II). Dactyl, N° 37 44, 2003, págs. 18-21.

inversionista) renunció de manera indubitable a iniciar o continuar cualquier proceso vinculado -mediata o inmediatamente- a las tantas veces referida controversia”⁶⁸. Sin embargo, tal renuncia de no duplicidad, no implica que, una vez dictado el laudo, éste no pueda ser recurrido ante tribunales locales, ya sea por violación de los acuerdos del arbitraje o por vulneración del orden público. En tal sentido el art. 3° de las Reglas del Mecanismo Complementario lo refiere así⁶⁹.

7. Algunas consideraciones sobre críticas al mecanismo de arbitraje CIADI

Si bien el Convenio de Washington prevé la posibilidad que las partes puedan elevar una serie de recursos ante el mismo tribunal que laudó o ante un Comité *ad-hoc*, es el recurso de nulidad el más complejo a ser utilizado por los contendientes en el proceso arbitral, pero con la salvedad que sólo se podrá esgrimir para analizar nulidades causadas por errores procedimentales o causales que no impliquen una revisión del fondo del asunto. Sin embargo, las pautas según las cuales cada tribunal fija los criterios interpretativos para la resolución de la controversia, vienen generando una “diversidad jurisprudencial” en los laudos emanados, principalmente del CIADI. Así, diversos tribunales arbitrales han interpretado disposiciones semejantes de TBI o normas complementarias, con criterios considerablemente diferentes, incluso frente a hechos similares⁷⁰.

⁶⁸ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, N° 3.229, *Minera Las Cristinas C.A. v. Corporación Venezolana de Guyana*. 28 de octubre de 2005. En este caso, se discutió la renuncia de jurisdicción local en el marco de un TBI entre Venezuela y Canadá (este último no integrante del Convenio CIADI). Para un mayor análisis ver: O. A. DE JESÚS, “La solicitud de arbitraje en el Marco del Mecanismo Complementario del CIADI implica una renuncia a los recursos ante los Tribunales estatales?”, *Revista Lima Arbitration*, N° 2, 2007, pág. 170 y ss.

⁶⁹ Artículo 3. *Puesto que los procedimientos previstos en el Artículo 2 están fuera de la competencia del Centro, ninguna de las disposiciones del Convenio será aplicable a dichos procedimientos ni a las recomendaciones, laudos o informes que se pronuncien o formulen en ellos.*

Estas incoherencias en los laudos, generan desconfianza del mecanismo arbitral, en particular, por parte de los Estados, quienes se ven obligados a pagar multimillonarias compensaciones ante fallos que no han tenido una correcta ponderación de los hechos del caso o del derecho aplicable.

A diferencia de disputas en el ámbito del arbitraje comercial internacional o de propiedad intelectual, en donde los montos reclamados son considerablemente inferiores a las demandas contra los Estados en temas de inversión extranjera, muchas veces los árbitros, al momento de fallar, no son del todo conscientes (al menos esto se indicaría en algunos casos) del impacto económico en los presupuestos nacionales y ejecución de políticas públicas que implican sus decisiones. Cuando los laudos no están debidamente razonados acorde al derecho aplicable o las acciones u omisiones que verdaderamente las partes efectuaron para llegar al conflicto o por las medidas adoptadas por los Estados en circunstancias excepcionales, se puede arribar a conclusiones poco acertadas en la aplicación de justicia.

Estas situaciones, las que algunos Estados (principalmente sudamericanos y africanos) han denominado “arbitrariedades en el ámbito del CIADI”, está motivando el alejamiento de éstos del Convenio o planteando limitaciones respecto a qué causales de inversión se elevarán al órgano arbitral del Banco Mundial u otros tribunales arbitrales. A ello debe agregarse la tendencia de los Estados a modificar sus legislaciones o acuerdos internacionales para imponer mayores límites al agotamiento de los recursos internos como exigencia previa a una instancia internacional, lo que implicaría un retorno (en forma solapada) a la cláusula Calvo.

Aunque la jurisprudencia en el sistema de arbitraje internacional de las inversiones (como en otros mecanismos arbitrales) no se rige por la

⁷⁰Suelen citarse los casos de *Lauder y CME vs. República Checa* y *SGS vs. Pakistán y Filipinas*. En los casos planteados contra Argentina, se han producido situaciones similares por los cuales algunos tribunales arbitrales negaron la existencia de una situación de emergencia que llevó al Estado al dictado de normas que restringieron derechos de los inversores (*Asunto CMS vs. Argentina*) mientras que otros tribunales reconocieron parcialmente la existencia de esas situaciones de emergencia (*LG&E vs Argentina* y *Continental Casualty vs. Argentina*).

práctica anglosajona del *stare decisis*, lo cierto es que en la mayoría de los casos planteados ante sus tribunales, las partes y los árbitros emplean citas de casos anteriores para dar un mayor apoyo a sus posturas y fundamentos. En el caso particular de los tribunales, no hay una postura homogénea en cuanto a cómo deben ser entendidas ciertas cláusulas arbitrales (v.gr. Nación más favorecida, concepto de inversión), sin embargo en otros aspectos, se puede apreciar cómo los diversos paneles de arbitraje han sido contestes en mantener posturas sobre los alcances de aspectos como expropiación, acceso a la jurisdicción de inversores con paquete accionario minoritario, entre otros. Esta postura sobre los diversos alcances de los TBI y de sus cláusulas, en algunas circunstancias es entendida por los tribunales *ad-hoc* y de anulación como tendencias a la conformación de una pretendida armonización de la jurisprudencia, al menos como paliativa de la existencia de un órgano que pueda unificar o al menos estandarizar criterios sobre las interpretaciones del derecho aplicable en las inversiones⁷¹.

En diversas oportunidades, los tribunales han hecho alusión a los alcances de la pretensión de que las decisiones arbitrales tengan un punto de desarrollo constante pero equilibrado de la jurisprudencia, que posibilite al menos, contribuir a la elaboración de una doctrina legal común o de una jurisprudencia constante⁷² ya que el tribunal no tiene una regulación específica que lo obligue a su utilización, pero tampoco se lo prohíbe⁷³; o que pesa sobre los tribunales *ad-hoc* -especialmente- la responsabilidad de asegurar consistencia en la jurisprudencia y de conformar un cuerpo coherente de reglas⁷⁴. A ello debe agregarse también que la aplicación o utilización de citas de casos anteriores ante tribunales arbitrales, es posi-

⁷¹ Confr. D. BENTOLILLA, “Hacia una jurisprudencia arbitral en el arbitraje internacional de inversiones”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Décimo aniversario, UNAM-México, 2012, pág. 374 y ss.; T. GIOVANNINI, “International arbitration and iura novit curia - towards harmonization”, en FERNANDEZ-BALLESTEROS, M.A and ARIAS, D. (eds.). *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, Madrid, La Ley, 2010, pág. 495 y ss.; A. REINISCH, “The role of precedent in ICSID arbitration”, en C. KLAUSEGGER and P. KLEIN (eds.). *Austrian Arbitration Yearbook*, Wien, 2008, pág. 499 y ss.

⁷² *AES Corporation vs. Argentina* (Caso CIADI ARB/02/17). Laudo sobre jurisdicción del 26 de abril de 2005, párr. 33.

⁷³ *Ibidem*, párr. 22-23.

ble gracias a que los árbitros tienen un acceso más amplio a los casos precedentes planteados ante el tribunal, particularmente en el mecanismo de arbitraje CIADI. Esa publicidad de los laudos, en buena medida contribuye a que los árbitros puedan conocer las líneas argumentativas de los casos anteriores y apoyarse en dichas posturas, si así lo consideran, más allá que carezcan de un valor de precedente jurisprudencial⁷⁵.

Reflexiones finales

El arbitraje internacional representa un medio de solución de diferencias que se ha expandido como un mecanismo jurisdiccional que no puede soslayarse en el vertiginoso ámbito de la globalización económica y financiera. En este contexto, el auge de los TBI ha posibilitado que se establezcan mecanismos más flexibles para la solución de disputas entre Estados por las diferencias o posibles vulneraciones de los derechos de sus nacionales en el Estado receptor de la inversión, evitando así, el ejercicio de la protección diplomática y sus eventuales consecuencias en las relaciones entre los Estados.

El arbitraje de inversión extranjera, principalmente a través del CIADI o mediante otros tribunales *ad-hoc* bajo las reglas arbitrales del CNUDMI/ UNICTRAL, ha posibilitado que los inversionistas puedan reclamar a los Estados receptores de la inversión, por las diferencias en el cumplimiento o ejecución de la inversión, en el marco del ámbito de aplicación del TBI. Este sistema, establecido en el contexto del Convenio de Washington, ha consolidado un mecanismo arbitral de características particulares, ya que si bien, son los Estados los que acuerdan los TBI, serán los inversores los que directamente demanden al Estado receptor (o viceversa) por tales incumplimientos. Esta posibilidad que los inversionistas puedan acceder a tribunales a-nacionales, ha conllevado que la denominada “Cláusula Cal-

⁷⁴ *MCI Power Group and New Turbine Inc vs. Ecuador* (Caso CIADI ARB/03/6). Laudo de anulación del 19 de octubre de 2009, párr. 24-25.

⁷⁵ D. FERNÁNDEZ ARROYO, “Transparencia y jurisprudencia en el arbitraje internacional”, *Sesión del 39º Programa Externo de la Academia de Derecho Internacional de la Haya*, Buenos Aires, 30 de octubre de 2012.

vo” por la cual los inversionistas estaban limitados en procurar reclamaciones internacionales, pierda vigencia y sea una postura ya no aplicada en los modernos TBI. Sin embargo, la idea de limitar el acceso a dichos tribunales, sin que obligatoriamente el inversionista agote los recursos internos de los Estados, está resurgiendo en regiones como la sudamericana, a través de proyectos de organizaciones regionales como el UNASUR.

Desde su puesta en funcionamiento, el arbitraje de inversión extranjera en el ámbito del CIADI, si bien ha contribuido a la búsqueda de una expedita resolución del diferendo entre las partes involucradas, no ha estado exento de controversias respecto a su funcionamiento. Una de esas continuas controversias, se puede avizorar en las vías de acceso a su jurisdicción, en algunos casos bajo las denominadas cláusulas “*fork in the road*” como así también respecto a qué debe entenderse como inversión o inversionista. Al no establecer el art. 25 del Convenio, una mayor precisión sobre los alcances y límites de los conceptos “inversión” e “inversionista”, como tampoco lo suelen ser en algunos casos, en exactitud los términos de los TBI; ha sido la “jurisprudencia” de los tribunales arbitrales la que han ido “creando” dichas interpretaciones, las cuales no han sido pacíficas ya que en ciertas oportunidades, a pesar de haberse establecido previamente los alcances de determinadas categorías de inversión o inversionistas, otros tribunales *ad-hoc* han modificado ambos criterios. Por otra parte, al no existir una práctica que armonice los alcances interpretativos del derecho internacional de las inversiones en el ámbito del arbitraje de inversión (sin que ello implique la aplicación de un *stare decisis* en las decisiones de los árbitros) cada tribunal o Comité *ad-hoc*, al resolver el caso, suele arribar a diferentes interpretaciones sobre los alcances de los términos de los TBI y demás normas complementarias, incluso sobre hechos similares, derecho aplicable o sujetos intervinientes. Esta realidad debe ser modificada, ya que tiende a una mayor imprevisibilidad sobre los alcances interpretativos que los árbitros efectúan en el asunto abordado, no generando a su vez, confianza en el sistema arbitral, principalmente entre los Estados Partes, de los cuales, algunos han optado por retirarse del Convenio. Como ejemplo, basta recordar que en los últimos años se han incorporado a las demandas existentes, personas físicas y jurídicas, que poseyendo “bonos soberanos” ofertados por el Estado en su oportunidad, pretenden ser considerados como inversores (en un caso ya han obtenido acceso a la jurisdicción del CIADI), lo que vulnera una interpretación de buena fe de los alcances

que los Estados Partes ha acordado en su momento a los TBI o al propio Convenio.

Estas fluctuantes diferencias de interpretación entre los alcances establecidos por los Estados Partes en los TBI, en el marco del derecho internacional y el sentido que algunos tribunales o Comités *ad-hoc* en el ámbito del CIADI han efectuado, tiende a una inevitable fragmentación del derecho internacional, en razón que, bajo el argumento de la prevalencia de la *lex specialis* del sistema del derecho internacional de las inversiones extranjeras, dicho derecho termina siendo “creado o re interpretado” por lo que los tribunales arbitrales dictaminan que debe entenderse en un TBI y no por el alcance que los Estados Partes pretendieron darle en su momento.

Anexo

VA UN GRAFICO

Fuente: CIADI. Estadísticas 2012. Disponible en:

[https://icsid.worldbank.org/ICSID/](https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=CaseLoadStatistics)
[FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=CaseLoadStatistics](https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=CaseLoadStatistics)

MEDIOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA DE RECURSOS NATURALES COMPARTIDOS

MEANS OF DISPUTE SETTLEMENT ON SHARED NATURAL RESOURCES

*María Cristina Rodríguez de Taborda**

Resumen: El presente trabajo hace una revisión de diferentes conflictos internacionales sobre recursos naturales compartidos, distinguiendo los medios de solución elegidos de conformidad a cada caso y valorando la posibilidad de indicar o no -según el tipo de conflicto- algún medio preferente.

Palabras-clave: Solución de controversias - Medios - Recursos naturales compartidos.

Abstract: This paper reviews different international conflicts over shared natural resources, distinguishing means of settlement chosen according to each case and considering the possibility of state or not -depending on the type of conflict- a preferred mean.

Keywords: Dispute Settlement - Means - Shared Natural Resources.

Sumario: I. Introducción. II. Medios de solución diplomáticos. III. Medios de solución jurisdiccionales: a. Elección del foro. b. Especialización de los tribunales. c. Medidas provisionales. IV. Conclusiones.

*Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Profesora de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. Miembro del Instituto de Derecho Internacional Público y del Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

I. Introducción

La existencia de conflictos sobre los recursos naturales compartidos no constituye un hecho nuevo sino que, por el contrario, es tan antigua como la humanidad (*v.gr.* guerras entre el reino de Lagash y Uruk en 2500 AC, entre Asiria y Armenia en 720-705 AC¹). La más clara diferencia entre los conflictos de épocas remotas y los actuales yace en la competencia por su utilización y apropiación, la que antiguamente estuvo limitada al agua y a la subsistencia de cada pueblo y, obviamente, no existían fronteras ni grupos transnacionales que buscaran beneficios económicos en su explotación o le dieran usos industriales a gran escala.

Pese a las diferencias en el tiempo ha pervivido la regla de buena vecindad, basada en el principio de buena fe y plenamente vigente entre Estados limítrofes, particularmente a través de diversos acuerdos de integración física. Bien entendida, la buena fe comprende tanto la ausencia de malicia como la existencia de un interés legítimo de un Estado en el aprovechamiento racional de un recurso natural geográficamente compartido y la voluntad de resolver cualquier diferencia con otro que también tenga derechos sobre él. Estos deberes fueron reconocidos por la *Carta de los derechos y deberes económicos de los Estados*, aprobada por la Asamblea General de la Naciones Unidas en 1974 mediante la Resolución 3281 (XXIX), cuando establece que “en la explotación de los recursos naturales compartidos entre dos o más países, cada Estado debe cooperar sobre la base de un sistema de información y consulta previa con el objeto de obtener una óptima utilización de los mismos que no cause daños a los legítimos intereses de los otros” (art. 3º) y obliga a resolver pacíficamente los conflictos (Capítulo I). Para 1987 el grupo de expertos sobre derecho ambiental de la Comisión Mundial para el Ambiente y Desarrollo propuso un gradual sistema de solución de diferendos, el que consistía en recurrir a la conciliación y al arbitraje o arreglo judicial si al cabo de dieciocho meses de negociaciones directas no se arribaba a una solución.

Por “conflicto” o “controversia” en materia de recursos naturales compartidos debe entenderse cualquier divergencia sobre intereses, ideas

¹ Véase: <http://www.worldwater.org/conflictchronology.pdf>

y principios jurídicos que pueden dañar los intentos estatales de proporcionar satisfacción regular a una sociedad presente o futura y, simultáneamente, proteger la naturaleza. En lo que hace al tipo de conflictos puede decirse que son de distinta clase, dependiendo de los intereses y los actores involucrados, y transitan entre lo público y lo privado, entre lo ambiental, estratégico, económico, social, etc. En tan amplio y complejo el entramado de intereses internos e internacionales que el uso y aprovechamiento de estos recursos no puede ser abordado más que a través de la cooperación, inclusive cuando ha surgido un conflicto interestatal. Baste para ello reparar en los estudios encomendados a la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre el tópico *recursos naturales compartidos*, los que apuntaban a fijar reglas básicas respecto de tres de ellos: agua dulce, gas y petróleo.

Por regla general ningún Estado puede ser obligado a participar de un medio de solución de controversias sin su previo consentimiento, ni tampoco todas las controversias son factibles de ser resueltas por cualquier medio. Por otro lado, en derecho internacional contemporáneo existen medios diplomáticos, jurisdiccionales y cuasi-jurisdiccionales. El arbitraje constituye históricamente el más antiguo y, junto con las comisiones mixtas, es virtualmente preferido por los países anglosajones, principalmente para las disputas que tengan algún componente comercial, tales como los diferendos por el uso de los cursos de agua internacionales en materia de navegación, transporte y emprendimientos hidroeléctricos².

El medio de solución puede estar previsto de antemano o definirse luego de originado el conflicto. En el primer caso, la ventaja está en que el país reclamado no puede negarse a intentar resolverlo, mientras que la dificultad subyace en la limitación de medios a los que se puede recurrir. Verbigracia, el art. 27 de la *Convención sobre la diversidad biológica* expresa que en caso de no resolverse una disputa mediante negociaciones directas, buenos oficios o mediación, en el acto de ratificación, aceptación o aprobación del acuerdo los Estados “podrán” declarar que aceptan como obligatorio el arbitraje y/o la intervención de la Corte Internacional de Justicia (CIJ). En el segundo, tanto la elección del medio como

² Por ejemplo, el Tratado sobre Aguas Fronterizas de 1909, entre Estados Unidos y Canadá, estableció una Comisión Internacional Conjunta, la que además de estar facultada para formular recomendaciones tiene funciones arbitrales.

los alcances del arreglo van a depender de la voluntad común de los gobiernos involucrados.

En la utilización de los recursos naturales compartidos han alcanzado gran protagonismo las cuestiones ambientales, generando gran interés no sólo para los juristas sino también para la comunidad internacional, siendo imprescindible armonizar las políticas de desarrollo y ambientales de un Estado con las de los demás, a lo que se agrega el deber intergeneracional. Desde esta última perspectiva los límites a las decisiones soberanas de los Estados no aparecen demasiado definidos, ni siquiera en los países en vías de desarrollo, donde el aprovechamiento industrial de sus recursos naturales es más tardío que el de los Estados desarrollados y pueden beneficiarse de la regla que reconoce la responsabilidad común pero diferenciada. No obstante, este principio puede ser dejado de lado alegando la vigencia de viejos acuerdos internacionales que han establecido preferencias en el uso de los recursos, como el *Tratado Internacional de Aguas* de 1944 entre México y Estados Unidos, que prevé una distribución no equitativa y la obligación para el primero de compensar anualmente el agua no transferida en períodos de sequía.

A la vez, como resultado de la diferente interpretación nacional dada a las reglas medioambientales comienzan a surgir conflictos que amenazan la convivencia pacífica, debiéndose recurrir a medios de solución que no siempre son convenientes para la protección de la naturaleza, ya que la mayoría de las controversias que se vienen suscitando apuntan a la utilización y no a la correcta gestión del recurso. Mientras tanto, el concepto de desarrollo sustentable aún es muy difuso, al punto que no deja de ser fantasioso que la utilización de muchos recursos naturales pueda lograrse sin afectar el ambiente, particularmente si tenemos presente que en el lenguaje jurídico viene aceptándose la idea de “mejores técnicas disponibles” en vez de “técnicas ambientalmente adecuadas”.

En materia de ciertos recursos minerales compartidos, como el petróleo y gas, los desacuerdos involucran delimitaciones territoriales o marítimas, por lo que habiendo una unidad de depósitos ha sido planteada la explotación conjunta, tal como lo indicó la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la *Plataforma continental de Mar del Norte* y particularmente el juez Jessup en su opinión individual³. Sin embargo, no hay

³ “Un remarquable exemple de coopération en matière d’exploitation de ressources biologiques est celui de la convention conclue entre les Etats-Unis, le Canada,

parámetros jurídicos generales sobre esta cuestión, sino algunos acuerdos bilaterales. Inclusive, el intento de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de incorporar dentro de su estudio sobre los recursos naturales compartidos al petróleo y gas fue rechazado por muchos gobiernos. En efecto, por hallarse muchas reservas en las plataformas continentales y temiendo que afectara la delimitación marítima el grupo de trabajo entendió que no era conveniente proseguir con el abordaje jurídico de esta temática⁴.

II. Medios de solución diplomáticos

Los medios de solución diplomáticos quizá sean los más aptos para esta clase de diferendos, especialmente porque su resolución es consensuada entre los Estados, otorgándose mutuas concesiones. Mientras más abiertos sean los Estados más posibilidad habrá de elegir mecanismos alternativos o informales que satisfagan sus intereses.

En los acuerdos multilaterales es más factible hallar una multiplicidad de medios de solución. Por ejemplo, la *Convención sobre el derecho de los cursos de agua internacionales para fines distintos a la navegación* de 1997 contempla el empleo de varios mecanismos, pues prevé las negociaciones directas a petición de una de las partes y, en caso de imposibilidad de solución, recurrir conjuntamente a los buenos oficios o a la mediación o conciliación, o utilizar, según proceda, cualesquiera instituciones conjuntas del curso de agua que ellas hubieren establecido, o

le Japon et l'Union soviétique au sujet de la conservation des phoques à fourrure du Pacifique nord: les Etats-Unis et l'Union soviétique collectent les peaux puis partagent le produit des ventes avec la Canada et le Japon. Sur terre, l'Autriche et la Tchécoslovaquie sont convenues d'exploiter en commun un gisement pétrolifère qui s'étend de part et d'autre de leur frontière commune, et dès 1860 la Bolivie et le Chili s'étaient mis d'accord pour se partager le produit des gisements de guano dans une zone où ils procédaient à la détermination de leur frontière commune". CIJ, asunto de la *plataforma continental de Mar del Norte* (1969), opinión individual de juez Jessup, pág. 83.

⁴ Véase: Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 2010, pág. 361 (Doc. A/65/10).

convenir en someter la controversia a arbitraje o a la Corte Internacional de Justicia. Incluso, admite el establecimiento de una comisión para la determinación de los hechos (art. 33).

La negociación directa resultará el medio más eficiente, pero siempre y cuando no exista una posición dominante de alguno de los involucrados o presiones de grupos nacionales. Mientras más política rodee al conflicto la negociación deberá ser encaminada por los más altos niveles gubernativos; en cambio, cuando la complejidad abarque cuestiones técnicas requerirá de la intervención de especialistas en la materia y el aporte e intercambio de información veraz y exacta.

Verbigracia, en el conflicto entre Argentina y Uruguay por las pasteras sobre el río Uruguay, que puso en el escenario el aprovechamiento de un río compartido, hubo una sobreactuación del gobierno argentino al intentar imponer su punto de vista mientras se desarrollaban las negociaciones del Grupo Técnico de Alto Nivel (GTAN), lo que condujo a un callejón sin salida. Ello porque no ordenó correctamente sus intereses en función de los de la otra parte y, en los hechos, dejó que el diferendo naciera y se profundizara con el accionar de grupos, en su mayoría ambientalistas, que se manifestaban obstruyendo la libre circulación entre ambos países. De cualquier manera, y ya desde un plano jurídico, la causa originaria no está en la reacción de los vecinos de Gualaguaychú frente a la falta de respuesta de las autoridades, sino en una falla en el mecanismo de información y consulta previa establecido en el Estatuto del Río Uruguay de 1975 y cuya responsabilidad recaía en Uruguay.

La cuestión derivó en presentaciones de distinta índole y ante diferentes foros (Tribunal Arbitral *ad hoc* conforme al sistema de solución de controversias del Mercosur, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Corte Internacional de Justicia). Inclusive se solicitó la intervención del rey de España Juan Carlos, quien nombró a su embajador en las Naciones Unidas, al que calificó de “facilitador” en vez de buen oficiante. Su papel culminó con la suscripción de la Declaración de Madrid de abril de 2007. En ella constan las cuestiones que no habían podido ser resueltas durante la negociaciones directas (proyecto de construcción de la planta de Botnia, incluidas su localización y otras cuestiones relevantes, circulación por las rutas y puentes que unen los dos países, aplicación del Estatuto del río Uruguay y protección ambiental del río Uruguay y la promoción del desarrollo sustentable de sus áreas de influencia).

Evidentemente la solución no vendría por la vía diplomática, toda vez que no había voluntad de resolverlo de manera equitativa, como tampoco la hubo en evitarlo. Lejos estuvo la idea de *comunidad de intereses* que atañe a todo aprovechamiento de un recurso natural compartido y es la base para el arreglo de los problemas, tal como afirmó la Corte Permanente de Justicia Internacional en el asunto sobre *la jurisdicción territorial de la Comisión del río Oder* (1929). No obstante, es innegable que el fracaso de cualquier medio de este tipo puede estar dado por las dificultades que se presentan en áreas tales como los derechos humanos, los intereses transnacionales, los oportunismos políticos y las cuestiones técnicas, pues todas rebasan una disputa entre entidades soberanas. También debemos reconocer que el fallo de CIJ (2010) estuvo lejos de constituir una solución definitiva porque, tal como sucedió con el asunto *Gabcikovo-Nagyymaros*, transfirió a las partes el modo de resolver algunas cuestiones.

El mecanismo de la información y consulta previa es liminar y no sólo responde al propósito de evitar daños sensibles, sino que es exigido por el principio de buena fe internacional. Ha sido reconocido por varios documentos internacionales aprobados en la región de la Cuenca del Plata. Así, con motivo de la disputa entre Argentina y Brasil por la construcción de un proyecto hidroeléctrico sobre el río Paraná y en el marco de la XXVII Asamblea General de las Naciones Unidas fue celebrado el *Acuerdo de Nueva York* de 29 de septiembre de 1972 (aprobado mediante la Resolución 2995 por el voto unánime de los miembros de las Naciones Unidas). En este tratado acordaron lo siguiente: 1) en la exploración, explotación y el desarrollo de sus recursos naturales los Estados no deben causar efectos perjudiciales sensibles en zonas situadas fuera de su jurisdicción nacional; 2) que la cooperación en el campo del medio ambiente, incluso para la ejecución de los principios 21 y 22 de la Declaración sobre el Medio Humano, se logra adecuadamente dando conocimiento oficial y público de los datos técnicos relativos a los trabajos a ser emprendidos por los Estados dentro de su jurisdicción nacional a fin de evitar perjuicios sensibles que puedan ocasionarse en el medio humano del área vecina; y, 3) que los datos técnicos serán dados y recibidos con el mejor espíritu de cooperación y buena vecindad, sin que ello pueda ser interpretado como facultando a cualquier Estado a retardar o impedir los programas y proyectos de exploración, explotación y desarrollo de los recursos naturales de los Estados en cuyos territorios se emprendan tales programas y pro-

yectos. La solución de conflicto fue parcial, pues Brasil se atribuyó la potestad de decidir si una actividad podría causar un daño sensible fuera de la jurisdicción nacional y de este modo evitar el mecanismo de información y consulta previa⁵.

Esta regla se repite en el *Acuerdo sobre el Acuífero Guaraní* de 2010 al fijar que “cada Parte deberá informar a las otras Partes de todas las actividades y obras (...) que se proponga ejecutar o autorizar en su territorio que puedan tener efectos en el Sistema Acuífero Guaraní más allá de sus fronteras” (art. 9°). El principio de soberanía permanente sobre los recursos naturales permite esta modalidad, pero lejos de ser ilimitada la buena fe y la naturaleza del recurso obligan a actuar con la debida diligencia y tener en cuenta los intereses del Estado vecino, tal como lo expresa el artículo 11.2 del referido Acuerdo cuando estatuye: “las dos Partes analizarán la cuestión para llegar, de común acuerdo y en el plazo más breve posible, compatible con la naturaleza del perjuicio sensible y su análisis, a una solución equitativa sobre la base del principio de buena fe, y teniendo cada Parte en cuenta los derechos y los legítimos intereses de la otra Parte”. Aun así, el desacuerdo puede recaer en la diferente evaluación que cada Estado haga respecto a la existencia o amenaza de un perjuicio sensible transfronterizo y a la legitimidad de los intereses en juego.

Atento a la importancia que reviste el aprovechamiento de recursos hídricos compartidos la cooperación interestatal se profundiza mediante la creación de *comisiones de administración*, las que a menudo no poseen autoridad de policía sobre los gobiernos y cuando éstos no pueden resolver la disputa a través de tales organismos, deben requerir la intervención de un tercero. Justamente, su facultad para resolver conflictos aparece en pocos tratados y éstos son de última generación, como por ejemplo el *Acuerdo sobre el Río Mekong* de 1995 que autoriza su actuación en caso de daños sustanciales pues, además de hacer mención a los arts. 34 y 35 de la Carta de la Naciones Unidas (art. 8°), crea una Comi-

⁵ Véase: “Intercambio de notas entre los representantes de la Argentina y del Brasil ante el C.I.C. sobre el llenado de la presa de Ihla Solteira” en *Aprovechamiento hidroeléctrico del río Paraná*, Comisión Mixta Argentina-Paraguay del Río Paraná, 1992, pág. 121.

sión y un Consejo que, entre otras funciones, figura la de entender y resolver los conflictos que se planteen entre los cuatro Estados ribereños. No obstante, deja librado a los gobiernos el elegir otro mecanismo de solución (arts. 18 y 34).

Otro tanto sucede con el *Convenio sobre la cooperación para la protección y el uso sostenible del Danubio* de 1997, que instituye una Comisión Internacional -con la facultad de formular recomendaciones- y una Conferencia de Partes cuyas decisiones son vinculantes para los Estados que las aprueben o que no hayan notificado por escrito que no están en condiciones de aceptarlas (art. 5º del Anexo IV). La Comisión interviene en cualquier diferendo que requiera hallar una solución negociada y ante la imposibilidad de resolverlo las partes -de común acuerdo- pueden derivado a la Corte Internacional de Justicia (CIJ) o a un tribunal arbitral (art. 24).

Aunque la mayor parte de los tratados que establecen comisiones mixtas se refieren a cursos de agua internacionales, Barberis señala que también pueden establecer las reglas aplicables a los recursos minerales compartidos (condiciones de explotación, cálculo de reserva, distribución proporcional) o participar en la solución del conflicto⁶. Cabe recordar que en la explotación de cierto tipo de recursos (petróleo y gas) se recomienda el empleo de la regla de la “unidad del depósito”, de forma tal que cuando no están definidos los límites entre Estados pueda ser factible recurrir al aprovechamiento conjunto y, a la vez, hallar una solución práctica en conflictos sobre extensión de la plataforma continental. A pesar que dicha metodología deja parcialmente a salvo la cuestión de soberanía, ya que se señalan áreas bien delimitadas para este propósito y se crea una comisión conjunta, tal regla no es reconocida como integrante del derecho internacional consuetudinario y ningún Estado puede obligar a otro a seguirla, de tal suerte que se incorpora en acuerdos bilaterales⁷.

⁶ Julio BARBERIS, *Los recursos minerales compartidos entre Estados y el derecho internacional* (disponible en: http://www.iadb.org/intal/intalcdi/Derecho_Integracion/documentos/018-019-Estudios_03.pdf).

⁷ Ana BASTIDA *et al.*, “Cross-border unitization and joint development agreements: an international law perspective”, *Houston Journal of International Law*, 2007.

No es el caso del *Tratado sobre Integración y Complementación Minera* de 1997 entre Argentina y Chile, porque no se trata de minerales que requieran de un aprovechamiento conjunto. Además, en el acuerdo se hace hincapié en la “utilización de los recursos hídricos compartidos” en relación con actividades de explotación minera en uno u otro lado de la frontera, la que según al art. 14 deberá realizarse conforme a las normas de Derecho internacional sobre la materia y, en especial, el Acta de Santiago sobre Cuencas Hidrológicas de 1971, el Tratado sobre Medio Ambiente entre la República Argentina y la República de Chile de 1991 y el Protocolo Específico Adicional sobre Recursos Hídricos Compartidos de 1997.

El acuerdo instituyó una Comisión Administradora con facultades sumamente acotadas, tanto en materia reglamentaria como en la solución de los diferendos. Efectivamente, ante cualquier controversia que pudiere surgir sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento del tratado, sus protocolos adicionales y otros instrumentos que de él se deriven deberá, en lo posible, dirimirse por medio de negociaciones directas realizadas a través de este órgano. Pero, si mediante las negociaciones directas no se arribase a una solución dentro del término de ciento ochenta días corridos la parte recurrente podrá ponerla a consideración del Consejo de Complementación Económica, conforme al procedimiento previsto por los artículos 4° y siguientes del Capítulo III del Segundo Protocolo Adicional del ACE 16, concertado entre Argentina y Chile (art. 19). Este protocolo limita el medio de solución a la intervención del Consejo, únicamente habilitado para formular recomendaciones y a requerir el asesoramiento de expertos si fuera necesario. Vemos claramente que la fórmula elegida es sumamente burocrática y particularmente inadecuada frente a situaciones de emergencia, quedando como únicos procedimientos disponibles los previstos en el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas de 1948.

Las *comisiones de investigación y conciliación* pueden constituir un medio adecuado frente a un diferendo con elementos que no puedan ser abordados por juristas, siendo muy probable que cuestiones sobre utilización de recursos naturales compartidos requieran algún dictamen al respecto. Así, por ejemplo, el *Tratado de Libre Comercio de América del Norte* de 1990 estipula que ante una controversia es factible la conformación de comité de revisión científica sobre cuestiones de hecho relacionadas con el medio ambiente, la salud, la seguridad u otro asunto científico planteado por alguna de las partes. Dicho comité estará confor-

mado por un panel de expertos independientes altamente calificados en materia científica (art. 2015). En vinculación con este tratado el *Acuerdo de cooperación ambiental de América del Norte* de 1993 dispone que, ante el fracaso de la consulta entre las partes, puede requerirse la constitución de paneles cuyos integrantes deberán tener conocimientos especializados o experiencia en derecho ambiental o en su aplicación, o en la solución de controversias derivadas de acuerdos internacionales, u otros conocimientos o experiencia científicos, técnicos o profesionales pertinentes (art. 25).

Del mismo modo, el *Acuerdo sobre pesquerías y plataforma continental* entre Islandia y Noruega de 1980 contempló el establecimiento de una comisión de investigación en relación a un área entre la isla Jan Mayen y el primer país. Fue tan eficaz esta decisión que a poco de constituida recomendó -por unanimidad- la conformación de un emprendimiento común de aprovechamiento de hidrocarburos. La cooperación se manifestó a través de un comité científico que determinó los potenciales depósitos en el área disputada, consolidándose en 1981 con la firma de un tratado reglamentario.

En lo que hace a la esfera universal debemos mencionar que el empleo de comisiones de investigación y de conciliación no sólo está contemplado en la *Carta de la Naciones Unidas* (art. 33), sino también en el *proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas* elaborado por la CDI (A/56/10). En dicho documento se estableció que toda controversia acerca de la interpretación o aplicación de su articulado será resuelta rápidamente mediante los medios de solución pacífica que elijan de mutuo acuerdo las partes en la controversia, incluidos la negociación, la mediación, la conciliación, el arbitraje o el arreglo judicial. De no lograr acuerdo sobre los medios para la solución pacífica de la controversia en un plazo de seis meses, cualquiera de las partes podrá solicitar que se establezca una comisión imparcial de determinación de los hechos (art. 19).

Respecto al acceso a la conciliación, en particular, merece citarse el *Reglamento facultativo de la Corte Permanente de Arbitraje para la conciliación de los diferendos relativos a los recursos naturales y al ambiente* de 2002. Tal como lo explicita el art. 7º ayuda a las partes, de manera independiente e imparcial, en su esfuerzo para arribar a una solución amigable del litigio y debe estar guiado por los principios de objetividad, equidad y justicia. Probablemente sea la vía más adecuada para

resolver conflictos en los que uno de los Estados no acepte la intervención de un órgano judicial, tal como sucede con Australia respecto de Timor Oriental (Timor-Leste) al excluir la competencia de la CIJ y la del Tribunal Internacional del Derecho del Mar respecto de diferendos sobre delimitación de zonas marítimas⁸.

III. Los medios de solución jurisdiccionales

a. Elección del foro

Si bien excepcionalmente algunos órganos judiciales son obligatorios *ipso facto*, como es el caso del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para los Estados miembros, existen cláusulas en tratados que limitan la elección del foro. Por ejemplo, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte circunscribe los medios para solucionar cuestiones ambientales a los diplomáticos y al arbitraje (Capítulo XX)⁹. Por otro lado, algunos Estados no aceptan la competencia de la CIJ o de un tribunal arbitral en materia de protección del ambiente, ya sea en general o en vinculación con la polución marina. Por ejemplo Bélgica, Austria, Chile y Ecuador la han rechazado en el marco de la *Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar* de 1982.

La elección del foro también está condicionada en el sistema de integración centroamericano, pues conforme al art. 35 del *Protocolo de Tegucigalpa* de 1991 toda controversia sobre la aplicación o interpretación de las disposiciones contenidas en dicho acuerdo y demás instrumentos

⁸ Ángela RIVERA URRUTIA, *Análisis de las relaciones bilaterales entre Timor Oriental y Australia a partir de la ubicación geopolítica de recursos petroleros y gas natural presentes en el Mar de Timor 1999-2008* (disponible en: <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/10336/2571/1/1061688794-2011.pdf>).

⁹ Art. 2005, apartado 3: “En las controversias a que hace referencia el párrafo I, cuando la Parte demandada alegue que su acción está sujeta al artículo 104 (“Relación con tratados en materia ambiental y de conservación”) y solicite por escrito que el asunto se examine en los términos de este Tratado, la Parte reclamante podrá sólo recurrir en lo sucesivo y respecto de ese asunto, a los procedimientos de solución de controversias de este Tratado”.

vinculados, deberá someterse a la Corte Centroamericana de Justicia. Sólo las cuestiones limítrofes no entran dentro del esquema obligatorio y los Estados involucrados pueden elegir otro medio para resolverlas¹⁰. Al respecto merecen citarse dos presentaciones judiciales que contienen elementos interrelacionados aunque los actores no sean los mismos: la disputa fronteriza y ambiental entre Costa Rica y Nicaragua llevada ante la Corte Internacional de Justicia y la disputa propiamente ambiental -promovida por una organización no gubernamental nicaragüense contra Costa Rica- resuelta por la Corte Centroamericana de Justicia. De igual forma es necesario destacar que resulta imposible comparar ambos sistemas judiciales, en particular por el distinto grado de discrecionalidad con el que actúan frente a lagunas jurídicas o normativa imperfecta.

En la controversia planteada por particulares nicaragüenses surge con nitidez esta particularidad. Si bien Costa Rica no había ratificado el Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia de 1992 el tribunal centroamericano entendió que era competente por vía del Protocolo de Tegucigalpa y otros acuerdos adicionales, rigiendo a su entender el “principio de atribución” que la facultaba implícitamente (competencia genérica o implícita) a intervenir¹¹. En el fallo consideró que ambos países son limítrofes, integran una organización de integración, comparten una cuenca común y un ecosistema que comprende el río San Juan de Nicaragua y los territorios adyacentes, los que conforman la Reserva de la Biósfera del río San Juan, reconocida por la UNESCO en 2003 e incluida en el Convenio regional para la conservación de la biodiversidad y protección de las áreas silvestres y prioritarias de América Central. Esto le llevó a afirmar que, conforme al principio de Derecho internacional que establece que ningún Estado puede alegar normas internas para incumplir un tratado, Costa Rica violó obligaciones internacionales al construir

¹⁰ Art. 22: “La competencia de La Corte será: a) Conocer, a solicitud de cualquiera de los Estados miembros, de las controversias que se susciten entre ellos. Se exceptúan las controversias fronterizas, territoriales y marítimas, para cuyo conocimiento se requiere la solicitud de todas las partes concernidas. Previamente las respectivas Cancillerías deberán procurar un avenimiento, sin perjuicio de poder intentarlo posteriormente en cualquier estado del juicio”.

¹¹ La Corte alude al art. 3.b sobre cuestiones ambientales y art. 35 que establece la obligación de someter cualquier cuestión respecto de la aplicación e interpretación del Protocolo de Tegucigalpa.

una carretera (120 km. en el tramo de la frontera terrestre) de alto riesgo y peligrosidad ambiental, exponiendo la cuenca compartida y el ecosistema común que tiene con Nicaragua y la región a graves e impredecibles daños ¹².

La actuación de la CIJ es mucho más compleja, porque Costa Rica acusa a Nicaragua por la construcción de un canal en territorio costarricense, que se extiende desde el río San Juan hasta la laguna Los Portillos, y de haber realizado determinados trabajos conexos de dragado en ese curso de agua (*asunto relativo a Ciertas actividades realizadas por Nicaragua en la región fronteriza*). Asimismo, alega que el dragado y la construcción del canal afectarán gravemente al cauce del río Colorado, que le pertenece, y dañarán aún más su territorio, incluidos los humedales y las zonas de fauna y flora silvestres protegidas en dicha región. A más de las medidas conservatorias solicitadas por Costa Rica, se han sucedido cuatro acciones reconventionales por parte de Nicaragua vinculadas a la referida carretera a la que hizo alusión la Corte centroamericana y al no cumplimiento de la ordenanza de la CIJ por parte de Costa Rica ¹³. En 2013 el tribunal rechazó las demandas reconventionales de Nicaragua en el entendimiento que, aunque trataban de un diferendo sobre la misma zona geográfica, no estaban conectadas con la iniciada por Costa Rica ¹⁴.

Como bien anticipáramos, en el ámbito de la Unión Europea tampoco es admisible la elección del foro para todas las controversias, pues se ha establecido que las relativas a la aplicación de la Convención sobre el Derecho del Mar deben ser sometidas al sistema jurisdiccional comunitario de acuerdo a las competencias exclusivas contenidas en la declaración de ratificación de este acuerdo ¹⁵. Así, en el asunto de la *Usina MOX*

¹²CCJ, expediente N° 12-06-12-2011, sentencia de 21 de junio de 2012.

¹³En 2011 la CIJ había ordenado medidas conservatorias vinculadas al dragado y desviación del curso del río San Juan por parte de Nicaragua, autorizando la supervisión por Costa Rica con la sola finalidad de prevenir un perjuicio irreparable en el humedal y consultar a la secretaria de la Convención de Ramsar sobre tales actividades, informando previamente a Nicaragua sobre el envío de agentes civiles para este cometido (CIJ. *Ciertas actividades realizadas a cabo por Nicaragua en la región fronteriza*, ordenanza de 8 de mayo de 2011).

¹⁴CIJ. *Ciertas actividades realizadas por Nicaragua en la región fronteriza* (Costa Rica c/ Nicaragua), construcción de una ruta en Costa Rica a lo largo del río San Juan (Nicaragua c/ Costa Rica), demandas reconventionales. Ordenanza de 18 de abril de 2013.

el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas juzgó que “un acuerdo internacional, como la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, no puede menoscabar el orden de las competencias fijado por los tratados y, por lo tanto, la autonomía del sistema jurídico comunitario cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia en virtud del artículo 220 CE. Además, la Convención de que se trata permite precisamente evitar que se ocasione tal menoscabo a la competencia exclusiva del Tribunal de Justicia preservando de esta forma la autonomía del sistema jurídico comunitario”¹⁶.

Como consecuencia condenó a Irlanda por haber violado normativa comunitaria al interponer una demanda contra Gran Bretaña ante el Tribunal Internacional sobre el Derecho del Mar. La acción cuestionada se refería a la controversia originada por la instalación de la fábrica de reciclado MOX, a los traslados internacionales de sustancias radiactivas y a la protección del medio marino del Mar de Irlanda. Gran Bretaña peticionó la incompetencia del tribunal internacional, pero éste rechazó el planteo, admitió la solicitud de medidas cautelares requeridas por Irlanda y ordenó a ambos países que cooperasen y, sin demora, evacuaran consultas. Su competencia concluyó con la constitución de un tribunal arbitral (art. 290 de la Convención), el que se declaró incompetente bajo los siguientes argumentos: a) el conflicto se debía resolver en el marco institucional de la Unión Europea; b) el riesgo de decisiones contradictorias ante la posibilidad de intervención del tribunal de justicia comunitario; y c) la existencia de un deber de mutuo respeto y cortesía entre órganos judiciales¹⁷.

En África las limitaciones a la elección del foro han ido fijadas en acuerdos de integración. Verbigracia, la Comunidad para el desarrollo de África Meridional (SADC) contaba con un tribunal con competencia para

¹⁵ En la declaración de la Unión Europea consta que “... con respecto a las normas y reglamentos para la protección y preservación del medio marino, los Estados Miembros han transferido competencias a la comunidad como en las disposiciones adoptadas por la comunidad” y enumera una serie de competencias exclusivas, entre ellas la conservación y ordenación de los recursos pesqueros.

¹⁶ TJ (Gran Sala). *Comisión de las Comunidades Europeas c/ Irlanda*. Sentencia de 30 de mayo de 2006.

¹⁷ *Disputa concerniente al acceso a la información bajo el artículo 9 de la Convención OSPAR (Irlanda c/ Gran Bretaña)*. Laudo de 2 de julio de 2003.

entender “exclusivamente” en la interpretación y aplicación del tratado de la organización y protocolos adicionales. Como dentro de los principios del tratado fundacional figura la utilización sustentable de los recursos naturales y la protección del ambiente (art. 4º) cualquier disputa sobre esta materia debe ser llevada ante el órgano judicial comunitario (art. 32)¹⁸. Aún no ha tenido oportunidad de entender en ninguna controversia medioambiental y probablemente tampoco lo haga en el corto plazo, pues a raíz de una decisión de la cumbre de jefes de Estado de los países miembros, convocada en 2012, su funcionamiento fue suspendido y los jueces removidos hasta la suscripción de un nuevo acuerdo que limite su actuación a las disputas entre Estados.

b. Especialización de los tribunales

La especialización de algunos tribunales arbitrales o judiciales permite que el tratamiento de los distintos aspectos del conflicto reciba un análisis más concreto, se arribe a una solución más satisfactoria y se afirmen pautas de conducta que puedan ser útiles para la resolución de futuras controversias. Un claro ejemplo lo constituyen los órganos judiciales creados en los tratados sobre derechos humanos, cuya jurisprudencia ha ido fortaleciendo los sistemas jurídicos regionales en la materia. No obstante, la evidente proliferación y especialización ha llevado al Relator Especial para el tópico *Fragmentación del Derecho internacional* a considerar las críticas de algunos internacionalistas respecto al desplazamiento de reglas del derecho internacional general, a la aparición de jurisprudencia contradictoria, a interpretaciones antagónicas y a la pérdida de la seguridad jurídica¹⁹.

¹⁸Uno de los acuerdos adicionales que habilita la intervención del tribunal es el *Protocolo sobre bosques* de 2002 (art. 23).

¹⁹CDI. *Fragmentación del derecho internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*. Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional elaborado por Martti Koskenniemi (A/CN.4/L.682, 13 de abril de 2006).

La elección entre un tribunal arbitral y uno de justicia no depende de estas circunstancias, sino de la naturaleza y complejidad del tópicó a tratar, del previo conocimiento de los miembros y de las reglas de procedimiento, de la rapidez en la obtención de una resolución y, algunas veces, de la seguridad de cumplimiento de la misma. Un punto a destacar es que la jurisprudencia arbitral suele ser más fluctuante que la de una corte internacional permanente pero, como contrapartida, es posible definir el derecho a aplicar y elegir un tribunal cuyos miembros estén especializados en el tema a resolver. El asunto *Trail Smelter* (1941) quizá sea ilustrativo en este aspecto, porque si bien la doctrina cita algunas consideraciones formuladas en el laudo, el tribunal arbitral debió decidir tanto sobre puntos jurídicos como técnicos (*p.ej.* causa del daño, grado del daño, zona de probable daño, existencia y alcance de los daños específicamente alegados por Estados Unidos, monto indemnizable y compensable por daños, límites a las emisiones de dióxido de sulfuro y medidas de control y supervisión a aplicarse).

Uno de los tribunales que ha avanzado en esta dirección es la Corte Permanente de Arbitraje. Aunque no sean demasiados los acuerdos que remiten al tribunal (19 multilaterales y 6 bilaterales, la mayoría son medioambientales), cuenta con un listado de árbitros especializados y expertos científicos en materia de recursos naturales y medio ambiente, conforme prevé el reglamento facultativo para este tipo de controversias. Asimismo, fue establecida una comisión de árbitros para entender en diferendos sobre el espacio ultraterrestre. Lo interesante de esta construcción jurisdiccional es que pueden recurrir Estados u otros sujetos de derecho internacional, individuos o empresas.

Respecto a la CIJ, es preciso recordar que actualmente hay unos trescientos tratados multilaterales o bilaterales que le dan competencia para resolver las disputas, algunos de los cuales la habilitan para cuestiones ambientales. En un afán de renovación en 1993 fue establecida una Sala de asuntos relacionados con el medio ambiente (art. 26.1 del Estatuto), la que, pese al entusiasmo derivado de su creación²⁰, no ha conocido

²⁰ Raymond RANJEVA, *L'environnement, la Cour internationale de Justice et la Chambre spéciale pour les questions de l'environnement*, *Annuaire français de droit international*, 1994, vol. 40, pág. 433 y ss.

de ningún conflicto. A partir de 2006 la Corte dejó de nombrar a sus integrantes²¹. Para aquella época un grupo consultivo, creado por el Tribunal Permanente de Arbitraje y el Programa de las Naciones Unidas para el Ambiente (PNUMA), había advertido sobre el carácter multidisciplinario de los conflictos ambientales y la importancia de las medidas provisionales y recomendado el uso de expertos en conflictos ambientales, en particular en la designación de mediadores y árbitros²².

El asunto de las *Plantas de celulosa sobre el río Uruguay* representa un caso testigo sobre la funcionalidad del tribunal, pues no sólo fue evidente la necesidad de haber contado con asesoramiento de expertos técnicos independientes, hecho destacado en la opinión disidente de los jueces Al-Khasawneh y Simma, sino también la ausencia de consenso entre los miembros de la CIJ y la rigidez de pensamiento en el análisis de este tipo de controversias. Dejando de lado la dificultad subyacente en la prueba rendida por Argentina, es cierto que el tribunal se encontró con lagunas o elevados porcentajes permitidos en las reglamentaciones sobre sustancias contaminantes elaboradas por la Comisión Administradora del Río Uruguay, pero ello no le dispensaba de ceñir sus razonamientos al Estatuto del Río Uruguay de 1975, hecho particularmente señalado por el juez Cançado Trindade en su opinión separada²³, y ahondar en tratados medioambientales de los cuales ambos Estados eran parte. Por eso, en un comentario sobre la respuesta de la Corte a la solicitud argentina de medidas provisionales (2006) se ha dicho que “a la vista de las conclusiones del TIJ, si el valor vinculante de los principios aplicables a los recursos

²¹“Respecto a la constitución de una Sala de conformidad con el artículo 26.1 del Estatuto, hay que observar que, en 1993, la Corte creó la Sala de asuntos relacionados con el medio ambiente, que se reconstituyó periódicamente hasta 2006. En los trece años de existencia de la Sala, ningún Estado solicitó que ésta tratara un asunto. Por consiguiente, en 2006 la Corte decidió no convocar elecciones para el estrado de dicha Sala” (conf. página de la CIJ: <http://www.un.org/es/icj/chambers.shtml>).

²²UNEP/PCA. *Advisory Group on Dispute Avoidance and Settlement concerning Environmental Issues convened by the United Nations Environment Programme in cooperation with the Permanent Court of Arbitration* (PCA, 1514, 2006).

²³Por ejemplo, el tribunal arbitral en *Iron Rhine* tuvo presente la aplicación de toda regla internacional pertinente. Asunto *Iron Rhine* (“IJZEREN RIJN”) *Railway* (Bélgica c. Países Bajos), laudo de 24 de mayo de 2005, párrafo 44 y ss.

compartidos resulta indudable, la aplicación práctica de su contenido no es siempre pacífica”²⁴.

Por su parte Philippe Sands confirma “los problemas que se le suscitan a un tribunal llamado para juzgar entre dos visiones muy diferentes, en que una montaña de argumentos científicos -varios miles en el asunto *Gabèikovo-Nagymaros*- se pueden presentar de una manera igualmente convincente”. Indica que, a diferencia de muchos sistemas nacionales que prevén asesores ambientales o paneles de científicos que ayuden a descifrar la información técnica, el juez internacional a menudo se encuentra en una difícil posición al tratar de decidir sobre los méritos de una afirmación científica, y considera que, si bien no es el único problema en el ámbito medioambiental, requiere de un enfoque especializado²⁵.

Basta pensar que cuando se hace referencia a la “utilización equitativa y razonable” de un recurso natural, o a la obligación de “no causar un daño sensible”, una corte se sitúa entre intereses jurídicos de dos o más Estados con componentes que exceden un mero análisis normativo y que, aunque se trate de enunciados legales, requiere de una evaluación omnicompreensiva (*p.ej.* características particulares de una cuenca, modos de extracción del recurso, efectos sobre ecosistemas relacionados, movilidad y renovabilidad natural del recurso), en el presente y hacia el futuro. Lamentablemente dicho análisis viene reduciéndose al logro de un balance de los intereses estatales, sin tener presente la dimensión ética de su utilización y las restricciones que la naturaleza del mismo recurso impone.

c. Medidas provisionales

Las medidas provisionales o conservatorias tienen por objeto resguardar los derechos de cada una de las partes, prevenir el agravamiento

²⁴ María José CERVELL HORTAL, “El derecho internacional y los recursos naturales compartidos”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. XXIV, 2008, pág. 100.

²⁵ Philippe SANDS, “Litigating Environmental Disputes: Courts, Tribunals and the Progressive Development of International Environmental Law”, en NADIAYE-WOLFRUM (dir.) *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes: Liber Amicorum Judge Thomas A. Mensah*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2007.

de un conflicto y asegurar la función jurisdiccional. Son aptas en caso de violación presente o futura, en el último caso ante un peligro inminente y grave, cuestión desarrollada por la CIJ en los diferendos *Gabèikovo-Nagymaros*, *Gran-Belt* y en *plantas de celulosa sobre el río Uruguay*. Repárese que el interés amenazado es el de una entidad soberana, extremo que surge de la jurisprudencia de este tribunal cuando emplea el término “preocupación” para referirse a los Estados interesados en proteger los ecosistemas y, simultáneamente, al hacer operar otros enunciados, tales como “legítima defensa” o “desarrollo económico sustentable”. Nuevamente la conceptualización del conflicto es confinada al tiempo presente y la protección de la naturaleza debilitada por necesidades del momento.

Por otro lado, la posibilidad de recepción favorable de un pedido de medidas cautelares es bastante limitada. En primer lugar, porque tratándose de un tribunal arbitral es necesario que las partes lo hayan previamente acordado y, aun cuando actúe un órgano judicial, éste debe analizar el tenor de las medidas solicitadas y las circunstancias del caso. La respuesta de la CIJ sobre medidas provisionales en el litigio de las *plantas de celulosa sobre el río Uruguay* (2006) refleja las dificultades que afrontó el tribunal y pese a haber señalado que la construcción de la planta Botnia era al sólo riesgo de Uruguay, cuando emite la sentencia de fondo (2010) el emprendimiento ya llevaba casi dos años de funcionamiento y podía haber afectado la calidad de las aguas. Lo cierto es que la CIJ rechazó aplicar el principio o enfoque de precaución, requiriendo la prueba inmediata del peligro grave en vez de visualizar las probables consecuencias a largo plazo. No obstante, también cabe reconocer que, demostrando la urgencia de la petición, Argentina podía volver a solicitar medidas provisionales antes de la decisión de fondo.

Aunque los requisitos de urgencia y de irreparabilidad suelen ser mencionados como necesarios para la obtención de tales medidas no siempre cabe exigirlos para la preservación del ambiente²⁶, o queda abierta

²⁶ “*Vue sous cet angle, l’urgence devrait toujours être considérée comme un aspect de toute ‘circonstance possible’.* Mais il faut aussi, ou à défaut, avoir à l’esprit d’autres aspects éventuels, par exemple: 1) le dommage s’est déjà produit ou ne peut être indemnisé ni faire l’objet d’une réparation pécuniaire (par exemple, dans la présente espèce, les maintiens en détention après le 4 décembre 1997), 2) la certitude que la

alguna puerta para que el tribunal los descarte. Esta última posibilidad puede extraerse de la ordenanza emitida en 2011 por un tribunal arbitral en el conflicto entre India y Paquistán (*Indus waters Kishenganga*). La controversia surgió a raíz de un emprendimiento hidroeléctrico indio que requiere construir una represa cuyo llenado será con aguas de afluentes del río Indo que corren por la disputada región de Cachemira. La ventaja del tribunal derivó de las disposiciones del *Tratado sobre el Río Indo* de 1960. Por un lado, prescribe que en caso de medidas cautelares adoptadas por una corte antes de su decisión definitiva la parte demandada tiene vedado construir. Por el otro, como en el acuerdo no han sido empleados los términos “perjuicios irreparables” y “urgencia” para este tipo de peticiones, el tribunal arbitral consideró que la “necesidad” de las medidas provisionales no requería de dichos conceptos tal como han sido desarrollados por la CIJ²⁷. Aunque en su apoyo India argumentó que había dado garantías de conducta durante el litigio en términos suficientemente claros, para lo cual citó el comportamiento de Uruguay durante las primeras audiencias sobre las plantas de celulosa, la Corte concluyó que era necesario prohibirle continuar con la construcción de obras permanentes, en o sobre el lecho del río Kishenganga/Neelum, que pudiesen inhibir el flujo completo de su cauce natural hasta el dictado del laudo²⁸.

conséquence redoutée se produira si le Tribunal n'intervient pas, 3) la gravité de la menace, 4) le droit à préserver a une valeur unique ou particulièrement spéciale, et 5) l'ampleur de la valeur générale d'ordre public qui est en jeu, par exemple des valeurs de jus cogens comme la paix et la sécurité mondiales ou la protection de l'environnement” (conf. TIDM. Opinión individual del juez Laing en el asunto Saiga 2, 1998).

²⁷ “*In addition, the Court must be satisfied that an order of interim measures at the present stage is “necessary” in the circumstances of this case. As noted earlier, the urgency and irreparable injury criteria developed in the ICJ’s case-law on provisional measures are not dispositive under Paragraph 28 of Annexure G. At the same time, the Court cannot rule out the possibility that its interpretation of the first ground for interim measures- ‘to safeguard its interests under the Treaty’ -might be usefully informed by the ICJ’s case-law on the phrase ‘to preserve the respective rights of either party’ in the ICJ Statute, not so much by virtue of any particular relevance of the ICJ Statute for the interpretation of the Indus Waters Treaty*”. Asunto Aguas del río Indo Kishenganga (Paquistán c/ India). Ordenanza de 23 de septiembre de 2011, párr. 138.

IV. Conclusiones

No se puede señalar el medio de solución de diferendos más adecuado, pues ello dependerá de los principales aspectos a considerar en una controversia. A mayor tecnicismo, menor será el interés por recurrir ante una corte no especializada y más protagonismo deberían tener las comisiones internacionales de administración, quienes a la sazón participan de la gestión integrada de los recursos naturales compartidos.

Los tratados que limitan la elección del medio pueden coadyuvar a la consolidación de los procesos de integración, pero la protección de los recursos naturales no debería quedar prisionera de meras discusiones sobre la competencia de un tribunal.

Aunque haya una pluralidad de fuentes el reconocimiento de principios ambientales impide la fragmentación del Derecho internacional en esta materia, de tal suerte que toda solución jurisdiccional debe ser el resultado de un esmerado estudio que resalte lo que es convenientemente equitativo y razonable para los Estados, pero que también atienda a la conservación del recurso en beneficio de las futuras generaciones.

El otorgamiento de medidas provisionales requiere de un análisis que supere la dogmática del interés particular de los Estados para proyectarse hacia el recurso a proteger, tal como viene requiriendo el Derecho internacional ambiental.

²⁸ *"In the circumstances, the Court concludes that the construction of this portion of the KHEP is capable of leading to "prejudice to the final solution... of the dispute," and that it is necessary to enjoin India from proceeding with the construction of permanent works on or above the Kishenganga/Neelum riverbed that may inhibit the full flow of that river to its natural channel until the Court renders its Award".* *Ibíd.*, párr. 150.

EL MEDIO AMBIENTE ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

THE ENVIRONMENT BEFORE THE AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS

*Susana Galván **

Resumen: El trabajo considera la postura interpretativa, evolutiva y sistemática que aplica la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la Declaración y a la Convención americanas y a otros instrumentos internacionales en materia ambiental.

Palabras-clave: Corte Interamericana de Derechos Humanos - Medio ambiente - Interpretación.

Abstract: This paper considers the evolutionary and systematic interpretive approach of the American Court of Human Rights to the Declaration and the American Convention and other international environmental instruments.

Keywords: Inter-American Court of Human Rights - Environment - Interpretation.

Ni la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, ni la Convención Americana (CA) incluyen referencias expresas a la protección medioambiental. Pero ambos instrumentos reflejan una preocupación prioritaria por la preservación de la salud y el bienestar del individuo, bienes jurídicos protegidos por la interrelación entre los derechos a la vida, a la seguridad de la persona, la integridad física y moral y la salud y en esa medida refieren al derecho a un medio ambiente sano

* Abogada (UNC). Profesora de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro del Instituto de Derecho Internacional Público y del Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Conteste con la denominada *transversalidad* de la protección del medio ambiente, porque sus principios inundan la totalidad del sistema jurídico, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CteIDH) ha enfatizado que varios derechos de rango fundamental requieren -como una precondition necesaria para su ejercicio- una calidad medioambiental mínima y se ven afectados en forma profunda por la degradación de los recursos naturales.

Ello, porque existe una relación directa entre el ambiente físico en el que viven las personas y los derechos a la vida, a la seguridad y a la integridad física. Es decir, entre la protección del medio ambiente y el respeto por la dignidad humana, entre la preservación de la integridad medioambiental y el acceso a las fuentes de subsistencia y su conservación y el derecho a la salud.

En verdad, el sistema interamericano carece de todo tipo de elemento para la protección del medio ambiente. Pero el vínculo crucial entre la subsistencia del ser humano y el medio ambiente ha sido regulado en otros tratados e instrumentos internacionales que vinculan a varios Estados de América, entre otros, los pactos de la ONU, la Declaración de las NU sobre los derechos de los pueblos indígenas, el Tratado de Cooperación Amazónica, la Carta Mundial de la Naturaleza, el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la OIT de 1989.

Todas estas disposiciones son directamente relevantes para la CteIDH en virtud de la postura interpretativa, evolutiva y sistemática que aplica a la Declaración y a la Convención americanas.

El Protocolo Adicional de la Convención Americana de San Salvador de 1989 -en vigor desde 1999- sí regula en su art. 11 el derecho al medio ambiente sano: “*Todo individuo tiene derecho a vivir en un ambiente sano y a tener acceso a los servicios básicos públicos. Los Estados deben promover la protección, preservación y el mejoramiento del ambiente*”.

Esa obligación positiva de adoptar medidas especiales es parte esencial del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y le permite a la Corte “crear” en múltiples contextos las que se consideran nuevas obligaciones o derechos no señalados explícitamente en la CA

En base a ese criterio, la Corte ha señalado que el derecho a la vida no se limita a la protección contra la muerte provocada de manera arbi-

traria, sino que los Estados partes deben tomar ciertas medidas positivas para salvaguardar la vida y la integridad física. Así, p.e., la obligación de investigar como garantía del derecho a la vida y otros derechos.

Similar tesis adoptó en el caso “Velázquez Rodríguez c/ Honduras” al señalar que la desaparición forzada de personas -mucho antes de que existiera un tratado sobre el tema- estaba prohibida por la Convención Americana, interpretando que, en virtud de las obligaciones de garantía de los derechos reconocidos en los arts. 4º y 7º de la C.A, el fenómeno de la desaparición constituye una forma compleja de violación de los Derechos Humanos que debe ser comprendida y considerada de forma integral.

Casos de los pueblos indígenas

Los pronunciamientos más relevantes de la Corte en referencia al medio ambiente están vinculados a casos relacionados a los pueblos indígenas.

Su primera referencia a la degradación medioambiental como forma de violación de los derechos humanos de los pueblos indígenas y al deber estatal de prevención fue el informe sobre Ecuador de 1997.

El “Derecho a la identidad cultural” y el “Derecho de consulta” han sido reconocidos en dos casos relevantes: “Saramaka c/ Surinam” (2007) y “Comunidad Sarayaku c/ Ecuador” (2012).

En base al criterio interpretativo señalado, la Corte ha derivado del principio de “no discriminación” el reconocimiento del “Derecho a la identidad cultural”, calificándolo como “... *ingrediente y vía de interpretación transversal para conocer, respetar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas protegidos por la Convención y, según el art. 29.b) de la misma, también por los ordenamientos jurídicos internos*” (párrafo 173 del Caso del Pueblo Indígena de Sarayaku c/ Ecuador).

A resultas de esta postura interpretativa y evolutiva, la CteIDH también ha incorporado como una nueva obligación el “derecho de consulta”, no reconocido de manera explícita en la CA.

Para ello ha utilizado como herramienta de interpretación los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y Económicos, Sociales y Culturales de la

ONU, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los pueblos indígenas, el Convenio 169 de la OIT, decisiones y observaciones generales de los Comités de la ONU y de los subsistemas de Justicia de la región que incorporan disposiciones específicas para la protección de los derechos medioambientales y hasta legislación y jurisprudencia de países de la región -inclusive de Nueva Zelanda- como “consenso” regional.

Como puede advertirse, este criterio ha permitido a la CteIDH abordar la interpretación de todo tratado o disposición donde se encuentre claramente implicada la protección de los derechos humanos de un Estado miembro del sistema interamericano, aunque dicho instrumento no proenga del mismo sistema regional de protección.

En *Saramaka c/ Surinam*, se planteó que el pueblo tribal vio afectado su modo de vida y medios para su subsistencia por concesiones forestales y mineras en sus territorios y la legislación de Surinam no les había permitido defender sus territorios colectivos como propiedad.

En este caso, la interpretación evolutiva y transversal de la CteIDH derivó el “derecho de consulta” del “derecho a la propiedad” reconocido en el art. 21 de la Convención Americana y del principio de autodeterminación de los pueblos consagrado en el art. 1° de los dos pactos de la ONU.

Al encontrarse ante la situación de que ni el “derecho a la propiedad comunal” ni el de “consulta” se encontraban reconocidos en la normativa interna de Surinam y éste no había ratificado el Convenio OIT 169 pero sí los pactos de la ONU, la CteIDH determinó las obligaciones de Surinam respecto del art. 21 de la CA a la luz de la interpretación que el Comité de los DH había hecho de dichos pactos.

Así, la Corte señaló que la protección de la propiedad en los territorios del art. 21 de la CA, le asigna a los Estados la obligación positiva de adoptar medidas especiales para garantizar a los integrantes de los pueblos indígenas y tribales el ejercicio pleno y equitativo del derecho a los territorios que han usado y ocupado tradicionalmente. Y además, que ese artículo de la CA protege la vinculación estrecha que los pueblos guardan con sus territorios, así como con los recursos naturales de los territorios ancestrales. El reconocimiento del derecho a la consulta previa, libre e informada está cimentado entre otros, en el respeto a sus derechos, a la cultura propia e identidad cultural que deben ser garantizados particularmente en una sociedad.

En *Sarayaku c/ Ecuador*, aludiendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la CteIDH ha utilizado como instrumento de interpretación el Convenio 169 de la OIT, sentencias de los tribunales de justicia de la región, la Constitución y la Ley de Minería de 2009 de Ecuador donde se reconoce el derecho de Consulta.

La sentencia de fondo declaró que Ecuador violó el derecho de consulta, a la propiedad comunal indígena y a la identidad cultural en los términos del art. 21, por haber permitido que una empresa petrolera privada realizara actividades de exploración de petróleo en su territorio sin haber consultado previamente. Todo ello por haber puesto gravemente en riesgo el derecho a la vida e integridad personal reconocidos en los arts. 4.1. y 5.1 de la CA.

En estos últimos casos, la Corte asumió el rol de desarrollar los detalles que el tratado había omitido, considerando que éste no puede contemplar todos los derechos u obligaciones.

Así entonces, si la protección otorgada por la normativa interna u otro tratado del cual es parte el Estado resulta ser mayor que la prevista por la CA, la Corte interpreta la CA a la luz de la norma que provea la mayor protección.

Como vimos *supra*, este criterio se fundamenta en el art. 29 de la CA al establecer que la Corte está obligada a interpretar los derechos señalados en la CA a la luz de la legislación interna y los demás tratados que haya ratificado el Estado en cuestión:

Art. 29 b): “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados”.

Sólo que la Corte ha llegado aún más lejos: en el párrafo 125 de la Sentencia de *Sarakaya c/ Ecuador*, señala que “... *la obligación de consulta además de constituir una norma convencional es también un principio general del Derecho Internacional*”.

Este concepto resulta bastante controvertido y amerita sin duda un análisis y debate minucioso, puesto que si bien el Convenio 169 de la OIT es un tratado de efectos vinculantes que consagró el derecho de consulta,

sólo ha sido ratificado a la fecha por 27 países, y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas, que también habla de consulta, no es un tratado vinculante.

DIMENSIÓN MEDIOAMBIENTAL EN LA PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

ENVIRONMENTAL DIMENSION IN PROTECTION OF HUMAN RIGHTS EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

*Marta Susana Sartori **

Resumen: El presente trabajo tiene como objetivo analizar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos basada en la problemática medioambiental no contemplada en su normativa, aplicando algunos artículos específicos del Convenio europeo. Ello nos permite mostrar un medio de solución de controversias, que mediante la aplicación de determinados artículos ha encontrado un mecanismo apto para la protección y defensa de los derechos fundamentales ante situaciones medioambientales no plasmadas en el citado Convenio.

Palabras-clave: Tribunal Europeo de Derechos Humanos - Convenio europeo – Medio ambiente.

Abstract: This paper aims to analyze the jurisprudence of the European Court of Human Rights based on environmental issues not covered in the rules, applying specific articles of the European Convention. This allows us to show a means of dispute resolution, which through the application of certain items has found a suitable mechanism for the protection and defense of the fundamental rights to environmental situations not reflected in the said Convention.

Keywords: European Court of Human Rights - European Convention - Environment.

* Abogada, magister en Derecho Internacional Público (UNC). Profesora adjunta por concurso de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, miembro del Instituto de Derecho Internacional Público y de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Sumario: Lineamientos Generales - Tribunal Europeo de Derechos Humanos - Jurisprudencia: Sentencias del Tribunal Europeo por orden cronológico- Consideraciones Finales.

Lineamientos generales

La salvaguarda del medio ambiente se encuentra estrechamente unida al disfrute de ciertos derechos fundamentales, demostrando la vinculación entre protección internacional de los derechos humanos y normativa medioambiental.

No obstante ello todavía no se ha logrado un importante desarrollo en la aplicación de reglas ambientales en medios de solución de controversias entre Estados, por el contrario, hay bastante reticencia de ello.

Los Acuerdos Multilaterales Medioambientales reconocidos con la sigla AMUMA contemplan sistemas de control relacionados con litigios ambientales para tratar de garantizar su cumplimiento los que no muestran un avance como otros acuerdos tales como el comercio internacional en su interrelación con la protección del medio ambiente¹.

Concretando la idea de nuestro análisis señalamos que, si bien la percepción de la soberanía del Estado sobre la política medioambiental prevalece sobre el propio carácter internacional de los derechos humanos más allá de las fronteras, no podemos obviar que los instrumentos internacionales y aun los nacionales² referidos a derechos humanos y a medio ambiente reconocen el derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente sano del cual se ha dicho que es un corolario del derecho a la vida, afirmándose también la interrelación entre el derecho a la salud y un medio ambiente sano³.

¹ Solución de Controversias previsto en la OMC.

² Diversas constituciones nacionales reformadas en los últimos años así lo contemplan.

³ En Opinión Consultiva relativa a Legalidad de la Amenaza o uso de Armas Nucleares del 8 de julio de 1996, la Corte Internacional de Justicia ha señalado: "reconoce que el medio ambiente no es una abstracción, sino que representa el espacio de vida, la calidad de vida y la misma salud de los seres humanos, incluyendo las generaciones no nacidas".

Podemos señalar como herramientas que brinda el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las medidas cautelares y provisionales, admisibilidad, el propio contenido de los derechos protegidos, haciendo hincapié en la dimensión ambiental del derecho a la vida, al hogar, a la vida privada, entre otras.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Órgano jurisdiccional con especial característica que es su competencia para decidir respecto a si ha habido violación de los derechos reconocidos en el Sistema del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales.

Y esa característica incluye el acceso directo del individuo quien bajo ciertas condiciones puede entablar una demanda ya sea contra el Estado donde se encuentre, incluido el Estado de su nacionalidad, si considera haber sido víctima por violación de alguno de dichos derechos y libertades fundamentales⁴.

Si bien el Convenio y los Protocolos Adicionales no contemplan el derecho humano al medio ambiente⁵ ello no es óbice para que el Tribunal lo haya reconocido de modo indirecto por considerarlo implícito en otros derechos formalmente establecidos.

Y así en varias sentencias el Tribunal ha establecido que es fundamental un medio ambiente saludable para el disfrute acabado de otros derechos humanos, como así también ha tutelado el derecho a un ambiente sano a través de interpretación progresiva y evolutiva de los contenidos del art. 8° el cual establece:

⁴ El 1° de noviembre de 1998 entró el vigor el Protocolo Adicional N° 11 que modificó el mecanismo de garantía jurisdiccional del Sistema del Convenio otorgándole al Tribunal Europeo las atribuciones señaladas. Es un órgano de carácter permanente que entiende en demandas tanto individuales como interestatales.

⁵ Establecidos con anterioridad al desarrollo de este derecho medioambiental y a la protección del medioambiente.

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

Si bien nuestra referencia en particular es al art. 8º, también se valoran artículos relacionados en los distintos fallos tales como los arts. 2º, el 6º y el 10, entre otros que lo complementan.

Jurisprudencia

La jurisprudencia que comentaremos tiene como característica la implicancia de una verdadera protección del medio ambiente más allá de la protección del derecho al respeto de la vida privada y familiar y del domicilio, vía esta de acceso al Tribunal Europeo⁶.

Sentencias del Tribunal Europeo (por orden cronológico):

- Caso López Ostra vs. España, sentencia del 23 de noviembre de 1994

⁶ El Tribunal ha considerado que el art. 8º citado puede invocarse cuando *“se produzcan daños o riesgos ambientales que afecten el bienestar de las personas y les priven del disfrute de su domicilio y menoscaben su vida privada o familiar”*. *“El deterioro ambiental puede ser causa de una actuación directa del Estado o bien que el propio Estado haya permitido el desarrollo de actividades de personas privadas en perjuicio de la salud y el descanso de los recurrentes, menoscabando de esta forma su vida privada y familiar”*.

En este caso la Corte estableció la responsabilidad del Estado por omisión y reconoció que los daños ambientales si bien no son tan graves como para poner en peligro la salud de la persona, igualmente perjudican su bienestar, la privan del disfrute de su derecho a su domicilio, ocasiona daño a su vida privada y familiar, y pone en grave peligro su salud ⁷.

Asimismo señaló que la municipalidad y otras autoridades estatales contribuyeron a prolongar la situación, por lo que determinó que el Estado español había violado el respeto del hogar de los peticionarios al no adoptar medidas razonables y efectivas para tutelar los derechos contemplados en el art. 8º.

- *Caso Guerra y otras c/ Italia, sentencia del 19 de febrero de 1998*

En este caso se ha hecho referencia al art. 10 del Convenio referido a libertad de expresión tanto de opinión como de recibir informaciones ⁸ -⁹.

⁷ La señora López Ostra y su familia habitaban cerca de una planta de tratamiento de residuos sólidos y líquidos, la que desde su entrada en funcionamiento generó emisiones de gases y malos olores que perjudicaron la salud de los miembros de poblaciones cercanas a ella. La citada señora había presentado varias denuncias con anterioridad a las que la autoridad administrativa no hizo lugar lo que, agotados los recursos internos, la habilitó para presentar un recurso ante la ex Comisión Europea de Derechos Humanos por cuanto si bien la planta había sido cerrada parcialmente en 1988 continuó despidiendo malos olores que provocaron problemas de salud, todo ello en detrimento del derecho al domicilio, a la vida privada y familiar en el contexto del art. 8º.

⁸ “Artículo 10. Libertad de expresión. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del Poder Judicial”.

⁹ En este caso, las demandantes de nacionalidad italiana dedujeron una demanda ante la Comisión Europea de Derechos Humanos el 18 de octubre de 1988, invocando una

El Tribunal desestimó la aplicación del citado art. 10 a este caso por determinar que el derecho en el contemplado es el de recibir información pero no le impone al Estado la obligación de recogida y de difusión de informaciones.

Pero estimó y determinó que el derecho de acceso a la información del que disponen los Estados parte está protegido por la vía del art. 8°, *“estableciendo que los ataques graves al medio ambiente podían afectar al bienestar de las personas y privarlas del disfrute de su domicilio de manera que afecte a su vida privada y familiar”* y así el Tribunal por unanimidad decidió que *“... habiendo debido residir las demandantes durante años a la espera de informaciones esenciales que les hubieran permitido evaluar los riesgos a los que se hallaban expuestos residiendo en las cercanías de la fábrica química, el Estado no había cumplido su obligación de garantizar los derechos contemplados en el artículo 8°”*.

- *Caso McGingley y Egan c/ Reino Unido, sentencia de 9 de junio de 1998*¹⁰

El Tribunal no consideró en este caso que se hubiera violado el Convenio, no obstante afirmó:

“... dado el interés de los demandantes en obtener el acceso a los documentos en cuestión y la aparente ausencia de interés público en entregarlos, el Tribunal considera que

violación de los arts. 10 y 2 del convenio quejándose de inacción de las autoridades italianas; en concreto, no haber facilitado a la población de la región de Manfredonia de suficiente información relativa a factores de riesgo y a cómo debería procederse en caso de un eventual accidente en una cercana fábrica química, clasificada de alto riesgo en 1988 por liberar grandes cantidades de gas inflamable, y otras sustancias como arsénico trióxido. Por un accidente ocurrido en 1976, cuando explotó una torre de refrigeración con escape de estos gases, más de un centenar de personas debieron ser hospitalizadas a causa de haber sufrido envenenamiento con arsénico.

¹⁰Demandas interpuestas por dos ciudadanos británicos que participaron en ensayos nucleares efectuados por el Reino Unido en el Pacífico en 1958 solicitando acceder a los documentos sobre esos ensayos para solicitar pensión de invalidez en base al peligroso ambiente radiactivo al que fueron expuestos en 1958.

recae en el Estado esta obligación positiva en virtud del artículo 8°. Desde el momento en que un gobierno se implica en actividades peligrosas susceptibles de tener consecuencias nefastas para la salud de las personas que en ellas participan, el respeto a la vida privada y familiar garantizado por el artículo 8° exige la puesta en práctica de un procedimiento efectivo y accesible que permita a dichas personas obtener la transmisión del conjunto de informaciones necesarias y apropiadas”.

- *Caso Hatton v. Reino Unido, sentencia del 2 de octubre de 2001*¹¹

Caso de gran importancia por cuanto involucra al aeropuerto de Heathrow, uno de los más grandes del mundo, el que mediante la autorización de aterrizajes en horarios nocturnos había incrementado su actividad y por ende aumentó los ruidos con el paso de los años.

El Tribunal encontró responsable al Estado por considerar insuficientes las medidas adoptadas para limitar los niveles de contaminación acústica, medidas que no constituyeron las necesarias para proteger a las personas. *“El Tribunal considera que hay ausencia de un estudio específico y completo que permita encontrar una solución acorde con el respeto de los derechos humanos”.*

De esta manera el Tribunal *“implementó el principio de la carga de la prueba propia del Derecho internacional del ambiente, pues constituye una obligación del Estado en aquellos casos donde se encuentra de por medio la vulneración del derecho a la vida privada y familiar por problemas ambientales, aportar el material proba-*

¹¹Ocho personas que residían cerca del Aeropuerto de Heathrow presentaron un recurso ante el Tribunal por cuanto como consecuencia de ese aumento de ruidos nocturnos estaban sufriendo graves alteraciones en el sueño con las consecuencias secundarias que ello les ocasionaba, tales como dolor de cabeza, imposibilidad de concentración, depresiones, que también incidían en forma negativa en su vida diaria y en su relación con los demás. Otros vecinos que también sufrían este inconveniente se habían mudado del lugar.

torio que evidencia que las medidas tomadas en el orden interno son acordes con los parámetros de la Convención Europea de Derechos Humanos”¹².

- *Caso Oneryildiz c/ Turquía, sentencia de 18 de junio de 2002*

En este caso el Tribunal Europeo concluyó que las autoridades administrativas no cumplieron con su deber de informar a los habitantes de las áreas pertinentes los riesgos y peligros que allí se daban y que de estar en conocimiento el demandante podría haber valorado dichos riesgos para él y su familia si continuaban viviendo en ese basurero¹³.

El Tribunal recepta el derecho de acceso a la información medioambiental de la que dispone un Estado parte relacionando el art. 10, el art. 2º y el art. 8º del Convenio dándole carácter de obligación positiva por parte de los Estados a la información sobre riesgos medioambientales.

Es destacable la posición del Tribunal al respecto al reconocer el derecho a la información medioambiental implícita en los derechos protegidos por otros artículos, pero a la vez requiere un control estricto de la condición de víctima de un riesgo o peligro medioambiental para los particulares.

- *Caso Moreno Gómez v. España, sentencia del 16 de noviembre de 2004*¹⁴

¹²Haideer MIRANDA, Panóptica, año 1, n. 8, maio junho 2007, págs. 84 y 85.

¹³El demandante vivía con su familia en un basurero y su tarea consistía en reciclar residuos. Al producirse una explosión fallecieron nueve miembros de su familia y otros tantos resultaron heridos. Su presentación ante el Tribunal se basó en la violación del art. 2º del Convenio por parte de Turquía por omisión de informar los potenciales peligros y riesgos a los que estaban expuestos junto con su familia al vivir en ese basurero.

¹⁴La señora Moreno Gómez tenía su vivienda en zona con importante cantidad de locales nocturnos que funcionaban con autorización del Ayuntamiento de Valencia desde 1974 con niveles sonoros superiores a los normales a lo que se agregó que si bien en 1983 la zona fue declarada acústicamente saturada, lo mismo se otorgaron *a posteriori* otros permisos que incrementaron los locales que allí funcionaban y por ende los ruidos

El Tribunal determinó que las violaciones al domicilio también pueden ser por ruidos, emisiones, olores u otras y la atribución de responsabilidad del Estado por omisión o inactividad por violación del art. 8º por no haber hecho cesar los excesivos ruidos que durante años se venían produciendo.

- *Caso Martínez Martínez c/ España, sentencia del 18 de octubre de 2011*¹⁵

Este caso es también otro de los llamados de contaminación acústica, el Tribunal constató que el demandante vive en zona donde los ruidos ambientales durante la noche son innegables y perturban su vida cotidiana calificando de grave esa contaminación por la gran intensidad y duración de la contaminación como también los problemas causados en salud¹⁶.

que ocasionaban gravísimas alteraciones en el sueño de los residentes aledaños. La denunciante recurrió al Ayuntamiento de Valencia, luego al Tribunal de Valencia el que no hizo lugar al recurso por determinar que la denunciante no había demostrado acabadamente el nexo entre el ruido y los problemas del sueño. Nuevamente recurrió al Tribunal Constitucional y agotados los recursos internos se presentó ante el Tribunal Europeo por violación del derecho contenido en el art. 8º de la Convención.

¹⁵ El demandante interpuso la demanda en abril de 2008 contra el Reino de España amparado en el art. 34 del Convenio para la protección de los DDHH y las libertades fundamentales alegando que los ruidos provocados por un bar musical situado a algunos metros de su domicilio vulneraban sus derechos al respeto de la vida privada y a la protección de la integridad física y psicológica invocando los arts. 3º y 8, 6 y 14 del citado Convenio. En el año 2001 se abrió una discoteca a menos de 10 metros de su domicilio, y solicitó una licencia para funcionar la que fue concedida en el año 2002 a pesar de distintos informes desfavorables emitidos por el Servicio de Protección de la Naturaleza del Ministerio del Interior, y el Servicio de Medioambiente de la Comunidad Autónoma de Murcia. El demandante continuó con sus presentaciones, el Juzgado Contencioso Administrativo Nº 1 de Cartagena aceptó parcialmente sus pretensiones y la anuló pero sin pronunciarse sobre los perjuicios. En el ínterin fue clausurado el salón cerrado, funcionando sólo la terraza descubierta. El demandante finalmente presentó un recurso de amparo por aplicación de los arts. 14, 18 y 24 del Convenio, recurso que le fue denegado. Finalmente, el Juzgado de Instrucción de Cartagena decidió continuar con la instrucción de la denuncia presentada por presunto delito contra el medioambiente.

¹⁶ Desde 2001 los informes médicos constataron el agravamiento de los problemas de salud de la hija del demandante que culminaron con taquicardia y ansiedad por lo que hubo que suministrarle ansiolíticos de manera puntual.

En relación a este aspecto el Tribunal estimó que el Estado demandado incumplió su obligación positiva de garantizar el derecho del demandante al respecto de su domicilio y de su vida privada, al amparo del art. 8° del Convenio por lo que ha habido vulneración de esta disposición¹⁷.

- *Caso Di Sarno y otros c/ Italia, sentencia de 10 de enero de 2012*¹⁸

Por la crisis, las autoridades italianas decretaron estado de emergencia desde febrero de 1994 hasta diciembre de 2009 por la amenaza al medio ambiente y también a la salud humana ocasionada por la malísima gestión de servicio de recogida y eliminación de basura que se amontonaba en grandes cantidades en la vía pública¹⁹.

El Tribunal señala que en circunstancias como la presente y aun cuando no puede ser probado que la vida y salud de los demandantes hayan estado en peligro, el art. 8° puede ser invocado “*cuando se produzca un daño grave al medio ambiente pues pueden afectar al bienestar de una persona y privarla del disfrute de su domicilio, sin por ello, poner en grave peligro la salud de los interesados*”²⁰. Concluye que se ha violado el art. 8° del Convenio en su componente material.

¹⁷ Puntos 54 y 55 de la sentencia del 18/10/2011, Demanda 21532/08.

¹⁸ Producido como consecuencia de la llamada “crisis de la basura o de los residuos”.

¹⁹ El pico de esta crisis se produce entre diciembre 2007 y julio 2008 por lo que 18 nacionales italianos demandaron al Estado italiano por vulnerar los arts. 2° y 8° del Convenio al no haber adoptado las medidas necesarias causando un grave daño al medio ambiente y poniendo en peligro la vida y salud de los habitantes. Tampoco había cumplido con el deber de brindar la respectiva información que permitiera a los interesados poder evaluar el riesgo que estaban corriendo, también los demandantes consideran que no se han respetado los arts. 6° y 13

²⁰ Enrique J. MARTÍNEZ PÉREZ, Jurisprudencia al día. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Residuos urbanos, Sentencia del TEDH de 10 de enero de 2012. Demanda núm. 30755/08, Sarno y otros c/ Italia (www.actualidadjuridicaambiental.com).

- *Caso Hardy y Maile c/ Reino Unido, sentencia de 14 de febrero de 2012*²¹

Este caso se destaca por alegarse riesgos potenciales para la salud de las personas y daño al medio ambiente en caso que se produjeran explosiones o choques de buques en los tanques instalados y se liberaran gases que provocaran tales daños.

Interesa señalar que el Tribunal consideró la posible aplicación del art. 8º por cuanto esa situación entrañaba un serio riesgo y peligro potencial haciendo valer el principio precautorio en esta oportunidad, no obstante valoró las diversas medidas adoptadas por el gobierno tanto legislativas, reglamentarias como los estudios realizados, lo que permitió cumplir con obligación que conlleva el citado artículo de respetar la vida privada, familiar y el hogar de los reclamantes con lo cual no ha habido la violación alegada.

- *Caso Martínez Martínez y Pino Manzano c/ España, sentencia del 3 de julio de 2012*

En este caso el Tribunal si bien declaró admisible la demanda falló que no había habido violación del art. 8º del Convenio²².

El Tribunal destaca que el “*presente asunto no atañe a una injerencia de las autoridades públicas en el ejercicio del derecho al respeto de la vida privada o del domicilio, sino que se trata de supuesta inactividad de las autoridades cuando debe poner término a*

²¹ Los hechos reclamados por los demandantes son la construcción y puesta en funcionamiento de dos terminales de gas natural líquido en el puerto de Milford Haven alegando que las autoridades británicas no han evaluado correctamente los riesgos de este tipo de instalaciones sobre el medio marino ni informado a la opinión pública las correspondientes informaciones por lo que consideran que han violado los arts. 2º y 8º del Convenio.

²² Los demandantes residen en Redova, Alicante, en una casa construida en un lugar declarado de interés público, situada a 200 metros de una cantera. Alegan ruido ambiental y polvo en el interior de su domicilio por el funcionamiento de la cantera. Los estudios realizados no demostraron la gravedad de estas dos situaciones alegadas no constatándose el nivel de ruido superior a los decibeles permitidos ni el polvo en demasía en la vivienda.

las agresiones causadas por terceros al derecho alegado por los demandantes”.

Por tanto constata la irregularidad del emplazamiento de su domicilio, en zona no habilitada para residencia como así también el ruido que no puede ser ponderado superior a los decibeles permitidos por lo que declara que no ha habido vulneración del derecho de los demandantes al respeto de su domicilio, como de su vida privada y familiar.

Consideraciones finales

La jurisprudencia seleccionada y comentada, tomando en cuenta el orden cronológico de las sentencias como así también particularidades especiales de cada una de ellas, demuestra esta vía adoptada por el Tribunal Europeo tanto para proteger los derechos de las personas vulnerados por cuestiones relacionadas con daños medioambientales como también la protección del medio ambiente.

Destacamos nuevamente esta vía indirecta por cuanto en los derechos que protege el Convenio Europeo de 1950 no está incluido el medio ambiente, entendiéndose ello en razón que a la época de su redacción todavía no se había desarrollado este derecho como tal.

Siguiendo a José Antonio Pastor Ridruejo y como nota final referida al valor que la Convención Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos atribuyen a la jurisprudencia, señalamos la conveniencia de respetar y atenerse a sus propios fallos en casos similares porque según lo expresado por el ex presidente del Tribunal, profesor Luzius Wildhaber: *“hacerlo de otro modo puede constituir un atentado al principio de igualdad ante la ley, puede violar las expectativas legítimas de quienes buscan justicia y puede ser visto como un intento de legislar, tarea encomendada únicamente al legislador elegido de modo democrático”.*

Asimismo y para explicar lo que se ha dado en llamar el *“principio de interpretación evolutiva de la Convención”* agrega que el Tribunal también ha dejado de lado el precedente cuando ha encontrado importantes razones para no seguirlo. Todo ello en función de reflejar los cambios tanto en los sentimientos como en la mentalidad de la sociedad.

¿Cuál es el equilibrio entre el precedente y su importancia y la posibilidad de cambiar la línea jurisprudencial? Encontramos un mecanismo apto para ello en el Protocolo 11 en vigor desde noviembre de 1998 que dispone en su artículo 30 que sólo puede hacerlo la Gran Sala de 17 jueces, es decir, que sólo una sala de amplia composición puede apartarse desde su propia línea de jurisprudencia.

Concretamente con relación a la normativa medioambiental y derechos humanos podemos señalar que el Tribunal reconoce que el derecho al medio ambiente no es absoluto, que debe valorarse también tanto las necesidades de la colectividad como lo actuado por los Estados. Evidentemente, deja en claro que la alteración que pueda producirse en el medio ambiente no necesariamente es una violación de la convención.

A su vez, en algunos fallos el Tribunal ha invocado pronunciamientos anteriores. Por ejemplo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, o el Convenio de Aarhus de Junio de 1998 sobre el acceso a la información y participación de los ciudadanos en la toma de decisiones en materia ambiental, lo que demuestra que integra resoluciones de otros tribunales, que en cierto modo hace suyas al decidir sobre situaciones de protección de derechos humanos- medio ambiente.

Entendemos que el Tribunal no está creando nuevos derechos que ampliarán los contemplados en el Convenio Europeo. Rescatamos la dimensión evolutiva de su jurisprudencia como también su inclinación quizás a brindar mayor protección a los derechos humanos y por ende al medio ambiente adecuado, como así se lo ha llamado, que permite hacer efectivos esos derechos que hacen a la propia soberanía de los Estados en un todo de acuerdo a la verdadera esencia y naturaleza de este Tribunal.

El 27 de junio de 2003 la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa aprobó la Recomendación N° 1614 referida a “*Environment and human rights*”, señalando que el Comité de Ministros evalúe la conveniencia de adoptar un Protocolo Adicional en el ámbito de la Convención Europea de Derechos Humanos, que plasme un procedimiento individual para proteger al medio ambiente.

Entendemos que la adopción de un Protocolo específico permitiría reforzar la protección del medio ambiente además de la tan valorada vertiente jurisprudencial del Tribunal.

En el ámbito de Naciones Unidas, la Alta Comisionada para los Derechos Humanos presentó un “Estudio Analítico de la relación entre

los derechos humanos y el medio ambiente” ante la Asamblea General el 16 de diciembre de 2011, el que en el punto VI referido a la jurisprudencia de los sistemas regionales de derechos humanos analiza los tres sistemas regionales de derechos humanos: africano, interamericano y europeo señalando, en relación a este último que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha contribuido a aclarar la relación entre los derechos humanos y el medio ambiente, particularmente en los casos de contaminación ambiental, determinando que la contaminación ambiental puede obstaculizar el disfrute de varios derechos protegidos, en particular el derecho a la vida y el derecho a la vida privada y familiar, teniendo el Estado la obligación positiva de proteger a las personas de los riesgos ambientales”, entre otros conceptos contenidos en los puntos 37, 38, 39 y 40 del citado informe.

EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL ACUERDO MARCO ENTRE GRAN BRETAÑA Y NORUEGA RELATIVO A LA COOPERACIÓN PETROLERA TRANSFRONTERIZA

THE DISPUTE SETTLEMENT SYSTEM IN THE FRAMEWORK AGREEMENT BETWEEN GREAT BRITAIN AND NORWAY ON OIL CROSS-BORDER COOPERATION

*Eduardo José Pintore **

Resumen: El trabajo analiza el Acuerdo Marco entre Gran Bretaña y Noruega sobre la cooperación transfronteriza en materia petrolera, tomando en consideración aspectos relativos al tipo de medio de solución de controversias.

Palabras-clave: Acuerdo - Cooperación transfronteriza - Solución de controversias.

Abstract: This paper analyzes the Framework Agreement between Great Britain and Norway on oil transboundary cooperation, taking into account aspects of the means of disputes settlement of the treaty.

Keywords: Agreement - Transboundary cooperation - Settlement of disputes.

Sumario: I. Introducción. II. La cuestión de la jurisdicción en el Acuerdo. III. Prevención de controversias. IV. El Foro Marco. V. La solución de controversias en el Acuerdo. - A. Controversias de naturaleza técnica. B. Controversias sobre la interpretación y aplicación del Acuerdo. VI. Conclusiones.

* Abogado (UNC). Magister Legum (LL.M.) y Doctor en Derecho, ambos por la *Freie Universität Berlin* de Alemania. Profesor de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro del Instituto de Derecho Internacional Público y de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

I. Introducción

El Acuerdo Marco para la cooperación petrolera transfronteriza firmado entre Noruega y el Reino Unido de Gran Bretaña ¹ tiene por finalidad regular la actividad petrolera transfronteriza ² y surge en el marco de un desarrollo que comenzó a mediados de los años sesenta del siglo pasado ³.

Como es usual en tratados que se refieren a actividades vinculadas con recursos naturales transfronterizos, este acuerdo también presenta cláusulas de solución de controversias surgidas por el ejercicio de actividades vinculadas con la exploración y explotación de esos recursos. Finalidad de este trabajo es -en continuación con investigaciones anteriores ⁴- determinar las características de estos mecanismos y establecer si hay una matriz común que pueda ser encontrada en ellos.

II. La cuestión de la jurisdicción en el Acuerdo

El primer capítulo trata sobre los “principios generales” que regirán las actividades por él regladas y, en consecuencia, también sobre la resolución de controversias que de tales actividades puedan surgir.

¹ Framework Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Kingdom of Norway concerning Cross-Boundary Petroleum Co-operation, firmado en Oslo el 4 de abril de 2005 y que aún no ha entrado en vigor. El texto original en inglés puede ser consultado en: <http://www.official-documents.gov.uk/document/cm67/6792/6792.pdf> Fecha de consulta: 7/7/2013. En adelante: “Acuerdo”.

² Artículo 1° inciso 1 del Acuerdo.

³ Al respecto ver: Avril Lee WONG, “The North Sea experience. An analysis of crossborderunitisation and movetowardsestablishinganinternational legal framework”, University of Dundee, 2010, accesible en: <http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/gateway/?news=30827> Fecha de consulta: 7/8/2013.

⁴ Nos referimos sobre todo a: Eduardo J. PINTORE, “Lineamientos generales en los procedimientos de solución de controversias sobre recursos naturales transfronterizos”, en www.microjuris.com (MJ-DOC-6221-AR | MJD6221), Buenos Aires, 2013.

La primera cuestión que este acuerdo resuelve es aquella de la jurisdicción. En etapa inicial firma que nada de lo dispuesto en este Acuerdo afectará los derechos soberanos que el Derecho Internacional le reconoce a uno y otro Estado sobre su respectiva plataforma continental. En virtud de ello, cada instalación ubicada sobre la plataforma continental de Gran Bretaña caerá bajo la jurisdicción de ésta y cada instalación ubicada en la plataforma continental de Noruega caerá bajo la jurisdicción de ese Estado⁵. Se sigue así el principio territorial de forma decidida y coherente. El lograr claridad en lo relativo a la jurisdicción significa un primer paso para evitar, justamente, aquellas controversias internacionales que se plantean sobre qué tribunal es el competente para entender un asunto dado.

III. Prevención de controversias

Tal como se ha observado en trabajo anterior⁶, el sistema más eficaz y más utilizado para prevenir el surgimiento de controversias es el de intercambio de información entre los Estados partes, sobre todo proyecto o actividad que tenga que ver con la actividad transfronteriza. Esto se refleja claramente en el Acuerdo. Es así que en lo relativo al otorgamiento de autorizaciones a cargo de los Estados, el Acuerdo establece que un Estado no puede alterar o modificar las autorizaciones dadas, sin antes consultar con el otro Estado⁷. También con respecto a los estándares y requerimientos relativos a la salud, seguridad y al cuidado del medio ambiente se establece que deben ser compatibilizados por ambos Estados. El acuerdo dispone un sistema de consultas entre ambos Estados sobre estos aspectos⁸. Esto se ve complementado por una medida de control eficaz del cumplimiento de lo acordado: el sistema de visitas de inspectores de un Estado en las instalaciones ubicadas sobre la plataforma continental del otro Estado y en los demás puntos del territorio estatal, donde

⁵ Artículo 1 inciso 3 del Acuerdo.

⁶ Ver nota a pie de página N° 3.

⁷ Artículo 1 inciso 4 del Acuerdo.

⁸ Artículo 1 inciso 5 del Acuerdo.

lleguen las terminales de esas instalaciones. Se trata de asegurar el acceso físico de los inspectores a las instalaciones a fin de llevar a cabo un monitoreo de la actividad y su correspondencia con los estándares y requerimientos relativos a la seguridad y protección de la salud y el medioambiente. Las facultades de los inspectores se complementan con posibilidades de consultas y acceso a información relevante sobre la actividad⁹. Si un inspector detecta algún incumplimiento a los estándares o requerimientos acordados en la plataforma continental del otro Estado, le solicitará al inspector de ese Estado que tome las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento. Si ambos inspectores no se ponen de acuerdo sobre un determinado asunto, éste será remitido a las autoridades competentes de uno y otro Estado¹⁰. Si a juicio de un inspector existe un peligro sobre la vida o la integridad física del personal y no hay tiempo para consultas entre inspectores, el inspector solicitará la detención de algunas o todas las operaciones del proyecto transfronterizo y elevará inmediatamente un informe a las autoridades competentes de ambos Estados, quienes realizarán consultas para determinar las medidas de seguridad requeridas y reanudar prontamente la actividad¹¹.

Igualmente están previstas consultas entre los dos Estados partes en caso de emergencia nacional o internacional. Estas consultas deberán facilitar la toma de medidas conjuntas con respecto a la continuación de la explotación petrolífera o el uso de sus infraestructuras¹².

Toda actividad transfronteriza comienza con una autorización. Dependiendo del ámbito geográfico en que ésta será realizada y en concordancia con el principio territorial del artículo 1 inciso 3, el Acuerdo contempla aquellos casos en que la autorización debe ser dada por ambos Estados o aquellos casos en que la autorización depende de un solo Estado. En este último caso el Acuerdo impone la obligación de consulta del Estado autorizante con el otro Estado antes de emitir tal autorización. De este modo, el Acuerdo también en esta materia prevé mecanismos con

⁹ Artículo 1 inciso 6 del Acuerdo.

¹⁰ Artículo 1 inciso 6 párrafo 3 del Acuerdo.

¹¹ Artículo 1 inciso 6 párrafo 4 del Acuerdo.

¹² Artículo 1 inciso 9 del Acuerdo.

efectos preventivos de posibles controversias internacionales originadas en este caso por la emisión de autorizaciones.

También, en lo que respecta a autorizaciones que están por expirar o por ser revocadas, o que habiendo expirado o a punto de expirar aún no se ha buscado su renovación o que es probable que sea o haya sido objeto de renuncia, el Acuerdo establece la obligación de consultar al otro Estado para considerar la conveniencia práctica o económica de su continuación¹³.

La obligación de consulta entre ambos Estados se prevé en caso de desmantelamiento de instalaciones de proyectos transfronterizos. Allí ambos Estados fijarán los métodos, formas y plazos del desmantelamiento¹⁴.

Por su parte, el plan de explotación de la reserva transfronteriza, como así también cada enmienda al mismo, debe ser sometido por el operador de la unidad a la aprobación de ambos gobiernos¹⁵.

La cuestión del comienzo de la producción está también sujeta a consulta y acuerdo de ambos gobiernos. De este modo, el artículo 3 inciso 10 del Acuerdo ordena que ningún gobierno autorizará el inicio de producción antes de que se haya llegado a pleno acuerdo sobre el Acuerdo de Licenciatarios, la elección del operador de unidad y el plan de desarrollo de la explotación de la reserva transfronteriza. Del mismo modo, la cesación de producción y sus plazos debe estar acordada por ambos gobiernos¹⁶.

El Acuerdo también prevé consultas entre ambos gobiernos para la constitución de tarifas de ingreso y egreso a los oleoductos.

Del mismo modo, en los casos de reservas transfronterizas que son explotadas como una unidad, el Acuerdo dispone normas preventivas de conflictos basadas en la consulta y el acuerdo entre los dos gobiernos. Se exige la elaboración de un “Acuerdo de Licenciatarios” impulsado por parte de ambos gobiernos el cual contendrá, entre otros, las características geográficas y geológicas de la reserva transfronteriza a explotar, la

¹³ Artículo 1 inciso 13 del Acuerdo.

¹⁴ Artículo 1 inciso 14 del Acuerdo.

¹⁵ Artículo 3 inciso 9 del Acuerdo.

¹⁶ Artículo 3 inciso 12 del Acuerdo.

cantidad de reserva y la metodología aplicada para su medición, el prorrateo de reservas entre las licencias concedidas por uno y otro gobierno, y el procedimiento con sus plazos para la solución de controversias sobre todos estos puntos citados.

Como se ha podido comprobar, el Acuerdo dispone en numerosas ocasiones la obligación de consulta entre ambas partes contratantes antes de tomar una decisión, ya sea ésta conjunta o individual. Esta obligación de consulta implica una obligación de informar a la contraparte en el Acuerdo, tal como se desprende del articulado analizado.

IV. El Foro Marco

Para proveer a todo este sistema de consultas de un espacio en donde éstas se lleven a cabo, el Acuerdo establece un “Foro Marco” (*Framework Forum*)¹⁷. Se trata de un órgano creado por este Acuerdo y constituido por representantes de ambos gobiernos. Este órgano se reunirá dos veces al año o en diversos intervalos acordados por ambos gobiernos y tendrá como funciones principales asegurar consultas e intercambios de información continuos, lo cual constituye en una instancia preventiva de conflictos. Pero el mismo Acuerdo le asigna otra función importante: será el órgano encargado de resolver todas aquellos “asuntos” (*issues*) en que no sea necesario activar las previsiones de solución de controversias establecidas en el Capítulo 5 del Acuerdo. El Acuerdo mismo no establece ninguna restricción sobre la naturaleza de los asuntos que pueden ser tratados por el Foro Marco, por lo que se debe concluir que cualquier cuestión que se suscite puede ser tratada por los representantes de ambos Estados en este órgano. El Acuerdo menciona expresamente las controversias que puedan surgir en la fijación de las tarifas para el uso de los sistemas de oleoductos. Este ejemplo es interesante ya que establece que si estos asuntos no pueden ser resueltos en el Foro Marco, serán sometidos a la Junta de Conciliación, regulada en el Capítulo 5 del Acuerdo¹⁸. De todos modos, muchos de los posibles asuntos o

¹⁷ Artículo 1 inciso 15 del Acuerdo.

¹⁸ Ver artículo 5 inciso 2 del Acuerdo.

cuestiones que aún no lleguen a constituir “controversia” serán resueltos en esta instancia, evitando así la necesidad de activar la Junta de Conciliación que prevé el Acuerdo. En virtud de las facultades a él asignadas, el Foro Marco se constituye en una instancia de prevención de posibles controversias que pudieran surgir de las actividades transfronterizas.

V. La solución de controversias en el Acuerdo

Luego que el capítulo primero ha establecido una serie de principios y pautas generales y mecanismos que actúan en la prevención de controversias, el capítulo segundo trata ya de la actividad fronteriza misma. Aquí encontramos diversas normas que tratan ya sobre la solución de controversias.

El Acuerdo realiza tácitamente una distinción entre el tipo de controversias que se puedan suscitar, asignándole a cada tipo un procedimiento distinto. Es así que se identifica un procedimiento para aquellas controversias de naturaleza prevalentemente técnica y aquellas otras que tienen que ver con la interpretación y/o aplicación del Acuerdo, esto es, aquellas controversias que, a la par de su significación jurídica, pueden llegar a tener incluso una significación política.

a. Controversias de naturaleza técnica

El Acuerdo de Licenciarios, al determinar la reserva transfronteriza a ser explotada a través de datos geográficos, geológicos, la cantidad de reservas detectadas y los métodos para su medición, etc., contiene una serie de cuestiones de naturaleza prevalentemente técnica y es una posible fuente de numerosos desacuerdos entre las partes. El Acuerdo provee, en consecuencia, un sistema de solución de controversias surgidas en esta materia. De ese modo, en caso en que un gobierno no esté de acuerdo con la determinación de la reserva fronteriza establecida en el Acuerdo de Licenciarios, se lo hará saber de forma inmediata al otro gobierno. Aquí los dos gobiernos deberán utilizar “sus mejores esfuerzos” para solucionar la falta de acuerdo. El operador podrá presentar planes

alternativos sobre la determinación de las reservas transfronterizas. Si dentro del plazo de 60 días, u otro que ambos gobiernos acuerden, no se ha alcanzado una solución, la controversia será sometida a la “rápida e imparcial” decisión de un experto¹⁹. A ese efecto, el Acuerdo dispone de todo un Anexo, el “D”, para la elección del experto y el procedimiento que se seguirá. El experto será elegido de común acuerdo por ambos gobiernos de entre las más reconocidas personalidades u organizaciones de competencia sobre el asunto a resolver. Del mismo modo será elegida toda persona que asista al experto en la toma de decisiones²⁰. Si no se llegara a un común acuerdo en la elección del experto o su asistente en el término de seis semanas, ambos gobiernos pedirán al presidente del Institut Français du Pétrole o a otra persona u organización, en este caso median-do acuerdo de ambos gobiernos, que designe un experto de entre una nómina de dos candidatos, designados cada uno por uno y otro gobierno. Si sólo un gobierno ha elegido un candidato, éste será elegido como experto o asistente según el caso²¹. Cada gobierno se compromete a otorgar acceso pleno a la información requerida por el experto, siendo el manejo de esa información confidencial. Cada reunión o comunicación que el experto realice con uno de los gobiernos, lo realizará con la presencia o conocimiento del otro gobierno²². Dentro de las 12 semanas de su afeción, el experto emitirá una decisión provisoria y fundada y se la notificará a ambos gobiernos. Los gobiernos tendrán un plazo de 8 semanas, si no acordaran uno distinto, para pedir aclaraciones o realizar presentaciones sobre la decisión y sus fundamentos. Pasado este plazo el experto dispone de un plazo de cuatro semanas para dictar una decisión definitiva. Esta decisión es vinculante para ambos gobiernos, salvo fraude o error manifiesto en ella. Tomada esta decisión, ambos gobiernos deberán asegurarse de que sea aplicada por el operador de la unidad de explotación de la reserva transfronteriza²³. En esta regulación se observa claramente cómo la resolución de controversias de carácter prevalentemente

¹⁹ Artículo 3 inciso 4 del Acuerdo.

²⁰ Párrafo 2 del Anexo D del Acuerdo.

²¹ Párrafo 3 del Anexo D del Acuerdo.

²² Párrafo 4 del Anexo D del Acuerdo.

²³ Párrafo 5 del Anexo D del Acuerdo.

técnico, se dejan a cargo de un perito experto y no se aplican a este tipo de controversias los medios diplomáticos o jurisdiccionales de solución de controversias, típicos para desacuerdos entre Estados.

b. Controversias sobre la interpretación y aplicación del Acuerdo

El Acuerdo dispone, en su capítulo quinto, un sistema de solución de controversias, cuando éstas no tienen un mero carácter técnico, sino que se trata de la interpretación y de la aplicación del Acuerdo.

En ese sentido, el artículo 5 inciso 1 prevé la constitución de una Junta de Conciliación (*conciliation board*) en todos aquellos casos en que la controversia se suscite sobre la interpretación o aplicación del Acuerdo, incluidas todas aquellas materias resueltas por el mismo. Esta norma conoce dos excepciones: a) Las disputas que en virtud del mismo Acuerdo sean susceptibles de ser sometidas a la decisión de un experto, sistema previsto en el artículo 3 inciso 4 ya analizado más arriba. Se trata aquí de las controversias que pudieran surgir con motivo de la determinación de la unidad de explotación transfronteriza, es decir, se trata de controversias de carácter prevalentemente técnico. b) La excepción propiamente dicha, es decir, que ambos gobiernos de común acuerdo dispongan “otra cosa”²⁴. El sentido general de esta norma lleva a pensar que las partes pueden acordar otro medio de solución de la controversia planteada por la interpretación o aplicación del Acuerdo o de toda materia por él resuelta o pueden acordar posponer su resolución. Esta última disposición constituye en facultativo el sometimiento de la disputa a una Junta de Conciliación, dejando a salvo de este modo el principio de libertad de elección de los medios de resolución de las controversias internacionales. En caso que ni una u otra excepción tenga lugar, cualquiera de los dos gobiernos puede someter la controversia al procedimiento de la Junta de Conciliación dispuesto por el Acuerdo, pudiendo ser remitidas a la misma todos los asuntos que no pudieron ser resueltos en el Foro Marco²⁵.

²⁴ Artículo 5 inciso 1 del Acuerdo.

²⁵ Tal como se observó en el ejemplo del artículo 5 inciso 2 del Acuerdo.

Dicha junta estará compuesta por cinco miembros. Cada gobierno elegirá dos miembros y el quinto miembro será elegido por estos cuatro miembros, no pudiendo ser éste nacional ni residente de Gran Bretaña ni Noruega. Este quinto miembro será el presidente de la Junta. En caso de que uno de los gobiernos no designe miembros de la Junta luego de pasado un mes de ser requerido, el otro gobierno podrá solicitar al presidente de la Corte Internacional de Justicia que designe el número faltante de miembros de la misma. Del mismo modo se procederá en caso de que los cuatro miembros elegidos por los gobiernos no se pongan de acuerdo sobre el quinto miembro de la Junta²⁶. Para el cumplimiento de sus funciones la Junta de Conciliación tiene derecho a acceder a toda información relevante y realizar consultas con las partes.

La decisión de la Junta será tomada por simple mayoría de sus miembros y será vinculante para ambos gobiernos²⁷. Aquí se observa una diferencia básica con las “comisiones de conciliación”, las cuales, como medio diplomático de controversias internacionales, realizan meras propuestas para la solución de la controversia sin poseer las mismas carácter vinculante. El carácter vinculante de la decisión de la Junta de Conciliación le otorga a ella facultades propias de un medio jurisdiccional de solución de controversias internacionales, tales como el arbitraje internacional. La forma de nombramiento de sus miembros se asimila igualmente a un tribunal arbitral. Sólo la falta de un verdadero procedimiento lo distingue de éste medio jurisdiccional²⁸.

La Junta de Conciliación puede ser convocada también por cualquiera de las partes, si el Foro Marco no pudo solucionar alguna controversia relativa a las tarifas de egreso de un sistema de oleoductos. En este caso la

²⁶ Artículo 5 inciso 1, párrafos de 1 a 4.

²⁷ Artículo 5 inciso 1, párrafos de 5 a 8.

²⁸ Sobre las diferencias entre arbitraje y comisión de conciliación ver, por ejemplo: Iván BERNIER y Nathalie LATULIPPE, “La Convención Internacional sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales. La conciliación como forma de solución de las controversias en el área cultural”, accesible en: http://www.diversite-culturelle.qc.ca/fileadmin/documents/pdf/document_reflexion_esp.pdf
Fecha de consulta: 12/8/2013.

Junta deberá resolver, si las tarifas determinadas por el gobierno en cuestión, son acordes a los principios establecidos por el mismo Acuerdo²⁹.

VI. Conclusiones

Del análisis de las normas del Acuerdo relativas a la solución de las controversias que se pudieran suscitar de la actividad por él reglada, también en este instrumento se observa a grandes rasgos los mismos elementos de una estructura básica, tal como fueran detectados en otros acuerdos internacionales analizados en trabajos anteriores³⁰.

En ese sentido también en el Acuerdo se destaca una normativa tendiente a establecer consultas entre las partes en los más diversos aspectos de la actividad relacionada con las reservas petrolíferas transfronterizas. Estas consultas se establecen ya sea para el intercambio de información, disponiendo en varios casos una verdadera obligación de informar, o para la toma de decisiones, corresponda ésta a uno o a ambos Estados partes. De este modo el sistema de consultas funciona como un medio de prevención de posibles controversias, evitando que ellas se produzcan a través del diálogo directo entre las partes. Tal como se observara en otros tratados analizados en trabajos pasados, también el Acuerdo institucionaliza el diálogo creando un órgano, el Foro Marco, en el cual los representantes de ambas partes discuten los diversos asuntos que se puedan suscitar de la actividad transfronteriza. Estos “asuntos” pueden ser de cualquier naturaleza, ya que el Acuerdo no establece ninguna restricción al respecto.

En cuanto a las controversias que pudieran surgir pese al sistema de prevención establecido, se observa una clara división entre controversias de carácter prevalentemente técnico, propias de la actividad desarrollada, de aquéllas que tienen un carácter eminentemente jurídico-político, que se refieren a la interpretación y/o aplicación del tratado o sobre

²⁹ Artículo 5 inciso 2 del Acuerdo. Estos principios se encuentran mencionados en los Anexos B y C del Acuerdo y son, entre otros, el de no discriminación, transparencia y ecuanimidad.

³⁰ Ver nota a pie de página nr. 3.

cualquier materia resueltas en el mismo en terminología del Acuerdo, asignándole a unas y a otras un medio de solución de controversias diferenciados.

Las cuestiones de naturaleza prevalentemente técnica vienen resueltas por un órgano especializado en la materia a resolver: El Acuerdo prevé la figura del “experto” y, en su caso, el asistente del mismo los cuales serán elegidos teniendo en cuenta su preparación y la materia a decidir. El experto es un técnico que resuelve cuestiones meramente técnicas. Por ello, estos tipos de controversias están excluidas del sistema de la Junta de Conciliación³¹

Las controversias relativas a la interpretación y/o aplicación del Acuerdo y a toda materia en él resuelta es sometida a la Junta de Conciliación, si ambas partes no deciden someterla a otro medio general de resolución de controversias internacionales. Este órgano, cuyos miembros son elegidos en una forma muy similar a la de los tribunales arbitrales, pero que carece de un procedimiento como es común en estos tribunales, tiene la facultad de dictar decisiones que son vinculantes para ambas partes. En general se observa aquí, como es usual en otros acuerdos internacionales, que se establece un mecanismo de solución de controversias dejando a salvo empero la libertad de las partes de elegir otro camino.

Del análisis aquí efectuado se corrobora nuevamente la presencia de una estructura conformada por un nivel de prevención de conflictos y por un tratamiento diferenciado de controversias de acuerdo a la naturaleza técnica o a la naturaleza jurídico-política que ellas presenten.

³¹ Artículo 5 inciso 1 del Acuerdo.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
CASO: “FRONERÓN E HIJA VS. ARGENTINA”
Sentencia del 27 de abril del 2012 (Fondo, Reparaciones
y Costas)

INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS
CASE: “FRONERÓN AND DAUGHTER VS. ARGENTINA”
Judgment of April 27, 2012 (Merits, Reparations and Costs)

*Diego García Montaña**

Resumen: El trabajo reseña la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso relativo a los derechos que le asisten a un padre biológico con respecto a su hija menor de edad, teniendo en cuenta el interés superior del menor.

Palabras-clave: Jurisprudencia - Corte Interamericana de Derechos Humanos - Derechos del padre biológico - Interés superior del menor.

Abstract: The paper reviews the judgment of the Inter-American Court of Human Rights in the case concerning the rights that correspond to a biological father regarding their minor daughter, taking into account the best interests of the child.

Keywords: Jurisprudence-American Court of Human Rights - Rights of the biological father - Best interests of the child.

Sumario: I. Introducción. II. Los hechos. III. Introducción del la causa de la controversia. IV. Procedimiento ante la Corte. V. Competencia. VI. Prueba. VII. Consideraciones previas. VIII. Garantías judiciales y protección judicial. VIII a. Consideraciones sobre el plazo razonable: complejidad del asunto, actividad procesal del interesado, conducta de las autoridades judiciales, afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso. IX. Consideraciones de la Corte sobre la debida diligencia de las autoridades judiciales en el proceso de

* Abogado (UNC). Profesor de Derecho Internacional Público de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Miembro del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina.

guarda. X. Consideraciones de la Corte sobre el derecho a un recurso efectivo. XI. Consideraciones de la Corte respecto de la protección de la familia. XII. Consideraciones de la Corte respecto del deber de adoptar disposiciones de derecho interno. XIII Reparaciones. XIV. Puntos resolutivos. XV Consideraciones finales.

I. Introducción

En el presente caso la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó sentencia¹ sobre los derechos que le asisten a un padre biológico con respecto a su hija menor de edad, teniendo en cuenta el interés superior de la niña.

Declaró responsable y dispuso diversas medidas, contra el Estado Argentino.

II. Los hechos

El 16 de junio del 2000 nació en el Sanatorio Policlínico de Victoria, Entre Ríos, República Argentina, una niña a la que se denominará como “M”, hija biológica de la Sra. Diana Elizabeth Enríquez y del señor Leonardo Aníbal Javier Fornerón.

Ambos tuvieron una corta relación que culminó antes de que naciera la niña. El Sr. Fornerón desconocía el embarazo hasta aproximadamente el quinto mes de gestación de la madre, en el que, por una amiga en común, se anoticia de tal situación.

A los pocos días, el Sr. Fornerón le preguntó en reiteradas oportunidades a la Sra. Enríquez si él era el padre; a lo que ella le respondía invariablemente en el sentido que él, no lo era.

¹ La Corte estuvo integrada por los siguientes jueces: Diego García Sayán, presidente; Manuel Ventura Robles, Margarette May Macaulay, Rhadys Abreu Blondet, Alberto Pérez Pérez y Eduardo Vio Grossi

Al día siguiente del nacimiento de la criatura, la madre biológica entregó a la niña al matrimonio “B-Z”², pareja que residía en la provincia de Buenos Aires, en la República Argentina.

El Sr. Fornerón, que ya había tomado conocimiento del suceso relatado en el párrafo anterior, volvió a preguntarle a la Sra. Enríquez, acerca de si él era el padre de la niña, respondiéndole ella esta vez, que efectivamente, sí era el padre.

El 3 de julio del 2000, 17 días después del nacimiento de la menor, el Sr. Fornerón y la Sra. Enríquez comparecen ante la Defensoría de Pobres y Menores de Rosario del Tala. Allí, la Sra. Enríquez manifestó que Fornerón no era el padre.

El 15 de julio del 2000 el Sr. Fornerón se presenta ante el Registro Civil de la localidad y reconoce legalmente a su hija.

Además, el Sr. Fornerón se presenta ante la Fiscalía en turno y efectúa una exposición relatando los acontecimientos.

La Fiscalía, tras conocer los hechos relatados por el Sr. Fornerón, solicita al juez de instrucción que adopte medidas previas, ante la incertidumbre sobre el destino real de la niña, teniendo en cuenta las numerosas contradicciones en las que había incurrido la Sra. Enríquez.

Asimismo, el órgano judicial consideraba que no se podía descartar que se hubiera cometido un delito de los previstos en el Título 4, Capítulo 2, del Código Penal Argentino, sobre: “*Supresión y Suposición del Estado Civil y de la Identidad*”.

El juez de instrucción, con fecha 28 de julio del 2000, determinó “*la falta de pertenencia*” de algunas de las medidas solicitadas por la Fiscalía, toda vez que “*quedaba claro que no ha existido en la especie ni se han consumado conductas delictivas de las previstas y sancionadas*” en el Código Penal.

En definitiva, el juez de instrucción considera que no se ha consumado ningún delito y decide archivar las actuaciones, al no encuadrar las

² La Corte Interamericana de Derechos Humanos se refiere a la niña como “M” y al matrimonio adoptante como “B-Z”, con el fin de proteger la identidad de aquella. Conf. pág. 3 de la sentencia, referida a la “*Introducción de la Causa y Objeto de la Controversia*”.

conductas descritas en figura penal alguna, ya que el supuesto reconocimiento de su hija extramatrimonial por parte del Sr. Fornerón, se incorporó al expediente recién en septiembre del año 2000, esto es, con posterioridad a la sentencia del juez de instrucción³.

La Fiscalía, por su parte, presenta en tiempo y forma un recurso de apelación contra la decisión del archivo, ante la Cámara en lo Criminal de Guleguay, la que el 12 de septiembre del 2000 revoca el auto apelado y ordena al juez de primera instancia a que continúe con la investigación instructoria.

El 31 de enero del 2001, el juez de instrucción responde a lo peticionado por el órgano superior, ratificando que ha arribado a las mismas conclusiones que hiciera con anterioridad, por lo que ordena el archivo de la causa.

La Fiscalía vuelve a apelar contra la decisión del juez de la causa con fecha 5 de febrero del 2001 y agrega para mayor abundamiento de pruebas, que el estudio de ADN practicado en el caso, ha dado favorable al Sr. Fornerón, pese a lo cual, el juez archivó la causa.

La Cámara, con fecha 26 de abril del 2001, rechaza la apelación de la fiscalía y confirma el auto de archivo, ya que no *“puede sospecharse la existencia de actos de ejecución de los delitos que se reprimen... en el Título IV del Libro Segundo del Código Penal”*, ya que la ley 24.410 (que modifica estos artículos), *“no tuvo como propósito la represión de actividades de quienes lucran con la venta o intermedian con la entrega del niño, con fines benévolos o humanitarios”*.

Además, el juez de instrucción y pese al ADN favorable a Fornerón y del reconocimiento previo de la paternidad de la niña ante la Defensoría de Menores, optó por negarle los derechos al padre, ya que consideró que sería dañino para la niña el traspaso a éste (marzo del 2001), otorgándole la guarda por un año al matrimonio “B-Z”. En uno de los párrafos que da fundamento a su resolución, el magistrado sostiene que: *“Sería sumamente dañino psicológicamente para la niña, el traspaso de la familia a la que reconoce... a otra a la que desconoce... (y que) el alejamiento de*

³ El magistrado ponía de manifiesto que la conducta de la Sra. Enríquez no estaba encaminada a vulnerar ningún supuesto derecho de paternidad del Sr. Fornerón, *“... porque sencillamente, éste carece de tal condición hasta tanto no reconozca a su presunta hija”*.

la niña de sus afectos y de su ambiente sería sumamente traumático, pudiéndole ocasionar daños emocionales graves e irreversibles... ”.

En la sentencia por la que otorgó la guarda de la niña al matrimonio “B-Z”, el juez tuvo especialmente en cuenta el interés superior de la niña, que prima sobre los derechos del padre, y dejaba abierta la posibilidad de que en un futuro, el padre biológico pudiera tener un régimen de visitas para mantener un contacto con la niña.

En el mes de junio del 2003 (la niña ya tenía 3 años), la Cámara Segunda de Paraná revoca lo resuelto por Primera Instancia y deja sin efecto la guarda establecida.

Entre sus considerandos, el cuerpo de alzada dijo que no se había tenido en cuenta el derecho a la identidad de la niña y que, por otra parte, no se le podía atribuir desidia al comportamiento del Sr. Fornerón durante la tramitación de la causa.

Finalmente, decía la Cámara que el reconocimiento por parte del padre de la niña en al Registro Civil: “...*jurídica y legalmente, y mientras no fuera impugnada su paternidad, le otorgaba el carácter invocado, con todos los derechos y deberes que ello conlleva...*”.

El matrimonio “B-Z”, a su vez, con fecha 27 de junio del 2003 interpuso un recurso de inaplicabilidad de ley contra la sentencia de Cámara que revocó la guarda judicial.

El 20 de noviembre del 2000, el Superior Tribunal de Entre Ríos, declaró procedente el recurso, revocó la decisión de la Cámara y confirmó la sentencia de Primera Instancia.

El alto cuerpo tuvo en cuenta al momento de emitir su fallo, fundamentalmente, el tiempo transcurrido, esto es, que la niña ya hacía más de tres años que vivía con el matrimonio “B-Z”.

Si bien el Superior Tribunal reconocía lo establecido por el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en el sentido que establece la obligación del Estado de no separar a un niño de sus padres en contra de la voluntad de éstos; también dicha norma contempla una “*reserva de revisión judicial*”, para aquellos casos en los que debe priorizarse el interés superior de niño, lo que era legítimamente aplicable al caso en cuestión, toda vez que: “*los vínculos biológicos no son significativos*”.

La cuestión central para este Tribunal era poder dar solución al conflicto entre el derecho subjetivo del padre biológico y el interés superior de la niña.

El 4 de diciembre del 2003, el Sr. Fornerón interpone un recurso de apelación extraordinaria federal, el cual fue denegado el 2 de abril del 2003 por no cumplir con los requisitos formales de admisibilidad.

Paralelamente, Fornerón inicia un juicio de derecho de visitas. A raíz de ello, es que el 21 de octubre del 2005, el Sr. Fornerón y su hija (que ya tenía 5 años), tuvieron el primer y único encuentro, en un hotel, durante 45 minutos, en presencia de una psicóloga designada por el matrimonio “B-Z” y de un observador del Juzgado de Primera Instancia.

Posteriormente, en mayo del 2011, se celebró una audiencia en la Sala Civil y Comercial del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, en la que se escuchó a la niña, que ya estaba próxima a cumplir 11 años, al Sr. Fornerón y al matrimonio “B-Z”. La niña manifestó que Fornerón era un desconocido para ella, aunque no se opuso a algún conocimiento futuro.

Como corolario de la audiencia, las partes acordaron establecer un régimen de visitas progresivo para el Sr. Fornerón, un pacto de confidencialidad, y que Fornerón no realizaría nuevas denuncias penales o civiles que pudieran perturbar la vida de la menor y la de sus padres adoptivos.

III. Introducción de la causa de la controversia

El 29/11/2010, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Comisión), sometió a la jurisdicción de la Corte Interamericana una petición presentada el 14/10/2004 por Leonardo Aníbal Javier Fornerón y por Margarita Rosa Nicoliche, representante legal del Centro de Estudios Sociales y Políticos para el Desarrollo Humano (en adelante, el CESPPEDH).

El día 26/10/06, la Comisión adoptó el Informe de Admisibilidad, y el 13 de julio del 2010 aprobó el Informe de Fondo, por el que se le hacía una serie de recomendaciones a la República Argentina, otorgándole 2 meses para informar sobre el cumplimiento de las recomendaciones.

Vencido el plazo (y una prórroga solicitada por Argentina), la Comisión sometió el caso a la Corte, atento a la falta de cumplimiento en las recomendaciones y ante la necesidad de obtener justicia y protección efectiva de los derechos a la protección a la familia y al interés superior de la niña, así como a la necesidad de que el Estado argentino modifique

su ordenamiento en materia de venta de niños y repare de manera integral las violaciones a los DD.HH. del presente caso.

Según la Comisión, la niña fue entregada en guarda preadoptiva por su madre, a un matrimonio, sin el consentimiento de su padre biológico, quien no tiene acceso a la niña, ni tampoco el Estado ha ordenado o implementado un régimen de visitas, pese a los reiterados pedidos de Fornerón durante 10 años.

Con el paso del tiempo, las autoridades judiciales argentinas establecieron la adopción simple de la niña a favor del matrimonio guardador, con fundamento en que ya había transcurrido un largo tiempo.

La Comisión solicitó a la Corte que concluya y declare la responsabilidad internacional del Estado, por la violación del derecho del señor Fornerón y de su hija a un debido proceso, a las garantías judiciales y a sus derechos a la protección a la familia.

IV. Procedimiento ante la Corte

El CESPPEDH notificó a la Argentina la presentación ante la Comisión y luego ante la Corte, para que ordenara medidas de reparación.

El 11 de julio del 2011 el Estado Argentino contestó, diciendo que iba a tomar las medidas del caso, destacando su: "*disposición, voluntad política y acciones concretas proactivamente desarrolladas en pos de obtener una respuesta que de fin a la situación planteada*". Paralelamente, Argentina convocó a peritos y a la Comisión con el fin de llegar a un acuerdo amigable.

En la audiencia pública celebrada en Bridgetown el 11 de octubre del 2011, Argentina solicitó una prórroga, la que le fue concedida.

El 24 de enero del 2012, Argentina presentó determinada información, "... *aunque no aquella específicamente solicitada*" ⁴.

⁴ Párrafo 7 del fallo de la Corte.

V. Competencia

De acuerdo con el artículo 62, inciso 3 de la Convención, La Corte es competente para conocer en el caso. Argentina es Estado parte desde el 5 de septiembre de 1984 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte.

VI. Prueba

La Corte declaró que aplicaría los principios de la sana crítica, dentro del marco normativo correspondiente.

VII. Consideraciones previas

Las partes solamente eran Fornerón y su hija, no los familiares de éste ⁵.

Tampoco la Corte analizó si había o no tráfico de personas en Argentina, ya que la Comisión no se introdujo en el Informe de Fondo ⁶.

VIII. Garantías judiciales y protección judicial

a. Consideraciones de la Corte sobre el plazo razonable ⁷

La Corte insiste una vez más con que la falta de razonabilidad en el plazo constituye, en principio, una violación de las garantías judiciales. Asimismo, pone de manifiesto qué elementos va a tomar en cuenta para

⁵ La madre del Sr. Fornerón en su momento, se presentó ante el Juez de Primera Instancia de Entre Ríos para ofrecerse a cuidar de la niña. Véase el párr. 95 de la sentencia.

⁶ Párrafo 19.

⁷ Párrafos 65 a 77.

juzgar acerca de la razonabilidad o no en el plazo. Ellos son: a) complejidad del asunto; b) actividad procesal del interesado; c) conducta de las autoridades judiciales; y d) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso⁸.

- Complejidad del asunto

Si bien el caso de que se trata es de gran relevancia y requiere de un cuidado especial, está enmarcado dentro de los procesos que no presentan especiales complejidades y que no son inusuales para los Estados⁹.

- Actividad procesal del interesado

Expresa la Corte que no hay nada que indique en el presente caso que la actividad procesal del señor Fornerón haya obstaculizado los procesos internos sino que, por el contrario, participó activamente haciendo todo lo posible para avanzar en la resolución de éstos¹⁰, agregando que la responsabilidad de acelerar el procedimiento recae sobre las autoridades judiciales y no en el padre¹¹.

- Conducta de las autoridades judiciales

La responsabilidad de acelerar el procedimiento recae sobre las autoridades judiciales, como acabamos de manifestar. En el caso concreto, las autoridades argentinas no aceleraron el proceso a su cargo y no tuvieron en cuenta los efectos que el tiempo tendría sobre los derechos del señor Fornerón y de su hija, ello en consideración del interés superior de la niña¹².

También critica la Corte los argumentos esgrimidos por las autoridades judiciales argentinas, para no resolver en tiempo y forma la causa: “... *no es posible alegar obstáculos internos, tales como la falta de*

⁸ Párrafo 66.

⁹ Párrafo 67.

¹⁰ Párrafo 68.

¹¹ Párrafo 69.

¹² Párrafo 70.

*infraestructura o personal para conducir los procesos judiciales para eximirse de una obligación internacional”*¹³.

- Afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso

Señala la Corte que en el transcurso de un lapso de más de diez años, no se ha establecido un régimen de visitas por parte de los órganos judiciales provinciales, sin perjuicio del acuerdo alcanzado entre las partes de mayo de 2011, del que no consta se haya comenzado su ejecución.

IX. Consideraciones de la Corte sobre la debida diligencia de las autoridades judiciales en el proceso de guarda

La Corte se dedica a considerar si en el proceso de guarda las autoridades judiciales argentinas actuaron con la debida diligencia. Para ello el Tribunal americano se avoca al examen de los siguientes puntos respecto del proceso de guarda: a) inobservancia de los requisitos legales; b) omisiones probatorias; c) utilización de estereotipos, y d) retraso judicial como fundamento de la decisión¹⁴.

En este tópico y por razones de espacio, nos limitaremos a señalar lo que dice la Corte respecto de los estereotipos de familia.

La Corte comienza recordando que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo de ésta: “*La Corte considera en el presente caso que la decisión unilateral de una mujer de no considerarse en condiciones para asumir su función de madre, no puede constituir para la autoridad judicial interviniente una fundamentación para negar la paternidad*”¹⁵.

¹³Párrafo 74.

¹⁴Párrafos 78 a 106.

¹⁵Párrafo 93.

X. Consideraciones de la Corte sobre el derecho a un recurso efectivo¹⁶

La Corte ha señalado que el artículo 25.1 de la Convención contempla la obligación de los Estados Parte de garantizar a todas las personas bajo su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales.

Dicha efectividad supone que, además de la existencia formal de los recursos, que éstos den resultados o respuestas a las violaciones de los derechos humanos existentes ya sea en la Convención, en la Constitución Nacional o en las leyes estatales.

En ese sentido, no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque faltan los medios para ejecutar sus decisiones, o por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia.

Así, el proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el dictamen judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento¹⁷.

XI. Consideraciones de la Corte respecto de la protección a la familia¹⁸

La Corte indica que las separaciones legales del niño de su familia biológica sólo proceden si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales¹⁹.

¹⁶ Párrafos 107 a 111.

¹⁷ Párrafo 107.

¹⁸ Párrafos 116 a 124.

¹⁹ Párrafo 116.

Por otra parte, el Tribunal considera que la familia a la que todo niño y niña tiene derecho a pertenecer es, principalmente, a su familia biológica²⁰.

XII. Consideraciones de la Corte respecto del deber de adoptar disposiciones de derecho interno²¹

La Relatora Especial sobre la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, ha señalado que la venta de niños y niñas debe “condenarse, cualquiera que fuera su motivación o finalidad, pues reduce al niño a la condición de mercancía y concede a los padres o a cualquier ‘vendedor’ la facultad de disponer de él como si fuera un bien mueble”²².

La Corte concluye que el Estado Argentino incumplió su obligación de adoptar las disposiciones de derecho interno establecidas en el artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en relación con los artículos 19, 8.1, 25.1 y 1.1 del mismo instrumento en perjuicio de la niña “M” y del señor Fornerón²³.

XIII. Reparaciones

La Corte estableció primeramente quién era la parte lesionada y luego fijó las medidas reparación integral: restitución, satisfacción y garantías de no repetición; indemnización compensatoria, costas y gastos, reintegro de los gastos al Fondo de Asistencia Legal a Víctimas; y modalidad de cumplimiento de los pagos ordenados.

Seguidamente veremos los puntos que, a nuestro criterio, son los más relevantes en este tópico:

²⁰Párrafo 119.

²¹Párrafos 129 a 144.

²²Párrafo 140.

²³Párrafo 144.

La Corte consideró como parte lesionada, y por lo tanto beneficiarios de las reparaciones que se ordenan, al Sr. Fornerón y a su hija²⁴.

Además de la sentencia de la Corte, la que *per se* constituye una medida de reparación integral, el Tribunal americano, siguiendo a la Comisión Americana en este punto, afirmó que la medida de reparación más importante es aquella por la cual el Estado Argentino debe garantizar efectivamente a la niña y al señor Fornerón algún grado de vinculación, conforme a sus necesidades actuales y al interés superior de la niña, siendo el régimen de visitas, un primer paso²⁵.

Con un criterio realista y tomando en cuenta el tiempo transcurrido, la Corte consideró que en el presente caso, no resultaba posible el establecimiento inmediato de una relación entre padre e hija, debido a que no se produjo casi ningún contacto durante doce años²⁶.

Además, la Corte estimaba necesario que, como medida de reparación, el Estado debería establecer de manera inmediata un procedimiento orientado a la efectiva vinculación entre el señor Fornerón y su hija. Ello implica un proceso de acercamiento progresivo²⁷.

El Tribunal fijó, en equidad, la suma de US\$ 60.000,00 (sesenta mil dólares) a favor del señor Fornerón y la suma de US\$ 40.000,00 (cuarenta mil dólares) a favor de M. por concepto de daño inmaterial²⁸.

XIV. Puntos resolutivos

La Corte Declara por unanimidad, que:

El Estado Argentino es responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, consagrados en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con los

²⁴ Párrafo 148.

²⁵ Párrafo 150.

²⁶ Párrafo 157.

²⁷ Párrafo 160.

²⁸ Párrafo 197.

artículos 1.1 y 17.1 de la misma, en perjuicio del señor Fornerón y de su hija “M”, así como en relación con el artículo 19 del mismo instrumento, en perjuicio de esta última, de conformidad con lo establecido en los párrafos 44 a 57 y 65 a 111 de esta Sentencia²⁹.

El Estado es responsable por la violación del derecho a la protección a la familia reconocido en el artículo 17.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1, 8.1 y 25.1 de la misma, en perjuicio del señor Fornerón y de su hija “M”, así como en relación con el artículo 19 del mismo instrumento en perjuicio de esta última, de conformidad con lo establecido en los párrafos 44 a 57 y 116 a 124 de esta Sentencia³⁰.

El Estado incumplió su obligación de adoptar las disposiciones de derecho interno, establecidas en el artículo 2 de la Convención Americana, en relación con los artículos 19, 8.1, 25.1 y 1.1 de la misma, en perjuicio de la niña “M” y del señor Fornerón, de conformidad con lo establecido en los párrafos 129 a 144 de esta Sentencia³¹.

Y Dispone por unanimidad, que:

Esta Sentencia constituye *per se* una forma de reparación³².

El Estado debe establecer de manera inmediata un procedimiento orientado a la efectiva vinculación entre el señor Fornerón y su hija “M”, de conformidad con lo establecido en los párrafos 156 a 166 de la presente Sentencia. Asimismo, Argentina deberá presentar un informe dentro de los tres meses siguientes a la notificación de la presente Sentencia sobre las características, el desarrollo y los avances del proceso de vinculación. Posteriormente, Argentina deberá remitir un informe actualizado sobre dichos aspectos cada cuatro meses durante los dos siguientes años, de conformidad con el párrafo 167 de la presente Sentencia³³.

El Estado debe verificar, de acuerdo con la normativa disciplinaria pertinente, a partir de la notificación de la presente Sentencia y en un

²⁹Párrafo 218, apartado 1.

³⁰Párrafo 218, apartado 2.

³¹Párrafo 218, apartado 3.

³²Párrafo 218, apartado 1, de la parte dispositiva.

³³Párrafo 218, apartado 2, de la parte dispositiva.

plazo razonable, la conformidad a derecho de la conducta de los funcionarios que intervinieron en los distintos procesos internos relacionados con el presente caso y, en su caso, establecer las responsabilidades que correspondan, de conformidad con lo establecido en el párrafo 172 de la presente Sentencia ³⁴.

El Estado debe adoptar las medidas que sean necesarias para tipificar la venta de niños y niñas, de manera que el acto de entregar un niño o niña a cambio de una retribución o cualquier otra compensación, cualquiera que sea su forma o fin, constituya una infracción penal, de conformidad con los estándares internacionales y lo establecido en los párrafos 176 y 177 de la presente Sentencia ³⁵.

El Estado debe implementar, en el plazo de un año y con la respectiva disposición presupuestaria, un programa o curso obligatorio dirigido a operadores judiciales, incluyendo jueces, defensores, fiscales, asesores y demás funcionarios de la Provincia de Entre Ríos vinculados a la administración de justicia respecto de niños y niñas que contemple, entre otros, los estándares internacionales en derechos humanos, particularmente, en materia de los derechos de los niños y niñas y su interés superior y el principio de no discriminación, de conformidad con lo establecido en el párrafo 182 de la presente Sentencia ³⁶.

El Estado debe publicar, en el plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de este Fallo, el resumen oficial de la presente Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, tanto en el Boletín Oficial del Estado como en el Boletín Oficial de la Provincia de Entre Ríos, de conformidad con lo establecido en el párrafo 183 de la presente Sentencia ³⁷.

El Estado debe pagar las cantidades fijadas en los párrafos 191, 192, 197 y 204 a 206 de la presente Sentencia, por concepto de indemnización por daño material e inmaterial y por el reintegro de costas y gastos, según corresponda, en los términos de los párrafos 207 y 211 a 217 de la misma,

³⁴ Párrafo 218, apartado 3, de la parte dispositiva.

³⁵ Párrafo 218, apartado 4, de la parte dispositiva.

³⁶ Párrafo 218, apartado 5, de la parte dispositiva.

³⁷ Párrafo 218, apartado 6, de la parte dispositiva

así como reintegrar al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas la cantidad establecida en el párrafo 210 de la presente Sentencia³⁸.

El Estado debe, sin perjuicio de lo indicado en el punto resolutivo segundo, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta Sentencia, rendir al Tribunal un informe sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma³⁹.

La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma⁴⁰.

XV. Consideraciones finales

En el caso planteado y como hemos transcripto, la Corte impone al Estado Argentino una serie de medidas encaminadas a reparar los daños causados y a garantizar la no repetición de ellos.

El problema, se nos ocurre pensar, es saber cómo se hará para dar cumplimiento efectivo a lo que ordena el Tribunal Internacional. Veamos algunos puntos sobre los que tenemos dudas.

Una cosa es obligar al Estado Argentino a que repare los daños al Sr. Fornerón y su hija, lo que es relativamente sencillo de cumplir; pero otra cosa totalmente distinta es pretender que Argentina reforme su sistema judicial y que además capacite a los operadores jurídicos de la Provincia de Entre Ríos. Lo que se pretende en este segundo supuesto, es una cuestión mucho más engorrosa y, a nuestro parecer, de difícil cumplimiento en la práctica.

Si bien es cierto que las normas internacionales tienen prevalencia sobre las internas de los Estados, en el caso de Argentina, para que el

³⁸ Párrafo 218, apartado 7, de la parte dispositiva.

³⁹ Párrafo 218, apartado 8 de la parte dispositiva.

⁴⁰ Párrafo 218, apartado 9 de la parte dispositiva.

Estado Nacional pudiera dar cumplimiento concreto a la sentencia; tendría que avanzar contra los funcionarios intervinientes de Entre Ríos, y esto conllevaría a tener que declarar la intervención federal, la cual nos parece un recurso extremo.

Ante la petición de la Comisión para que se investigue y, eventualmente se castigue a todos los funcionarios públicos que resultaran responsables⁴¹, el Estado Argentino respondió que en julio del 2010 fueron denunciados ante el Jurado de Enjuiciamiento de Entre Ríos, cuatro funcionarios vinculados con el presente caso. Tres fueron absueltos y el cuarto no podía ser sometido a juicio, atento a que se había acogido a los beneficios de la jubilación⁴².

Sí, es de mucho valor el hecho de que la Corte señale que la compraventa de niños, debe ser tipificada y castigada en la legislación de nuestro país⁴³.

Pero la sentencia presenta una contradicción en este punto, a nuestro modo de ver. En el párrafo 19 *in fine*, dice que: “... *la alegada existencia de una situación general o práctica sistemática de tráfico o venta de niños en Argentina, no forma parte del marco fáctico del presente caso, y por ello, los alegatos relacionados con dichos aspectos no serán considerados por el Tribunal*”.

Quizás la Corte, por querer dar solución a un tema (los derechos del padre biológico a tener contacto con su hija), se fue encontrando con aspectos colaterales, pero sustanciales (necesidad de modificar el Código Penal Argentino), sobre los que también consideraba necesario expresarse.

Con todo, y más allá de estas observaciones, creemos que es una sentencia sumamente importante para todos los países americanos, pero fundamentalmente para la República Argentina, toda vez que lo que la Corte está denunciando es nada más y nada menos que las deficiencias de nuestro sistema legislativo, además de una denuncia clara y precisa acerca de la desidia de algunos funcionarios y magistrados de nuestro Poder Judicial.

⁴¹ Párrafo 168.

⁴² Párrafo 169.

⁴³ Párrafos 143 y 144.

EL TIDM COMO MEDIO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y APLICACIÓN DEL PRINCIPIO PRECAUTORIO ¿CONSOLIDACIÓN O REDEFINICIÓN CONCEPTUAL?

ITLOS AS A MEAN OF SETTLEMENT OF DISPUTES AND PRECAUTIONARY PRINCIPLE. CONSOLIDATION OR REDEFINED CONCEPT?

*Magdalena García Elorrio**

Resumen: El presente trabajo sistematiza y analiza la jurisprudencia del Tribunal Internacional del Mar del en materia de aplicación del principio precautorio, con el fin de verificar si existe o no una práctica coherente, consistente y uniforme en esa materia, capaz de constituir un factor influyente en la decisión jurídica y política de los Estados respecto de cuál es el medio de solución de sus controversias más indicado para utilizar en un caso determinado.

Palabras clave: Tribunal Internacional del Mar - Principio precautorio - Medio de solución de controversias.

Abstract: The present work systematizes and analyzes the International for the Law of the Sea Tribunal jurisprudence concerning the application of the precautionary principle. The objective is to verify the existence or not of a coherent, constant and uniform practice in that field, capable of being an influential factor in the legal and political decision regarding which is the best mean of settlement of controversies in a specific case.

Key words: International Tribunal for the Law of the Sea - Precautionary Principle - Means of settlement of disputes

*Abogada por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Magister en Género e Igualdad por la Universidad de Murcia (España), Magister en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales del Instituto Ortega y Gasset de Madrid adscripto a la Universidad Complutense de Madrid, Becaria Doctoral de Conicet, Doctorando (UNC). Miembro del Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba.

Sumario: I. Introducción. II. Elementos esenciales del PP. III. La convergencia de los elementos esenciales en el caso *Southern Bluefin Tuna*. IV. La cooperación como “acción cautelar” y la ausencia de riesgo de daño grave e irreversible en el caso *MOX*. V. La cooperación como medio para superar la “incertidumbre científica” en el caso del *Land Reclamation*. VI. Conclusiones.

I. Introducción

La Convención del Derecho del Mar (CONVEMAR) impone a los Estados Parte la obligación de resolver las controversias sobre la interpretación y aplicación de la Convención por medios pacíficos. En principio, rige la libertad de los Estados para elegir el medio de solución de controversias que estimen conveniente conforme el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas ¹⁻². Sólo cuando no se haya llegado a una solución con el medio empleado y el acuerdo entre las partes no excluya la aplicación de otro procedimiento se aplica el sistema de solución de controversias que prevé la Convención. En este marco, la Convención establece que en caso de controversias sobre la interpretación y aplicación de la Convención, los Estados pueden elegir mediante una declaración escrita y al momento de la firma, ratificación, adhesión o en cualquier momento ulterior, cuáles son los medios de solución de controversias a los que van a someter la controversia. Los medios de solución de controversias que prevé la Convención son: 1) Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM); 2) La Corte Internacional de Justicia (CIJ); 3) Tribunal Arbitral; 4) Tribunal Arbitral especial³.

A febrero de 2013 (fecha de la última actualización de los datos por NU⁴) y transcurridos 19 años desde la entrada en vigor de la Convención,

¹ Artículo 33 de la Carta de NU: 1. *Las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección.*

² Artículo 279 de la CONVEMAR.

³ Artículo 287 de la CONVEMAR.

⁴ Véase: http://www.un.org/depts/los/settlement_of_disputes/choice_procedure.htm

sólo 47⁵ de los 164 Estados y entidades son Parte en la Convención y han elegido uno o varios medios de solución de controversias entre los expuestos. Si analizamos las elecciones de los Estados⁶, el mayor dilema pareciera estar entre optar por la jurisdicción de la CIJ o por la del TIDM para la resolución de las controversias derivadas en la interpretación y aplicación de la Convención. No podemos conocer con exactitud cuáles han sido todos los factores políticos, jurídicos y socio-económicos que han tenido en cuenta cada uno de los 47 Estados para elegir entre los medios de solución de controversias disponibles. Pero claramente, la elección no es arbitraria. A modo ilustrativo, podemos señalar algunos factores que creemos pueden incidir en la elección *i.a.*: 1) la mayor representatividad de Estados en el TIDM compuesto por 21 miembros en comparación a la CIJ que incluye 15 y que cuenta siempre con los 5 Estados miembros del Consejo de Seguridad (CS); 2) el sistema de elección de los jueces del TIDM mediante votación de los Estados partes mientras que en la CIJ los elige la Asamblea General (AG) de NU previa propuesta de los Estados; 3) la resistencia a la fragmentación del DIP mediante la proliferación de tribunales internacionales; 4) el mayor alcance de la legitimación para acceder al Tribunal Internacional del Mar. La Convención legitima a los Estados Partes, pero también a “*entidades*” que son Parte en la Con-

⁵ Estados y entidades que han elegido medio de solución de controversias: Argelia, Angola, Argentina, Australia, Austria, Bangladesh, Bielorrusia, Bélgica, Canadá, Cabo Verde, Chile, China, Croacia, Dinamarca, Ecuador, Egipto, Estonia, Fiji, Finlandia, Alemania, Grecia, Honduras, Hungría, Italia, Letonia, Lituania, Madagascar, México, Montenegro, Holanda, Nicaragua, Noruega, Omán, Portugal, Rusia, San Vicente y las Granadinas, Estonia, España, Suecia, Suiza, Timor Oriental, Trinidad Tobago, Túnez, Ucrania, Reino Unido, Tanzania, Uruguay.

⁶ Es interesante observar que de los Estados mencionados, 19 han otorgado prioridad al TIDM como medio de solución de controversias, mientras que 8 han elegido a la CIJ. Asimismo, algunas partes han optado por otorgar prioridad equivalente a dos o más medios de solución de controversias: 10 han otorgado prioridad equivalente al TIDM y a la CIJ, 1 al tribunal arbitral y al TIDM y 4 al TIDM, la CIJ y algún tribunal arbitral. Los 5 Estados restantes han optado por un Tribunal arbitral como opción prioritaria. De ello puede concluirse que el medio de solución de controversias mayoritariamente elegido es el TIDM. La no elección de un Tribunal o Corte en el caso del resto de los Estados conlleva, en algunos supuestos, a la jurisdicción del Tribunal arbitral y en otros casos (medidas provisionales y prontas liberaciones de buques y tripulaciones hasta tanto se constituye el Tribunal arbitral) al TIDM.

vención como por ejemplo: Estados asociados autónomos, territorios que gocen de plena autonomía interna reconocida como tal por las Naciones Unidas y OI (artículos 291. 1, 305). Incluso respecto a la legitimación de la Sala de Fondos Marinos y Oceánicos (Zona), la Convención otorga legitimidad a los Estados Partes, la Autoridad, la Empresa, las empresas estatales y las personas naturales o jurídicas que realicen actividades en la Zona (artículo 187). Asimismo el TIDM contempla la posibilidad de la Opiniones Consultivas (OC) en la mencionada sala a requerimiento de la Asamblea o del Consejo (artículos 159, 191). En relación a la CIJ, en la que pueden acceder sólo Estados en la competencia contenciosa y la AG, CS y demás órganos de UN autorizados en las OC; 5) la competencia es otro punto de inflexión. Si bien la competencia material de la CIJ es, en principio, más amplia en tanto incluye cualquier cuestión de derecho internacional y por el contrario el TIDM se limita a la interpretación y aplicación de la Convención, es importante destacar que el TIDM a través de su Sala de Fondos Marinos y Oceánicos tiene una competencia muy amplia y novedosa en todo lo concerniente a la Zona porque incluye las controversias que pueden darse entre múltiples sujetos: acciones u omisiones de la Autoridad, controversias entre las partes contratantes privadas o públicas naturales o jurídicas, interpretación de la Convención pero también de un contrato privado, conflictos de ejecución de contrato entre la Autoridad y el contratista etc.

Además de los factores mencionados *supra*, creemos que los criterios interpretativos que ha fijado el TIDM en torno al Principio Precautorio (PP) también podrían incidir en la decisión política y jurídica de los Estados a la hora de optar por un medio de solución de controversias. Sabemos que la CIJ no ha resuelto ninguna de sus controversias mediante la aplicación del PP. Sin embargo, ha admitido su existencia en el caso *Gabèikovo-Nagymaros*⁷ (*Hungría / Eslovaquia*)⁸ y le ha otorgado

⁷ ICJ, Reports of Judgments, advisory opinions and orders”, Case Concerning Gabèikovo-Nagymaros Project (Hungary-Slovakia), Judgment of 25 september 1997, pág. 68.

⁸ Específicamente la Corte consideró: “113. *The Court recognizes that both Parties agree on the need to take environmental concerns seriously and to take the required precautionary measures, but they fundamentally disagree on the consequences this has for the joint Project. In such a case, third-party involvement may be helpful and instrumental in finding a solution, provided each of the Parties is flexible in its position*”.

valor normativo en la sentencia del caso *Pasteras sobre el Río Uruguay (Argentina v. Uruguay)* al decir que el “*precautionary approach may be relevant in the interpretation and application of the provisions of the Statute*”⁹. Algunas Opiniones Disidentes en los casos *Pruebas Nucleares (Nueva Zelanda v. Francia)*¹⁰ también han reconocido el valor normativo del PP. Por su parte, del total de los 21 casos sometidos al TIDM, en 3 casos ha aplicado el PP¹¹ y en 1 caso se ha referido a su alcance¹², aun sin aplicarlo. En este marco, el objetivo del presente trabajo será sistematizar y analizar críticamente la jurisprudencia del TIDM en materia de PP para verificar si existe o no una “práctica” consistente y uniforme en materia de PP capaz de constituir un factor a considerar por los Estados, al momento de elegir el TIDM como medio de solución de controversias. Los ejes centrales de análisis: elementos esenciales del PP (II); la convergencia de los elementos esenciales en el caso *Southern Bluefin Tuna* (III); la cooperación como “acción cautelar” y la ausencia de riesgo de daño grave e irreversible en el caso *MOX* (IV) y la cooperación como medio para superar la “incertidumbre científica” en el caso del *Land Reclamation* (V). Finalmente, formularemos una breve conclusión (VI).

II. Elementos esenciales del PP

El primer interrogante que surge al hablar de “elementos del PP” es si, en términos de ético-jurídicos, es correcto referirse a la precaución como “principio” de DI ambiental o es preferible utilizar la noción de “enfoque”. Se ha sostenido¹³ que la respuesta a este planteamiento varía según cuál sea la percepción que se tenga de cómo debe consagrarse la cautela ambiental en el derecho. En este sentido, el TIDM ha empleado

⁹ ICJ, Case Concerning *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, 20th april 2010, pág. 51.

¹⁰ Véase: Opiniones Disidentes de los jueces Palmer y Weeramantry.

¹¹ 1) Medidas provisionales para preservar el atún de aleta azul del sur, 1999, Nueva Zelanda vs. Japón y Australia vs. Japón; 2) Medidas provisionales en el caso de la planta de MOX: 2001, Irlanda vs Reino Unido; 3) Medidas provisionales sobre reclamaciones de tierra en y alrededor del Estrecho de Johor: 2003, Malasia vs. Singapur.

el término más *soft* de “enfoque precautorio” (EP) en vez de “principio precautorio” (PP). Creemos que la razón de esta opción terminológica reside en la intención del tribunal de no sentar bases jurídicas que consoliden un *status* normativo para el PP respecto del cual todavía existe un debate doctrinal inconcluso. Tanto los jueces Edward A. Laing¹⁴, Tulio Treves¹⁵ e Ivan Shearer¹⁵ han señalado en sus Opiniones Separadas sobre el caso ‘Medidas provisionarias para preservar el atún de aleta azul del sur’ la resistencia del TIDM para expedirse en este sentido. Treves ha justificado la resistencia judicial, al sostener que no es necesario que el TIDM se expida sobre el *status* normativo del enfoque precautorio como norma consuetudinaria porque la precaución es un elemento inherente a la noción de medidas provisionarias. Para Treves la precaución es “*a logical consequence of the need to ensure that, when the arbitral tribunal decides on the merits, the factual situation has not changed*”¹⁷. Sin embargo, el TIDM en su reciente OC sobre las obligaciones y responsabilidades del Estado patrocinante en relación a las actividades de la zona/fondo marino oceánico ha admitido que la recepción del EP en distintos tratados e instrumentos “*has initiated a trend towards making this approach part of customary international law*”¹⁸.

¹²Opinión Consultiva sobre las obligaciones y responsabilidades del Estado patrocinante en relación a las actividades de la zona/fondo marino oceánico, 2011.

¹³Z. DRNAS DE CLEMENT, “Fuentes del Derecho Internacional del Medio Ambiente”, en F. SÍNDICO - R. FERNÁNDEZ EGEA - S. BORRÁS PENTINAT, *Derecho Internacional del Medio Ambiente: Una visión desde Iberoamérica*, Londres, Cameron May, 2011, pág. 63.

¹⁴Separate Opinion Edward A. Laing, ITLOS, Cases nos. 3 and 4, Southern Bluefin Tuna Cases (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan, Requests for provisional measures, Order 27 august 1999, pág. 6.

¹⁵Separate Opinion Tulio Treves, ITLOS, Cases nos. 3 and 4, Southern Bluefin Tuna Cases (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan, Requests for provisional measures, Order 27 august 1999, pág. 2.

¹⁶Separate Opinion Ivan Shearer, ITLOS, Cases nos. 3 and 4, Southern Bluefin Tuna Cases (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan, Requests for provisional measures, Order 27 august 1999, pág. 6.

¹⁷Separate Opinion Tulio Treves, ob. cit., nota 14, pág. 2.

¹⁸ITLOS, Seabed Disputes Chamber of the International Tribunal for the Law of the Sea, Advisory Opinion (February 1, 2011), “Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area”, pág. 25.

Desde nuestra perspectiva creemos que el rol de los tribunales internacionales es clave en la cristalización de la costumbre internacional¹⁹. En alusión a lo razonado por Treves entendemos que para ese caso concreto no era necesario que el TIDM precise el *status* jurídico del PP para resolver la adopción o no de las medidas provisionarias. Pero el pronunciamiento en torno al *status* sí es vital para el desarrollo y consolidación del DI. La resistencia del TIDM a la consolidación consuetudinaria²⁰ del PP mediante la utilización de denominaciones más flexibles y laxas demora el proceso de normativización pero no lo elude completamente. Aunque la denominación terminológica sea distinta (enfoque v. principio) la *raison d'être* es la misma y su materialización conlleva idénticos efectos. Creemos que las implicancias diferenciadas que pueden observarse en la práctica no se justifican en la concepción de cautela sino, como veremos, en el pragmatismo judicial del TIDM y en la aplicación de otros principios bajo el paraguas del EP.

Con respecto a los elementos que componen el PP, es preciso efectuar una breve revisión sobre las definiciones otorgadas por algunos instrumentos de *hard* y *soft law* en DI y su conceptualización doctrinaria. Entre los instrumentos de *soft law* más significativos encontramos la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992 que establece en su principio 15 que “Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del ambiente”. La Carta Mundial de la Naturaleza de UN (1982) establece que en su artículo 11 que a) “Se evitarán las actividades

¹⁹J. BARBERIS, *Formación del derecho internacional*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 1994, págs. 78-81.

²⁰O. MCINTYRE - T. MOSEDALE, “Precautionary Principle as a Norm of Customary International Law”, 9 *J. Envtl. L.*, 1997, pág. 221. L. GUNLING, “The Status in International Law of the Principle of Precautionary Action”, *International Journal of Estuarine and Coastal Law*, vol. 5, Issue 3, 1990, págs. 23-30. S.J. MEAD, “The Precautionary Principle: A Discussion of the Principle’s Meaning and Status in an Attempt to Further Define and Understand the Principle”, *New Zealand Journal of Environmental Law*, vol. 8, 2004, págs. 137-176.

que puedan causar daños irreversibles a la naturaleza”, b) “Las actividades que puedan extrañar graves peligros para la naturaleza serán precedidas por un examen a fondo y quienes promuevan esas actividades deberán demostrar que los beneficios previstos son mayores que los daños que puedan causar a la naturaleza y esas actividades no se llevarán a cabo cuando no se conozcan cabalmente sus posibles efectos perjudiciales”.

En el marco de los instrumentos de *hard law* encontramos, la Convención Macro de las UN sobre el Cambio Climático contempla en su artículo 3.3: “Las partes deberían tomar medidas de precaución para reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar los efectos adversos. Cuando haya amenaza de daño grave e irreversible no deberían utilizarse la falta total de certidumbre científica como razón para postergar tales medidas, tomando en cuenta que las políticas y medidas para hacer frente al cambio climático deberían ser eficaces en función de los costos a fin de asegurar beneficios mundiales al menor costo posible”. Asimismo, el Convenio sobre la Biodiversidad Biológica (1992) establece en su preámbulo que “cuando exista una amenaza de reducción o pérdida sustancial de la diversidad biológica no debe alegarse la falta de pruebas científicas inequívocas ñimo razón para aplazar las medidas encaminadas a evitar o reducir al mínimo esa amenaza”.

Desde la perspectiva doctrinal, Drnas de Clement ha sostenido que el PP es aquél que “impone en caso de duda científica razonable sobre la posibilidad de que determinada actividad pueda producir un daño grave o irreversible al medio ambiente, demorar, limitar o impedir transitoriamente la actividad propuesta hasta adquirir seguridades científicas sobre la existencia o no de tales peligros o sobre la capacidad de responder frente a la eventualidad de su existencia”²¹. En este sentido, Drnas de Clement reconoce tres elementos: riesgo de daño grave o irreversible, incertidumbre científica y acción cautelar. En un sentido similar Freestone²² expresa “*the essence of the precautionary concept, the precautionary*

²¹Z. DRNAS DE CLEMENT, *El Principio de Precaución ambiental. La práctica argentina*, Córdoba, Lerner, 2009, pág. 10.

²²D. FREESTONE - E. HEY, “Origins and Developments in the Precautionary Principle” in D. FREESTONE - E. HEY, *The Precautionary Principle and International Law: the challenges*, ed. Kluwer, The Netherlands, 1995, pág. 13.

principle, is that once a risk has been identified, the lack of scientific proof of cause and effect shall not be used as a reason for not taking action to protect the environment”.

Boisson de Chazournes²³ no otorga una definición de PP pero establece que la idea está conformada por cuatro criterios fundamentales que pueden dividirse según sean *a priori* o *a posteriori* a la actitud precautoria. En la primera dimensión, Chazournes incluye el riesgo, el daño y la incertidumbre científica. En la segunda dimensión, hace referencia a las capacidades diferenciadas de los distintos actores. Por su parte, Fitzmaurice²⁴ ha establecido que el PP se caracteriza por “(i) *regulatory inaction threatens non negligible harm, (ii) there exists a lack of scientific certainty on the cause and effect relationship, and (iii) under these circumstances, regulatory inaction is unjustified*”.

De todas las definiciones expuestas observamos que la definición de Drnas de Clement es la que más claramente refleja los elementos del PP previstos en los instrumentos *hard* y *soft law*, a saber, el riesgo de daño grave e irreversible, la incertidumbre científica y la acción cautelar. Observamos que el riesgo de daño debe ser “grave” por lo que no alcanza el riesgo de daño significativo. Asimismo debe existir incertidumbre científica respecto de sí el daño va efectivamente a producirse o no. Esa es la diferencia central con el Principio de Prevención donde el riesgo de daño es cierto²⁵. Teniendo en cuenta los tres elementos mencionados, destacamos que los dos primeros constituyen los presupuestos esenciales para la procedencia del PP. La materialización de ambos en el caso concreto puede ser compleja si tenemos en cuenta por ejemplo, la dificultad que puede conllevar probar la gravedad del daño, su irreversibilidad o el nexo causal entre el daño eventual y la conducta de un sujeto. Más aún si

²³L. BOISSON DE CHAUZOURNES, “Le Principe de précaution: nature, contenu et limites”, en C. LEBEN et J. VERHOEVEN, *Le Principe de Précaution: aspects de Droit International et Communautaire*, Paris, Panthéon Assas, 2002, pág. 71.

²⁴M. FITZMAURICE, “International protection of the environment”, *Recueil des Cours*, vol. 293, The Hague, 2001, págs. 263-264.

²⁵A. TROWBORST, “Prevention, Precaution, Logic and Law - The Relationship between the Precautionary Principle and the Preventative Principle in International Law and Associated Questions”, *Erasmus Law Review*, vol. 2, Issue 2, 2009, págs. 105-128.

consideramos que la inversión de la carga de la prueba en materia de PP no ha sido aceptada de forma uniforme en el DI²⁶.

Sin embargo, la cuestión más controvertida en la aplicación del PP tiene que ver con la subjetividad en la apreciación de la “gravedad” o no del daño y en la determinación del alcance de la acción cautelar. En relación a este último punto, una vez constatada la convergencia los presupuestos esenciales del PP, entra a jugar la discrecionalidad de la labor hermenéutica de los jueces y/o demás funcionarios en torno al contenido y alcance de las medidas concretas. Hay, ineludiblemente, una decisión axiológica y política sobre qué o quién va ser protegido precautoriamente y cuál va ser el límite de esa protección.

²⁶A modo de ejemplo de aceptación de la inversión de la carga de la prueba: Convenio para la Protección del Medio Ambiente Marino del Atlántico Nordeste (1992): *Artículo 3. 1. Se prohíbe el vertido de todos los desechos u otros materiales, excepto de los desechos u otros materiales que figuran en las relaciones de los apartados 2 y 3 del presente artículo. 2. La relación a que se refiere el apartado 1 del presente artículo es la siguiente: a) Material dragado. b) Materiales inertes de origen natural, es decir, material geológico sólido, no elaborado químicamente, cuyos componentes químicos no es probable que se liberen en el medio marino. c) Cieno de alcantarillado hasta el 31 de diciembre de 1998. d) Desechos de pescado de las industrias pesqueras. e) Buques o aeronaves hasta, a más tardar, el 31 de diciembre del 2004. 3. a) Se prohíbe el vertido de sustancias radiactivas de nivel bajo e intermedio, incluidos los desechos. b) Como excepción a la letra a) del apartado 3 del presente artículo, esas Partes Contratantes, el Reino Unido y Francia, que desean mantener la opción a una excepción a la letra a) del apartado 3 en ningún caso antes de la expiración de un plazo de quince años a partir del 1 de enero de 1993, informarán a la reunión de la Comisión a nivel ministerial en 1997 de los pasos dados para explorar opciones alternativas en tierra. c) A menos que, a la expiración de dicho plazo de quince años o antes, la Comisión decida por unanimidad no seguir con la excepción prevista en la letra b) del apartado 3, aquella tomará una decisión con arreglo al artículo 13 del Convenio sobre la ampliación de la prohibición por un plazo de diez años después del 1 de enero del 2008, después del cual se celebrará otra reunión de la Comisión a nivel ministerial. Las Partes Contratantes mencionadas en la letra b) del apartado 3 del presente artículo que todavía desean mantener la opción mencionada en la letra b) del apartado 3 informarán en las reuniones de la Comisión que se celebren a nivel ministerial a intervalos bianuales a partir de 1999 sobre los avances realizados para establecer opciones alternativas en tierra y de los resultados de estudios científicos que demuestren que cualesquiera posibles operaciones de vertido no provocarán riesgos para la salud humana, daños a los recursos vivos o los ecosistemas marinos, el deterioro de las posibilidades recreativas o la obstaculización de otros usos legítimos del mar.*

III. La convergencia de elementos esenciales en el caso *Southern Bluefin Tuna*

La primera decisión del TIDM que se refirió al enfoque precautorio fue la referida a las ‘Medidas provisionales para preservar el atún de aleta azul del sur’ entre Nueva Zelanda *vs.* Japón y Australia *vs.* Japón en 1999. La controversia versaba sobre un pedido de medidas provisionales efectuada por Nueva Zelanda y Australia contra Japón sobre la base del artículo 290 párrafo 5 de la CONVEMAR²⁷. Tanto Nueva Zelanda²⁸ como Australia²⁹ alegaban que Japón realizaba o autorizaba que sus na-

²⁷ Artículo 290. Medidas provisionales: 1. Si una controversia se ha sometido en la forma debida a una corte o tribunal que, en principio, se estime competente conforme a esta Parte o a la sección 5 de la Parte XI, esa corte o tribunal podrá decretar las medidas provisionales que estime apropiadas con arreglo a las circunstancias para preservar los derechos respectivos de las partes en la controversia o para impedir que se causen daños graves al medio marino, en espera de que se adopte la decisión definitiva. 2. Las medidas provisionales podrán ser modificadas o revocadas tan pronto como las circunstancias que las justifiquen cambien o dejen de existir. 3. Las medidas provisionales a que se refiere este artículo sólo podrán ser decretadas, modificadas o revocadas a petición de una de las partes en la controversia y después de dar a las partes la posibilidad de ser oídas. 4. La corte o tribunal notificará inmediatamente la adopción, modificación o revocación de las medidas provisionales a las partes en la controversia y a los demás Estados Partes que estime procedente. 5. Hasta que se constituya el tribunal arbitral al que se someta una controversia con arreglo a esta sección, cualquier corte o tribunal designado de común acuerdo por las partes o, a falta de tal acuerdo en el plazo de dos semanas contado desde la fecha de la solicitud de medidas provisionales, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar o, con respecto a las actividades en la zona, la Sala de Controversias de los Fondos Marinos podrá decretar, modificar o revocar medidas provisionales conforme a lo dispuesto en este artículo si estima, en principio, que el tribunal que haya de constituirse sería competente y que la urgencia de la situación así lo requiere. Una vez constituido, el tribunal al que se haya sometido la controversia podrá, actuando conforme a los párrafos 1 a 4, modificar, revocar o confirmar esas medidas provisionales. 6. Las partes en la controversia aplicarán sin demora todas las medidas provisionales decretadas conforme a este artículo.

²⁸ Request for Provisional Measures, New Zealand, 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea, International Tribunal for the Law of the Sea, In the Dispute Concerning Southern Bluefin Tuna, New Zealand v Japan, págs. 6-7.

²⁹ Request for Provisional Measures, Australia, 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea International Tribunal for the Law of the Sea In the Dispute Concerning Southern Bluefin Tuna Australia v Japan, págs. 74-75.

cionales realizar capturas de atún azul por encima de lo permitido en el marco de la *Convention for the Conservation of Southern Bluefin Tuna* que regulaba la actividad y que violaba la obligación de cooperación en la conversación y administración de especies prevista en los artículos 64³⁰, 116³¹, 117³² 119³³ de la CONVEMAR. Las medidas provisorias

³⁰ Artículo 64 de la CONVEMAR: “*Artículo 64 Especies altamente migratorias. 1. El Estado ribereño y los otros Estados cuyos nacionales pesquen en la región las especies altamente migratorias enumeradas en el Anexo I cooperarán, directamente o por conducto de las organizaciones internacionales apropiadas, con miras a asegurar la conservación y promover el objetivo de la utilización óptima de dichas especies en toda la región, tanto dentro como fuera de la zona económica exclusiva. En las regiones en que no exista una organización internacional apropiada, el Estado ribereño y los otros Estados cuyos nacionales capturen esas especies en la región cooperarán para establecer una organización de este tipo y participar en sus trabajos. 2. Lo dispuesto en el párrafo 1 se aplicará conjuntamente con las demás disposiciones de esta Parte*”.

³¹ Artículo 116 de la CONVEMAR: “*Derecho de pesca en la alta mar. Todos los Estados tienen derecho a que sus nacionales se dediquen a la pesca en la alta mar con sujeción a: a) Sus obligaciones convencionales; b) Los derechos y deberes así como los intereses de los Estados ribereños que se estipulan, entre otras disposiciones, en el párrafo 2 del artículo 63 y en los artículos 64 a 67; y c) Las disposiciones de esta sección*”.

³² Artículo 117 de la CONVEMAR: “*Deber de los Estados de adoptar medidas para la conservación de los recursos vivos de la alta mar en relación con sus nacionales. Todos los Estados tienen el deber de adoptar las medidas que, en relación con sus respectivos nacionales, puedan ser necesarias para la conservación de los recursos vivos de la alta mar, o de cooperar con otros Estados en su adopción*”.

³³ Artículo 119 de la CONVEMAR: “*Conservación de los recursos vivos de la alta mar: 1. Al determinar la captura permisible y establecer otras medidas de conservación para los recursos vivos en la alta mar, los Estados: a) Tomarán, sobre la base de los datos científicos más fidedignos de que dispongan los Estados interesados, medidas con miras a mantener o restablecer las poblaciones de las especies capturadas a niveles que puedan producir el máximo rendimiento sostenible con arreglo a los factores ambientales y económicos pertinentes, incluidas las necesidades especiales de los Estados en desarrollo, y teniendo en cuenta las modalidades de la pesca, la interdependencia de las poblaciones y cualesquiera normas mínimas internacionales, sean subregionales, regionales o mundiales, generalmente recomendadas; b) Tendrán en cuenta los efectos sobre las especies asociadas con las especies capturadas o dependientes de ellas, con miras a mantener o restablecer las poblaciones de tales especies asociadas o dependientes por encima de los niveles en los que su reproducción pueda verse gravemente amenazada. 2. La información científica disponible, las estadísticas sobre capturas y esfuerzos de pesca y otros datos pertinentes para la conservación de las poblaciones de peces*”.

solicitadas por ambos Estados fueron las siguientes: 1) que Japón cese con la pesca experimental unilateral de atún azul; 2) que Japón restrinja el monto de pesca que anualmente le había sido adjudicado por la ‘Comisión de conservación de atún azul del sur’ mediante la reducción de lo capturado por Japón en la pesca experimental unilateral realizada entre 1998-1999; 3) que las partes actúen constantemente de acuerdo al principio precautorio mientras se encuentre pendiente la resolución final de la controversia; 4) que las partes aseguren que ninguna acción agravará, extenderá o tornará más difícil la solución de la controversia; 5) que las partes aseguren que ninguna acción perjudicará sus derechos respecto de la decisión sobre el fondo de la cuestión.

El 27 de agosto de 1999 el TIDM dictó una Orden³⁴ en la que consideró que las medidas provisionales solicitadas por Nueva Zelanda y Australia eran apropiadas conforme las circunstancias del caso³⁵ y dictó las siguientes medidas:

(a) Australia, Japan and New Zealand shall each ensure that no action is taken which might aggravate or extend the disputes submitted to the arbitral tribunal;

(b) Australia, Japan and New Zealand shall each ensure that no action is taken which might prejudice the carrying out of any decision on the merits which the arbitral tribunal may render;

(c) Australia, Japan and New Zealand shall ensure, unless they agree otherwise, that their annual catches do not

se aportarán e intercambiarán periódicamente por conducto de las organizaciones internacionales competentes, sean subregionales, regionales o mundiales, cuando proceda, y con la participación de todos los Estados interesados. 3. Los Estados interesados garantizarán que las medidas de conservación y su aplicación no entrañen discriminación de hecho o de derecho contra los pescadores de ningún Estado”.

³⁴ International Tribunal for Law of the Sea, Cases nos. 3 and 4, Southern Bluefin Tuna Cases (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan, Requests for provisional measures, Order 27 august 1999.

³⁵ ITLOS, Southern Bluefin Tuna Cases, ob. cit., nota 30, Considerando N° 85 de la Orden.

exceed the annual national allocations at the levels last agreed by the parties of 5,265 tonnes, 6,065 tonnes and 420 tonnes, respectively; in calculating the annual catches for 1999 and 2000, and without prejudice to any decision of the arbitral tribunal, account shall be taken of the catch during 1999 as part of an experimental fishing programme;

(d) Australia, Japan and New Zealand shall each refrain from conducting an experimental fishing programme involving the taking of a catch of southern bluefin tuna, except with the agreement of the other parties or unless the experimental catch is counted against its annual national allocation as prescribed in subparagraph (c);

(e) Australia, Japan and New Zealand should resume negotiations without delay with a view to reaching agreement on measures for the conservation and management of southern bluefin tuna;

(f) Australia, Japan and New Zealand should make further efforts to reach agreement with other States and fishing entities engaged in fishing for southern bluefin tuna, with a view to ensuring conservation and promoting the objective of optimum utilization of the stock....”

Los puntos resolutivos de la decisión del TIDM no contemplan de forma explícita la mención al PP. Sin embargo, el *considerando* N° 77 recepta el PP al sostener que “en estas circunstancias las partes deben actuar con *prudencia* y *caución* para asegurar que se adopten medidas de conservación efectivas para prevenir el daño a las reservas de atún azul del sur”. Para arribar a esta conclusión el TIDM efectuó un análisis de la convergencia o no de los presupuestos esenciales del PP. Respecto del riesgo de daño grave e irreversible, los Estados intervinientes allanaron la difícil labor judicial de constatación de su existencia, al admitir que las reservas de atún azul del sur habían disminuido severamente y se encontraban en el nivel históricamente más bajo³⁶. En este sentido, el

³⁶ITLOS, Southern Bluefin Tuna Cases, ob. cit., nota 30, Considerando N° 71 de la Orden.

argumento para aplicar el PP fue mayormente pragmático y se basó en aceptación de las partes de la existencia de un daño grave e irreparable derivado de la pesca de atún azul.

Por el contrario, la controversia de las partes en este caso versó sobre el segundo elemento del PP (incertidumbre científica). Nueva Zelanda y Australia sostenían que la evidencia científica disponible demostraba que las reservas de esta especie de atún se encontraban en peligro debido a la pesca unilateral de Japón³⁷. Por su parte, Japón sostenía que la evidencia científica disponible demostraba que la implementación de la pesca experimental no causaba una amenaza mayor a la especie en cuestión y que ese tipo de pesca era necesaria como medio para valorar de forma más confiable las posibilidades de recuperación de las reservas³⁸. Japón entendía que la evidencia científica demostraba una mejora en la recuperación de las reservas. En este sentido el Tribunal entendió que no podía valorar de forma concluyente la evidencia científica presentada por las partes y por tanto, debían adoptarse medidas urgentes para preservar los derechos de las partes y evitar el deterioro del atún azul del sur³⁹.

Con respecto a las medidas ordenadas por el Tribunal, el TIDM decidió que los Estados involucrados debían asegurar que las capturas de atún azul del sur no excedan las toneladas adjudicadas nacionalmente y tengan en cuenta las capturas realizadas en 1999 por Japón⁴⁰. Asimismo se ordenó que los Estados se abstengan de hacer pesca experimental de atún azul del sur, salvo el caso de acuerdo entre las partes o que la pesca sea realizada en el marco de la adjudicación anual de toneladas de pesca⁴¹. Si analizamos con profundidad el alcance de dichas medidas, podemos concluir que la percepción de dicho principio en este caso no puede catalogarse como estrictamente “fuerte”. Si bien es cierto que el TIDM no se

³⁷ ITLOS, Southern Bluefin Tuna Cases, ob. cit., nota 30, Considerando N° 74 de la Orden.

³⁸ ITLOS, Southern Bluefin Tuna Cases, ob. cit., nota 30, Considerando N° 73 de la Orden.

³⁹ ITLOS, Southern Bluefin Tuna Cases, ob. cit., nota 30, Considerandos Nros 79 y 80 de la Orden.

⁴⁰ ITLOS, Southern Bluefin Tuna Cases, ob. cit., nota 30, Punto resolutivo (c).

⁴¹ ITLOS, Southern Bluefin Tuna Cases, ob. cit., nota 30, Punto resolutivo (d).

limita a la adopción de medidas que permitan superar la incertidumbre científica sino condiciona las acciones de los Estados involucrados en *pos* de la defensa de los intereses de las partes y de la protección del medio marino y sus especies ⁴², no suspende completamente la actividad de Japón ⁴³. Por el contrario, mantiene vigente los límites de adjudicación de toneladas por país pese a los bajos niveles de reservas admitidos por las partes intervinientes. Mientras Japón se mantenga en ese límite puede continuar la pesca. El razonamiento del tribunal es claro y carece de toda visión ecocéntrica: queda poco, pero mientras se respete la adjudicación por país, puede mantenerse la explotación.

IV. La cooperación como “acción cautelar” y la ausencia de riesgo de daño grave e irreversible en el caso MOX

El segundo caso del TIDM que se refirió a PP fueron las ‘Medidas Provisorias en el caso de la planta de MOX’ ⁴⁴ entre Irlanda y Reino Unido en 2001. Irlanda alegaba que Reino Unido había violado los artículos 192 ⁴⁵, 193 ⁴⁶, 194 ⁴⁷, 207 ⁴⁸, 211 ⁴⁹ y 213 ⁵⁰ de la CONVEMAR mediante

⁴²ITLOS, Southern Bluefin Tuna Cases, ob. cit., nota 30, Considerando N° 67 de la Orden.

⁴³Véase: Separate Opinion Ivan Shearer International, Southern Bluefin Tuna Cases, ob. cit., nota 15, pág. 4.

⁴⁴International Tribunal for the Law of the Sea, Case N° 10, The Mox Plant case, (Ireland v. United Kingdom, Request for provisional measures, 2001).

⁴⁵Artículo 192. *Obligación general*: Los Estados tienen la obligación de proteger y preservar el medio marino.

⁴⁶Artículo 193. *Derecho soberano de los Estados de explotar sus recursos naturales*: Los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus recursos naturales con arreglo a su política en materia de medio ambiente y de conformidad con su obligación de proteger y preservar el medio marino.

⁴⁷Artículo 194 *Medidas para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino*: 1. Los Estados tomarán, individual o conjuntamente según proceda, todas las medidas compatibles con esta Convención que sean necesarias para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino procedente de cualquier fuente, utilizando a estos efectos los medios más viables de que dispongan y en la medida de sus

posibilidades, y se esforzarán por armonizar sus políticas al respecto. 2. Los Estados tomarán todas las medidas necesarias para garantizar que las actividades bajo su jurisdicción o control se realicen de forma tal que no causen perjuicios por contaminación a otros Estados y su medio ambiente, y que la contaminación causada por incidentes o actividades bajo su jurisdicción o control no se extienda más allá de las zonas donde ejercen derechos de soberanía de conformidad con esta Convención. 3. Las medidas que se tomen con arreglo a esta Parte se referirán a todas las fuentes de contaminación del medio marino. Estas medidas incluirán, entre otras, las destinadas a reducir en el mayor grado posible: a) La evacuación de sustancias tóxicas, perjudiciales o nocivas, especialmente las de carácter persistente, desde fuentes terrestres, desde la atmósfera o a través de ella, o por vertimiento; b) La contaminación causada por buques, incluyendo en particular medidas para prevenir accidentes y hacer frente a casos de emergencia, garantizar la seguridad de las operaciones en el mar, prevenir la evacuación intencional o no y reglamentar el diseño, la construcción, el equipo, la operación y la dotación de los buques; c) La contaminación procedente de instalaciones y dispositivos utilizados en la exploración o explotación de los recursos naturales de los fondos marinos y su subsuelo, incluyendo en particular medidas para prevenir accidentes y hacer frente a casos de emergencia, garantizar la seguridad de las operaciones en el mar y reglamentar el diseño, la construcción, el equipo, el funcionamiento y la dotación de tales instalaciones o dispositivos; d) La contaminación procedente de otras instalaciones y dispositivos que funcionen en el medio marino, incluyendo en particular medidas para prevenir accidentes y hacer frente a casos de emergencia, garantizar la seguridad de las operaciones en el mar y reglamentar el diseño, la construcción, el equipo, el funcionamiento y la dotación de tales instalaciones o dispositivos. 4. Al tomar medidas para prevenir, reducir o controlar la contaminación del medio marino, los Estados se abstendrán de toda injerencia injustificable en las actividades realizadas por otros Estados en ejercicio de sus derechos y en cumplimiento de sus obligaciones de conformidad con esta Convención. 5. Entre las medidas que se tomen de conformidad con esta Parte figurarán las necesarias para proteger y preservar los ecosistemas raros o vulnerables, así como el hábitat de las especies y otras formas de vida marina diezmadas, amenazadas o en peligro.

⁴⁸ Artículo 207. Contaminación procedente de fuentes terrestres: 1. Los Estados dictarán leyes y reglamentos para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino procedente de fuentes terrestres, incluidos los ríos, estuarios, tuberías y estructuras de desagüe, teniendo en cuenta las reglas y estándares, así como las prácticas y procedimientos recomendados, que se hayan convenido internacionalmente. 2. Los Estados tomarán otras medidas que puedan ser necesarias para prevenir, reducir y controlar esa contaminación. 3. Los Estados procurarán armonizar sus políticas al respecto en el plano regional apropiado. 4. Los Estados, actuando especialmente por conducto de las organizaciones internacionales competentes o de una conferencia diplomática, procurarán establecer reglas y estándares, así como prácticas y procedimientos recomendados, de carácter mundial y regional, para prevenir, reducir y controlar esa

contaminación, teniendo en cuenta las características propias de cada región, la capacidad económica de los Estados en desarrollo y su necesidad de desarrollo económico. Tales reglas, estándares y prácticas y procedimientos recomendados serán reexaminados con la periodicidad necesaria. 5. Las leyes, reglamentos, medidas, reglas, estándares y prácticas y procedimientos recomendados a que se hace referencia en los párrafos 1, 2 y 4 incluirán disposiciones destinadas a reducir lo más posible la evacuación en el medio marino de sustancias tóxicas, perjudiciales o nocivas, en especial las de carácter persistente.

⁴⁹ Artículo 211. Contaminación causada por buques: 1. Los Estados, actuando por conducto de la organización internacional competente o de una conferencia diplomática general, establecerán reglas y estándares de carácter internacional para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino causada por buques y promoverán la adopción, del mismo modo y siempre que sea apropiado, de sistemas de ordenación del tráfico destinados a reducir al mínimo el riesgo de accidentes que puedan provocar la contaminación del medio marino, incluido el litoral, o afectar adversamente por efecto de la contaminación a los intereses conexos de los Estados ribereños. Tales reglas y estándares serán reexaminados del mismo modo con la periodicidad necesaria. 2. Los Estados dictarán leyes y reglamentos para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino causada por buques que enarboleden su pabellón o estén matriculados en su territorio. Tales leyes y reglamentos tendrán por lo menos el mismo efecto que las reglas y estándares internacionales generalmente aceptados que se hayan establecido por conducto de la organización internacional competente o de una conferencia diplomática general. 3. Los Estados que establezcan requisitos especiales para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino, como condición para que los buques extranjeros entren en sus puertos o aguas interiores o hagan escala en sus instalaciones terminales costa afuera, darán la debida publicidad a esos requisitos y los comunicarán a la organización internacional competente. Cuando dos o más Estados ribereños establezcan esos requisitos de manera idéntica en un esfuerzo por armonizar su política en esta materia, la comunicación indicará cuáles son los Estados que participan en esos acuerdos de cooperación. Todo Estado exigirá al capitán de un buque que enarbole su pabellón o esté matriculado en su territorio que, cuando navegue por el mar territorial de un Estado participante en esos acuerdos de cooperación, comunique, a petición de ese Estado, si se dirige a un Estado de la misma región que participe en esos acuerdos de cooperación y, en caso afirmativo, que indique si el buque reúne los requisitos de entrada a puerto establecidos por ese Estado. Este artículo se entenderá sin perjuicio del ejercicio continuado por el buque de su derecho de paso inocente, ni de la aplicación del párrafo 2 del artículo 25. 4. Los Estados ribereños podrán, en el ejercicio de su soberanía en el mar territorial, dictar leyes y reglamentos para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino causada por buques extranjeros, incluidos los buques que ejerzan el derecho de paso inocente. De conformidad con la sección 3 de la Parte II, tales leyes y reglamentos no deberán obstaculizar el paso inocente de buques extranjeros. 5. Para prevenir, reducir y controlar la contaminación causada por buques,

a los efectos de la ejecución prevista en la sección 6, los Estados ribereños podrán dictar, respecto de sus zonas económicas exclusivas, leyes y reglamentos que sean conformes y den efecto a las reglas y estándares internacionales generalmente aceptados y establecidos por conducto de la organización internacional competente o de una conferencia diplomática general. 6. a) Cuando las reglas y estándares internacionales mencionados en el párrafo 1 sean inadecuados para hacer frente a circunstancias especiales y los Estados ribereños tengan motivos razonables para creer que un área particular y claramente definida de sus respectivas zonas económicas exclusivas requiere la adopción de medidas obligatorias especiales para prevenir la contaminación causada por buques, por reconocidas razones técnicas relacionadas con sus condiciones oceanográficas y ecológicas, así como por su utilización o la protección de sus recursos y el carácter particular de su tráfico, los Estados ribereños, tras celebrar consultas apropiadas por conducto de la organización internacional competente con cualquier otro Estado interesado, podrán dirigir una comunicación a dicha organización, en relación con esa área, presentando pruebas científicas y técnicas en su apoyo e información sobre las instalaciones de recepción necesarias. Dentro de los doce meses siguientes al recibo de tal comunicación, la organización determinará si las condiciones en esa área corresponden a los requisitos anteriormente enunciados. Si la organización así lo determina, los Estados ribereños podrán dictar para esa área leyes y reglamentos destinados a prevenir, reducir y controlar la contaminación causada por buques, aplicando las reglas y estándares o prácticas de navegación internacionales que, por conducto de la organización, se hayan hecho aplicables a las áreas especiales. Esas leyes y reglamentos no entrarán en vigor para los buques extranjeros hasta quince meses después de haberse presentado la comunicación a la organización; b) Los Estados ribereños publicarán los límites de tal área particular y claramente definida; c) Los Estados ribereños, al presentar dicha comunicación, notificarán al mismo tiempo a la organización si tienen intención de dictar para esa área leyes y reglamentos adicionales destinados a prevenir, reducir y controlar la contaminación causada por buques. Tales leyes y reglamentos adicionales podrán referirse a las descargas o a las prácticas de navegación, pero no podrán obligar a los buques extranjeros a cumplir estándares de diseño, construcción, dotación o equipo distinto de las reglas y estándares internacionales generalmente aceptados; serán aplicables a los buques extranjeros quince meses después de haberse presentado la comunicación a la organización, a condición de que ésta dé su conformidad dentro de los doce meses siguientes a la presentación de la comunicación. 7. Las reglas y estándares internacionales mencionados en este artículo deberían comprender, en particular, los relativos a la pronta notificación a los Estados ribereños cuyo litoral o intereses conexos puedan resultar afectados por incidentes, incluidos accidentes marítimos, que ocasionen o puedan ocasionar descargas.

⁵⁰ Artículo 213. Ejecución respecto de la contaminación procedente de fuentes terrestres: Los Estados velarán por la ejecución de las leyes y reglamentos que hayan dictado de conformidad con el artículo 207 y dictarán leyes y reglamentos y tomarán otras medidas necesarias para poner en práctica las reglas y estándares internacionales

la autorización de una planta procesadora de combustible nuclear en Sellafield (Cumbria) incumpliendo la obligación de adoptar las medidas necesarias para la prevención, reducción y/o control de la contaminación del medio marino. Específicamente, Irlanda alegaba que Reino Unido realizaba las siguientes conductas ilícitas: realización de descargas intencionadas y/o negligentes de desechos y/o materiales radiactivos provenientes de la planta MOX en mar irlandés, realización de movimientos internacionales de desechos radiactivos, omisión de evaluación apropiada de riesgo de ataque de la planta MOX por terroristas, omisión de estrategias o planes de prevención o respuesta en caso de ataques terroristas a la planta, negación a la realización de EIA y negación al intercambio de información con Irlanda⁵¹.

Las medidas provisionales solicitadas por Irlanda en relación a los hechos descriptos *supra* fueron las siguientes: 1) que Reino Unido suspenda la autorización de la planta MOX o alternativamente adopte las medidas necesarias para prevenir las operaciones de la planta MOX; 2) que Reino Unido asegure que no hay movimientos de materiales radiactivos o desechos asociados al funcionamiento de la planta o a actividades de preparación de las operaciones de la planta, dentro o fuera de las aguas sobre las que ejerce soberanía o derechos de soberanía; 3) que Reino Unido asegure que no adoptará ninguna acción para agravar, extender o tornará más difícil la solución de la controversia; 4) que Reino Unido asegure que ninguna no realizará ninguna acción que pueda perjudicar los derechos de Irlanda respecto de la decisión sobre el fondo de la cuestión⁵².

A diferencia del caso del atún aleta azul del sur, en el presente asunto existió una controversia entre las partes en tono a la existencia de riesgo de daño grave e irreversible como presupuesto esencial para la aplicación del PP. Irlanda entendía que tanto el funcionamiento normal de planta MOX, como los casos de ataques terroristas o accidentes industriales generarían daños graves e irreversibles derivados de la introducción de

aplicables establecidos por conducto de las organizaciones internacionales competentes o de una conferencia diplomática para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino procedente de fuentes terrestres.

⁵¹ ITLOS, The Mox Plant case, ob. cit., nota 40, págs. 5-6.

⁵² ITLOS, The Mox Plant case, ob. cit., nota 40, pág. 7.

plutonio en el medio marino irlandés⁵³. Por su parte, el Reino Unido exponía que el daño, de existir, sería pequeño (*infinitesimally small*)⁵⁴ y que el daño de plutonio no era irreversible. El TIDM no se expidió en ninguno de sus *considerandos* sobre la existencia o no de un daño grave o irreparable. Tampoco se pronunció sobre la situación de incertidumbre científica o no respecto del daño. Cabe preguntarse cómo habría de verificar el tribunal ambos presupuestos. ¿Es suficiente la valoración que pueda realizar de la información “objetiva” acompañada por las partes? ¿No sería necesario que los Jueces cuenten con asesoramiento científico imparcial para valorar las pruebas de las partes? Lo cierto es que el texto de la Orden no hace alusión a la valoración del Tribunal respecto de ambos presupuestos. Sólo refiere las posiciones de cada uno de los Estados: Irlanda (irreversibilidad), Reino Unido (reversibilidad). Conforme se expone en la Opinión Separada Conjunta de los Jueces Hugo Caminos, Soji Yamamoto, Choon-Ho Park, Joseph Akl, Mohamed Mouldi Marsit, Gudmundur Eiriksson, José Luis Jesús, el TIDM se basó en las consideraciones británicas de que el plutonio no causa el daño irreversible. Pero no explica por qué y sobre la base de cuáles argumentos excluyó la tesis de Irlanda. Al respecto consideramos que el Tribunal violó al artículo 30 del Estatuto del TIDM que establece en su inciso 1 que “*the judgment shall state the reasons on which it is based*”.

Los presupuestos del PP no fueron evaluados por el Tribunal en conexión con lo solicitado por Irlanda. Por el contrario, sólo se limitó a exponer que en el caso analizado no se cumplía el requisito de la “urgencia” exigido para el otorgamiento de las medidas provisionales⁵⁵ y por tanto, no ordenó la suspensión de la autorización de la planta de MOX solicitada por Irlanda. Sin embargo, el Tribunal adoptó medidas provisionales que no habían sido solicitadas por Irlanda. En el texto de la resolución dispuso que:

“Ireland and the United Kingdom shall cooperate and shall, for this purpose, enter into consultations forthwith in order to: (a) exchange further information with regard to possible consequences for the Irish Sea arising out of the

⁵³ ITLOS, The Mox Plant case, ob. cit., nota 40, Considerandos N^{ros} 68, 69 y 70.

⁵⁴ ITLOS, The Mox Plant case, ob. cit., nota 40, Considerando N^o 72.

⁵⁵ ITLOS, The Mox Plant case, ob. cit., nota 40, Considerando N^o 81.

commissioning of the MOX plant; (b) monitor risks or the effects of the operation of the MOX plant for the Irish Sea; (c) devise, as appropriate, measures to prevent pollution of the marine environment which might result from the operation of the MOX plant....”

Este punto resolutivo de la Orden del TIDM merece varias consideraciones. En primer lugar que el fundamento de la adopción de las medidas provisionales, aun siendo distintas a las solicitadas por Irlanda, es el PP. En su *considerando* 84 el TIDM estableció que la “prudencia y cautela” requería que ambos países cooperarán en el intercambio de información sobre los riesgos y efectos de la actividad y la planificación de su gestión. El TIDM admitió la aplicación del enfoque precautorio pero sólo para ordenar la cooperación interestatal en el cumplimiento de las obligaciones previstas en la CONVEMAR. Consideramos que la obligación de cooperación tal y cómo esta expresada en la Orden analizada no puede funcionar como una única acción cautelar. El diccionario de la Real Academia Española (RAE) establece que la cautela es toda “medida o regla destinada a prevenir la consecución de determinado fin o precaver lo que pueda dificultarlo”. Es decir, el sentido de la “cautela” es evitar que un determinado fin ocurra. Por el contrario, la noción de “cooperar” significa “obrar conjuntamente con otro u otros para un mismo fin”. El sentido de urgencia que deviene de la noción de cautela debe satisfacerse a través de medidas concretas que tengan como resultado evitar el fin dañoso que se conoce grave e irreversible. La cooperación puede jugar un rol secundario en el mantenimiento de medidas específicas.

En segundo lugar, y con respecto al contenido de las medidas ordenadas por el Tribunal, éstas aluden a las obligaciones sustanciales que Irlanda denuncia que han sido violadas por el Reino Unido: intercambio de información, monitoreo de riesgos y prevención de daño. En este sentido creemos que lo decidido por el Tribunal es propio de un pronunciamiento sobre los méritos del caso y no sobre medidas provisionales. Los Estados acuden al tribunal a solicitar medidas provisionales de urgencia para evitar daños irreversibles no para que el tribunal les recuerde cuáles son las obligaciones sustanciales que los Estados deben cumplir permanentemente y no en una circunstancia provisional.

En tercer lugar es reprochable que el TIDM haya justificado sus medidas en el PP pero no se haya pronunciado sobre cuál es, respecto de

esas medidas, el daño grave o irreversible que se intenta evitar y cuál es el grado de incertidumbre científica existente. Puede observarse que al enunciar en sus medidas las nociones de “possible consequences”, “risks and effects” y “prevent pollution”, parece admitir que podría existir riesgo de daño pero no efectúa un juicio sobre su gravedad e irreversibilidad que permita trazar una conexión lógica entre el enfoque precautorio y sus presupuestos esenciales. ¿No estará aplicando el Tribunal el principio de prevención en vez del PP?

V. La cooperación como medio para superar la “incertidumbre científica” en el caso de *Land Reclamation*

El tercer caso donde el TIDM se refirió al enfoque precautorio fue en el asunto ‘Medidas provisionales sobre reclamaciones de tierra en y alrededor del Estrecho de Johor’ entre Malasia vs. Singapur en 2003⁵⁶. Malasia alegaba que Singapur había violado los artículos 123⁵⁷, 192, 194, 198⁵⁸, 200⁵⁹, 204⁶⁰, 205⁶¹, 206⁶², 210⁶³ y 300⁶⁴ de la CONVEMAR y el

⁵⁶International Tribunal for the Law of the Sea, Case N° 12, Case concerning Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor (Malaysia v. Singapore), Provisional Measures 2003.

⁵⁷Artículo 123. *Cooperación entre los Estados ribereños de mares cerrados o semicerrados. Los Estados ribereños de un mar cerrado o semicerrado deberían cooperar entre sí en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes con arreglo a esta Convención. A ese fin, directamente o por conducto de una organización regional apropiada, procurarán: a) Coordinar la administración, conservación, exploración y explotación de los recursos vivos del mar; b) Coordinar el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes con respecto a la protección y la preservación del medio marino; c) Coordinar sus políticas de investigación científica y emprender, cuando proceda, programas conjuntos de investigación científica en el área; d) Invitar, según proceda, a otros Estados interesados o a organizaciones internacionales a cooperar con ellos en el desarrollo de las disposiciones de este artículo.*

⁵⁸Artículo 198. *Notificación de daños inminentes o reales: Cuando un Estado tenga conocimiento de casos en que el medio marino se halle en peligro inminente de sufrir daños por contaminación o los haya sufrido ya, lo notificará inmediatamente a otros Estados que a su juicio puedan resultar afectados por esos daños, así como a las organizaciones internacionales competentes.*

⁵⁹Artículo 200. *Estudios, programas de investigación e intercambio de información y datos: Los Estados cooperarán, directamente o por conducto de las organizacio-*

nes internacionales competentes, para promover estudios, realizar programas de investigación científica y fomentar el intercambio de la información y los datos obtenidos acerca de la contaminación del medio marino. Procurarán participar activamente en los programas regionales y mundiales encaminados a obtener los conocimientos necesarios para evaluar la naturaleza y el alcance de la contaminación, la exposición a ella, su trayectoria y sus riesgos y remedios.

⁶⁰ Artículo 204. *Vigilancia de los riesgos de contaminación o de sus efectos 1. Los Estados, directamente o por conducto de las organizaciones internacionales competentes, procurarán, en la medida de lo posible y de modo compatible con los derechos de otros Estados, observar, medir, evaluar y analizar, mediante métodos científicos reconocidos, los riesgos de contaminación del medio marino o sus efectos. 2. En particular, los Estados mantendrán bajo vigilancia los efectos de cualesquiera actividades que autoricen o realicen, a fin de determinar si dichas actividades pueden contaminar el medio marino.*

⁶¹ Artículo 205. *Publicación de informes. Los Estados publicarán informes acerca de los resultados obtenidos con arreglo al artículo 204 o presentarán dichos informes con la periodicidad apropiada a las organizaciones internacionales competentes, las cuales deberán ponerlos a disposición de todos los Estados.*

⁶² Artículo 206. *Evaluación de los efectos potenciales de las actividades. Los Estados que tengan motivos razonables para creer que las actividades proyectadas bajo su jurisdicción o control pueden causar una contaminación considerable del medio marino u ocasionar cambios importantes y perjudiciales en él evaluarán, en la medida de lo posible, los efectos potenciales de esas actividades para el medio marino e informarán de los resultados de tales evaluaciones en la forma prevista en el artículo 205.*

⁶³ Artículo 210. *Contaminación por vertimiento. 1. Los Estados dictarán leyes y reglamentos para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino por vertimiento. 2. Los Estados tomarán otras medidas que puedan ser necesarias para prevenir, reducir y controlar esa contaminación. 3. Tales leyes, reglamentos y medidas garantizarán que el vertimiento no se realice sin autorización de las autoridades competentes de los Estados. 4. Los Estados, actuando especialmente por conducto de las organizaciones internacionales competentes o de una conferencia diplomática, procurarán establecer reglas y estándares, así como prácticas y procedimientos recomendados, de carácter mundial y regional, para prevenir, reducir y controlar esa contaminación. Tales reglas, estándares y prácticas y procedimientos recomendados serán reexaminados con la periodicidad necesaria. 5. El vertimiento en el mar territorial, en la zona económica exclusiva o sobre la plataforma continental no se realizará sin el previo consentimiento expreso del Estado ribereño, el cual tiene derecho a autorizar, regular y controlar ese vertimiento tras haber examinado debidamente la cuestión con otros Estados que, por razón de su situación geográfica, puedan ser adversamente afectados por él. 6. Las leyes, reglamentos y medidas nacionales no serán menos eficaces para prevenir, reducir y controlar esa contaminación que las reglas y estándares de carácter mundial.*

⁶⁴ Artículo 300. *Buena fe y abuso de derecho. Los Estados Partes cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas de conformidad con esta Convención y ejercerán los*

DI general mediante la realización de actividades de reclamación de tierra sin la debida notificación y consulta a Malasia. Asimismo establecía que dichas actividades vulneraban los derechos de Malasia en el estrecho de Johor y sus alrededores, que separan a la isla de Singapur de Malasia y que podían tener efectos perjudiciales en el medio marino.

En este marco, Malasia solicitó las siguientes medidas provisionales al TIDM: 1) que Singapur suspenda todas las actividades de reclamación de tierra actuales en las inmediaciones de la frontera marítima entre los dos Estados y en las áreas reclamadas como aguas territoriales por Malasia (especialmente cerca de Pulau, Tekong y Tuas); 2) provea a Malasia de información completa sobre los trabajos actuales y planificados, incluyendo su extensión, método de construcción, origen, tipo de materiales utilizados, y proyectos para la protección y remediación costera; 3) otorgue a Malasia la oportunidad completa de efectuar observaciones sobre los trabajos y el impacto potencial teniendo en cuenta la información provista; 4) acepte negociar con Malasia sobre cualquier asunto que se mantenga aun irresuelto.

El TIDM rechazó el pedido de medidas provisorias alegando que no había una situación de urgencia⁶⁵. A diferencia del caso *MOX* donde el TIDM ni siquiera enunció cuáles eran los presupuestos esenciales del PP que no se cumplían para justificar su exclusión, en esta oportunidad, el Tribunal entendió que Malasia no había probado que existiese riesgo de daño irreversible en los derechos de Malasia. No obstante, entendió que “*it cannot be excluded that, in the particular circumstances of this case, the land reclamation works may have adverse effects on the marine environment*”⁶⁶. La consideración acerca de la existencia de efectos adversos en el medio ambiente marino motivo que el Tribunal adoptase idéntica solución a la dispuesta para el caso *MOX*. Y en vez de

derechos, competencias y libertades reconocidos en ella de manera que no constituya un abuso de derecho.

⁶⁵ ITLOS, Case concerning Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor, ob. cit., nota 52, Considerando N° 72.

⁶⁶ ITLOS, Case concerning Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor, ob. cit., nota 52, Considerando N° 93.

dar curso a las medidas provisionales solicitadas por Malasia, dictó otras medidas fundadas en el enfoque precautorio de “prudencia y caución” que ordenaban a los Estados a cooperar y adoptar las siguientes acciones:

“I(...)

(a) Establish promptly a group of independent experts with the mandate:

*(i) to conduct a study, on terms of reference to be agreed by Malaysia and Singapore, to determine, within a period **not exceeding one year** from the date of this Order, the effects of Singapore’s land reclamation and to propose, as appropriate, measures to deal with any adverse effects of such land reclamation;*

(ii) to prepare, as soon as possible, an interim report on the subject of infilling works in Area D at Pulau Tekong;

(b) exchange, on a regular basis, information on, and assess risks or effects of, Singapore’s land reclamation works;

(c) implement the commitments noted in this Order and avoid any action incompatible with their effective implementation, and, without prejudice to their positions on any issue before the Annex VII arbitral tribunal, consult with a view to reaching a prompt agreement on such temporary measures with respect to Area D at Pulau Tekong, including suspension or adjustment, as may be found necessary to ensure that the infilling operations pending completion of the study referred to in subparagraph (a)(i) with respect to that area do not prejudice Singapore’s ability to implement the commitments referred to in paragraphs 85 to 87.

2. Unanimously,

Directs Singapore not to conduct its land reclamation in ways that might cause irreparable prejudice to the rights of Malaysia or serious harm to the marine environment, taking especially into account the reports of the group of independent experts...”

3. *Unanimously,*

Decides that Malaysia and Singapore shall each submit the initial report referred to in article 95, paragraph 1, of the Rules, not later than 9 January 2004 to this Tribunal and to the Annex VII arbitral tribunal, unless the arbitral tribunal decides otherwise.

4. *Unanimously,*

Decides that each party shall bear its own costs”.

Es de observar que la medida que ordena la creación de un grupo de científicos que permitan estudiar y analizar los riesgos de daño derivados de las actividades de Singapur es sin dudas, una medida atinada que permitirá superar la incertidumbre científica respecto del daño. Sin embargo, no tienen realmente un carácter cautelar si consideramos que los Estados tienen hasta un año para evaluar los efectos adversos de las actividades de reclamación de tierra. En ese año, Singapur no está obligado a suspender las actividades respecto de las cuales Malasia sostiene que existe un riesgo de daño grave e irreversible. En el caso de la zona Pulau Tekong, la Orden prevé que los Estados deben negociar medidas provisionales que podrían incluir incluso la suspensión de los trabajos. Pero lo deja librado a las partes.

Es preciso señalar que, las medidas ordenadas por el TIDM no han sido producto de una decisión jurídica razonada y planificada por Tribunal sino son el fiel reflejo de los acuerdos entre las partes en los procedimientos orales⁶⁷. En este caso, los procedimientos orales del proceso funcionaron como espacios de negociación entre las partes. En este sentido, vemos cómo la aplicación del PP está supeditada al grado de acuerdo entre las partes intervinientes en el caso, respecto de los presupuestos esenciales de procedencia del PP pero no a la valoración del Tribunal. En el caso del atún aleta azul del sur los Estados acordaban que existía un

⁶⁷ Véase Opinión Separada del Juez P. Chandrasekhara Rao. (International Tribunal for the Law of the Sea, Case N° 12, Case concerning Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor (Malaysia v. Singapore), Provisional Measures 2003, págs. 3-8).

riesgo de daño grave y posiblemente irreversible que legitimó al Tribunal a adoptar el PP en relación a la experimental pesca unilateral de Japón. Por el contrario, en el caso MOX no hubo ninguna “concesión” que facilitase el trabajo del Tribunal. Ambos mantuvieron la controversia sobre los presupuestos esenciales del PP que llevó al Tribunal a aplicar el PP pero asociado a la obligación de cooperar en la prevención del daño, el intercambio de información y la evaluación de los daños pero que no se tradujo en ninguna obligación específica de creación de un grupo de investigación científica para evaluar los posibles daños y sus cualidades.

VI. Reflexiones finales

La elección de un tribunal internacional para la solución de una controversia es, sin dudas, una decisión compleja. El interrogante que motivó este trabajo fue en qué medida la aplicación del PP en el seno del TIDM podía constituir uno de los múltiples factores que los Estados debían considerar al momento de sopesar las ventajas y desventajas de los distintos de medios de solución de conflicto. Si bien sabemos que la jurisprudencia internacional puede ir cambiando con el paso del tiempo, el análisis de los pronunciamientos judiciales nos permite conocer el grado de evolución de los principios internacionales con la impronta de un tribunal en particular y en un momento dado. Cuando los principios jurídicos evolucionan y se consolidan, los Estados encuentran cierta “seguridad jurídica” en la hermenéutica judicial. Esa seguridad les otorga la posibilidad de anticiparse a los resultados y diagramar estrategias conforme a lo que “saben” o “creen” que piensan los jueces. Por el contrario, cuando la aplicación de los principios jurídicos se caracteriza por graves inconsistencias lógico-jurídicas propias de la maleabilidad de los conceptos jurídicos por los jueces, la confiabilidad de los Estados en relación a los órganos de decisión disminuye. El objetivo entonces, de este trabajo era poder reflexionar sobre sí la hermenéutica judicial en torno al PP podría incidir en su elección como medio de solución de controversias.

La primera cuestión que nos parece interesante rescatar es que tanto la doctrina como los instrumentos *hard* y *soft law* coinciden en afirmar que el PP cuenta con tres elementos esenciales: el riesgo de daño grave e irreversible, la incertidumbre científica acerca de ese daño y la acción

cautelar. Es decir, sin la presencia de algunos de estos elementos no estamos ante la aplicación del PP. Del análisis de las tres órdenes de medidas provisionales analizadas sólo en una de ellas (*Southern Bluefin Tuna*) el Tribunal constató la convergencia de los dos presupuestos esenciales (riesgo de daño/incertidumbre científica) y por tanto, dictó las medidas provisorias (acción cautelar). En este caso la decisión del Tribunal tuvo como factor determinante el hecho de que las partes en la controversia admitieron la existencia del riesgo de daño grave e irreversible. Si esto no hubiese sucedido, Nueva Zelanda y Australia hubiesen tenido que probar de forma convincente el peligro del daño y su magnitud. Salvo en el caso citado, en el resto de asuntos analizados se rechazó la existencia de “urgencia” que indirectamente implica entender que no existía peligro de daño grave e irreversible que legitime un acción cautelar o que las partes interesadas no supieron o pudieron probarlo correctamente.

La segunda cuestión que merece atención es cómo siguió la dialéctica del TIDM después de la decisión *Southern Bluefin Tuna*. Y en este sentido creemos que se produjo un punto de inflexión donde el Tribunal tenía dos caminos: continuar con el desarrollo y fortalecimiento del PP o resistirlo y aventurarse a la creación jurisprudencial de un esquema de ‘caución-cooperación’ que abandone los presupuestos esenciales del PP, aún bajo el nombre de PP. El Tribunal optó por esta segunda opción. En el caso de la planta *MOX* el TIDM entendió que no había “urgencia” y rechazó las medidas provisionales que había fundado Irlanda en el PP. En este sentido, los jueces no dieron razones sobre cuáles eran los presupuestos esenciales que no estaban presentes en el caso y por qué consideraban que los mismos no se cumplían en el caso. Entendemos que el Tribunal no puede alejarse de su obligación de fundamentar racionalmente sus sentencias aun cuando admitamos la cuota de subjetividad que encierra la aplicación del PP.

Además de rechazar injustificadamente las medidas solicitadas por Irlanda, el TIDM dictó medidas provisionales de cooperación fundadas en el PP y en la existencia de ciertos “efectos”, “riesgos”, “consecuencias” derivados de la actividad de la planta *MOX*. Es decir, utilizó el PP para justificar medidas provisionales de cooperación (prevención del daño, monitoreo del riesgo, intercambio de información). Al respecto cabe preguntarse: ¿Cómo es posible rechazar el PP por no estar presente sus elementos esenciales y después aplicarlo con otros elementos? ¿Eso significa que el PP tiene un nuevo alcance o que no se trata del PP?, ¿la

cooperación en ese sentido puede ser valorada como “acción cautelar”? Desde nuestra perspectiva, el TIDM no aplicó el PP cuando ordenó la cooperación frente a “efectos”, “consecuencias” y “riesgos” que sabe que existen, sino que utilizó el Principio de prevención de daño significativo.

Finalmente, en el caso de *Land Reclamation* el TIDM resolvió de forma similar el caso: rechazó las medidas provisionales solicitadas por Malasia alegando la falta de “urgencia”, no justificó su decisión, y utilizó el PP como fundamento para justificar otras medidas provisionales de cooperación entre las partes. A diferencia del caso *MOX*, estas medidas fueron más específicas y estaban orientadas a superar la situación de incertidumbre científica respecto del riesgo de daño. Se trataba de cooperar pero a través del hecho concreto de crear un comité de expertos científicos que permita evaluar el riesgo de daño. Sin embargo, que sean más específicas no las hace cautelares: los Estados tenían hasta un año para evaluar los daños. Y durante ese año ¿qué pasaba con los daños?

La tercera y última cuestión, tiene que ver con la valoración integral de estos casos y su incidencia en la elección del TIDM como medio de solución de controversias. En este sentido consideramos que la jurisprudencia del TIDM no ha contribuido a la consolidación y evolución del PP de forma consistente y uniforme. La resolución de los casos no ha estado supeditada a una valoración objetiva y razonada de los jueces en torno a los presupuestos esenciales del PP. Sino que ha estado sujeta a las mayores o menores capacidades y posibilidades de negociación que tengan o se esmeren por tener las partes en el proceso, como fue en los procedimientos orales del caso *Land Reclamation*. Asimismo, ha estado condicionada a la que las partes admitan de común acuerdo la existencia del riesgo de daño grave e irreversible como en el caso *Southern Bluefin Tuna*. El problema seguirán siendo los casos de alta conflictividad como el *MOX* donde ni las partes admiten la existencia de los presupuestos esenciales ni quieren negociar. ¿Qué respuesta dará el TIDM? Posiblemente sea la invitación a la cooperación, que poco tiene que ver con la función primordial del TIDM.

INDICE

Palabras preliminares

Ernesto J. Rey Caro

Vigencia de las instituciones democráticas. El Laudo N° 1/12 del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur

Ernesto J. Rey Caro

Nuevos sujetos, nuevas fuentes, nuevos conflictos, nuevos medios de solución de controversias internacionales

Arturo Santiago Pagliari

Las organizaciones internacionales y la solución pacífica de controversias

Graciela R. Salas

El rol de los tribunales internacionales. Desde la visión constitucionalista, sistemática, jerarquizada a la postmoderna, transnacional, voluntarista

Zlata Drnas de Clément

El arbitraje como mecanismo de solución de controversias en el derecho internacional de las inversiones extranjeras

Christian G. Sommer

Medios de solución de controversias en materia de recursos naturales compartidos

María Cristina Rodríguez de Taborda

El medioambiente ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Susana B. Galván

Dimensión medioambiental en la protección de derechos humanos. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Marta Susana Sartori

El sistema de solución de controversias en el acuerdo marco entre Gran Bretaña y Noruega relativo a la cooperación petrolera transfronteriza

Eduardo José Pintore

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso: “Fronerón e hija vs. Argentina”, sentencia del 27 de abril del 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas)

Diego García Montaña

El TIDM como medio de solución de controversias y la aplicación del principio precautorio, ¿redefinición o consolidación?

Magdalena García Elorrio

Se terminó de imprimir en
Editorial Advocatus, Obispo Trejo 181,
en el mes de octubre de 2013

