

ANUARIO

HISPANO-LUSO-AMERICANO

DE

DERECHO INTERNACIONAL



14

1999

Depósito legal: Z-451-1962
ISSN: 0570-4316

Imprime: Editor, S.A. - Hilarión Estava, 58 - 28015 Madrid

Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional

Ni el ANUARIO ni el IHLADI, del cual es órgano, se identifican necesariamente con las opiniones o juicios que los autores de las Ponencias y Estudios, que se insertan a continuación, exponen en uso de la libertad intelectual que cordialmente se les brinda.

Toda correspondencia, petición de envío, remisión de publicaciones, debe dirigirse a la Secretaría General del INSTITUTO HISPANO-LUSO-AMERICANO DE DERECHO INTERNACIONAL, Real Colegio Universitario "MARIA CRISTINA" - 28200 SAN LORENZO DE EL ESCORIAL (Madrid, España). Telf. (34-91) 890 45 45 - Fax. (34-91) 890 66 09.

SUMARIO

	Págs.
PONENCIAS DEL XX CONGRESO	9
<i>La protección internacional de los desplazados internos</i> , por Enrique P. Syquia	11
<i>La calificación y regulación jurídica de las situaciones de violencia interna</i> , por Carlos Jiménez Piernas	33
<i>El Derecho Internacional Privado ante los procesos de integración, con especial referencia a la Unión Europea y al Mercosur</i> , por Miguel Angel Ciuro Caldani	77
<i>La obligatoriedad y efectividad de las medidas provisionales adoptadas por la Corte Internacional de Justicia: A propósito de la demanda de la República de Paraguay contra los Estados Unidos en el asunto Breard</i> , por Luis Ignacio Sánchez Rodríguez	137
COMUNICACIONES Y ESTUDIOS	163
<i>La protección internacional de los desplazados internos</i> , por Frida Armas Pfirter	165
<i>La aparente ajurisdicción de la negociación internacional</i> , por Juan Carlos M. Beltramino	181
<i>O legado da Declaração Universal de 1948 e o futuro da proteção internacional dos direitos humanos</i> , por Antônio Augusto Cançado Trindade	197
<i>Algunas cuestiones de Derecho internacional suscitadas por el "caso Breard"</i> , por Rubén Carnerero Castilla	239
<i>El arbitraje y su función en la aplicación de los principios sobre contratos comerciales internacionales</i> , por Rodolfo Cruz Miramontes	261
<i>A questão previa na problemática internacional do comunmente chamado conflito de leis</i> , por Carlos Fernandes	275
<i>Clonación, derechos humanos y Derecho internacional</i> , por Héctor Gros Espiell	309
<i>El Acuerdo de Complementación Económica Chile-Mercosur y sus anexos: Naturaleza jurídica y su incorporación al Derecho interno chileno</i> , por Hugo Llanos Mansilla	327

SUMARIO

Págs.

<i>La responsabilidad del transportista aéreo en La Unión Europea</i> , por Enrique Mapelli	343
<i>La protección internacional de los desplazados internos</i> , por Alfredo H. Rizzo Romano	367
<i>Autonomía de la voluntad en el Mercosur y en los países asociados</i> , por Amalia Uriondo de Martinoli	387
NOTICIAS BIBLIOGRAFICAS	423
NOTICIARIO DEL IHLADI	457
<i>Cuadro de Honor del IHLADI</i>	459
<i>Consejo Directivo del IHLADI</i>	461
XX CONGRESO DEL IHLADI	463
<i>Breve crónica del XX Congreso del IHLADI</i>	465
<i>Conclusiones aprobadas sobre las Ponencias y otros Acuerdos del XX Congreso del IHLADI</i>	489

La conmemoración en 1998 del I Centenario de la Declaración de Independencia por Filipinas, país miembro-fundador del IHLADI, motivó que el Instituto quisiera sumarse de una manera directa a los actos conmemorativos del mismo, celebrando su XX Congreso en la ciudad de Manila. Por primera vez, el Instituto se desplazaba de su habitual espacio geográfico, el ámbito Iberoamericano, para celebrar un congreso en el continente asiático.

Con este evento, el IHLADI ha querido contribuir a fomentar y realzar los vínculos históricos, culturales, lingüísticos, religiosos y especialmente jurídicos, que unen a la comunidad Iberoamericana de Naciones con Filipinas. No en vano, este país ha formado parte de la historia del mundo hispánico durante casi cuatrocientos años.

En este volumen XIV del Anuario del Instituto Hispano-Luso-Americano y Filipino de Derecho Internacional, se recogen las ponencias debatidas en este Congreso, así como diversas comunicaciones presentadas en él y otros trabajos de los miembros del Instituto remitidos a la Secretaría General. Una vez más, en nombre del Instituto, agradecemos sinceramente la colaboración de todos los que participan en el presente volumen.

San Lorenzo de El Escorial, a 25 de mayo de 1999

Fiesta Nacional de Argentina

**PONENCIAS
DEL XX CONGRESO**

**LA PROTECCION INTERNACIONAL
DE LOS DESPLAZADOS INTERNOS**

Enrique P. SYQUIA
Miembro del I.H.L.A.D.I.

SUMARIO

I.- INTRODUCCION.

**II.- EL ESTATUTO JURIDICO DE LOS DESPLAZADOS
INTERNOS.**

III.- LOS DERECHOS DE LOS DESPLAZADOS INTERNOS.

IV.- LAS OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS.

**V.- LA PROTECCION INTERNACIONAL DE LOS DESPLAZA-
DOS INTERNOS.**

VI.- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

I. INTRODUCCION

Existen alrededor de 13 millones de refugiados y 25 millones de desplazados internos en el mundo, y mientras que los refugiados pueden beneficiarse de la protección internacional prevista en algunos instrumentos internacionales universales y regionales, particularmente la Convención de 1951 sobre el Estatuto de Refugiados enmendada por el Protocolo de 1967, como de la protección por el Alto Comisionado para los Refugiados de las Naciones Unidas, los desplazados internos no tienen tal seguridad, asistencia y protección. Es un hecho, que un cuerpo de normas, jurisprudencia y estudios ha crecido alrededor del refugiado que se puede hablar en la realidad en la actualidad de un derecho del refugiado internacional.

Por otro lado, los desplazados internos cuyas causas de desplazamiento son generalmente las mismas que las de los refugiados, tienen que depender para su protección del Derecho internacional general consistente en una amalgama del Derecho de los derechos humanos, del Derecho de los refugiados y del Derecho humanitario.

La necesidad de la protección convencional internacional de los desplazados internos resulta más evidente si consideramos que los refugiados comienzan como desplazados internos desde que tienen que salir desde su propio territorio, a lo que se añade el hecho de que casi todos los conflictos armados que existen en la actualidad son de naturaleza intraestatal, y que los desplazados internos generalmente necesitan la protección frente a su propio gobierno y no pueden pedir ayuda de otro gobierno. Aunque es cierto que el representante del Secretario General de las Naciones Unidas ha preparado los Principios de desplazados internos (Addenda a E/CN. 4/1998/53/ Add. 2 de los Principios guantes), siempre existirá la necesidad de estudiar, investigar y evaluar la protección internacional de los desplazados internos.

II. EL ESTATUTO JURIDICO DE LOS DESPLAZADOS INTERNOS

La diferencia principal entre los refugiados y los desplazados internos es que los refugiados cruzan la frontera de su Estado, mientras que los

desplazados internos permanecen dentro las fronteras de su propio Estado. Sin embargo, su situación es semejante, ambos sufren por las mismas causas y a ambos les falta la protección interna de sus propios gobiernos.

Llegados a este punto, nos enfrentamos a la necesidad de definir quiénes constituyen los desplazados internos. El Informe Analítico del Secretario General de las N.U. utiliza el término "desplazados internos" para hacer referencia a:

Las personas que han sido obligadas a huir de su hogar repentinamente o inesperadamente en gran número, como resultado de un conflicto armado, disensiones internas, violaciones sistemáticas de los derechos humanos o desastres naturales o provocados por el hombre y que se hayan dentro del territorio de su propio país. (UN Doc. E/CN.4/1992/23, p. 5).

En la reciente 68ª Conferencia de la *International Law Association* (ILA), que tuvo lugar en Taipei, Taiwán, República de China (del 24 al 31 de Mayo de 1998), el Comité Internacional de la ILA sobre desplazados internos en su Informe (página 5) criticó tres aspectos de esta definición:

- a) La frase "repentinamente o inopinadamente" fue criticada en el sentido de que algunas de las causas que provocan los desplazamientos internos pueden tener un carácter continuo.
- b) La frase "en gran número" fue también criticada puesto que las diferentes definiciones que son análogas a los desplazados internos, no contienen ninguna referencia a su número. Es un hecho, que la Convención de 1951 sobre los Refugiados, en su definición se refiere a "cualquier persona".
- c) Por último, la frase "desastres naturales o provocados por el hombre" fue criticada porque éstos caen dentro de los derechos sociales y económicos de los desplazados internos, y en consecuencia la jurisdicción y protección de su propio Gobierno. Asimismo, la definición del ACNUR sobre los desplazados internos tampoco incluye la expresión "desastres naturales o provocados por el hombre".

Para nuestro propósito entonces, adoptaremos la definición propuesta por el Comité de la ILA sobre los desplazados internos contenida en su

informe presentado en la Conferencia de Taipei (1998) que dice:

... el término "desplazados internos" se refiere a las "personas o grupos de personas que han sido obligadas a huir o salir de su hogar o lugar de su residencia habitual como resultado de conflictos armados, disensiones internas o violaciones sistemáticas de los derechos humanos, y que no han cruzado una frontera de un Estado reconocida internacionalmente". (artículo 1, del Proyecto de Declaración de Principios del Derecho Internacional sobre desplazados internos).

En sentido estricto, el estatuto jurídico de los desplazados internos es el de los ciudadanos o nacionales de su propio Estado. Sus Gobiernos tienen el deber primario y principal y la responsabilidad de protegerles y asistirles. Sin embargo, como el propio Gobierno puede ser el causante del desplazamiento, o de la violación de sus derechos humanos, o ser incapaz de protegerles o no estar dispuesto a ello, entonces ellos adquieren un estatuto *ad hoc* en el derecho internacional. Ellos pueden ser considerados como refugiados *de facto* para ser protegidos por el Derecho del refugiado, o como víctimas de la violación de los derechos humanos para ser protegidos por el Derecho de los derechos humanos, o como seres humanos para ser protegidos por el Derecho humanitario.

Por razón de su posición única y precaria, los desplazados internos necesitan una protección especial. Como explica el representante de la N.U. en su "Compilación y Análisis de Normas Legales":

"los desplazados internos tienen derecho a gozar, en igualdad completa, los mismos derechos y libertades contenidas en el Derecho interno e internacional como el resto de los ciudadanos de su país. Sin embargo, la experiencia ha mostrado que estas personas, en la práctica, pocas veces gozan de sus derechos y libertades porque el desplazamiento, por su propia naturaleza, generalmente comporta privaciones de múltiples derechos. Junto con su crueldad emocional, el desplazamiento frecuentemente disuelve la familia nuclear, corta importantes lazos de comunidad social y cultural, termina con las relaciones estables de empleo, excluye o priva de oportunidades educativas, y priva a aquellos que necesitan especial protección tales como bebés, madres embarazadas y enfermos, de servicios vitales del sector público o privado.

Aunque los desplazados son frecuentemente obligados a huir de sus casas por las mismas razones por las que lo hacen los refugiados, el hecho de que ellos permanezcan dentro del territorio nacional significa que no pueden aspirar a la calificación de "refugiados" *bona fide* como personas especialmente protegidas por el régimen acordado para los refugiados en el derecho internacional. Además, su presencia dentro del territorio nacional significa que su propio Gobierno tiene responsabilidad primaria para solucionar sus necesidades de protección y de ayuda. Sin embargo, como los Gobiernos frecuentemente causan o toleran desplazamientos internos y/o no están dispuestos o son incapaces de garantizar los derechos básicos y solventar las necesidades de sus ciudadanos desplazados internamente, las organizaciones intergubernamentales, sus agencias especializadas y las organizaciones no gubernamentales tienen, en ocasiones, que asumir estas funciones sobre fundamentos *ad hoc*. (N.U. Doc. E/CN.4/1996/52/Add. 2, p. 5).

Por ello se requiere establecer un "estandar mínimo de derechos" de los desplazados internos y el correspondiente "estandar mínimo de obligaciones" hacia los Estados y la comunidad internacional para los desplazados internos.

III. DERECHOS DE LOS DESPLAZADOS INTERNOS

Básicamente, desde el momento en que los desplazados internos son ciudadanos y nacionales de su Estado y se encuentran dentro del territorio de su Estado, disfrutan de todos los derechos de los ciudadanos y nacionales de ese Estado y están sometidos a su Derecho interno.

Pero precisamente, como su propio Estado es incapaz o no está dispuesto a reconocer esos derechos, especialmente los civiles o políticos, estos desplazados internos necesitan la protección internacional de sus derechos básicos, i.e., "el estandar mínimo de derechos".

Con respecto al desplazamiento por "conflictos armados" que es la causa más común de los desplazamientos internos, tenemos que distinguir entre desplazamientos debidos a conflictos armados *internacionales* y desplazamientos debidos a conflictos armados *internos*.

En relación con los conflictos armados *internacionales*, la protección de los desplazados internos, en tanto que civiles, está convenientemente regulado en la Cuarta Convención de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y el Protocolo I de 1977. El artículo 75 del Protocolo establece como derechos fundamentales de la población civil, que naturalmente incluye a los desplazados internos, los siguientes:

Artículo 75 - Garantías Fundamentales:

1. ... las personas que estén en poder de una parte en conflicto... serán tratadas en toda circunstancia con humanidad y se beneficiarán, como mínimo, de la protección ... sin distinción alguna. ... Cada parte respetará la persona, honor, las convicciones y las prácticas religiosas de todas esas personas.

2. Están y quedarán prohibidos en todo tiempo y lugar, los actos siguientes, ya sean realizados por civiles o por militares:

(a) los atentados contra la vida, salud, y la integridad física o mental de las personas, en particular:

- (i) homicidio,
- (ii) la tortura de cualquier clase, tanto física como mental,
- (iii) las penas corporales y,
- (iv) las mutilaciones,

(b) los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al poder,

(c) la toma de rehenes,

(d) las penas colectivas, y

(e) las amenazas de realizar los actos mencionados.

En relación con los conflictos armados *internos*, las reglas de protección son menos específicas, se basan en el artículo 3 común a las cuatro Convenciones de Ginebra, cuya regulación es similar a la del artículo 75 del Protocolo I de 1977, y en algunas otras provisiones de ambos Protocolos I y II de 1977. Los principios generales del artículo 1 del Protocolo I reiteran la norma, de que:

(2) en los casos no previstos en el presente Protocolo o en otros acuerdos Internacionales, las personas civiles y combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública.

Sin embargo, debe destacarse que muchos Estados no han ratificado los Protocolos I y II de 1977. Tomando el Sudeste de Asia como ejemplo, de los diez Estados de la zona, solamente Brunei y Laos son partes de ambos Protocolos, mientras que las Filipinas han accedido solo al Protocolo II y Vietnam ha ratificado solo el Protocolo I; los otros seis Estados restantes: Camboya, Indonesia, Malasia, Myanmar, Singapur y Tailandia no han ratificado ninguno de los dos Protocolos. Es pues necesario el derecho internacional general para cubrir esta laguna.

En el Derecho internacional general los derechos de los desplazados internos se encuentran en el Derecho de los derechos humanos, el Derecho de los refugiados y en el Derecho humanitario. Queda fuera del ámbito de este trabajo un estudio analítico sobre todos estos derechos. Sin embargo, podrían formularse esos derechos básicos de los desplazados internos, aplicables en tiempos de paz y en tiempo de guerra, i.e., aplicables en todas las ocasiones, y no sujetos a suspensión o derogación. La *International Law Association* en 1984 aprobó "El Estandar Mínimo de París sobre Normas de Derechos Humanos en un Estado de Emergencia" que ... derogó dieciséis pruebas de emergencia y derechos y libertades no derogables. En Mayo de 1998 la *International Law Association* aprobó el "Proyecto de Declaración de Principios de Derecho Internacional sobre desplazados internos. De estos, Principios guía, y junto con los tratados internacionales aplicables, especialmente la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; se derivan los siguientes ocho derechos básicos que constituyen el "estandar mínimo de derechos" que disfrutaban los desplazados internos, en todas las ocasiones y en todos los lugares:

1. *El Derecho a la personalidad jurídica* - La dignidad inherente de los desplazados internos como seres humanos debe ser respetada, y esto incluye sus derechos a la integridad física, mental y moral.

2. *El derecho a la vida* - Los desplazados internos tienen el inherente derecho a la vida, y no pueden ser privados arbitrariamente de este dere-

cho, que debe ser protegido por la ley. Los crímenes actuales de “desapariciones” y “limpieza étnica” son claramente violaciones del derecho internacional.

3. *El derecho a la libertad* - Los desplazados internos tienen derecho a la libertad y la seguridad salvo las excepciones previstas en la ley, en consecuencia no pueden ser detenidos ilegal o arbitrariamente.

4. *Libertad de movimiento* - Los desplazados internos tienen el derecho a escoger su residencia, el derecho a no ser arbitrariamente desplazados, y el derecho a retornar a su residencia.

5. *El derecho a la no discriminación* - Los desplazados internos disfrutan de igualdad ante la ley, y de igual protección de la ley, no pudiendo ser discriminados por motivos raciales, políticos, religiosos, sociales, u otros similares.

6. *Derecho a la identidad y nacionalidad* - Los desplazados internos tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad que pueden cambiar y de la que no pueden ser privados arbitrariamente, y a su propia identificación personal. Estos documentos de identidad son especialmente importantes para los desplazados internos quienes con frecuencia pierden sus documentos personales debido a su desplazamiento interno. Una ley modelo podría ser la Número 75-97 de la República de Guatemala de fecha de 27 de Agosto de 1997, titulada “Ley Especial Temporal sobre Documentación Personal” que facilita la emisión libre de documentación personal para los desplazados internos, entre otras disposiciones.

7. *Derecho a la reunificación familiar* - Los desplazados internos tienen el derecho a reunirse con su familia cuyos componentes, especialmente los niños, deben ser protegidos. Este derecho es muy importante ya que el desplazamiento interno habitualmente conduce a la separación de familias. En este punto, el sistema del CICR es muy útil.

8. *El Derecho al recurso* - Los desplazados internos tienen derecho a un proceso judicial equitativo para proteger sus derechos básicos y para remediar cualquier violación de los mismos; con este fin, la regla es protegerles siempre. Los desplazados internos tienen el derecho a solicitar y recibir toda asistencia humanitaria y protección de las autoridades nacio-

nales y *de facto* y de las organizaciones internacionales. El Proyecto de Declaración de la ILA sostiene que los desplazados internos,

“... tendrán derecho a la restitución o compensación adecuada por pérdidas de sus propiedades y por los daños físicos y mentales resultantes de su desplazamiento forzado (artículo 9)”.

IV. OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS

Después de tratar los derechos básicos y los “estandar mínimos de derechos” de los desplazados internos, trataremos de las obligaciones que corresponden a los Estados.

El deber y la obligación básica del Estado es asistir y proteger a sus ciudadanos y nacionales. Esto lo lleva a cabo a través de su derecho interno. Sin embargo, estas leyes nacionales, en ciertos aspectos cubiertas por el derecho Internacional, no deben estar en conflicto con el Derecho internacional general, tal como el Derecho de los tratados, o el Derecho de los derechos humanos o el derecho internacional humanitario.

El Derecho internacional convencional sólo obliga a los Estados que son parte en los tratados, en virtud del principio “*Pacta tertiis nec nocent nec prosunt*”, pero a los Estados parte les obliga y deben cumplirlo en virtud del principio “*Pacta sunt servanda*”.

En las Filipinas, por ejemplo, la Constitución de 1987 establece que “Las Filipinas... adoptan los principios generalmente aceptados por el Derecho internacional como parte del Derecho nacional (artículo II, Sección 2)”, ello significa que no sólo el Derecho internacional convencional, sino también el Derecho internacional consuetudinario está protegido por la Constitución filipina y, además, se le reconoce prioridad sobre la legislación nacional.

De modo que, según el Derecho internacional convencional, tanto regional como general, los Estados signatarios están obligados por los tratados y, en el ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos encontramos habitualmente una obligación en este sentido. Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) establece en su artículo 2:

1. Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión pública o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Cada Estado parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

3. Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar que:

(a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidas en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;

(b) La autoridad competente judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y a desarrollar las posibilidades de recurso judicial;

(c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Una provisión semejante aparece en las convenciones regionales sobre derechos humanos, tales como la Convención del Consejo de Europa para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (1950), la Convención Interamericana de Derechos Humanos (1969), y la Carta Africana de Derechos Humanos (1981).

Este artículo específico impone a los Estados signatarios la obligación de asegurar y respetar los derechos humanos establecidos en los respecti-

vos instrumentos convencionales. El Dr. Paul Sieghart, en su trabajo "El Derecho Internacional de los Derechos Humanos" explica:

Estas obligaciones muestran dos rasgos principales:

(1) Son absolutos, esto es, no están limitados por los recursos disponibles del Estado, o por referencia a los medios empleados en ejecutarlos,

(2) Son inmediatos, esto es, cada Estado está obligado a dar los pasos necesarios para asegurar los derechos humanos y libertades fundamentales que le conciernen desde el momento en que el Tratado entra en vigor en cada Estado (página 57).

Sin embargo, estas reglas convencionales que imponen obligaciones a los Estados no son plenamente comprensivas, debido al hecho de que no obligan a los Estados que no son signatarios.

Todavía, aún en estos casos, los Estados están obligados por el Derecho internacional consuetudinario a un cierto "estándar mínimo de obligaciones", i.e., están obligados a proporcionar un estándar mínimo de tratamiento a los desplazados internos que, por lo menos, deberá respetar los derechos humanos básicos, y este Derecho internacional consuetudinario está compuesto, como explica el Preámbulo del Proyecto de Declaración de la ILA sobre los desplazados internos:

... por los principios generales del Derecho internacional, por las prácticas humanitarias de las organizaciones internacionales aceptadas por los Estados, por el principio de humanidad, por las reglas de derechos humanos básicos, y por los derechos garantizados por el Derecho interno.

Además, junto a esta obligación básica de los Estados de proteger, promover y respetar los derechos e intereses de los desplazados internos, los Estados también están obligados a mejorar y resolver las causas de origen del desplazamiento interno y a lograr y obtener soluciones duraderas.

V. LA PROTECCION INTERNACIONAL DE LOS DESPLAZADOS INTERNOS

El Estado, lo que en caso de conflictos internos incluye tanto a las autoridades nacionales *de jure* como *de facto*, tiene la obligación prima-

ria de proteger y asistir a los desplazados internos, en la medida en que son sus propios nacionales o ciudadanos. Hasta ahora hemos analizado los derechos de los desplazados internos y las obligaciones de los Estados.

Para cumplimentar esta obligación, la soberanía nacional del Estado debe ser respetada y el principio de no interferencia debe aplicarse de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas, de manera que la *Protección Nacional de los desplazados internos* pueda ser aplicada. Además, el Estado puede solicitar ayuda de las Naciones Unidas y otras organizaciones nacionales, regionales o universales (gubernamentales o no gubernamentales) para proporcionar esta protección. Esto no constituiría una interferencia en la soberanía del Estado, pues se realizaría con su aprobación y consentimiento. Cualquier solicitud de ayuda debería ser considerada favorablemente por las organizaciones nacionales e internacionales, tanto gubernamentales como no gubernamentales, si la situación lo requiere, tomando en consideración sus propias capacidades y las necesidades de los desplazados internos, de acuerdo con los principios de imparcialidad y humanidad.

Al mismo tiempo, las solicitudes de ayuda y protección hechas por los desplazados internos, o por las organizaciones nacionales e internacionales en su nombre, deberían ser consideradas favorablemente en situaciones bien justificadas especialmente por el Estado territorial, y este Estado y todas sus autoridades de gobierno deberían asegurar que esta ayuda internacional es debidamente recibida por los desplazados internos, y que sea proporcionada toda la protección necesaria. El acceso libre y seguro a los desplazados internos es esencial, tanto como la protección completa a aquéllos que colaboran en esta asistencia humanitaria.

Sin embargo, ¿qué pasaría si el desplazamiento interno dentro de un Estado pudiera poner en peligro la "paz y la seguridad internacionales", pero este Estado no permitiera ayuda internacional y protección a sus desplazados internos?. Entonces, podría resultar procedente la protección y ayuda humanitaria internacional y ello no podría ser considerado como una interferencia indebida contraria al principio de no intervención. Como explica el Comentario al artículo 10 del Proyecto de Declaración de la ILA sobre los desplazados internos:

El artículo 2.7 de la Carta de las Naciones Unidas excluye explícitamente del principio de no intervención en los asuntos que pertenecen esencialmente a la jurisdicción interna de los Estados la aplicación de medidas de presión a que se refiere el Capítulo VII. Esta disposición contiene la clave de la cuestión de si la protección y la asistencia a los desplazados internos es compatible con el concepto tradicional de soberanía nacional y no interferencia en los asuntos internos de los Estados... Así, si un acto genera un desplazamiento masivo e incluso pone en peligro la "paz y la seguridad internacionales" el Consejo de Seguridad estaría autorizado para actuar dentro del Capítulo VII de la Carta. Por consiguiente, la respuesta individual o colectiva no constituiría, según las circunstancias, una intervención en los asuntos internos del Estado recalcitrante.

Además de esta justificación de acuerdo con lo establecido por la Carta de las Naciones Unidas, existe el concepto en desarrollo de "responsabilidad" (accountability) de un Estado para reconocer los derechos humanos básicos a sus nacionales, de forma que si no lo hace, la comunidad internacional podría tomar medidas. Así:

Puede decirse que cualquier Gobierno que incumple la obligación de proveer los derechos más fundamentales a segmentos grandes de su población pierde la soberanía y en esos casos la comunidad internacional tiene el deber de restablecerlos.

Como yo he concluido en mi contribución al "Liber Amicorum" en honor de nuestro estimado colega Embajador Gros Espiell:

Hay una aceptación universal de la inviolabilidad de los seres humanos, y ello ha conducido a la preeminencia de los derechos humanos y del humanitarismo, tanto que es ahora aceptado que en ciertos casos, el Estado tiene que ceder ante el individuo, y la soberanía del Estado tiene que someterse a las exigencias de humanidad (página 1554).

La cuestión es que donde hay una falta, negación o fracaso de la protección nacional de los desplazados internos, entonces entra en juego la protección internacional con la cooperación y el consentimiento del Estado que falla o, incluso, en ciertos casos, sin ellos. Hay varias institu-

ciones regionales e internacionales, gubernamentales y no gubernamentales, que junto con las Naciones Unidas, proveen esta protección internacional y entre ellas las más importantes son:

1. Las Naciones Unidas (N.U.)

El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, empezando con la Resolución 688 en 5 de Abril de 1991 en la que extendió su protección a los desplazados internos en Iraq, ha aprobado varias resoluciones protegiendo a los desplazados internos en otros países, expresa o implícitamente. Además, el Consejo de Seguridad también ha aprobado resoluciones estableciendo "áreas seguras" (también llamadas "zonas de seguridad", "corredores seguros", "corredores humanitarios", etcétera) para los desplazados internos y ha instado a su protección. También ha establecido tribunales internacionales *ad hoc* para la persecución de las personas responsables de violaciones del Derecho internacional humanitario. Todo ello contribuye a la protección internacional de los desplazados internos. Además del Consejo de Seguridad, la Asamblea General, el Consejo Económico y Social (ECOSOC), la UNICEF, la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO) tienen papeles importantes en la ayuda y protección a los desplazados internos.

2. La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados (ACNUR).

En ausencia de una institución de Naciones Unidas específica para tomar a su cargo a los desplazados internos, el ACNUR ha sido llamado en muchas ocasiones a tratar cuestiones relacionadas con los mismos, y la justificación general es que el estado de refugiados que regresan y de los desplazados internos están interrelacionados, y además, ambas son víctimas de un desplazamiento coaccionado.

Sin embargo, el ACNUR habitualmente sólo interviene en nombre de los desplazados internos cuando se demuestra que existe una relación directa con las actividades realizadas bajo el mandato del ACNUR. Constituirían una excepción aquellos supuestos en los que estuvieran

implicados los derechos humanos y existieran importantes argumentos humanitarios que solicitasen la intervención del ACNUR. Básicamente, la protección internacional proporcionada por el ACNUR a los desplazados internos no es sólo la asistencia humanitaria, sino también protección de sus derechos humanos, asegurando su seguridad y la protección contra posteriores desplazamientos.

3. El Comité Internacional de la Cruz Roja

El mandato de dicho Comité es "trabajar para la fiel aplicación del Derecho internacional humanitario" y, como corolario, proveer la protección y ayuda a las víctimas de los conflictos armados y los disturbios internos. Básicamente, la protección internacional proporcionada por el Comité Internacional de la Cruz Roja parte de la Convención de Ginebra de 1949 y de los Protocolos Adicionales I y II de 1977.

Como víctimas de conflictos armados, los desplazados internos claramente están dentro del mandato del CICR que, utilizando sus recursos, trata de garantizar la seguridad y la dignidad de los desplazados internos. En esta función, el CICR está asistido por la Cruz Roja y la Media Luna Roja Internacional, con las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y la Media Luna Roja y su Federación. La protección general y la asistencia que proporcionan el CICR y sus asociados a los desplazados internos, incluida la población civil, puede ser resumida en:

1. Protección de la población civil en relación con el Derecho internacional y los principios humanitarios,
2. Visitas a personas privadas de libertad,
3. Emergencias médicas, asistencia y rehabilitación (cirugía de guerra, ortopedias, apoyo para instalaciones médicas, etc.),
4. Asistencia en los programas de salud pública, particularmente el suministro de agua potable,
5. Ayuda alimentaria de emergencia y otras ayudas para cubrir necesidades básicas (ej., material para hacer refugios, productos de higiene, distribución de semillas, de herramientas agrícolas y de aparejos de pesca, vacunación de ganado, etc.),

6. Actividades para restablecer el contacto entre miembros de la misma familia separados por disturbios o para facilitar su reunificación (Revista Internacional de la Cruz Roja, marzo-abril de 1995, pp. 174-175).

4. La Organización Internacional para Migración (IOM)

La IOM, fundada en 1951 como el Comité Intergubernamental para Migración Europea, está basada principalmente en el derecho fundamental a la libertad de movimiento. Sin embargo la IOM estrictamente hablando no tiene una función de "protección", aunque su presencia en más de ochenta Estados vigilando, coordinando y cooperando informalmente en migración, movimientos humanos, y transferencia de personas desplazadas, de algún modo, equivale a la protección.

5. Organizaciones regionales

La protección internacional de los desplazados internos, incluyendo su asistencia, es también realizada por organizaciones regionales, tales como, la Organización de Estados Americanos, el Consejo de Europa, y la Organización de la Unidad Africana. De especial relevancia es el *Permanent Consultation Internal Displacement in the Americas*, fundada en 1992, y que incluye organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales y expertos independientes, y que realiza actividades diversas, incluyendo visitas *in situ* para la asistencia y protección de los desplazados internos.

6. Organizaciones No Gubernamentales (ONG)

La protección internacional de los desplazados internos involucra una mirada de organizaciones encaminadas a asistir y proteger a la persona humana, incluyendo los desplazados internos. El propósito común requiere un alto y único grado de coordinación y cooperación. Entre ellas existen cientos de organizaciones nacionales, regionales y universales; de las que pueden destacarse la Comisión Internacional de Juristas y Amnistía Internacional en asuntos de derechos humanos y Médicos sin Fronteras.

Todas estas organizaciones nacionales, regionales y universales encargadas de extender la ayuda internacional y/o asegurar la protección internacional a los desplazados internos coordinarían, colaborarían y cooperarían entre ellas una con otra para lograr el máximo alcance posible, con el objeto de que las necesidades esenciales de subsistencia y los derechos humanos básicos de los desplazados internos sean adecuadamente protegidos.

VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

De todo lo precedente, presentamos las siguientes doce conclusiones precisas y específicas:

1. El problema de los desplazados internos es más preocupante que el de los refugiados, tiene dimensiones globales y, considerando la extensión y el número de personas afectadas, constituye un problema humanitario de alcance internacional.
2. El problema de los desplazados internos tiene su origen en causas semejantes al de los refugiados, de tal forma que sus necesidades de asistencia y protección son también similares.
3. Puesto que el estatuto jurídico de los desplazados internos es el de los nacionales o ciudadanos de su Estado, la responsabilidad primaria para su bienestar y protección es de tal Estado.
4. Dado que no es internacionalmente aceptada la definición de desplazados internos, diferente que la de los refugiados, hay una necesidad urgente de elaborar tal definición.
5. Igualmente como no hay ninguna convención internacional relativa al estatuto de los desplazados internos, diferente de la Convención de 1951 relativa al Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967, hay asimismo necesidad urgente de que se adopte tal Convención.
6. Los derechos humanos básicos de los desplazados internos deberán estar adecuada y plenamente protegidos tanto nacional como internacionalmente, y los desplazados internos deberán tener derecho a recurrir contra sus insuficiencias y sus violaciones.
7. El Estado afectado deberá asegurar plenamente la protección nacio-

nal a sus desplazados internos y, si fuera necesario, deberá solicitar la asistencia humanitaria de la comunidad internacional, incluyendo las organizaciones nacionales e internacionales.

8. La comunidad internacional, en casos concretos, deberá atender inmediatamente las solicitudes de ayuda y apoyo adecuados formuladas por los Estados afectados para proporcionar la asistencia a los desplazados internos o, incluso, en ausencia de tales solicitudes, si la situación lo requiere, ofrecer tal ayuda.

9. Las autoridades del Estado, incluyendo las autoridades *de facto*, deberán asegurar el acceso libre de la ayuda humanitaria a los desplazados internos y la asistencia y protección adecuada para las personas que la presten.

10. En los casos en los que el Estado no estuviera dispuesto o se encontrara incapacitado para prestar asistencia y protección a sus desplazados internos, la comunidad internacional ofrecerá ayuda humanitaria y, si fuera necesario, protección para los mismos, y si éstas fueran rehusadas podrá proceder según la Carta de las Naciones Unidas.

11. Las Naciones Unidas y sus órganos subsidiarios, especialmente el ACNUR, tomarán la iniciativa para prestar protección y asistencia internacional a los desplazados internos, en cooperación con otras organizaciones nacionales, regionales y universales, ya sean gubernamentales o no gubernamentales, especialmente el CICR.

12. Hay necesidad de un estudio coherente, comprensivo y consistente por parte de la comunidad internacional sobre el problema de los desplazados internos, con vistas a prestarles su asistencia y protección y dar eventuales soluciones.

Como corolario y complementariamente a estas doce Conclusiones, presentamos las siguientes doce Recomendaciones asimismo precisas y específicas:

1. Considerando que el problema de los desplazados internos es global e internacional, además de afectar a los derechos humanos y al humanitarismo, las Naciones Unidas y la comunidad internacional deberían involucrarse seriamente en el estudio de soluciones de este cada vez más grave problema.

2. Considerando que el origen de las causas de las que parten la situación de los desplazados internos y los refugiados es semejante, el ACNUR debe asumir la responsabilidad primordial en el desarrollo y aplicación de una estrategia general para su asistencia y protección, y para su prevención y solución.

3. Considerando que el bienestar y la protección de los desplazados internos es responsabilidad obligatoria del Estado de su nacionalidad, las Naciones Unidas y la comunidad internacional deberían asegurar que el Estado acate esta obligación e, incluso, podría imponer medidas coercitivas y otras sanciones al Estado recalcitrante.

4. Considerando que no hay definición internacionalmente aceptada de los "desplazados internos", la Asamblea General de Naciones Unidas debería aprobar inmediatamente una resolución a este efecto, mientras se adopta una Convención de desplazados internos.

5. Además, la Asamblea General de las Naciones Unidas debería convocar una Conferencia para adoptar una Convención relativa al estatuto de los desplazados internos, semejante a la Convención de 1951 para los refugiados.

6. Para la protección de los derechos humanos básicos de los desplazados internos, todos los Estados deberían tomar medidas internas efectivas creando las instituciones necesarias para hacer respetar los derechos humanos dentro del Estado. En las Filipinas, por ejemplo, la Constitución de 1987 establece una Comisión de Derechos Humanos (Artículo XIII, Secciones 17, 18, 19) con plenos poderes para:

(1) Investigar, de oficio o a instancia de parte, todas las violaciones de derechos humanos incluyendo los derechos civiles y políticos.

Junto al mecanismo de protección de los derechos humanos por las Naciones Unidas, considerando que las violaciones de derechos humanos internacionales son crímenes internacionales, debería existir un tribunal internacional permanente competente para castigar crímenes internacionales, que podría incluir crímenes contra derechos humanos, tal como "la limpieza étnica".

7. El Estado que no pueda asegurar adecuadamente la protección nacional y la asistencia a sus desplazados internos debería solicitar ayuda humanitaria a las Naciones Unidas y a la comunidad internacional en conformidad con lo establecido en el Capítulo IX (Cooperación Internacional Económica y Social) de la Carta de las Naciones Unidas, especialmente los Artículos 55 y 56 de la misma.

8. Por otro lado, de acuerdo con lo establecido en los mismos Artículos 55 y 56, la comunidad internacional debería considerar toda solicitud de ayuda humanitaria a los desplazados internos y acceder a estas solicitudes dependiendo de las circunstancias, la necesidad de los desplazados internos, y sus propios recursos. Nosotros respetuosamente consideramos que la comunidad internacional debería aceptar la existencia del "derecho a la ayuda humanitaria" no solamente en tiempo de conflicto armado, sino en todas las ocasiones. (*Vide*, The San Remo Guiding Principles on the Right to Humanitarian Assistance, Abril de 1993).

9. La ayuda humanitaria internacional no será efectiva si no se le permite el acceso libre y seguro. Para ellos las autoridades del Estado afectado deberían garantizarlo, así como la protección del personal de socorro. La Convención de 1994 sobre Seguridad de las Naciones Unidas y Personal Asociado lo protege en el ámbito de las Naciones Unidas. Sin embargo, sería conveniente que la protección cubriera no sólo al personal de las Naciones Unidas, sino también a todos aquéllos legítimamente dedicados a la ayuda humanitaria internacional.

10. Si existe un derecho a la ayuda humanitaria, ¿existe también un derecho a la intervención humanitaria para imponer ese derecho? Proponemos que, aparte de los supuestos previstos en la Carta de las Naciones Unidas, otros casos podrían quedar comprendidos en la intervención humanitaria, y a este respecto, es recomendable que se celebre una conferencia internacional con el objeto de formular los Principios guías sobre la intervención humanitaria.

11. Es incuestionable que el problema de los desplazados internos no es solamente grave y apremiante, es también global e internacional. Como tal, todas las organizaciones e instituciones, comenzando por las Naciones Unidas, deberían conducir los esfuerzos de la comunidad internacional hacia la asistencia a los desplazados internos dándoles ayuda, protección

y soluciones a su situación. Sin embargo, tan ingente labor requiere la distribución de tareas, involucrando programas multisectoriales comprensivos, así como acuerdos de coordinación y colaboración. En este sentido, según un informe:

Dado que ninguna agencia tiene un mandato global para los desplazados, llegar a una división apropiada de trabajos entre las organizaciones concernientes es claramente de importancia considerable para conocer sus necesidades de asistencia humanitaria, protección y soluciones (COMUNIDAD EUROPEA /SCP/ 87, 17 de Agosto de 1994, par. 33).

Por lo tanto hay necesidad de un órgano, semejante al ACNUR, para coordinar y relacionar todos los esfuerzos y actividades en favor de los desplazados internos.

12. En la actualidad hay varias organizaciones preparando estudios e investigaciones sobre los desplazados internos, incluyendo al Representante del Secretario General de las Naciones Unidas para los desplazados internos, el ACNUR, el CICR, la ILA y el Instituto Internacional de Derecho Humanitario, por mencionar algunos. Sería recomendable que la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobara una resolución en la que estudie todos los aspectos de los problemas que plantean los desplazados internos, o que la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas emprenda tal estudio,

... que incluya una compilación y análisis de las reglas existentes y normas y el proyecto de un código de conducta comprendiendo los principios guías sobre desplazamiento interno, así como un análisis de las causas, prevención y solución del desplazamiento forzoso. (Preámbulo de la Declaración de la ILA sobre los desplazados internos).

LA CALIFICACION Y REGULACION JURIDICA INTERNACIONAL DE LAS SITUACIONES DE VIOLENCIA INTERNA

Carlos JIMÉNEZ PIERNAS
Miembro del IHLADI

SUMARIO

- I.- INTRODUCCION: LAS SITUACIONES DE VIOLENCIA INTERNA.**
- II.- CALIFICACION DE LAS SITUACIONES DE VIOLENCIA INTERNA.**
 - II-1. El Derecho Internacional (DI) convencional: condiciones de aplicación.**
 - II-2. El DI consuetudinario: tipología de conflictos internos.**
- III.- REGULACION DE LAS SITUACIONES DE VIOLENCIA INTERNA.**
 - III-1. Violaciones más frecuentes de los derechos humanos en estas situaciones.**
 - III-2. Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) aplicable a estas situaciones.**
 - A) La proclamación de estados de emergencia.*
 - B) La falta de regulación de la conducta de los grupos armados no relacionados con el Estado.*
 - C) La inespecificidad de las normas del DIDH.*
 - III-3. Derecho Internacional Humanitario (DIH) aplicable a estas situaciones.**
 - III-4. La interacción del DIDH y del DIH y las normas básicas de humanidad aplicables a estas situaciones.**
- IV.- CONCLUSIONES.**

I.- INTRODUCCION: LAS SITUACIONES DE VIOLENCIA INTERNA.

Desde el fin de la Segunda Guerra Mundial un gran número de Estados padecen fenómenos internos de violencia de muy diversa índole que vamos desde un primer momento a calificar genéricamente, siguiendo a los órganos competentes de la Organización de las Naciones Unidas (O.N.U.), como *situaciones de violencia interna*, para distinguirlas enseguida de los conflictos armados sin carácter internacional (guerras civiles), por un lado, y de las meras crisis esporádicas y aisladas de violencia (disturbios, revueltas y actos análogos), por otro (1). Esas *situaciones de violencia interna* propician, allí donde se producen, la escalada de la violencia más arbitraria contra víctimas indefensas y la multiplicación de violaciones de los derechos y libertades fundamentales de la persona (2).

En efecto, el impresionante desarrollo normativo convencional del DIDH, para tiempo de paz, y del DIH, para tiempo de guerra, habido des-

(1) Doc. NU E/CN.4/1998/87, párs. 6 y 18. Pueden proponerse, desde luego, otros términos como el de *situaciones de lucha civil*, adaptando al caso las observaciones hechas en su día por L.A. PODESTA COSTA, *Ensayo sobre las luchas civiles y el Derecho Internacional*, Buenos Aires 1926, pp. 11-17. Este ilustre profesor ya advertía que "no es fácil dar una definición sintética de las *luchas civiles*, pues ellas comprenden una serie de hechos que van desde la simple revuelta callejera hasta la guerra civil propiamente dicha: el desorden colectivo, la huelga revolucionaria, la asonada, el motín, la insurrección, la guerra civil son fenómenos distintos y a veces fases sucesivas de un mismo proceso de desintegración social y política que puede afectar al derecho internacional" (pp. 12 *in fine*-13). Y entendía que debe "darse el nombre genérico de *luchas civiles* [de ahí el título de su ensayo] a toda acción de fuerza producida por un grupo de personas con desconocimiento de la autoridad pública constituida o del orden legal existente; y debe reservarse en particular el de *guerra civil* para aquellos acontecimientos que ofrecen de la *guerra* tales contornos materiales que permiten someterlos a un régimen jurídico análogo, en gran parte, a la *guerra internacional*" (p. 11). La única corrección que introduciríamos sería excluir las crisis esporádicas y aisladas de violencia (disturbios, revueltas y actos análogos) del contenido material de las *situaciones de lucha civil*.

(2) Doc. NU E/CN.4/1998/87, pár. 8. Ver también los informes anuales de la actividad del Comité Internacional de la Cruz Roja (C.I.C.R.); por todos, *Informe de Actividad 1996*, Ginebra 1997, pp. 18-23, 38-39, 106-107, 128-129, 190-191 y 230-231. Y la información que sobre el continente africano proporciona en esta materia el *African Yearbook of International Law*; ver, en su último número, M. SINJELA, "The U.N. and Internal Conflicts in Africa: A Documentary Survey", *African Yearbook of International Law*, vol. 4 (1996), 293-361; pp. 293-297, 316-318, 341-342, 349-351 y 359, con datos recientes sobre los conflictos internos de Angola, Burundi, Liberia, Ruanda y Somalia, aunque varios de estos conflictos -como luego veremos- han alcanzado en algunas fases el grado de guerra civil.

pués de la Segunda Guerra Mundial no ha impedido que con ocasión de esas *situaciones de violencia interna* se contesten y violen reiterada y gravemente por los bandos o grupos en presencia los derechos más elementales de la persona. A pesar del presumible consenso sobre la existencia de obligaciones generales por parte de los Estados para la protección de la persona, dichas obligaciones no parecen haber conseguido en esas *situaciones* el grado de aplicación y eficacia acordes con el citado desarrollo normativo y su más que probable cristalización consuetudinaria (3).

Planteado así el problema, debemos revisar el presumible acuerdo general sobre las normas por las que se protege a la persona incluso en esas *situaciones de violencia interna*, para llegar a saber si ese *consensus* se mantiene o no y si es necesario consolidarlo, así como recapacitar también sobre las causas materiales y formales que puedan explicar en las citadas situaciones la impunidad manifiesta de los responsables de flagrantes violaciones de los derechos humanos sobre todo contra la población civil (4).

(3) De hecho, el C.I.C.R. está preparando un estudio concienzudo sobre las normas consuetudinarias del DIH aplicables en los conflictos armados internacionales y de otra índole, que espera presentar en la XXVII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, prevista para 1999, y está colaborando activamente en los trabajos de la Comisión de Derechos Humanos de la O.N.U. para la elaboración de un proyecto de normas básicas de humanidad que deban respetarse en cualquier *situación de violencia interna*, siempre que no sustituya a las normas mucho más detalladas del DI vigente aplicables en situaciones de conflicto armado interno o internacional: *Informe cit.*, pp. 268-269 y 271-272.

En relación con este proyecto de normas básicas de humanidad, auspiciado por los Estados nórdicos, Doc. NU E/CN.4/1998/87, párs. 10-12; y E/CN.4/1995/116, pp. 1 y 12-13. Las observaciones de los Estados y organizaciones a ese proyecto han sido en general positivas; ver en particular las de Suiza (Doc. NU E/CN.4/1996/80/Add.1, pp. 6-7; y E/CN.4/1998/87/Add. 1, párs. 109-119), Alemania (Doc. NU E/CN.4/1996/80/Add.2, pp. 3-4), Polonia (Doc. NU E/CN.4/1996/80/Add.3, pp. 16-19), Organización Internacional del Trabajo (Doc. NU E/CN.4/1997/77, pp. 15-16), y Canadá (Doc. NU E/CN.4/1998/87/Add.1, párs. 5-10). Por la doctrina, ver D. PETRASEK, "Moving forward on the Development of the Minimum Humanitarian Standards" en A.J.I.L., vol. 92 (1998), 557-563, pp. 560-562.

(4) Se aduce, en general, que las normas del DIDH y del DIH crean sólo obligaciones para los gobiernos, sin abordar el grave problema de la conducta de los grupos armados no pertenecientes al Estado, que se consideran ajenos a las obligaciones humanitarias. Se añade, además, que las *situaciones de violencia interna* ofrecen muchas escapatorias a los gobiernos para incumplir sus obligaciones en materia de derechos humanos, mediante la invocación de derogaciones de las normas establecidas de acuerdo con el DIDH convencional. Se advierte que el Estado afectado, a veces, no es parte del tratado correspondiente. O aún siéndolo, ocurre que la situación de conflicto no alcanza el umbral de aplicabilidad del DIH convencional o que dicho umbral es objeto de discusión. Se alega también, para terminar, que las normas del DIDH son insuficientes y carecen

Nos ocuparemos primero de la calificación convencional y consuetudinaria de las *situaciones de violencia interna* (II), que nos servirá de guía en el ineludible repaso del catálogo tanto de las violaciones más frecuentes como de las reglas en vigor que protegen los derechos y libertades fundamentales de la persona en *situaciones de violencia interna* (III), a fin de asegurarnos sobre la precisa determinación y contenido de dichas reglas. Nos plantearemos también la posible mejora de los contenidos normativos de un conjunto sencillo de normas consuetudinarias básicas aplicables a estas *situaciones* (III-4), y terminaremos con unas breves conclusiones (IV).

II.- CALIFICACION DE LAS SITUACIONES DE VIOLENCIA INTERNA.

1. El Derecho Internacional convencional: condiciones de aplicación.

En la gestación del texto definitivo del Artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 sobre DIH aplicable a los conflictos armados (5), se apreció claramente la preocupación de la Conferencia (6) por no debilitar al Estado excluyendo para ello a los conflictos internos de la regulación del DIH, salvo la aplicación del *minimum* humanitario aceptado en el ya citado Artículo 3 pensado entonces casi exclusivamente para los conflictos armados internos mayores (la clásica guerra civil) (7).

de la especificidad necesaria para ser efectivas en *situaciones de violencia interna*. Volveremos sobre estas causas *infra*, en el epígrafe III.

(5) Ver estos Convenios en N. TORRES UGENA (Ed.), *Textos normativos de Derecho Internacional Público*, 5ª ed., Madrid 1996, pp. 915-1028. El 31 de marzo de 1998 eran 188 los Estados partes en los Convenios de Ginebra de 1949, por lo que su aceptación es universal y su contenido forma ya parte del DI general o consuetudinario: ver *R.I.C.R.*, n° 145 (1998), pp. 193-200, e *infra* nota 8.

(6) *Actes Conférence 1949*, t. II-B, pp. 116-119 (Séptimo Informe del Comité Especial a la Comisión Mixta), y 124 (Informe de la Comisión Mixta al Pleno). Y A. CASSESE, "La guerre civile et le Droit International", en *R.G.D.I.P.*, t. 90 (1986), 553-578; p. 564.

(7) Por ejemplo, el fenómeno del bandolerismo quedó fuera del ámbito de aplicación del art. 3 común. Esta exclusión se ha mantenido en la adopción del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, hecho en Ginebra el 8 de junio de 1977: ver interv. plenaria del Sr. Abdine (Siria), en *Actas CDDIH*, vol. VII, p. 67, pár. 47.

Casi treinta años después, durante los debates sobre el Artículo 1 del futuro Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, hecho en Ginebra el 8 de junio de 1977 (Protocolo II) (8), llevados a cabo en la Comisión I de la Conferencia Diplomática sobre la reafirmación y el desarrollo del Derecho Internacional Humanitario (CDDIH) aplicable en los conflictos armados, celebrada en Ginebra desde 1974 hasta 1977, y al calor del desarrollo normativo de los Derechos Humanos cuya relevancia analógica para la protección del individuo en cualquier situación de paz o de conflicto fue invocada significativamente en diversas intervenciones, un importante grupo de Delegaciones intentó desarrollar progresivamente el citado Artículo 3 común de los Convenios de 1949 reduciendo taxativamente sólo a las guerras civiles su antes presuntamente vago ámbito de aplica-

(8) Ver texto en TORRES UGENA, *op. cit.*, pp. 1078-1097. Hasta el 31 de marzo de 1998, eran 142 los Estados partes en el Protocolo II, cifra que no permite asegurar la aceptación universal de sus contenidos normativos, con más razón si se observa que en la lista de Estados no partes figuran entre otros Afganistán, Angola, Azerbaiyán, República Democrática del Congo, Cuba, Estados Unidos de América, Haití, India, Indonesia, Irak, Irán, Israel, Japón, Kenia, Malasia, Marruecos, México, Mozambique, Myanmar (antigua Birmania), Nicaragua, Pakistán, Papúa Nueva Guinea, Siria, Somalia, Sri Lanka, Sudán, Tailandia, Turquía, Venezuela y Vietnam: ver *R.I.C.R.*, n° 145 (1998), pp. 193-205. La gran mayoría de Estados recién citados sufren actualmente conflictos internos de diversa índole; es obvio que estos Estados, que tienen la oportunidad material de participar decisivamente en la universalización del Protocolo II, no están contribuyendo con su conducta a ese fin.

Es más, si aplicamos al caso el concepto de Estado interesado (ver C. JIMENEZ PIERNAS, "El concepto de Derecho Internacional Público (I)", en M. DIEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 11ª ed., Madrid 1997, p. 64), relacionándolo con el efecto constitutivo o generador de la interacción normativa entre costumbre y tratado (ver C. JIMENEZ PIERNAS, "La interacción normativa entre costumbre y tratado y entre costumbre y resoluciones de la A.G.", en M. DIEZ DE VELASCO, *op. cit.*, pp. 123-124), la adhesión de estos mismos Estados al Protocolo II produciría paralelamente la formación de normas consuetudinarias a partir del Protocolo II gracias a la fácil interacción normativa entre las reglas del Protocolo II y la práctica consuetudinaria conforme con dichas disposiciones, basada en la reducción de dicha práctica a una mínima expresión por tratarse de un convenio codificador de participación universal que haría muy difícil probar el estado del DI consuetudinario fuera del círculo de relaciones jurídicas creadas por el propio Protocolo. Siempre, claro está, que la participación en el mismo (el número de ratificaciones) sea bien amplia y representativa y comprenda a los Estados más interesados (ver Sentencia de la C.I.J. de 20 de febrero de 1969 en los *Casos de la plataforma continental del Mar del Norte*, en I.C.J., *Rep.* 1969, pár. 73).

ción material y ampliando por otro lado los derechos protegidos (9). Pero a pesar de los esfuerzos desplegados por el C.I.C.R. y muchas de esas Delegaciones, al final se terminó votando y aprobando en el Pleno por cincuenta y ocho votos contra cinco y veintinueve abstenciones, a mucha distancia del deseado consenso, una versión muy restrictiva del ámbito de aplicación material del nuevo Protocolo II, sin conseguirse a cambio una mejora realmente significativa en el grado de protección establecido (10).

Bajo la presión de buen número de Estados de reciente independencia, la CDDIH estableció finalmente en el Artículo 1-1° del Protocolo II un conjunto de condiciones objetivas muy estrictas para la aplicación de dicho Protocolo en caso de conflicto armado interno, como son la presencia de un grupo armado organizado bajo la dirección de un mando responsable, el control de una parte del territorio del Estado, la ejecución de operaciones militares sostenidas y concertadas, y en fin la propia aplicación del Protocolo; y excluyó además expresamente de su ámbito de aplicación "a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados" (párrafo 2° del mismo Artículo), y que podríamos calificar genéricamente como crisis esporádicas de violencia que pueden estallar de forma coyuntural y aislada en una situación general de paz social. Un importante número de Delegaciones consideró excesivas y muy empobrecedoras esas condiciones, al limitar el alcance del Protocolo II a la guerra civil convencional, fenómeno bélico no tan frecuente en la práctica, y evitar en cambio la

(9) *Actas CDDIH*, vol. VIII, p. 207 y ss. Y en particular las intervenciones de la Sra. Bujard (C.I.C.R.), en pp. 210-211, párs. 15-16; y de los Sres. Graefrath (R.D. Alemana), en p. 213, párs. 25-26; Breucker (Bélgica), en p. 215, párr. 33; Keith (Nueva Zelanda), en p. 226, párs. 17-19; Pictet (Suiza), en p. 228, párr. 27; Patsch (R.F. de Alemania), en pp. 228-229, párs. 29-31; Fack (Países Bajos), en p. 231, párs. 39-40; Ferrari-Bravo (Italia), en p. 232, párs. 45-46; Abdul-Malik (Nigeria), en pp. 232-243, párs. 19-20; Abi-Saab (Egipto), en pp. 244-246, párs. 27 y 29-32; y Freeland (Reino Unido), en p. 247, párs. 37-38.

(10) *Ibid.*, vols. I, Tercera parte, p. 35 (Art. 1 del Proyecto de Protocolo II preparado por el C.I.C.R.); IV, pp. 6-10, 189 y 191-192 (Enmiendas al Proyecto de Art. 1); VII, p. 71 (aprobación del Art. 1 del Protocolo II); así como la intervención fracasada del Sr. Pictet (por el C.I.C.R.) en el Pleno, intentando evitar la aprobación de la versión simplificada del proyecto de Protocolo II que finalmente prosperó, también en VII, pp. 59-60, párs. 3-7.

regulación detallada del fenómeno hoy mayoritario de la guerrilla bajo múltiples formas (11).

En cambio, otro número igualmente importante de Delegaciones asistentes a la CDDIH consideró el texto del Artículo 1 como el umbral mínimo para aceptar en su conjunto el Protocolo II, sin abandonar sus dudas y reticencias respecto al mismo, causadas tanto por la debilidad manifiesta de su Administración civil y militar como por el protagonismo endémico que han desempeñado en su historia los movimientos centrífugos, las rebeliones y la violencia social en general. Esas Delegaciones hubieran preferido que la calificación de las condiciones establecidas en el Artículo 1-1° y enumeradas *supra* se atribuyera expresamente sólo al Estado afectado por el conflicto, para evitar así posibles injerencias en sus asuntos internos además de una posición de debilidad jurídica frente a conflictos internos transformados en objeto de la regulación del DI por obra de la aplicación externa al Estado afectado -por parte de otros Estados y Organizaciones internacionales- del Protocolo II (12).

Tal y como fue adoptado el Protocolo II, si un gobierno reconoce de forma suficiente la existencia en su territorio de un conflicto armado sin carácter internacional, no hay nada que objetar a dicho reconocimiento aunque no se cumplan en rigor las condiciones de aplicación establecidas en el Artículo 1-1° del Protocolo II, que surtirán plenos efectos y obligará a ese Estado (13). En ausencia de tal reconocimiento, frente a un conflic-

(11) Ver entre otras las intervenciones plenarias de los Sres. Mbaya (Camerún), en *Ibid.*, vol. VII, p. 71, párr. 66; Eide (Noruega), en p. 72, párr. 68; Di Bernardo (Italia), en p. 238, párs. 143-146; Bindshedler (Suiza), en pp. 317-318, párs. 103-106. Así como las Explicaciones de voto escritas de la R.F. de Alemania (p. 76), Bélgica (p. 77), e Italia (pp. 103-104).

(12) Ver entre otras las intervenciones plenarias de los Sres. Charry Samper (Colombia), en *Ibid.*, vol. VII, pp. 66 y 69, párs. 39 y 56; y Clark (Nigeria), en p. 70, párr. 60; y de la Sra. Sudirdjo (Indonesia), en pp. 72-73, párs. 70-71. Así como las Explicaciones de voto escritas de Brasil (p. 78), Canadá (pp. 78-79), Colombia (p. 80), India (pp. 82-83), Kenia (p. 83), y Filipinas (p. 85). Cfr. Ph. BRETON, "Les Protocoles de 1977 additionnels aux Conventions de Genève de 1949 sur la protection des victimes des conflits armés internationaux et non internationaux dix ans après leur adoption", en *A.F.D.I.*, vol. XXXIII (1987), 540-557; pp. 547-548.

(13) Doc. NU E/CN.4/87/Add.1, párs. 47-50 (Observaciones del Gobierno de Colombia de 28 de febrero de 1997): "El Gobierno de Colombia considera que las normas del Protocolo II de 1977 son aplicables en el territorio nacional... Por lo tanto, es la voluntad política del Gobierno de Colombia que las normas del Protocolo II de 1977 se apliquen, con independencia de que se den o no en la realidad las condiciones de aplicación establecidas en el artículo 1 del mismo Protocolo" (párr. 47).

to armado sin carácter internacional habrá siempre que determinar si el Estado afectado es parte en el Protocolo II, para calificar desde fuera el conflicto y fijar en su caso las obligaciones del gobierno afectado incluso en contra de su opinión. Esta tarea la desempeñan hoy generalmente las organizaciones internacionales gracias a la legitimidad y a las competencias que les otorgan sus tratados constitutivos, sin olvidar el papel que desempeña en este aspecto el C.I.C.R. con motivo de su acción humanitaria. Si el Estado afectado no es parte en el Protocolo II pero sí lo es en los Convenios de Ginebra de 1949, es imprescindible acudir al DI consuetudinario -como enseguida haremos- para calificar con rigor el conflicto interno y establecer las normas que lo regulan.

En efecto, la doctrina ha alegado desde hace tiempo que las críticas formuladas contra el Protocolo II se remedian algo gracias a la obligada relación de su Artículo 1-1º con el Artículo 3 común a los Convenios de 1949, cuya validez autónoma y aplicación general como cláusula consuetudinaria supletoria en cualquier tipo de conflicto interno se ha consolidado tras la entrada en vigor del Protocolo II. La propia práctica del C.I.C.R. ha contribuido mucho a ello, ya que ha extendido de hecho sus actividades a cualquier tipo de conflicto interno; además, el Artículo 3 común no exige para su aplicación un reconocimiento de beligerancia sino la presencia de un conflicto armado sin determinar su grado o virulencia, y tampoco requiere que el conflicto oponga necesariamente al Gobierno y fuerzas rebeldes ni que éstas deban controlar una porción de territorio. Para la doctrina, al menos, no ha habido duda casi desde el mismo momento de la adopción del Protocolo II sobre qué normas consuetudinarias mínimas se aplican tanto a las guerras civiles como al resto de conflictos internos que no alcanzan ese grado (14).

Doc. Nu E/CN.4/1997/77/Add.1, pár. 48 (intervención del Sr. A. Dieng, Secretario General de la Comisión Internacional de Juristas): "En Guatemala, ambas partes en conflicto armado han acordado respetar ciertas disposiciones de los Convenios de Ginebra y Protocolo Adicional II, si bien por definición la situación que ahí se plantea no entra dentro del ámbito de aplicación del Protocolo Adicional II. En sus informes, MINUGUA insiste en esta aceptación por las partes".

(14) Ver, sin ánimo exhaustivo, J. PICTET, *Développement et principes du Droit International Humanitaire*, Paris/Genève 1983, pp. 58-59. K. SUTER, *An International Law of Guerrilla Warfare. The Global Politics of Law-making*, London 1984, pp. 169-173. Ch. SWINARSKI, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, San José de Costa Rica/Ginebra 1984, pp. 60-67. J.M. BORNET, "Modalidades de acción del CICR en las situaciones de disturbios interiores y de tensiones internas y sus actividades en América Latina", en AA.VV.,

La doctrina, pues, ha ido más lejos que la Corte Internacional de Justicia (C.I.J.), que en su Sentencia de 27 de junio de 1986 en el *Caso de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* aseguró el valor consuetudinario general y la obligada aplicación de las normas humanitarias mínimas incluidas en el Artículo 3 común a los Convenios de 1949 tanto en los conflictos armados de carácter no internacional como también en los conflictos armados de carácter internacional, al objeto de establecer la obligación de Estados Unidos de respetar y hacer respetar en cualquier circunstancia las obligaciones de dicho Artículo en su conflicto con Nicaragua (15). Así pues, esta afirmación de la C.I.J. sobre el valor consuetudinario del Artículo 3 en su aplicación a cualquier conflicto armado no cubre, desde luego, las *situaciones de violencia interna*, es decir, las situaciones de inestabilidad y violencia permanentes hoy tan extendidas en el seno de muchos Estados, cuya calificación consuetudinaria vamos a estudiar en el epígrafe siguiente.

Sólo nos queda, por último, calificar las simples crisis esporádicas de violencia en una situación general de paz interna, donde son de estricta aplicación las normas convencionales sobre derechos humanos que obliguen al Estado afectado; es cierto que el orden público queda amenazado

Coloquio sobre la protección jurídica internacional de la persona humana en las situaciones de excepción, (México, 16-21 de Marzo de 1987), organizado por el CICR y el IIDH, s. 1. ed., s.a., 80-86; pp. 82-85. M. VEUTHEY, "Implementation and Enforcement of Humanitarian Law and Human Rights in Non-International Armed Conflicts: the Role of the International Committee of the Red Cross", en *American University L.R.* vol. 33 (1983), 83-97; pp. 87-89. G. ABI-SAAB, "Conflicts armés non internationaux", en *Les dimensions internationales du Droit Humanitaire*, Paris/Genève 1986, Cap. XIV, 251-277; pp. 260, 266-267 y 276-277; ver ed. española, AA.VV., *Las dimensiones internacionales del Derecho Humanitario*, Madrid 1990, Cap. XIV, 215-236. J.D. ARMSTRONG, "Non-Governmental Organizations", en R.J. VINCENT (Ed.), *Foreign Policy and Human Rights. Issues and Responses*, Cambridge 1986, Cap. 13, 243-260; pp. 254-257. Th. MERON, *Human Rights in Internal Strife: their International Protection*, Cambridge 1987, pp. 106-117. Y J.A. CARRILLO SALCEDO, *Soberanía del Estado y derechos humanos en Derecho Internacional contemporáneo*, Madrid 1995, pp. 45-47.

(15) C.I.J., *Rec. 1986*, párs. 217-220. Si bien la Corte no aclara, en rigor, el tipo de interacción normativa en que fundamenta la naturaleza consuetudinaria atribuida a dicho Artículo, es decir no justifica su conclusión: Th. MERON, "The Geneva Conventions as Customary Law", en *A.J.I.L.*, vol 81 (1987), 348-370; pp. 356-358 y ss. Estados Unidos es parte en los Convenios de Ginebra de 1949 pero sigue sin adherirse hasta la fecha a los dos Protocolos Adicionales de 1977.

por toda clase de desórdenes y disturbios, pero el carácter aislado y no organizado de esos actos impide la quiebra general de la paz social, y se reprimen sin que existan argumentos que justifiquen *a priori* la derogación inevitable de ciertos derechos humanos -prevista por otra parte en los instrumentos convencionales-, bastando la simple aplicación del derecho penal (16). En todo caso, el Artículo 1-2º del Protocolo II excluye explícitamente la aplicación del DIH en estos supuestos.

2. El Derecho Internacional consuetudinario: tipología de conflictos internos.

Si planteamos la calificación de las llamadas *situaciones de violencia interna* desde la perspectiva del DI general, el análisis se enriquece y complica al mismo tiempo.

En efecto, de acuerdo con las normas del DI general hoy en vigor, un conflicto interno se define *in genere* por dos elementos, a saber, la existencia de una situación objetiva de violencia y hostilidades, localizada sobre el territorio de un solo Estado. Esa calificación genérica excluye, en concordancia con el DI convencional, los actos no organizados, esporádicos y aislados de violencia, resueltos en el seno del Estado mediante la aplicación de las leyes penales ordinarias; se trata de simples crisis esporádicas de violencia, como los desórdenes, disturbios y revueltas que alteran sólo coyunturalmente la situación general de paz interna imperante en el Estado (17). Un conflicto interno supone, en cambio, la presencia de fenómenos de violencia y hostilidad organizados, intensos y duraderos que requieren el empleo de las fuerzas armadas y no sólo de fuerzas policiales, pero admite dos tipos o grados, uno mayor y otro menor. El tipo o grado mayor equivale a la clásica y tópica guerra civil, hoy denominada

(16) S.P. MARKS, "Principios y normas de derechos humanos aplicables en situaciones de emergencia: subdesarrollo, catástrofes y conflictos armados", en K. VASAK (Ed.), *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, 3 vols., trad. de H. Sabaté y M.J. Rodellar de la ed. inglesa de 1982, Barcelona 1984, vol. I, 254-303; pp. 282-285.

(17) Las revueltas del pan habidas en la última década en algunos Estados del Magreb, a causa de la crisis económica y el encarecimiento de productos y servicios de primera necesidad, son un buen exponente de este tipo de crisis (ver *Keesing's* 1998, p. 36257). O, por citar un ejemplo reciente, los disturbios habidos en Indonesia entre enero y febrero de 1998 a causa de la grave recesión económica (ver *Keesing's* 1998, pp. 42007 y 42073).

eufemísticamente conflicto armado sin carácter internacional y regulada de forma suficiente en la vía convencional, cuyo paradigma son los movimientos de rebelión dotados de cierto aparato burocrático y organización militar y con un control efectivo de alguna parte del territorio del Estado, que tienen como objetivo derribar a un gobierno o régimen político determinado u obtener la secesión de una parte del Estado (18).

Junto a este grado mayor de conflicto interno hemos dicho que existen también conflictos internos de tipo o grado menor, caracterizados por tres

(18) Esta es la situación que hoy padecen Afganistán (Doc. NU E/CN.4/1997/59, párs. 12-36, en particular párs. 17-18 y 21), Somalia (Doc. NU E/CN.4/1997/88, párs. 12-20, 38-40 y 53; y E/CN.4/1998/96, párs. 11-17), o Sudán (Doc. NU E/CN.4/1994/48, párs. 22-24; E/CN.4/1996/62, párs. 8-12 y ss. y 72-78; y E/CN.4/1997/58, párs. 6-9). O que han padecido Mozambique desde 1977 hasta 1992 (Doc. NU E/CN.4/1997/43/Add.1, párs. 16-26 y 33-41), y la Federación de Rusia en la República de Chechenia entre noviembre de 1994 y agosto de 1996 (Doc. NU E/CN.4/1996/13, párs. 47-49; y E/CN.4/1997/10, párs. 4-6, 15 y 21-27).

Para justificar tanto la categoría genérica de conflicto interno como los grados mayor y menor que éste comprende, nos hemos servido *mutatis mutandis* de lo dispuesto en el Art. 1 del Protocolo Adicional II de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949 en relación con el Art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra recién citados. De los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre la responsabilidad internacional del Estado, que por fin han culminado en 1996 con la aprobación en primera lectura de un Proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados (ver Doc. NU A/51/10, pp. 134-162); ver en concreto *Anuario C.D.I.*, 1975-II, pp. 98-99 (art. 14 del Proyecto y Comentario al mismo, párs. 1 a 3). Del Informe analítico a este respecto presentado por el Secretario General cuyo origen es la Declaración de Turku de 1990 (Doc. NU E/CN.4/1998/87, párs. 19-21). Además de la doctrina interna del C.I.C.R. sobre "Actividades de protección y de asistencia del CICR en las situaciones que no abarca el Derecho Internacional Humanitario", así como de las colaboraciones de H. P. GASSER, "Un mínimo de humanidad en las situaciones de disturbios y tensiones interiores: Propuesta de un Código de Conducta", y Th. MERON, "Proyecto de Declaración-tipo sobre los disturbios y tensiones interiores", en el número monográfico sobre este tema de la *R.I.C.R.*, n° 85 (1988), 11-37 (pp. 12-13), 38-60 (pp. 40-42), y 61-79 (p. 70), respectivamente.

Cfr. también por parte de la doctrina la monografía de S.A. CALOGEROPOULOS-STRATIS, *Droit Humanitaire et Droits de l'Homme. La protection de la personne en période de conflit armé*, Genève 1980, pp. 68-74. El trabajo de síntesis de Ch. PIGUET, *La guerre civile en Droit International. Contribution a l'étude de la responsabilité internationale de l'Etat à raison des dommages éprouvés sur son territoire par des étrangers, du fait du mouvement insurrectionnel*, Lausanne 1982, pp. 15-18 y 22-23. El comentario de S.S. JUNOD en AA.VV., *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève 1986, pp. 1371-1380. Y por último, A. MANGAS MARTIN, *Conflictos armados internos y Derecho Internacional Humanitario*, Salamanca 1990, pp. 59-62 y 68-71.

En cualquier caso, se excluyen del ámbito de aplicación de esta noción "los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación...", que quedan comprendidos, según el art. 1-4º del Protocolo Adicional I de 1977, dentro de los conflictos armados internacionales.

elementos, a saber, una situación de violencia generalizada y endémica, cierto grado de organización en las acciones armadas de las partes o grupos en conflicto, y un clima estable de inseguridad ciudadana nacido de la naturaleza colectiva y permanente de dicha violencia. Este tipo menor de conflicto interno es el más frecuente en la práctica porque es paso obligado del proceso que conduce desde una situación de paz hasta la guerra civil y viceversa; por tanto, su calificación y también su regulación jurídica han terminado interesando a la organización internacional, en particular a la Comisión de Derechos Humanos de la O.N.U., que viene ocupándose del tema desde el inicio de esta década a iniciativa de los Estados nórdicos, calificando el fenómeno como *situación de violencia interna* (19).

El DI convencional ha guardado silencio hasta ahora acerca de la calificación y regulación de este tipo de conflictos, pero ello no impide que sean hoy numerosos los Estados que lo padecen y que dichos conflictos se sometan al menos a las reglas consuetudinarias contenidas en la cláusula humanitaria supletoria del Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949. El citado Artículo 3 no condiciona su aplicación a ningún reconocimiento previo de parte de la situación de conflicto, lo que facilita mucho su alegación en esas situaciones (20).

(19) Es significativo que la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías iniciara el examen de este tema, bajo la rúbrica de "normas humanitarias mínimas", en 1991: Doc. NU E/CN.4/1998/87, párr. 5. El último documento de interés publicado que nos consta es precisamente el recién citado, de 1998. En este mismo documento, el término "violencia interna" pretende "describir situaciones en que tienen lugar luchas y conflictos, de la intensidad que sean, dentro de los países, y sin perjuicio de cualquier calificación legal de la lucha a los efectos de la aplicación del derecho humanitario internacional" (párr. 6). En cuanto a los grupos que se alzan en armas contra el gobierno de turno o luchan entre sí por la supremacía en el país, este documento opta por denominarlos "grupos armados" dejando de lado la calificación jurídica, sin duda polémica, de sus actividades y objetivos, evitando otorgar con un término tan neutral cualquier legitimidad al grupo o a su causa (párr. 7).

(20) Los trabajos más recientes de la Comisión de Derechos Humanos de la O.N.U. abogan por esta solución: ver Doc. NU E/CN.4/1996/52/Add.1, párr. 32; E/CN.4/ Sub.2/1997/19, párrs. 38-39; E/CN.4/1997/77/Add.1, párrs. 54 y 67; E/CN.4/1997/88, párrs. 54-57; y E/CN.4/1998/68/Add.2, párrs. 63-68.

Ver también, en el mismo sentido, la Sentencia de la Sala de Apelación del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, de 2 de octubre de 1995, en el *Caso Dusko Tadic* (competencia), en *I.L.M.*, vol. 35 (1996), pp. 32 y ss., párrs. 96-127. Cfr. C.R. FERNANDEZ LIESA, "El Tribunal para la antigua Yugoslavia y el desarrollo del Derecho Internacional", en *R.E.D.I.*, vol. XLVIII (1996), 11-44; pp. 32-36. Y la Sentencia de la Sala de Primera Instancia del mismo Tribunal, de 7 de mayo de 1997, en el *Caso Dusko Tadic*, declarándolo culpable por la comisión

En rigor, si quisiéramos incardinar jurídicamente en el DI general estas *situaciones de violencia interna*, podríamos compararlas y hacerlas herederas -sin confundirlas- del bandidaje o bandolerismo clásico. Esta relación entre el antiguo bandidaje o bandolerismo y las *situaciones de violencia interna* no ha ocupado a la doctrina a pesar de las posibilidades que encierra para regular desde el DI general, con una perspectiva histórica y formalmente coherente, esos conflictos internos de grado menor (21). Conviene recordar que se han considerado tradicionalmente como actos de bandidaje el secuestro, el robo y el pillaje a mano armada ejecutados habitualmente por bandas armadas más o menos organizadas (22).

No excluimos, naturalmente, la ejecución de actos de bandidaje que se encuadren plenamente dentro de una situación de rebelión y en conexión estrecha con ella, es decir, en un conflicto armado no internacional o guerra civil. Pero entendemos que las denominadas *situaciones de violencia interna* caracterizarían mejor hoy al bandolerismo clásico de acuerdo con la jurisprudencia y la práctica internacional, porque a las notas típicas de la permanencia del fenómeno y del estado general de inseguridad ciuda-

de crímenes contra la humanidad y violaciones graves del Art. 3 común, en *I.L.M.*, vol. 36 (1997), pp. 908 y ss., párrs. 561-562 a 568. En ambas decisiones las dos Salas ratifican que existen normas consuetudinarias generales aplicables a los conflictos armados internos, como son al menos las contenidas en el Art. 3 común, en la inteligencia de que dicho Art. 3 se aplica a cualquier conflicto interno, incluidos los que hemos denominado de grado menor, de acuerdo con la definición muy amplia de conflicto interno (sobre la que volveremos *infra*) dada por la Sala de Apelación y asumida por la Sala de Primera Instancia: "562. The test applied by the Appeals Chamber to the existence of an armed conflict for the purposes of the rules contained in Common Article 3 focuses on two aspects of a conflict; the intensity of the conflict and the organization of the parties to the conflict... these closely related criteria are used solely for the purpose, as a minimum, of distinguishing an armed conflict from banditry, unorganized and short-lived insurrections, or terrorist activities, which are not subject to international humanitarian laws" (el subrayado es nuestro).

(21) De hecho, "un elemento común de esas situaciones [de violencia interna] es el vínculo existente entre la violencia delictiva y la violencia 'política'. Si bien algunos grupos armados podrían limitarse a realizar actividades militares, otros grupos, aun cuando se oponen supuestamente al poder político, recuerdan más bien a bandas criminales que se dedican al robo, la extorsión o el banditismo [*sic*] en gran escala. También las fuerzas gubernamentales practican esas actividades, ya que el colapso de las instituciones civiles crea un clima de ilegalidad generalizada en el que el despojo de la población civil es corriente y la corrupción rampante. El banditismo [*sic*] y la extorsión se utilizan para financiar y garantizar la continuación de la lucha" (Doc. NU E/CN.4/1998/87, párr. 23).

(22) Ver "Rapports" del Arbitro M. HUBER en *Reclamations britanniques dans la Zone Espagnole du Maroc* (Accord Anglo-Espagnol du 29 Mai 1923), La Haye 1925, p. 56, párr. 4; y siguiéndolo, J.H. RALSTON, *Suplement to 1926 Revised Edition of the Law and Procedure of International Tribunals*, Standord University (California) 1936, pp. 175-176, párr. 613b.

dana que produce, que lo alejan claramente de las meras crisis esporádicas de violencia, se unen comúnmente las notas de la ausencia tanto de un control efectivo sobre parte del territorio como de operaciones militares sostenidas y concertadas, además de la inexistencia en muchos casos de una pretensión política antagónica traducible en la típica aspiración de gobierno o secesión que sí aparecen en cambio en las guerras civiles. De esta manera, las *situaciones de violencia interna* resultan equidistantes de las crisis esporádicas de violencia y de los conflictos armados sin carácter internacional.

Acuden en ayuda de la tipología recién propuesta las primeras decisiones del Tribunal para la antigua Yugoslavia, que sostienen una definición muy laxa de conflicto armado interno (23), que luego ha mantenido casi literalmente el art. 8-2º en relación con los artículos 5 a 7 del Estatuto del nuevo Tribunal Penal Internacional permanente adoptado en Roma el 17 de julio de 1998 (Estatuto de Roma), porque al tiempo que relaciona *in extenso* un catálogo de conductas incursas en el tipo de crímenes de guerra [ver 2º c) y e)], extiende por fin la aplicación de las relacionadas en el apartado 2º e) que contiene doce supuestos, a las *situaciones de violencia interna*:

“(f) Paragraph 2 (e) applies to armed conflicts not of an international character and thus does not apply to situations of internal disturbances and tensions, such as riots, isolated and sporadic acts of violence or other acts of a similar nature. *It applies to armed conflict that take place in the territory of a State when there is protracted armed*

(23) Ver otra vez la Sentencia de la Sala de Apelación, de 2 de octubre de 1995, en el *Caso Tadic (competencia)*, en *I.L.M.*, vol. 35 (1996), pp. 32 y ss., p. 70: “an armed conflict exists whenever there is a resort to armed force between States or protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State. International humanitarian law applies from the initiation of such armed conflicts and extends beyond the cessation of hostilities until a general conclusion of peace is reached; or, in the case of internal conflicts, a peaceful settlement is achieved. Until this moment, international humanitarian law continues to apply in the whole territory of the warring States or, in the case of internal conflicts, the whole territory under the control of a party, whether or not actual combat takes place there”.

conflict between governmental authorities and organized armed groups or between such groups” (24).

En la actualidad, esta clase menor de conflicto interno, que hemos convenido en llamar *situación de violencia interna*, cataloga y abarca las situaciones de inestabilidad y violencia política graves y permanentes que hoy soportan buen número de Estados de reciente independencia y en desarrollo (25) por múltiples causas, entre ellas el rápido y desigual crecimiento de la población, la pobreza y las grandes desigualdades sociales

(24) El subrayado es nuestro. Esta noción de conflicto interno compagina perfectamente con la tipología recién expuesta, ya que incide exclusivamente en la presencia de dos elementos, a saber, un conflicto armado prolongado, que enfrenta al gobierno y otros grupos armados organizados o a estos entre sí; desaparecen los otros requerimientos del art. 1-1º del Protocolo II, a saber, la dirección de un mando responsable, el control sobre una parte del territorio que permita la realización de operaciones militares sostenidas y concertadas, y la aplicación del propio Protocolo.

(25) Para los rasgos y síntomas de este tipo menor de conflicto interno nos hemos inspirado en la práctica sobre procedimientos públicos especiales de la Comisión de Derechos Humanos de la O.N.U., sobre cuya labor en esta materia y otras colindantes damos cuenta en la documentación recogida a lo largo de esta ponencia. Ver en general J.A. PASTOR RIDRUEJO, “Les procédures publiques spéciales de la Commission des droits de l’homme des Nations Unies”, en *R. des C.*, t. 228 (1991-III), 183-271; *passim*. Y en particular Doc. NU E/CN.4/1108/Rev.1, E/CN.4/1131/Rev.1, párs. 221-230 y 233-237.

Cfr. por parte de la doctrina la aportación de MARKS ya citada en nota 16. A EIDE, “Troubles et tensions interieures”, en AA.VV., *Les dimensions internationales du Droit Humanitaire*, Paris 1986, Cap XV, 279-295, pp. 280-282 y 290-292; hay ed. española, *Las dimensiones internacionales del Derecho Humanitario*, Madrid 1990, Cap XV, 237-250. MERON, *Human Rights in Internal Strife...*, *op cit.*, pp. 71-86. El análisis de las perspectivas de desarrollo de los derechos humanos que lleva a cabo R. FALK en su obra *Human Rights and State Sovereignty*, New York 1981, pp. 66-71, 76-77, 87-89, 98-99 y 165-166. Y la información global y divulgadora ofrecida por el *Anuario del CIP* (1997), publicado por el Centro de Investigación para la Paz (Madrid), dedicado monográficamente a “Las guerras modernas: pobreza, recursos, religión”, sobre todo las sencillas aportaciones teóricas de las pp. 23-68 y el “Observatorio de conflictos” (pp. 71-277), sección que siempre en tono divulgador se ocupa en este volumen de Chechenia, Zaire, Guatemala, Oriente Medio, Chipre, Kurdistan y Filipinas. Esta publicación prueba cómo va extendiéndose la preocupación en la sociedad civil de los Estados más desarrollados acerca de los conflictos internos que sufren buen número de Estados en desarrollo.

(26); la heterogeneidad cultural especialmente étnica y religiosa (27); o una mezcla variada de estas causas (28).

Estas *situaciones de violencia interna* tienen como denominador común presentarse y desarrollarse en el seno de estructuras estatales muy débiles, hecho que provoca ya el endurecimiento arbitrario ya la disolución caótica de las mismas, fenómenos que alimentan en ambas direcciones un estado grave y perenne de inseguridad y de ausencia del imperio de la ley (*rule of law*) que afecta de lleno a los derechos y libertades fundamentales de la persona. En estas *situaciones* se entremezclan y confunden fenómenos tan diferentes como las guerrillas de actividad intermitente, sin ningún futuro político en general y asimilables en ocasiones al más puro bandolerismo clásico mediante -por ejemplo- su asociación contemporánea con el narcotráfico, la violencia institucional más aguda, la actuación de grupos parapoliciales, el terrorismo, los golpes de Estado continuados y cruentos, o las masacres raciales, que crean en conjunto un estado generalizado de conflicto y violencia que está demostrando ser muy

(26) Este es sin duda el componente principal y más extendido de esas situaciones, que crea un estado de emergencia debida a un conjunto de condiciones socioeconómicas de origen endógeno y exógeno: MARKS, loc. cit., pp. 256-259. Sin ánimo exhaustivo, tal sería el caso de las situaciones que han padecido o padecen Estados como Argelia (Doc. NU E/CN.4/1998/68/Add.1, párs. 5-14), Colombia (Doc. NU E/CN.4/1993/46, párs. 185-192; E/CN.4/1995/111, párs. 20-23 y 103-108; y E/CN.4/1998/68/Add.1, párs. 87, 96-97 y 117-118), Guatemala (Doc. NU E/CN.4/1993/46, párs. 263-269), México (Doc. NU E/CN.4/1993/46, párs. 417-418; E/CN.4/1998/38/Add.2, párs. 13-21 y 73-77; E/CN.4/1998/68/Add.1, párs. 260) y Perú (Doc. NU E/CN.4/1993/46, párs. 461-465; E/CN.4/1996/52/Add.1, párs. 8, 16-30 y 129-130; y E/CN.4/1998/68/Add.1, párs. 319 y 331).

Para el caso de Perú, ver M. RUBIO CORREA, "Militares y Sendero Luminoso frente al sistema democrático peruano", en *Revista de Estudios Políticos* (Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid), n° 53 (1986), 161-174; pp. 162-163 y 169 *in fine*-174.

(27) Sin ánimo exhaustivo, tal sería el caso de las situaciones que hoy padecen Estados como Burundi (Doc. NU E/CN.4/1995/66, párs. 10-14, 40-48 y 67-70; E/CN.4/1996/4/Add.1, párs. 10-26; E/CN.4/1996/16, párs. 10-17 y 22-35; E/CN.4/1996/16/Add.1, párs. 11-19, 38-40 y 50; y E/CN.4/1997/12, párs. 5-10 y 17-18 y ss.) y Sri Lanka (Doc. NU E/CN.4/1993/46, párs. 532-534; y E/CN.4/1998/68/Add.2, párs. 7-27 y 34-36).

(28) Sin ánimo exhaustivo, tal sería el caso de las situaciones que hoy padecen o están muy próximos a padecer, al menos en parte de su territorio, Estados como Bangladesh (Doc. NU E/CN.4/1993/46, párs. 105-108), Brasil (Doc. NU E/CN.4/1993/46, párs. 121-123; y E/CN.4/1998/68/Add.1, párs. 36-38), Filipinas (Doc. NU E/CN.4/1993/46, párs. 488-491), India (Doc. NU E/CN.4/1993/46, párs. 330-334 y 347; y E/CN.4/1998/68/Add.1, párs. 202-203 y 211-212) y Turquía (Doc. NU E/CN.4/1993/46, párs. 581-587 y 612; y E/CN.4/1998/68/Add.1, párs. 381-382 y 394).

pernicioso para los derechos y libertades de la persona, sobre todo de la población civil (29).

Las repercusiones negativas que las *situaciones de violencia interna* causan concretamente en los derechos y libertades de la población civil se extienden habitualmente a los extranjeros; entre otras razones, porque uno de los rasgos específicos de este tipo de conflicto es el propósito de las partes o grupos enfrentados de plantear también en la esfera de las relaciones internacionales cuestiones relativas a la estructura política interna del Estado afectado por el conflicto, recurriendo para ello si es preciso al entorpecimiento de la ayuda económica y la asistencia técnica brindadas a ese Estado en el marco de las relaciones de cooperación que propicia el DI del desarrollo, caso de los ataques contra trabajadores y cooperantes extranjeros (30); o al rechazo de la ayuda humanitaria prestada por el C.I.C.R. y otras organizaciones internacionales intergubernamentales y no gubernamentales (O.N.G.), caso de los ataques contra el personal de estas organizaciones (31). El resultado inevitable es la perturbación del ordenamiento internacional vigente en sus dos planos principales, el relacional o puramente interestatal y el institucional, del que son protagonistas las organizaciones internacionales. Ello hace aún más inevitable que dichos conflictos, a pesar de no alcanzar en la mayoría de los casos el grado mayor de conflictos armados sin carácter internacional, atraigan la atención y sean objeto de regulación por parte del ordenamiento internacional.

Por otra parte, la forzada implicación de los extranjeros en estos conflictos internos de grado menor o baja intensidad nos ha llevado a indagar en la práctica tradicional y muy rica del Derecho de la responsabilidad internacional por actos cometidos contra la persona o bienes de los extranjeros en situaciones de conflicto interno. A través del conocimiento de la práctica histórica sobre la responsabilidad internacional del Estado, pretendemos relacionar y enmarcar lo mejor posible la califica-

(29) Cfr. MERON, *Human Rights in Internal Strife...*, op. cit., pp. 95-102. E intervención del Sr. A Eide en Doc. NU E/CN.4/1997/77/Add.1, párs. 25-27. Para el caso de Colombia, ver H. VALENCIA VILLA, "El derecho de los conflictos armados y su aplicación en Colombia", en *R.I.C.R.*, n° 97 (1990), 5-16; pp. 10-14.

(30) Caso de los atentados perpetrados en Argelia contra trabajadores y misioneros extranjeros por parte de grupos armados islámicos o de los cometidos en Filipinas.

(31) Ver, para el caso de Burundi, Doc. NU E/CN.4/1996/4/Add.1, párs. 85-86; E/CN.4/1996/16, párs. 77-80; y E/CN.4/1997/12, párs. 97.

ción jurídica de esas situaciones de conflicto que se encuentran a mitad de camino entre las crisis esporádicas de violencia y los conflictos armados sin carácter internacional; pero ello nos brinda al mismo tiempo un buen pretexto para escudriñar las causas históricas del clima de impunidad general hoy imperante en los Estados que padecen *situaciones de violencia interna*, uno de los objetos de nuestra ponencia.

En los supuestos de crisis esporádicas de violencia, la responsabilidad internacional del Estado sólo se ha comprometido por una conducta de sus órganos manifiesta e inexcusablemente negligente *ex ante* o *ex post facto*, aludiendo la práctica sobre todo a la connivencia, complicidad o participación notoria de sus órganos en los actos lesivos para los extranjeros (32). En los supuestos de guerra civil, se ha presumido siempre la ausencia de responsabilidad internacional del Estado salvo prueba en contrario del Estado reclamante de que el daño o perjuicio resulte de la negligencia notoria e inexcusable *ex ante* o *ex post facto* de las autoridades del Estado reclamado, o de un trato discriminatorio e injustificado con el extranjero perjudicado sobre todo en materia de indemnizaciones (33). Por último, la práctica histórica evidencia que la atribución de responsabilidad en supuestos de conflicto interno de grado menor se ha adherido en general a las reglas que rigen para la guerra civil a pesar de que no sean situaciones material y formalmente equiparables.

Como vemos, el Derecho de la responsabilidad internacional ha tendido a evitar la atribución de responsabilidad al Estado por hechos acaecidos en situaciones de conflicto interno sean de grado mayor (guerra civil) o menor; así ha defendido al Estado, sujeto principal de las relaciones

(32) F.V. GARCIA AMADOR, *The Changing Law of International Claims*, 2 vols., Dobbs Ferry (New York) 1984, vol. I, pp. 206-208. El jurista cubano advierte expresamente que la práctica sugiere "that negligence in the protection of aliens during internal disturbances (riots, mob violence and the like) be dealt with separately from negligence during civil war (rebellion or insurgency)": p. 206.

(33) *Anuario C.D.I.*, 1975-II, p. 99, párr. 4 (comentario al art. 14 del Proyecto); y p. 108, párr. 3 (comentario al art. 15).

Cfr. GARCIA AMADOR, *op cit.*, pp. 208-211. PIGUET, *op cit.*, pp. 143-144. Y A.A. ALGANZORY, "International Claims and Insurgence", en *Revue Egyptienne*, vol. 33 (1977), 71-96; pp. 78-81. De acuerdo con la práctica, "il paraît exclu qu'un Etat réponde de la faiblesse de son armée ou de son manque d'organisation interne [al enfrentarse a una insurrección] si ces lacunes ne résultent pas de la négligence des autorités, mais de la nature du pays et de son degré de développement": PIGUET, *op. cit.*, p. 92.

internacionales, y ha preservado el ordenamiento jurídico de éstas, muy condicionado por la estructura eminentemente interestatal de la sociedad internacional (34). Cabe interpretar que el Derecho de la responsabilidad internacional, a causa de su naturaleza normativa secundaria, ha reflejado e ilustrado siempre muy bien el respeto a los postulados materiales fundamentales del DIP, asumiendo tradicionalmente como objetivo prioritario de su régimen jurídico la protección no sólo de la soberanía e integridad territorial del Estado afectado por cualquier clase de conflicto interno sino también la estabilidad de sus relaciones exteriores (35).

Hay por tanto una práctica consolidada, que hunde sus raíces en el DI clásico, sobre el tratamiento permisivo otorgado al Estado frente a reclamaciones por daños ocasionados a extranjeros en caso de conflicto interno de grado mayor o menor, y no puede extrañarnos que ese tratamiento se le otorgue igualmente *de iure* o *de facto* frente a la población civil afectada por un conflicto interno, instaurándose así para conveniencia de las partes o grupos enfrentados un clima de impunidad general. En efecto, los Estados que sufren un conflicto interno se encuentran inevitablemente en una situación de emergencia, entendida como la resultante de una combinación temporal o permanente de circunstancias que colocan a las instituciones del Estado en posición precaria y que llevan a justificar *de iure* la derogación de ciertos derechos y libertades fundamentales, es decir, la proclamación del estado de emergencia, aunque en muchos casos se aplique *de facto* (36). Los estados de emergencia, sobre todo los *de facto*, son el caldo de cultivo de la impunidad imperante en esas situaciones de conflicto.

(34) CASSESE, loc. cit., pp. 577-578.

(35) Esos postulados forman hoy parte de los llamados principios constitucionales o estructurales del ordenamiento internacional contemporáneo tal y como los recoge la Res. 2.625 (XXV) de la A.G., de 24 de octubre de 1970, sobre los principios del DI referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas: ver M. DIEZ DE VELASCO, *op. cit.*, pp. 99-103.

(36) Doc. NU E/CN.4/Sub.2/1997/19, párs. 11 y 34-36. Los estados de emergencia *de facto* derivan ya de la adopción de medidas excepcionales, a veces a través de la legislación ordinaria (leyes o procedimientos penales ordinarios), sin que se haya proclamado previamente el estado de emergencia, o bien del mantenimiento en vigor de esas medidas después del levantamiento oficial del estado de emergencia; la situación en Haití ha sido un claro ejemplo de ello: ver Doc. NU E/CN.4/Sub.2/1993/23/Rev.1, párs. 22-26 y ss.; en relación con Doc. NU E/CN.4/Sub.2/1994/23, párs. 38-40; y E/CN.4/Sub.2/1995/20, párr. 15.

Cfr. MARKS, loc. cit., pp. 254-255.

III.- REGULACION DE LAS SITUACIONES DE VIOLENCIA INTERNA.

1. Violaciones más frecuentes de los derechos humanos en estas situaciones.

Antes de entrar a considerar cómo mejorar el respeto de los derechos humanos en *situaciones de violencia interna*, se impone repasar brevemente la naturaleza y la clase de la mayoría de las violaciones graves que se cometen contra los derechos humanos en esas situaciones, para establecer un cuadro general y conocer bien las más relevantes (37).

En síntesis y sin ánimo exhaustivo (38), la mayoría de las vulneraciones graves, que quedan casi siempre impunes a causa de la dificultad para atribuir responsabilidad por actos de violencia en esas situaciones, se relacionan con la privación arbitraria del derecho a la vida; son frecuentes las matanzas directas e indiscriminadas de civiles perpetradas por las fuerzas armadas y los grupos armados, así como las ejecuciones sumarias de combatientes capturados y de civiles no combatientes que resultan sospechosos a causa de su religión, identidad étnica u opinión política. La práctica de la tortura y de tratos crueles, inhumanos o degradantes sobre personas

(37) Ver para lo que sigue Doc. NU E/CN.4/1998/87, párs. 26-36. Puede hallarse información más amplia y precisa en los informes sobre países y en los informes temáticos de los relatores de la Comisión de Derechos Humanos, como enseguida comprobaremos.

(38) Para Burundi, ver Doc. NU E/CN.4/1996/4/Add.1, párs. 27 y ss., 37 y ss., 56-58 y ss., 66-70 y 87-90; E/CN.4/1996/16, párs. 44-45 y ss., 55 y 121-134; E/CN.4/1996/16/Add.1, párs. 26-27 y ss. y 32-33 y ss.; y E/CN.4/1997/12, párs. 37-38 y ss. y 103-106. Para Colombia, Doc. NU E/CN.4/1995/111, párs. 24-40, 77-78 y 87-95. Para México, Doc. NU E/CN.4/1998/38/Add.2, párs. 7-12, 34-35 y 78-80. Para Perú, Doc. NU E/CN.4/1996/52/Add.1, párs. 35-43 y 51-59. Y para Sri Lanka, Doc. NU E/CN.4/1998/68/Add.2, párs. 28-33, 37-61, 72-75 y ss., 119-120 y ss., 142 y 150-160.

Ver en particular sobre el problema de las violaciones del derecho a la vida durante conflictos internos (matanzas y ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias), Doc. NU E/CN.4/1998/68, párs. 39-42 y 111-112.

Ver en particular sobre el problema de los desplazados internos a causa de esos conflictos, Doc. NU E/CN.4/1996/52, párs. 4-14 y Anexo (pp. 29-33). La secuela más grave de la *situación de violencia interna* padecida durante quince años por Perú ha sido la de los desplazados internos, casi un millón, en su gran mayoría indígenas: Doc. NU E/CN.4/1996/52/Add.1, párs. 60-66 y ss. Lo mismo ocurre, por citar otro caso, en la *situación de violencia interna* que hoy padece Burundi: Doc. NU E/CN.4/1995/66, párs. 28-34, 59-60 y 71; E/CN.4/1996/4/Add.1, párs. 75-79; E/CN.4/1996/16, párs. 99-101; E/CN.4/1997/12, párs. 56-57; y E/CN.4/1997/12/Add.1, párs. 8-10.

detenidas y combatientes capturados. Los desplazamientos y traslados forzados de población contrarios a la libertad de movimiento. La vulneración de los derechos humanos de las mujeres (abusos sexuales, violación, ejercicio forzado de la prostitución) y de los niños (alistamiento militar y trabajo forzado), dos colectivos que sufren particularmente las perniciosas consecuencias para la población civil de las *situaciones de violencia interna*, ya que el conflicto lo libran mayormente los hombres. La privación arbitraria y a veces masiva de la libertad y la falta de respeto de las garantías legales (detenidos durante meses y años sin que se formulen cargos contra ellos o sin ser juzgados, recurso abusivo a los tribunales militares, toma de rehenes, desaparecidos). Y, en general, el menosprecio absoluto por los derechos de los civiles, cuyos bienes son saqueados o destruidos injustificadamente, al igual que las escuelas, los hospitales y las iglesias; además, se les impide el acceso a los suministros de socorro, se obstruye la actividad humanitaria e incluso se ataca al personal de C.I.C.R. y de las O.N.G.

Son tan ingentes los problemas que enseguida asalta la duda sobre si las normas existentes abordan adecuadamente las *situaciones de violencia interna*. En relación con el DIDH, se observa que los Estados incumplen fácilmente sus obligaciones mediante, por ejemplo, la proclamación del estado de emergencia, que es muy difícil atribuir responsabilidad a los grupos armados presentes en una situación de este tipo, y que las normas sobre protección de los derechos humanos en tiempo de paz son insuficientes e inespecíficas para ser efectivamente aplicadas en tiempo de conflicto aunque sea de grado menor. En cuanto al DIH, las *situaciones de violencia interna* quedan precisamente fuera del alcance del Derecho consuetudinario aplicable a las mismas, sin que esto resuelva el problema de la adecuación de esas normas a situaciones que, en rigor, no alcanzan el grado de un conflicto armado interno en toda regla.

Si las *situaciones de violencia interna* ocupan una zona gris e incierta entre las certidumbres extremas de una situación de paz o de conflicto armado interno en regla (guerra civil), con los problemas consiguientes para el ámbito de validez de las normas del DIDH y del DIH en dichas situaciones, habrá que evaluar si es posible precisar más las normas de conducta aplicables para aliviar sobre todo los sufrimientos de la pobla-

ción civil, y sopesar el riesgo que para el DI convencional vigente tendría la hipotética declaración de unas normas básicas de humanidad aplicables en *situaciones de violencia interna*, así como establecer el vehículo o medio de expresión jurídico más adecuado de esa declaración. En los siguientes apartados trataremos de responder a estas interrogantes.

2. Derecho Internacional de los Derechos Humanos aplicable a estas situaciones.

El inventario de normas consuetudinarias y convencionales en vigor dedicadas a la protección de los derechos y libertades fundamentales de la persona en tiempo de paz es impresionante. Sirva recordar (39) la Declaración Universal de Derechos Humanos, contenida en la Resolución 217A (III) de la A.G., de 10 de diciembre de 1948, en particular sus Artículos 3 a 10; el Preámbulo y los Artículos 5 a 8 de la Declaración sobre los derechos humanos de las personas que no poseen la nacionalidad del país donde viven, contenida en la Resolución 40/144 de la A.G., de 13 de diciembre de 1985, adoptada por consenso (40); el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, de 16 de diciembre de 1966, en vigor desde el 23 de marzo de 1976, en particular su Artículo 4; el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, de la misma fecha, en vigor desde el 3 de enero de 1976; el Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio, de 9 de diciembre de 1948, en vigor desde el 12 de enero de 1951; la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 7 de marzo de 1966, en vigor desde el 4 de enero de 1969; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979, en vigor desde el 3 de septiembre de 1981; la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 10 de diciembre de 1984, en vigor desde el 26 de junio de 1987, en particular sus Artículos 1-1° y 16-1° para la definición de los tipos, y 2-2° para su aplicación en situaciones de conflicto interno; la

(39) Los textos y los Estados partes pueden consultarse en TORRES UGENA, *op. cit.*, pp. 497-500 y ss.

(40) Para la génesis de esta Res., ver Doc. NU E/CN.4/Sub.2/392/Rev.1, en particular párs. 249-254 y Anexo I (pp. 57-58).

Convención sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, en vigor desde el 2 de septiembre de 1990; y la Convención sobre el estatuto de los refugiados, de 28 de julio de 1951, en vigor desde el 22 de abril de 1954, y el Protocolo sobre el estatuto de los refugiados, de 31 de enero de 1967, en vigor desde el 4 de octubre de 1967. Sin olvidar otras muchas convenciones con disposiciones sobre derechos humanos adoptadas bajo los auspicios de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.), y otras resoluciones y declaraciones de órganos de la O.N.U. en esta materia, como la Declaración sobre el derecho al desarrollo, adoptada por Resolución 41/128 de la A.G., de 4 de diciembre de 1986, o como las Resoluciones 663C (XXIV), de 31 de julio de 1957, y 2076 (LXII), de 13 de mayo de 1977, del Consejo Económico y Social, sobre Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos.

En cualquier caso, tanto la Declaración Universal íntegramente, pese a no ser un tratado, como muchas de las disposiciones de los dos Pactos Internacionales de Nueva York, con 140 y 137 Estados partes respectivamente en diciembre de 1997, constituyen el núcleo del DI general en la materia, y garantizan conjuntamente la protección general de los derechos y libertades fundamentales más importantes. En concreto, este conjunto de normas nos permite afirmar que se ha avanzado mucho en la protección general de un mínimo de derechos fundamentales de la persona con independencia de su procedencia nacional, que prohíben ciertos actos contra la misma, sobre todo cualquier atentado contra su vida (41) o contra su integridad física y moral, derechos sin duda de la mayor importancia en *situaciones de violencia interna*. Ahora bien, la realidad de las numerosas y graves violaciones de estos derechos, no ya en tiempo de paz sino en *situaciones de violencia interna*, nos obliga a responder a los reproches sobre la inadecuación del DIDH para enfrentarse a esas situaciones.

A) La proclamación de estados de emergencia.

El primer argumento empleado es la posible derogación de ciertas obligaciones en esta materia justificada por la naturaleza excepcional de la

(41) Doc. NU E/CN.4/1993/46, párs. 43-47 y 60-61.

situación de violencia interna, que desemboca en muchos casos en la proclamación *de iure* o la imposición *de facto* de un estado de emergencia (42); es cierto que en esos casos tanto el ordenamiento interno como el internacional admiten, con condiciones, la derogación de ciertos derechos humanos (43). Contienen cláusulas derogatorias el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (44); el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, en vigor desde el 3 de septiembre de 1953 (45); y la Convención Americana sobre derechos humanos, de 22 de noviembre de 1969, en vigor desde el 18 de julio de 1978 (46). Pero estos mismos Artículos excluyen expresamente la derogación de un núcleo de normas *entre las que se cuentan al menos*, si establecemos un mínimo común

(42) Desde enero de 1985 hasta mayo de 1997, el estado de emergencia ha sido proclamado, prorrogado o mantenido, *de iure* o *de facto*, al menos en cien Estados y territorios; ninguna región del planeta escapa a esta realidad: Doc. NU E/CN.4/Sub.2/1997/19, párs. 180-182.

(43) J. ORAA ORAA, "Derechos humanos, estados de emergencia y Derecho Internacional", en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz* (1996), 17-45, pp. 21-23. El término "estado de emergencia" es el más aceptado internacionalmente y sólo contempla un único régimen jurídico para cualquier situación de emergencia, de acuerdo con el DI convencional en la materia. Las legislaciones de los Estados, en cambio, fijan diferentes situaciones y regímenes jurídicos; los arts. 55 y 116 de la Constitución española de 1978, por ejemplo, establecen tres situaciones de emergencia distintas con sus respectivos regímenes jurídicos, a saber: estado de alarma, estado de excepción y estado de sitio.

(44) Cuyo art. 4-1º dice: "En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social".

(45) Cuyo art. 15-1º dice: "En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la medida estricta en que lo exija la situación, y supuesto que tales medidas no estén en contradicción con las otras obligaciones que dimanen del derecho internacional".

(46) Cuyo art. 27-1º dice: "En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social".

denominador a partir del Artículo 4-2º del Pacto en relación con los dos convenios regionales recién citados, el derecho a la vida, el derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, el derecho a no ser sometido a esclavitud ni a servidumbre y el derecho a no ser sometido a medidas penales retroactivas (47).

Ello significa que en un estado de emergencia puede suspenderse la aplicación de normas tan relevantes como las que protegen el derecho a la libertad y seguridad personal (que incluye la libertad de movimiento), el derecho a un juicio justo, el derecho a no ser discriminado y la libertad de expresión, entre otros; aunque para evitar derogaciones abusivas, éstas se someten a condiciones muy estrictas: excepcionalidad (debe tratarse de una amenaza o peligro verdaderamente graves para la vida de la nación), publicidad, proporcionalidad temporal y material con el estado de perturbación social que precisamente provoca la derogación, e inderogabilidad *al menos* del núcleo de derechos fundamentales recién citados (48). Además, las derogaciones no han de ser incompatibles con otras obligaciones del Estado que dimanen del DI; de hecho, algunos tratados de derechos humanos no contienen cláusula alguna de suspensión (49), y muchos Estados que han ratificado el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos son también partes en esos instrumentos convencionales.

(47) El Convenio Europeo restringe más los derechos no derogables (ver su art. 15-2º), mientras que la Convención Americana los amplía (ver su art. 27-2º). Cfr. H. GROS ESPIELL y D. ZOVATTO, "La regulación jurídica internacional de los estados de emergencia en América Latina", en *Coloquio sobre la protección jurídica internacional de la persona humana en las situaciones de excepción*, op. cit., 29-56; pp. 38-42.

Cfr. Doc. NU E/CN.4/Sub.2/1995/20, Anexo I, pp. 47 y ss.

(48) Para una perspectiva mucho más generosa de los requisitos que deben reunir los estados de emergencia de conformidad con el DIP, ver Doc. NU E/CN.4/Sub.2/1997/19, párs. 49-114.

Cfr. CALOGEROPOULOS-STRATIS, op. cit., pp. 115-118. R.B. LILLICH, "The Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Emergency", en *A.J.I.L.*, vol. 79 (1985), 1072-1081; pp. 1076-1079, nota que recoge el consenso alcanzado por la I.L.A. a este respecto en su 61 Conferencia celebrada en París (1984). A. de ZAYAS, J. Th. MOLLER, T. OPSAHL, "Application of the International Covenant on Civil and Political Rights under the Optional Protocol by the Human Rights Committee", en *G.Y.I.L.*, vol. 28 (1985), 9-64; pp. 61-63. S.R. CHOWDHURY, *Rule of Law in a State of Emergency*, London 1989, pp. 143-219. Y ORAA ORAA, loc. cit., pp. 41-45. No hace falta añadir que el núcleo de derechos inderogables vale para cualquier *situación de violencia interna* con independencia de que esté o no sometida al marco legal de un estado de emergencia.

(49) Como el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, la Convención contra la tortura, la Convención sobre los derechos del niño, la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

A la vista de estas condiciones, incluso en un estado de emergencia, toda limitación radical o general de los derechos y libertades fundamentales será por naturaleza sospechosa; al mismo tiempo, la posibilidad de limitar ciertos derechos en *situaciones de violencia interna* no constituye razón suficiente para inferir una deficiencia en la protección internacional de los derechos humanos que justifique la necesidad de elaborar un catálogo de normas básicas aplicables a esas situaciones (50). El problema existe cuando los estados de emergencia se apartan de la legalidad, tienden a la perpetuación y a la concentración arbitraria y abusiva de poderes en manos del ejecutivo; cuando se presentan estas anomalías o desviaciones, se ve afectado el conjunto de los derechos humanos, incluso aquellos que no han sido formalmente suspendidos (51).

B) *La falta de regulación de la conducta de los grupos armados no relacionados con el Estado.*

El segundo argumento empleado para demostrar la inadecuación del DIDH frente a las *situaciones de violencia interna* radica en la dificultad del DIDH para regular las actividades de los grupos armados no relacionados con el Estado, que son a veces responsables de violaciones gravísimas de los derechos humanos y que, en rigor, no están obligados a respetar las disposiciones de los tratados de derechos humanos en los que el Estado es parte y único sujeto obligado (52). Por otro lado, el derecho

(50) Doc. NU E/CN.4/1998/87, párr. 58.

(51) Doc. NU E/CN.4/Sub.2/1995/20, párrs. 13-14; y E/CN.4/Sub.2/1997/19, párrs. 116-144.

(52) Es cierto que podría exigírseles responsabilidad internacional por esas violaciones de los derechos humanos, sobre todo si dichos grupos armados logran en algún caso triunfar y acceder al poder constituyéndose en nuevo gobierno del Estado o creando un nuevo Estado: ver *mutatis mutandis* Anuario C.D.I., 1975-II, pp. 100 y 106-107 (art. 14 del Proyecto sobre responsabilidad de los Estados y Comentario, párrs. 7-10, 28 y 31); y pp. 107-114 (art. 15 del Proyecto y Comentario, en particular párrs. 1-8 y 20-22); en relación con Anuario C.D.I., 1985-II (2ª parte), pp. 26-29 (art. 40 -antiguo art. 5 de la Segunda Parte: Doc. N.U. A/51/10, pp. 149-150- del Proyecto y Comentario, en particular párrs. 1-6 y 17-22). El art. 40-2º, e) iii) del Proyecto reza así: "2. En particular, se entiende por "Estado lesionado":

e) Si el derecho lesionado por el hecho de un Estado nace de un tratado multilateral o de una norma de derecho internacional consuetudinario, cualquier otro Estado parte en el tratado multilateral u obligado por la norma pertinente de derecho internacional consuetudinario, si consta que:

iii) El derecho ha sido creado o está reconocido para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales".

Pero esta regla consolidada del Derecho de la responsabilidad internacional es una pura hipótesis en las *situaciones de violencia interna*, que se distinguen precisamente no sólo por la carencia habitual de la típica aspiración de gobierno que ha caracterizado en el DI clásico a los movimientos de rebelión sino también por la ausencia de un control efectivo sobre parte del territorio y de operaciones militares sostenidas y concertadas.

penal nacional, bajo cuyo ámbito quedan por supuesto comprendidas las actividades de los grupos armados, no logra reprimir habitualmente las violaciones de los derechos humanos cometidas por esos grupos a causa de la misma naturaleza de las *situaciones de violencia interna* tal y como ha quedado expuesta *supra* (53), lo que ayuda a explicar el ambiente de impunidad que reina en esas situaciones. Es obvio que la concepción moderna de los derechos humanos descansa originalmente en el entendimiento de que son derechos de la persona frente al Estado y que crean para éste obligaciones concretas, con el fin de limitar y controlar su poder y asegurar el pleno disfrute de los mismos por parte del individuo. Si a ello unimos el carácter descentralizado y eminentemente interestatal de la sociedad internacional contemporánea, hay una dificultad de origen en el DIDH para regular la conducta de individuos y grupos armados y atribuirle consecuencias jurídicas en el orden internacional.

A estos efectos, es crucial para el DIDH contemporáneo, y con más razón aún para el DIH, que pueda exigirse responsabilidad penal internacional al individuo, actúe o no en nombre de un Estado, por la comisión de crímenes contra la humanidad y -por supuesto- de crímenes de guerra. Pero si hay problemas, aunque se ha avanzado mucho, para establecer la lista de esos crímenes (54), las dificultades han sido todavía mayores para

(53) Ver epígrafe II-2.

(54) Ver el texto definitivo del Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, aprobado por la CDI en su 48º período de sesiones tras un lento, polémico y accidentado proceso codificador, en Doc. NU A/51/10, pp. 10-129, sobre todo párrs. 30-48; en particular, los arts. 2 ("Responsabilidad individual"), 16 ("Crimen de agresión"), 17 ("Crimen de genocidio"), 18 ("Crímenes contra la humanidad"), 19 ("Crímenes contra el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado"), y 20 ("Crímenes de guerra"), con sus respectivos comentarios, en pp. 20 y ss. y 89 y ss. El art. 18, el que más nos interesa en este momento, reza así:

"Por crimen contra la humanidad se entiende la comisión sistemática o en gran escala e instigada o dirigida por un gobierno o por una organización política o grupo de cualquiera de los actos siguientes:

- a) Asesinato;
- b) Exterminio;
- c) Tortura;
- d) Sujeción a esclavitud;
- e) Persecución por motivos políticos, raciales, religiosos o étnicos;
- f) Discriminación institucionalizada por motivos raciales, étnicos o religiosos que suponga la violación de los derechos y libertades fundamentales y entrañe graves desventajas para una parte de la población;
- g) Deportación o traslado forzoso de poblaciones, con carácter arbitrario;
- h) Encarcelamiento arbitrario;
- i) Desaparición forzada de personas;

crear una jurisdicción penal internacional que persiga a los individuos presuntos responsables de esos crímenes, sean órganos del Estado o bien miembros de grupos armados.

C) La inespecificidad de las normas del DIDH.

Por último, el tercer argumento empleado incide en la falta de especificidad de las normas del DIDH en vigor frente a las *situaciones de violencia interna*, ya que muchos de los derechos y salvaguardias más importantes en ese tipo de situaciones se establecen en términos muy generales (55). Por ejemplo, los instrumentos convencionales en vigor para tiempo de paz no ofrecen una orientación suficiente y explícita sobre los casos en que determinados medios o métodos de combate pueden violar el derecho a la vida; sí lo hacen, en cambio, los instrumentos del DIH, ante todo para proteger a la población civil contra ciertos medios y métodos de guerra (los ataques directos, la muerte por hambre). Otro ejemplo lo proporciona el Artículo 12 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, que garantiza el derecho a circular libremente por el territorio de un Estado y la libertad de residencia, con las restricciones necesarias para proteger la seguridad nacional y el orden público; pero los instrumentos de derechos humanos no señalan específicamente los casos en que pueden imponerse legítimamente restricciones a ese derecho; sí lo hace mínimamente el Artículo 17 del Protocolo II, que sólo admite el desplazamiento de la población civil por su propia seguridad o por "razones militares imperiosas", y establece el trato debido a los desplazados, aunque no se aplica en las *situaciones de violencia interna*. Se trata, en suma, de abordar las deficiencias de una norma general que carece del corolario de derechos más concretos pertinentes para la protección jurídica de las necesidades de los desplazados internos.

j) Violación, prostitución forzosa y otras formas de abuso sexual;

k) Otros actos inhumanos que menoscaben gravemente la integridad física o mental, la salud o la dignidad humana, como la mutilación y las lesiones graves".

Si comparamos este contenido con el del Art. 7 del Estatuto de Roma recién adoptado, del nuevo Tribunal Penal Internacional permanente, comprobaremos que no hay diferencias relevantes entre ambos. El problema radica en saber si estos textos expresan ya el DI consuetudinario en la materia.

(55) Doc. Nu E/CN.4/1998/87, párs. 66-69; y E/CN.4/1996/52, párs. 10-13 y 412-416.

De ahí quizás la conveniencia, para lograr la mayor efectividad de los derechos y libertades fundamentales vigentes, de adoptar un conjunto de normas básicas que fijen los detalles específicos de su protección en esas situaciones, como parece imprescindible hacer -por lo que acabamos de ver- con el derecho a la vida o a la libertad de movimiento.

3. Derecho Internacional Humanitario aplicable a estas situaciones.

El DIH comprende hoy una amplia gama de tratados internacionales, algunos muy antiguos, entre los que destacan por su importancia, también para nuestros objetivos, los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, que desde su entrada en vigor el 21 de octubre de 1950 hasta hoy han alcanzado una aceptación que podemos calificar de universal, y los dos Protocolos Adicionales a dichos Convenios de 1977, ambos en vigor desde el 7 de diciembre de 1978. Además de otros convenios reguladores de aspectos específicos, de interés para nuestro caso, como el Convenio de 1979 contra la toma de rehenes, aprobado mediante consenso por Resolución 34/146 de la A.G., de 17 de diciembre de 1979, en vigor desde el 3 de junio de 1983 (56).

(56) Puede encontrarse una propuesta de definición o tipificación del delito de captura de rehenes, no aplicable en ningún caso a actos realizados por Estados, en los arts. 1, 12 y 13 de la Convención Internacional contra la toma de rehenes, en vigor desde el 3 de junio de 1983 y para España el 25 de abril de 1984 (B.O.E. de 7 de julio de 1984); H. SALINAS BURGOS, "La toma de rehenes en el Derecho Internacional Humanitario", en *R.I.C.R.*, n.º 93 (1989), 210-232; pp. 212-214 y 223-225. Además de las propuestas doctrinales de M. CHERIF BASSIOUNI, *Derecho Penal Internacional*, trad. de J.L. de la Cuesta Arzamendi, Madrid 1984, pp. 149-150; y "Hostages", en R. BERNHARDT (Ed), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 8 (1985), pp. 264-266.

Los elementos constitutivos del tipo son la captura o detención de una persona contra su voluntad, a sabiendas y sin autoridad legítima para ello, con finalidad muy diversa (homicida, lucrativa, informativa, intimidatoria o impositiva de una determinada conducta a esa misma persona o a tercero, inclusive un Estado), como condición explícita o no para la liberación del rehén. El ámbito de aplicación de este tipo establecido tanto por la Convención como por la doctrina viene a exigir forzosamente una conexión internacional de modo que entre otras opciones el acto involucre a nacionales de más de un Estado o se lleve a efecto en más de un Estado; lo que parece atender a una fenomenología terrorista o guerrillera (en tiempo de paz o de conflicto interno) de acuerdo con la realidad de la práctica, donde el elemento extranjero suele intervenir sólo como sujeto pasivo del acto de captura de rehenes, siendo siempre nacionales el resto de elementos (la captura se lleva a cabo por nacionales de un Estado en su propio territorio). Para un análisis global hasta la adop-

Pero, como ya adelantamos al tratar la calificación de las *situaciones de violencia interna*, hay obstáculos para aplicar sin más las normas del DIH convencional a esas situaciones. Los Convenios de Ginebra de 1949 sólo son aplicables a los conflictos internacionales, excepción hecha del Artículo 3 común a los cuatro Convenios (57). En principio, este Artículo 3 estaba pensado para ser aplicado a conflictos armados internos de grado mayor (guerras civiles), pero luego su ámbito de aplicación se ha extendido a cualquier conflicto armado interno, incluso los de grado menor (*situaciones de violencia interna*), al calor de su alegación como norma consuetudinaria general y supletoria. Ahora bien, el papel que ha desempeñado hasta ahora el Artículo 3 en la regulación de las *situaciones de violencia interna* ha sido muy limitado por dos razones: en primer lugar, no define los conflictos armados sin carácter internacional, y ello ha permitido en la práctica que los gobiernos cuestionen o impugnen su aplica-

ción del Convenio, que incluye además un repaso de la práctica sobre toma de rehenes en sus diversas manifestaciones (secuestros aéreos, de diplomáticos, hombres de negocios, turistas, etc.), ya afecten a particulares nacionales o extranjeros, M. VEUTHEY, *Guérilla et Droit Humanitaire*, Genève 1983, pp. 115-127.

(57) Que dice así:

"En caso de conflicto armado sin carácter internacional y que surja en el territorio de cada una de las Altas Partes contratantes, cada una de las Partes contendientes tendrá la obligación de aplicar, por lo menos, las obligaciones siguientes:

1°. Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluso los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa serán, en todas circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de carácter desfavorable basada en la raza, el color, la religión o las creencias, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo.

A tal efecto, están y quedan prohibidos, en cualquier tiempo y lugar, respecto a las personas arriba mencionadas:

- a) los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios;
- b) la toma de rehenes;
- c) los atentados a la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;
- d) las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio, emitido por un tribunal regularmente constituido, provisto de garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2°. Los heridos y enfermos serán recogidos y cuidados.

Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes contendientes.

Las Partes contendientes se esforzarán, por otra parte, para poner en vigor por vía de acuerdos especiales todas o partes de las demás disposiciones del presente Convenio.

La aplicación de las disposiciones precedentes no tendrá efecto sobre el estatuto jurídico de las Partes contendientes".

ción a las *situaciones de violencia interna* vividas en el seno de muchas sociedades nacionales; en segundo lugar, la protección humanitaria que ofrece es, naturalmente, mínima y muy poco específica (58).

Los esfuerzos realizados posteriormente para corregir las deficiencias del Artículo 3 sólo lograron la adopción casi treinta años después del Protocolo II, con un contenido muy escueto y edulcorado si se compara con las propuestas detalladas elaboradas para la ocasión por el C.I.C.R. Es evidente que el Protocolo II fija numerosas e importantes garantías para la protección de la persona en un conflicto armado no internacional, pero son todavía demasiado básicas si se las compara con las reglas que rigen los conflictos internacionales, particularmente en lo que concierne a la protección de la población civil contra los efectos de las hostilidades (59). Por otra parte, y esta es la dificultad mayor, el Protocolo II sólo se aplica a conflictos internos que alcanzan cierto umbral de intensidad, los de grado mayor, tal y como ya vimos *supra*, lo que excluye de principio su aplicación a las *situaciones de violencia interna*. Claro que un gobierno puede declarar o reconocer la aplicación del Protocolo II a una *situación de violencia interna* que padezca en su territorio (60). Pero todo queda en manos de la buena voluntad del gobierno interesado, poco proclive generalmente a admitir la aplicación del Protocolo II para evitar que ello se interprete como un reconocimiento implícito de que carece del control efectivo sobre el país o como una concesión de legitimidad internacional a la otra u otras partes contendientes, o para no proporcionar una excusa a la intervención de otros Estados o de organizaciones internacionales en el conflicto (61).

El resultado es que en las *situaciones de violencia interna* "no existen reglas convenidas claras que regulen importantes aspectos de la conducta

(58) Por ejemplo, no menciona la libertad de movimiento, tampoco prohíbe expresamente la violación, y no se refiere para nada a los medios y métodos de hacer la guerra.

(59) Ver Título IV, arts. 48 a 79, del Protocolo I.

(60) Ver *supra* nota 13 y texto al que se refiere.

(61) A pesar de las disposiciones tranquilizadoras del art. 3 ("No intervención") del Protocolo II, que excluyen expresamente tales interpretaciones.

de las fuerzas armadas y de los grupos armados implicados" (62). Es, desde luego, un estado de cosas insatisfactorio (63). La población civil merece protección frente a los ataques directos e indiscriminados; las armas y métodos de combate cuyo uso está prohibido en los conflictos armados internacionales debería también estarlo en las *situaciones de violencia interna*; la obligación de adoptar precauciones militares para disminuir el riesgo de bajas civiles y las reglas para facilitar y proteger la labor de las organizaciones humanitarias deberían de aplicarse siempre, con independencia de la naturaleza e intensidad del conflicto; en fin, es ilógico e indefendible que las fuerzas armadas se conduzcan frente a los ciudadanos de su propio país de una forma que se calificaría ilegal en un conflicto armado internacional; como lo es también que los grupos armados expulsen arbitrariamente de sus hogares a miles de personas sin incurrir en ninguna responsabilidad si el conflicto no alcanza el umbral del Protocolo II.

La pregunta obligada vuelve a ser si resultaría viable desarrollar más y mejor las normas básicas que rigen las *situaciones de violencia interna*. No obstante, hay una elección previa, la de optar por la vía de una revisión o actualización del DIH convencional vigente, objetivo que no parece realista, o bien optar por la determinación o identificación de las normas consuetudinarias básicas en la materia, porque hay que subrayar que las reglas consuetudinarias del DIH pueden ser de gran ayuda para solucionar los problemas de la aplicación del DIH a las *situaciones de violencia interna* (64).

En efecto, excluidas de la aplicación del DIH convencional, las *situaciones de violencia interna* se rigen todavía por las normas consuetudinarias del DIH, que no deben subestimarse y que gozan de gran tradición en

(62) Doc. NU E/CN.4/1998/87, pág. 80. También existen dudas fundadas sobre si se aplica el Protocolo II en aquellas ocasiones en que el C. de S. ha considerado que una situación de conflicto interno (se trataba de auténticas guerras civiles) representaba una amenaza para la paz y la seguridad internacional, y ha tomado medidas de conformidad con la Carta: ver por ejemplo las Resoluciones 794 (1992), de 3 de diciembre, 814 (1993), de 26 de marzo, y 837 (1993), de 6 de junio, relativas a Somalia; y la Res. 813 (1993), de 26 de marzo, relativa a Liberia.

(63) *Ibíd.*, pág. 81.

(64) *Ibíd.*, pág. 83.

este sector del ordenamiento internacional (65). El Artículo 3 común es, sin duda, una primera aproximación positiva en la labor de reconocimiento y determinación de esos principios de humanidad y exigencias de la conciencia pública que menciona la cláusula Martens. Pero dicha labor ha permanecido hasta ahora inconclusa. ¿Significan esos principios que los ataques indiscriminados están prohibidos en todo momento y no sólo en los conflictos internacionales? ¿Que las prohibiciones de los desplazamientos arbitrarios de población y de la utilización del hambre como método de combate afectan a cualquier conflicto interno alcance o no el umbral del Protocolo II? ¿Que las armas prohibidas en los conflictos internacionales tampoco pueden emplearse en los conflictos internos?

Cabe esperar de la actuación y de la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales creados *ad hoc* por el C. de S. para enjuiciar a los responsables de crímenes de guerra y contra la humanidad en la antigua Yugoslavia y en Ruanda, y sobre todo del Tribunal permanente creado el 17 de julio de 1998 en Roma, que contribuyan decisivamente a la identificación y desarrollo detallado de las normas consuetudinarias básicas aplicables a cualquier conflicto interno, inclusive las *situaciones de violencia interna*, como así parece apuntarlo el Estatuto de Roma recién adoptado (66). En este sentido, el Artículo 21 de dicho Estatuto deja muy

(65) La conocida como cláusula Martens, incluida en el Preámbulo de la Convención de La Haya nº IV, de 18 de octubre de 1907, relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, goza de una formulación moderna en el art. 1-2º del Protocolo I, que dice lo siguiente: "En los casos no previstos en el presente Protocolo o en otros acuerdos internacionales, las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios de derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública". También se recoge en el Preámbulo del Protocolo II: "Recordando que, en los casos no previstos por el derecho vigente, la persona humana queda bajo la salvaguardia de los principios de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública..."

La propia Corte Internacional de Justicia ha rendido homenaje a dicha cláusula en su Dictamen de 8 de julio de 1996 sobre la *Legalidad de la amenaza o uso de las armas nucleares*, al afirmar que "ha demostrado ser un medio eficaz frente a la rápida evolución de la tecnología militar" (I.C.J., *Rep.* 1996, pág. 78). No entramos en el debate sobre el hábito iusnaturalista que impregna la cláusula en virtud de la fórmula empleada: ver R. TICEHURST, "La cláusula Martens y el derecho de los conflictos armados", en *R.I.C.R.*, nº 140 (1997), 131-141; *passim*.

(66) Es muy esperanzador, en este sentido, el contenido finalmente pactado de la Parte 2 ("Jurisdicción, Admisibilidad y Derecho aplicable", arts. 5 a 21) del Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional permanente, en particular sus arts. 5 ("Crímenes bajo la jurisdicción del Tribunal"), 7 ("Crímenes contra la humanidad"), 8 ("Crímenes de guerra") y 21 ("Derecho aplicable"). Nos interesa sobremanera el tenor literal del art. 8-2º c), d), e) y f), del 8-3º y del 21. Aunque todavía es muy pronto para valorar el alcance normativo de este Estatuto.

claro el Derecho aplicable por el Tribunal, que abarca por supuesto el DIH consuetudinario (67), sobre todo si lo relacionamos con el ya citado Artículo 8-2º del mismo estatuto que extiende la jurisdicción del futuro Tribunal a las *situaciones de violencia interna* (68).

4. La interacción del DIDH y del DIH y las normas básicas de humanidad aplicables a estas situaciones.

Hemos visto cómo tanto el DIDH como el DIH se enfrentan a algunos problemas en sus intentos por regular las *situaciones de violencia interna*. No está claro, por un lado, que el DIDH imponga obligaciones a los grupos armados independientes del Estado, y algunos de los derechos más importantes, como el derecho a la vida, carecen de la especificidad necesaria para ser realmente efectivos en esas situaciones. Al otro lado, el DIH puede aplicarse a los grupos armados independientes del Estado y sus reglas son más detalladas y específicas, pero su aplicación en muchas *situaciones de violencia interna* tropieza con engorrosas calificaciones y comprobaciones del grado o umbral alcanzado por el conflicto, y con la ausencia de protección convencional en ciertos casos. Cualquier iniciativa que tienda a la superación de estas dificultades debe centrarse, al menos y entre otros aspectos, en el examen de la imputación de responsabilidad internacional a los individuos, sean órganos del Estado o formen parte de grupos armados, por las violaciones cometidas durante el conflicto; en la forma de lograr que las disposiciones del DIDH se hagan más específicas con el fin de asegurar su respeto en las *situaciones de violencia interna*; y sobre todo en la codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional Penal, en particular de los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra, con el fin principal -desde nuestra perspectiva- de identificar y sancionar las violaciones graves de las nor-

(67) "1. The Court shall apply:

(a) In the first place, this Statute, Elements of Crimes and its Rules of Procedure and Evidence;

(b) In the second place, where appropriate, applicable treaties and the principles and rules of international law, including the established principles of the international law of armed conflict".

El subrayado es nuestro. Ahora sólo queda esperar para ver cómo marcha el proceso de ratificaciones del Estatuto.

(68) Ver *supra* II-2, en particular las notas 23 y 24 y texto al que se refieren.

mas consuetudinarias básicas sobre protección de la dignidad humana en *situaciones de violencia interna*.

La interacción entre costumbre y tratado en el proceso de formación y cambio de las normas internacionales nos enseña que la determinación del contenido de las normas consuetudinarias básicas en la materia es una tarea compleja que exige realizar previamente un estudio exhaustivo tanto del Derecho convencional como de la jurisprudencia interna e internacional y de la práctica estatal relevante en *situaciones de violencia interna*. En estos momentos, semejante labor puede ser prematura a causa de la evolución normativa en curso del DIH, volcado hoy en la tipificación de los crímenes contra la humanidad y de los crímenes de guerra, paralelamente a la creación de una jurisdicción penal internacional permanente que persiga y sancione las violaciones de esos crímenes, entre otros. Sin embargo, deben incluirse en cualquier relación de normas básicas al menos y entre otros el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes, así como de los desplazamientos forzados y deportaciones, algunos derechos del niño y de la mujer, la prohibición de la privación arbitraria de la libertad, la protección de la población civil y el derecho a la asistencia humanitaria (69).

Aunque el DIDH y el DIH tienen idéntico punto de partida, la preocupación por la dignidad humana, han existido siempre buenas razones para distinguir los ámbitos de aplicación de ambos sectores del ordenamiento, sobre todo en lo que atañe a la regulación de los conflictos armados internacionales y de las guerras civiles. Pero en las *situaciones de violencia interna* que nos ocupan, dada su incierta naturaleza material, existe un solapamiento y una complementariedad considerables entre ambos sectores normativos, que dejan un margen apreciable para establecer un marco común de protección. La necesidad de encontrar normas comunes a ambos sectores del ordenamiento internacional plantea sin duda un interesante problema, a saber, la pertinencia normativa de la fusión de esas reglas (70).

El apreciable desarrollo sustantivo, por vía convencional, del DIDH y del DIH ha llevado primero a la doctrina y luego a los órganos compe-

(69) Cfr. Doc. NU E/CN.4/1998/87, pág. 98.

(70) *Ibid.*, pág. 99.

tentes de la Comisión de Derechos Humanos a sostener tanto la relativa convergencia e identidad material de ambos sectores de normas (en torno al menos a un núcleo de reglas básicas contenidas precisamente en el consabido Artículo 3 de los Convenios de 1949, desarrollado por el Protocolo II en caso de guerra civil) (71), como la relación de complementariedad e interdependencia de sus ámbitos y condiciones de aplicación en las *situaciones de violencia interna*, a pesar de la evidente autonomía normativa entre los ámbitos personal y temporal de dichos sectores (72).

Por mucho hincapié que se haga en las diferencias específicas y autonomía normativa del DIH respecto del DIDH, ello no afecta en absoluto a la realidad de la similitud, convergencia e interpenetración *ratione materiae* que se ha venido produciendo entre ambos sectores del ordenamiento internacional. Este proceso de acercamiento se ha proyectado a su vez, por la misma fuerza de las cosas, en la inevitable y manifiesta interacción sobre todo constitutiva entre el desarrollo contemporáneo de un Derecho eminentemente convencional en materia de Derechos Humanos y DIH y el Derecho consuetudinario en la materia. Tal interacción permite alumbrar la síntesis de un *consensus* sobre el contenido sustantivo de unas normas básicas para la protección de la persona, tanto en tiempo de paz como de *conflicto interno* del tipo que sea, en torno a un conjunto de derechos y libertades ya citados *supra* cuyo respeto parece estar bien esta-

(71) Estas garantías mínimas recogidas en el DIH convencional no son más que el reflejo, adaptado a las circunstancias que concurren en este sector normativo, de un núcleo duro de derechos y libertades fundamentales de la persona en tiempo de paz.

(72) Doc. NU E/CN.4/Sub.2/1995/20, párs. 28-29; E/CN.4/Sub.2/1996/19, párs. 24-29; y E/CN.4/Sub.2/1997/19, párs. 38-41.

La bibliografía sobre las relaciones entre el Derecho Humanitario y los Derechos Humanos es muy abundante: ver I.C.R.C./HENRY DUNANT INSTITUTE, (Eds.), *Bibliography of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts*, 2nd ed., Geneva 1987, *passim*, en particular p. 29 y ss. Cfr. Th. MERON, "Towards a Humanitarian Declaration on Internal Strife", en *A.J.I.L.*, vol. 78 (1984), 859-868; pp. 861-862, 864-865 y 867 *in fine*-868. K.J. PARTSCH, "Human Rights and Humanitarian Law", y E. KUSSBACH, "Protected Persons", en R. BERNHARDT (Ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 8 (1985), pp. 292-294 y 444-446, respectivamente. ABI-SAAB, loc. cit., pp. 272-273. L. DOSWALD-BECK y S. VITÉ, "Derecho internacional humanitario y derecho de los derechos humanos", en *R.I.C.R.*, n.º 116 (1993), 99-126; pp. 118-124. Y sobre todo las monografías de CALOGEROPOULOS-STRATIS, *op. cit.*, pp. 47-52, 94-97, 165-168 y 223-228; y M. EL KOUHENE, *Les garanties fondamentales de la personne en Droit Humanitaire et Droits de l'Homme*, Dordrecht 1986, pp. 8-12, 97-98 y 161.

blecido consuetudinariamente en el ordenamiento internacional (73). Se pretende un catálogo mínimo de derechos y libertades formalmente exigibles *erga omnes* e inderogables incluso en situaciones de conflicto interno (74), válido además por encima de cualquier particularismo cultural (75).

Por otra parte, la C.I.J. ha contribuido a zanjar cualquier duda razonable sobre la posibilidad de tal interacción con ocasión de su Sentencia de 24 de mayo de 1980 en el *Caso del personal diplomático y consular de Estados Unidos en Teherán* (76), al reconocer que la conducta iraní era manifiestamente incompatible con la Carta de la ONU y los principios enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, lo que tácitamente venía a sugerir la violación por Irán de normas de DI general a causa del trato deparado a los rehenes norteamericanos; tal como concretamente había propuesto en su Memoria el Gobierno norteamericano al alegar el incumplimiento por parte de Irán de ciertas normas consuetudinarias en materia de trato a extranjeros y derechos humanos extraídos *inter alia* del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, del que Estados Unidos ni siquiera era Parte (77).

(73) Cfr. ZAYAS, MOLLER, OPSAHL, loc. cit., pp. 31-42 y 44-51, que exponen el desarrollo "jurisprudencial" que el Comité de Derechos Humanos ha llevado a cabo oportunamente de los Arts. 6 (derecho a la vida), 7 (derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes), 9 (derecho a la libertad y seguridad personales), 10 (derecho a un trato humano y digno durante la privación de libertad) y 14 (derecho a la justicia), sin que haya habido ocasión para hacerlo en el caso del Art. 8 (prohibición de la esclavitud y servidumbre), todos ellos del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, y que en nuestra opinión proporcionan un contenido jurídico relativamente bien determinado a las normas básicas de humanidad.

(74) Doc. NU E/CN.4/Sub.2/1997/19, párs. 28-29.

Th. MERON, *Human Rights Law-making in the United Nations. A Critique of Instruments and Process*, Oxford 1986, pp. 183-189. Del mismo autor, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford 1989, pp. 188-201. Y otra vez el Art. 5, ahora Art. 40 (ver *supra* nota 52), aprobado en primera lectura, de la Segunda Parte del Proyecto de la C.D.I. sobre la responsabilidad internacional de los Estados, en *Anuario C.D.I.*, 1985-II (2ª parte), pp. 26 *in fine*-29, Art. 5 y sobre todo párs. 20 a 22 del Comentario.

(75) H. SABA, "La Charte Internationale de Droits de l'Homme, son élaboration et son application dans un monde multiculturel", y Z. HAQUANI, "Déclaration Islamique Universelle des Droits de l'Homme", en R.-J. DUPUY, (Ed.), *L'avenir du Droit International dans un monde multiculturel* (Colloque 1983, Académie de Droit International de La Haye-Université des Nations Unies), The Hague 1984, 163-182 (pp. 164-165) y 331-340 (pp. 333-337), respectivamente. Y J. DONNELLY, "Cultural Relativism and Universal Human Rights", en *Human Rights Quarterly*, vol. 6 (1984), 400-419; p. 417.

(76) Ver C.I.J., *Rec. 1980*, p. 42. Se trataba, sin duda, de una *situación de violencia interna*.

(77) C.I.J., *Mémoires, Personnel diplomatique et consulaire des Etats Unis à Téhéran*, 1 vol., pp. 179-183, en especial 181-183.

Pero la elaboración formal de unas normas básicas de humanidad que protejan a la persona en *situaciones de violencia interna* sigue presentando en la realidad graves lagunas en su grado de efectividad y eficacia. Creemos que a causa, entre otras razones, de la contradicción subyacente y aún no resuelta entre un DIP estatista, ceñido al principio de la soberanía del Estado y a la seguridad de sus relaciones exteriores, y un desarrollo sustantivo de los Derechos Humanos que tiende precisamente a su defensa indiscriminada en tiempo de paz o de conflicto. La falta de desarrollo suficiente de una estructura organizada en el seno del ordenamiento internacional impide la defensa común e institucionalizada de los derechos humanos y en particular de las citadas normas básicas de humanidad; por contra, el predominio en dicho ordenamiento de una estructura puramente relacional y descentralizada conlleva aún hoy que sin la colaboración del Estado, implicado directamente en graves violaciones de los derechos humanos y en honda crisis cuando sufre *situaciones de violencia interna*, no pueda lograrse la aplicación efectiva de dichas normas básicas.

De ahí la necesidad imperiosa de crear una jurisdicción penal internacional que entienda de las violaciones graves de dichas normas básicas también en *situaciones de violencia interna* (78). Por tanto, los avances normativos sustantivos en este terreno deben compensarse o equilibrarse mediante la articulación de las instituciones e instrumentos procesales necesarios para controlar y sancionar las violaciones graves por parte de los individuos de las normas de humanidad en vigor, no sólo en caso de conflicto armado internacional o interno sino en *situaciones de violencia interna*, objetivo desde luego aún más complejo (79). Habrá que esperar

(78) Una de las ideas defendidas en el Informe del Seminario Internacional sobre Normas Humanitarias Mínimas, celebrado en Ciudad del Cabo (septiembre de 1996), con el fin de mejorar la suerte de la población expuesta a *situaciones de violencia interna*, fue la siguiente: "Todos los Estados miembros de las Naciones Unidas deben dar su apoyo al establecimiento de una Corte penal internacional eficaz (incluidas unas disposiciones que apoyen el nombramiento de un acusador [fiscal] independiente)": ver Doc. NU E/CN.4/1997/77/Add.1, párr. 98; cfr. además E/CN.4/1997/88, párr. 58; E/CN.4/1996/4/Add.1, párr. 117; y E/CN.4/1996/16/Add.1, párr. 69.

(79) Conviene recordar que la A.G., por Res. 46/54, de 9 de diciembre de 1991, invitó a la CDI a que, en el marco de sus trabajos sobre el Proyecto de Código, examinara el tema en relación con el establecimiento de una jurisdicción penal internacional, otorgándole carácter prioritario por Res. 47/33, de 25 de noviembre de 1992. El Relator especial y la CDI dedicaron enteramente sus informes y labores sobre el tema, en los períodos de sesiones 44º (1992) y 45º (1993), a la cuestión del posible establecimiento de una jurisdicción penal internacional, que culminaron en el 46º

a la entrada en vigor del Estatuto de Roma para saber a ciencia cierta si cambiará el sombrío panorama que hemos trazado en estas páginas, aunque la creación de los Tribunales para la antigua Yugoslavia y para

período de sesiones (1994) con la aprobación de un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional, que la CDI presentó a la A.G. con la recomendación de que convocara una conferencia internacional de plenipotenciarios para que examinase el proyecto y concertase una convención al efecto: Doc. NU A/49/10, pp. 7-150, en particular párrs. 30-40 (para la historia del proceso), y pp. 42-60 (Título III, arts. 20 a 24 y comentarios) para conocer la competencia del futuro Tribunal. El art. 20, el que más interesa ahora, rezaba así:

"La Corte tiene competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes:

- a) El crimen de genocidio;
- b) El crimen de agresión;
- c) Las violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados;
- d) Los crímenes de lesa humanidad;
- e) Los crímenes definidos en las disposiciones de los tratados especificadas en el anexo o tipificados en cumplimiento de esas disposiciones y que, habida cuenta de la conducta imputada al presunto autor, constituyen crímenes excepcionalmente graves de trascendencia internacional".

La A.G., por Res. 51/207, de 17 de diciembre de 1996, decidió convocar en 1998 la Conferencia diplomática recomendada por la CDI con el fin de adoptar una convención sobre el tema, aceptando por Res. 52/160, de 15 de diciembre de 1997, que Roma fuera sede de la Conferencia. Por Res. 50/46, de 11 de diciembre de 1995, la A.G. decidió igualmente establecer un Comité Preparatorio para perfilar el proyecto de la CDI y preparar un texto consolidado de aceptación general. Este Comité Preparatorio ha trabajado a lo largo de tres años (1996 a 1998), dando por terminados sus trabajos en abril de 1998; el art. 5 de su Informe final no ha modificado sustancialmente el contenido del art. 20 recién citado (y su comentario) aunque lo desarrolla de forma muy prolija y compleja, y en ambos se aprecia claramente la influencia de las normas materiales del Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad así como del Estatuto y de las primeras decisiones del Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia: ver Doc. NU A/CONF.183/2/Add.1, arts. 5 ("Crímenes de la competencia de la Corte") y 23 ("Responsabilidad penal individual"), en relación con nota 54 *supra*, y con los párrs. 618-623 de la Sentencia de 7 de mayo de 1997 de la Sala de Primera Instancia del Tribunal para Yugoslavia (citada *supra* en nota 20), donde se afirma la naturaleza consuetudinaria del tipo de crímenes contra la humanidad desligándolo de su origen (los conflictos armados internacionales).

La Conferencia diplomática de Roma, tras cinco semanas de sesiones celebradas desde el 15 de junio de 1998, terminó adoptando el 17 de julio de 1998 el Estatuto del primer Tribunal Penal Internacional permanente por 120 votos a favor, 7 en contra (China, Estados Unidos de América, Filipinas, India, Israel, Sri Lanka y Turquía), y 21 abstenciones, procediéndose a la firma solemne del Convenio correspondiente el día 18 de julio de 1998. Se trata, sin duda, de un acontecimiento histórico, al margen de las consideraciones que nos merezca el análisis sosegado del Estatuto finalmente aprobado y de las transacciones que lo han hecho posible, en el que no podemos ahora entrar por razones de oportunidad.

Sólo queda añadir que el texto finalmente adoptado del art. 5 del Estatuto de Roma no ha aportado alteraciones relevantes de su contenido.

Ruanda (80) ha servido para alterar algo ese panorama y ha sido una experiencia valiosa en el camino que ha conducido a Roma. En particular, el Estatuto del Tribunal para Ruanda ha permitido avanzar en la criminalización de las violaciones graves del artículo 3 común y del Protocolo II cometidas por particulares, y también en la extensión a los conflictos armados no internacionales del tipo crímenes contra la humanidad, en virtud de su catalogación como normas consuetudinarias; aunque hay ciertas dosis de voluntarismo y oportunismo en estos avances (81).

No obstante, desconfiamos del método utilizado tanto por la CDI como por el Comité Preparatorio para establecer la competencia del nuevo Tribunal Penal Internacional, consistente en incluir en su Estatuto, un instrumento de derecho procesal o adjetivo, los crímenes calificados por el DI general en vigor. Las razones por las que dudamos de este oportunismo legislativo son las siguientes: la enumeración no es exhaustiva y da pie para preguntarse porqué no se han incluido otros crímenes internacionales; de hecho, el Comité Preparatorio amplió la nómina incluyendo, por

(80) Ver el "Estatuto del Tribunal Internacional para el castigo de los crímenes internacionales perpetrados en la antigua Yugoslavia", creado por Res. 287 (1993) del C. de

S. de las Naciones Unidas, de 25 de mayo, y que figura como anexo a la misma; y el "Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda", creado por Res. 955 (1994) del C. de S., de 8 de noviembre, que también figura como anexo a la misma, en TORRES UGENA, *op. cit.*, pp. 806-814 y 818-826.

Se trata de dos órganos subsidiarios del C. de S., creados en virtud de lo dispuesto en el Cap. VII de la Carta, independientes, transitorios, por los que se establece una jurisdicción penal internacional *ad hoc* (no permanente), encargada de juzgar a los responsables de violaciones graves del DIH en los conflictos de la antigua Yugoslavia y Ruanda, que responderán a título individual fueran o no órganos estatales. Cfr. J.J. QUINTANA, "La violación del Derecho Internacional Humanitario y su sanción: el Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia", en *R.I.C.R.*, n° 123 (1994), 223-240; pp. 226-228. Y P. TAVERNIER, "La experiencia de los Tribunales Penales Internacionales para ex Yugoslavia y para Ruanda", en *R.I.C.R.*, n° 144 (1997), 645-661; pp. 659-661.

(81) Th. MERON, "International Criminalization of Internal Atrocities", en *A.J.I.L.*, vol. 89 (1995), 554-577; pp. 556-565. Y Th. GRADITZKY, "La responsabilidad penal por violación del derecho internacional humanitario aplicable en situación de conflicto armado no internacional", en *R.I.C.R.*, n° 145 (1998), 31-61; pp. 52-54. Además, el carácter particular de esta jurisdicción ha ocasionado algunos problemas de acomodación normativa en la calificación del conflicto habido en la antigua Yugoslavia, si bien no afectan al objeto de nuestra ponencia: ver el comentario de O. SWAAK-GOLDMAN al *Caso Rajic*, en *A.J.I.L.*, vol. 91 (1997), 523-532; pp. 524-527. Y los comentarios sobre el *Caso Tadic* de Th. MERON, "Classification of Armed Conflict in the Former Yugoslavia: *Nicaragua's* Fallout", en *A.J.I.L.*, vol. 92 (1998), 236-242; pp. 237-239.

ejemplo y entre otros, el terrorismo. La enumeración de crímenes conforme al DI general plantea también el difícil problema técnico de las relaciones e interacción entre el DI consuetudinario y el DI convencional en esta materia; todo irá bien si el Estatuto de Roma es ampliamente aceptado, pero en caso contrario el daño causado a este proceso puede ser irreparable. Además, algunos de los crímenes enumerados están ya bien definidos o tipificados en tratados multilaterales de amplia aceptación y suficientemente claros y precisos, por lo que parece un riesgo superfluo exponerlos a la polémica calificándolos de crímenes de DI consuetudinario, como es el caso del genocidio y de los crímenes de guerra. Todo esto puede introducir aún más confusión en el DI aplicable a las *situaciones de violencia interna* y no servir a los fines que perseguimos, acabar con la impunidad de las graves violaciones de los derechos humanos producidas en esas situaciones.

IV.- CONCLUSIONES

Hay una estrecha relación entre la existencia de *situaciones de violencia interna* y las violaciones más graves de los derechos humanos, según se desprende de la práctica internacional y, en particular, de los trabajos de la Comisión de Derechos Humanos de la O.N.U. Estos trabajos han servido, de paso, para consolidar la calificación jurídica internacional de dichas situaciones.

El recurso a la violencia constituye en muchos casos una negación de los derechos humanos. Como los derechos humanos son interdependientes y están interrelacionados, no pueden olvidarse los esfuerzos encaminados a prevenir o poner fin a esa violencia, conociendo a fondo sus causas. En cualquier caso, hay que hacer hincapié en la necesidad de fortalecer la democracia y sus instituciones, garantizar el respeto de los derechos humanos y la realización del derecho al desarrollo en particular, a sabiendas que todo ello redundará en favor de la paz interna. Todos los Estados, organizaciones internacionales y O.N.G., así como la opinión pública internacional, deben implicarse en estas tareas preventivas.

El tema de las *situaciones de violencia interna* es un banco de prueba de la colaboración entre la codificación pública y la privada en el DI con-

temporáneo. El proceso posee un origen privado (una iniciativa de instituciones académicas nórdicas), un desarrollo público (desde su inclusión en el programa de trabajo de la Comisión de Derechos Humanos), y un desenlace todavía ignoto. En medio, algún acontecimiento auspiciado también desde el ámbito de lo privado (como el Seminario Internacional sobre Normas Humanitarias Mínimas, celebrado en Ciudad del Cabo en septiembre de 1996) ha contribuido a impulsar el proceso. Es satisfactorio constatar la colaboración decidida de la doctrina, con el sustento de la "sociedad civil", a la labor de codificación y desarrollo progresivo del DI en una materia como ésta.

Entre las distintas vías técnicas que se ofrecen para cerrar con éxito dicho proceso, todavía embrionario, la que parece contar con más apoyo es la aprobación solemne de una Resolución de la A.G., bajo forma de Declaración, sobre el tema. Entre sus ventajas, destacan las siguientes: Una Resolución impone, por su naturaleza, un esquema normativo sencillo y fácil de aplicar; es también un importante instrumento de enseñanza, difusión y vigilancia para las O.N.G. y otras instituciones humanitarias; es también un instrumento perfecto para potenciar la interacción constitutiva entre tratado y costumbre en esta materia, con el fin de determinar las normas consuetudinarias generales aplicables a las *situaciones de violencia interna*; la vía de la Resolución de la A.G. es también más rápida, económica, eficaz y menos arriesgada que la vía codificadora tradicional, que pasa hoy por una fase de crisis y agotamiento, dominada por su lentitud exasperante, su coste económico y los riesgos de fracaso o petrificación de sus resultados.

Una futura Resolución de la A.G. debiera fijar el núcleo inderogable de normas básicas de humanidad, que para nada restrinjan o menoscaben la aplicación de las disposiciones de ningún instrumento convencional sobre DH y DIH, que sean respetadas por cualquier persona, grupo o autoridad, es decir que se impongan (aplicabilidad vertical y horizontal) a todas las partes en una *situación de violencia interna*. En concreto, debe limitarse el uso de la fuerza y los métodos y medios de combate, con el fin de proteger mejor a la población civil, deben prohibirse en particular los desplazamientos forzosos de población, debe garantizarse la asistencia humanitaria y se debe velar por el respeto de los derechos de los niños y las mujeres.

La instauración de una jurisdicción penal internacional permanente y complementaria de la jurisdicción interna, cuando entre en vigor, será un gran logro en la aplicación efectiva y eficaz de las normas básicas de humanidad que nos ocupan, además de un soporte procesal imprescindible para una posible Resolución de la A.G. en la materia. Ahora bien, auguramos un oscuro porvenir al Proyecto de Código sobre crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad ya que el Estatuto de Roma ha vaciado de contenido dicho Proyecto. El Estatuto ha optado por ofrecer una jurisdicción segura al nuevo Tribunal asumiendo el riesgo de la codificación de normas sustantivas del DI, robusteciendo los procedimientos institucionales de control y observancia del cumplimiento del DI en relación con la conducta criminal del individuo, sea un órgano del Estado o un particular.

La aprobación de una Resolución de la A.G. sobre normas básicas de humanidad en *situaciones de violencia interna* no pretende resolver otro problema que éste. Ahora bien, esa Resolución podría ser muy útil en la regulación internacional de ciertas guerras civiles que conducen a la desintegración del Estado y la desaparición de un gobierno efectivo, como ha sido el caso de los conflictos de Liberia y Somalia. No obstante, las *situaciones de violencia interna*, muy mayoritarias en la práctica, poseen una naturaleza jurídica distinta y son el objeto exclusivo de esta ponencia.

Quizás la Comisión de Derechos Humanos debiera recapacitar sobre su actual esquema de trabajo en estas materias. La abundancia de relatos por temas y países impide apreciar los elementos comunes que subyacen tanto en los temas como en las situaciones de que se ocupan; uno de esos elementos comunes es precisamente la violencia interna generalizada y permanente que padecen muchos Estados, y que es causa principal - por ejemplo - de las abundantísimas denuncias de ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias en esos países. Quizás sea políticamente correcto, y hasta más eficaz, mantener ese *totum revolutum* que hoy es el tema de las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, pero puede desde luego aplicársele el dicho de que, en ese tema, los árboles no dejan ver el bosque.

EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ANTE LOS PROCESOS DE INTEGRACION, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA UNION EUROPEA Y AL MERCOSUR

Miguel Angel CIURO-CALDANI
Asociado del I.H.L.A.D.I.

I) PARTE GENERAL

1) El concepto del Derecho Internacional Privado y sus relaciones con la integración.

a) El Derecho Internacional Privado

1. 1. Aunque la situación tiende a cambiar, se ha dicho con cierta razón que las relaciones entre el Derecho Internacional Privado y el Derecho de la Integración no han recibido mucha atención de la doctrina (1).

Por tratarse de una noción jurídica, cambiante en el tiempo y el espacio, antes de entrar a la consideración del tema que nos ocupa debemos aclarar el significado que atribuimos a la expresión "**Derecho Internacional Privado**".

1. 2. 1. La realidad actual muestra al Derecho Internacional Privado como un **complejo** con un "**fondo**" y un **proceso**, cada uno con un "**centro**" y una "**periferia**".

1. 2. 2. A nuestro entender, en el "**centro**" del Derecho Internacional Privado de "**fondo**" está el conflicto de leyes, que determina siempre, en última instancia, la particularidad de la materia. En última instancia, ese conflicto es caracterizado por la exigencia de justicia de **respeto** al ele-

(1) v. por ej. RADICATI DI BROZOLO, Luca, "L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation", en "Revue critique de droit international privé", t. 82, 1982, N° 3, pág. 401.

mento extranjero (2). Los rasgos especiales que hacen débiles a los "elementos extranjeros" requieren un "respeto" que conduce al "método indirecto" y a la correlativa "extraterritorialidad" de las respuestas (3).

Creemos que en la "periferia" de dicho despliegue de "fondo" se destacan las soluciones privatistas gubernamentales especiales para los casos mixtos (soluciones gubernamentales "materiales"), el ejercicio de la autonomía material de las partes (que llega a la llamada "autonomía universal") y las normas de aplicación inmediata. En este ámbito de entorno, el "respeto" es sustituido por la "conformación" (que se da a los casos mixtos), la "referencia" (a la autonomía) y la "preferencia" (en las leyes de aplicación inmediata), con avances del método directo, sea por despliegues de la territorialidad (soluciones materiales y leyes de aplicación inmediata) o de la "no territorialización" (autonomía material) (4).

1. 2. 3. En el "centro" del ámbito procesal se hallan todas las cuestiones procesales que influyen en el Derecho Internacional Privado de "fondo", sea que resuelvan un conflicto de leyes mediante el método indirecto (Derecho Internacional Privado Procesal) o establezcan soluciones directas (Derecho Procesal Internacional Privado).

En el Derecho Internacional Privado Procesal hay pocas normas, que establecen, v. gr., que las cuestiones materiales se rigen por la "lex causae" y las procedimentales por la "lex fori". En el Derecho Procesal Internacional Privado figuran los problemas de jurisdicción, auxilio judicial, tratamiento procesal del Derecho extranjero, reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos extranjeros, etc. (5).

En la "periferia" de este despliegue procesal se encuentran las cuestiones procesales que afectan a elementos extranjeros pero no al Derecho

(2) GOLDSCHMIDT, "Derecho Internacional Privado", 6ª. ed., Bs. As., Depalma, 1988, págs. 3 y ss. Al decir de José Antonio TOMAS ORTIZ DE LA TORRE "Desde cualquier prisma que se observe el Derecho internacional privado el sector modular del mismo está constituido por el *conflicto de leyes*" ("Derecho Internacional Privado - Parte General", 2ª. ed., Universidad Complutense de Madrid, t. I, 1990, págs. 17, 21 / 2, etc.).

(3) GOLDSCHMIDT, "Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado", 2ª. ed., Bs. As., EJE, t. I, págs. 32 y ss.

(4) Es posible v. nuestro estudio (con colaboración) "Métodos constitutivos del Derecho Internacional Privado", Rosario, Fundación para el Estudio del Derecho Internacional Privado (hoy Fundación para las Investigaciones Jurídicas), 1978.

(5) Puede v. nuestro estudio "Aspectos filosóficos del Derecho Internacional Privado de nuestro tiempo", en "Jurisprudencia Argentina", t. 1994 - I, págs. 878 y ss.

Internacional Privado de fondo: puede serlo en ciertos países el fuero especial para los extranjeros (6).

b) Internacionalidad, integración y globalización

a') El proceso histórico

1. 3. 1. El **desenvolvimiento histórico** del Derecho Internacional Privado responde a cambios muy significativos de la **comunidad internacional**.

La comunidad internacional clásica está formada por una **diversidad de Estados independientes** respetuosos de la independencia de los demás y **relaciones económicas, religiosas, científicas, etc.** exigentes de una compleja regulación jurídica. Su configuración se produjo desde fines de la medievallidad y comienzos de la modernidad (con su epílogo contemporáneo).

En ese ámbito, de la comunidad "jupublicista" internacional, se desarrolló la perspectiva privatista, que tuvo uno de sus momentos iniciales más lúcidos cuando, en la edad contemporánea, Savigny sostuvo la obligación de aplicar el Derecho más vinculado con el asiento de cada caso. Respecto del Derecho Internacional Privado se ha dicho que tiene "una doble razón de ser: de una parte, la pluralidad y diversidad de los ordenamientos jurídicos; de otra, el sentido ecuménico de la vida humana de relación, el hecho de que las relaciones humanas no se detengan forzosamente en la frontera, no siempre sean totalmente nacionales" (7).

Con anterioridad se habían producido fenómenos de extraterritorialidad y de empleo del método indirecto "interregionales" (Acursio), pero entendemos que la "internacionalidad" en el ámbito privatista nació en gran medida con las ideas de Savigny.

Tal vez pueda afirmarse que con el "paraguas" protector de la internacionalidad pública se constituyó la de carácter privado, aunque quizás la primera respondiera a los impulsos profundos de la segunda.

(6) Es posible v. nuestro "Programa de Derecho Internacional Privado", en "Investigación y Docencia", N° 16, págs. 63 y ss.

(7) CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, "Derecho Internacional Privado", Madrid, Tecnos, 1971, pág. ss.

1. 3. 2. En **nuestro tiempo**, la comunidad internacional ha tenido modificaciones relevantes, sobre todo, porque las "distancias" culturales entre los Estados se redujeron, intensificándose las relaciones económicas, científicas y tecnológicas, religiosas, etc. y porque el propio protagonismo de los Estados se debilitó frente a los poderes económicos o se "reencauzó" en procesos mayores (8). Con acierto se viene señalando el condicionamiento del Derecho Internacional por la estructura de la comunidad internacional de nuestra época (9). Podría decirse que se ha producido cierta "**privatización**" de la comunidad internacional.

La llamada "**globalización**" -que a su vez trae aparejada la marginalidad de quienes no participan en el sistema económico- y los procesos de **integración** han cambiado sustancialmente la realidad de la comunidad internacional tradicional, produciéndose por lo menos diversos despliegues, a menudo de cierto modo superpuestos, de internacionalidad, globalización e integración (10).

En la perspectiva privatista, la internacionalidad de nuestros días es afectada, por una parte, por la recomposición de los Estados en procesos de integración, que generan un importante **Derecho Privado de la Integración** y, por otra, por la intensificación de las relaciones, principalmente en lo económico, que conduce a un **Derecho Privado Unificado** de tendencia "mundial" o "global".

Es imposible comprender la integración, la internacionalidad actual, y en general el mundo de estos días, sin tener en cuenta la globalización según el curso de la economía que, al fin, constituye el trasfondo de toda esa realidad, y sin considerar que la "**postmodernidad**" actual está signada por diversidades de superficie pero por un a veces asfixiante predo-

(8) Puede v. nuestra "Filosofía de la parte especial del Derecho Internacional Privado (del tiempo de la ley y el Estado nacional al tiempo del contrato y la empresa)", en "Investigación..." cit. N° 26, págs. 20 y ss.

(9) CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, "El Derecho Internacional en un mundo en cambio", reimp., Madrid, Tecnos, 1985, págs. 186 y ss.

(10) Pueden v. nuestros estudios "Comprensión de la globalización desde la Filosofía Jurídica", en "Investigación..." cit., N° 27, págs. 9 y ss. y "Filosofía jurídica de la marginalidad, condición de penumbra de la postmodernidad", en "Investigación..." cit., N° 25, págs. 25 y ss.

minio que la economía ejerce sobre el resto de las manifestaciones vitales (11).

La integración es la manera de acercamiento entre los pueblos más típica de nuestros días y debe complementar a la globalización para que ésta supere sus riesgos de pérdida de las particularidades y se convierta en **universalización**.

No es por azar la coincidencia histórica entre el capitalismo y sus manifestaciones y períodos diversos con el nacimiento y la evolución del Derecho Internacional Privado, el Derecho Privado Unificado y el Derecho Privado de la Integración (12). A diferencia de lo que se buscó a veces en medios de América Latina en los años sesenta, la integración de estos días no se enfrenta al mercado sino se vale de él, aunque sea con el propósito de superarlo.

b') La Unión Europea y el Mercosur

1. 3. 3. 1. Los modelos de integración son diversos, pero es imposible comprender acabadamente la integración sin una referencia importante a la actual **Unión Europea** -de cierto modo la integración por antonomasia, a nivel de formación del "Derecho Comunitario"- y, a los fines de nuestro tema y nuestro propio interés, sin atender asimismo al **Mercosur**.

1. 3. 3. 2. Por la gran trascendencia histórica que poseyó, es hoy casi lugar de conocimiento común que la actual **Unión Europea** tiene entre sus primeros antecedentes formales al Tratado de París del 18 de abril de 1951, constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, y los Tratados de Roma del 25 de marzo de 1957, constitutivos de la Comunidad Económica Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica. También cabe señalar que la expresión más nítida de la Unión Europea se alcanzó en el Tratado de Maastricht del 7 de febrero de 1992. Para entonces ya se habían alcanzado, en diversas medidas, las

(11) Es posible v. nuestro "Panorama privatista de la Filosofía en la postmodernidad", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", N° 19, págs. 9 y ss.

(12) Es posible v. nuestro estudio "El Derecho de la Integración y su lugar histórico como rama del mundo jurídico", en "Derecho de la Integración", N° 6, págs. 15 y ss.

cuatro libertades fundamentales del mercado único: de circulación de mercancías, de personas, de servicios y de capitales (v. arts. 3, b y 7 A y concord. del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea) (13).

Aunque suele discutirse teóricamente su naturaleza, es notorio que si bien no puede asemejarse a un Estado, ni siquiera en el modelo confederal, la Unión Europea posee un alto grado de institucionalidad y supraestatalidad, destacándose entre sus rasgos más característicos la fuerte presencia de los órganos jurisdiccionales, en especial del **Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas**, la **ciudadanía de la Unión** y los actuales esfuerzos para la creación de una **moneda "física" única**, con todo lo que esto significa.

1.3.3.3. El gran pilar formal del Mercosur es el Tratado para la Constitución de un Mercado Común firmado en Asunción del 26 de marzo de 1991. A él corresponde agregar el Protocolo Adicional sobre la Estructura Institucional del Mercosur firmado en Ouro Preto del 17 de diciembre de 1994.

Como su nombre lo indica, el Mercosur a semejanza de lo que en su momento alcanzó la Unión Europea, pretende ser un mercado común, y ésta es una de las grandes líneas de semejanza entre las dos integraciones. El Mercosur es persona jurídica, pero sólo posee nivel intergubernamental, su estructura tiene menos desarrollo institucional que la europea, no cuenta con un tribunal propio y la existencia de una moneda común parece en todo caso una posibilidad remota. Hasta ahora el proceso mercosureño ha llegado a ser una zona de libre comercio y una unión aduanera que preferimos llamar "inconclusas" (14) (suele decirse una zona de libre comercio incompleta y una unión aduanera imperfecta).

A diferencia de lo ocurrido en los primeros tiempos del proceso europeo, en los que ha sido más fácil la libre circulación de personas, de cier-

to modo por los requerimientos de mano de obra, y más difícil la circulación de capitales, en el Mercosur los propios propósitos del Tratado fundacional y la tendencia real son relativamente inversos. El art. 1 del Tratado de Asunción se refiere sólo a la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos. En el proceso sudamericano la libre circulación de trabajadores enfrenta importantes obstáculos, pero vale reconocer que la libre circulación de personas en general posee una tradición altamente significativa.

Dado el corto lapso transcurrido, los logros alcanzados en el ámbito mercosureño son casi sorprendentes, incluso más allá de lo económico, por ejemplo, con miras a la **consolidación democrática** y de los **derechos humanos** en la región (15).

d') El Derecho y sus relaciones con las diversas situaciones de internacionalidad, integración y globalización

1.3.4. Los enormes cambios que se están produciendo en la vida de nuestro tiempo significan también enormes desafíos para el **Derecho**. Entre éstos se encuentra la posible "vacancia" en el desarrollo de una nueva juridicidad en relación con el proceso de raíz económica de la globalización. Hay que reconocer y realizar los aportes que el mundo jurídico puede hacer para el mejor desarrollo de la vida en el presente y el porvenir.

Cada uno de los tipos de solución de internacionalidad, integración o globalización debe estar en relación directa con la **magnitud** y la clase de la "**distancia**" genéricamente cultural (económica, religiosa, científica, artística, etc.) que hay "salvar", a menudo reconocible a la luz del

(13) Respecto de la Unión Europea, v. por ej. MATTERA, Alfonso, "Le marché unique européen", 2ª. ed., París, Jupiter, 1990; MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco, "Manual de Derecho de la Comunidad Europea", 3ª. ed., Madrid, Trivium, 1997; ABELLAN HONRUBIA, Victoria - VILA COSTA, Blanca (dir.), "Lecciones de Derecho comunitario", 2ª. ed., Barcelona, Ariel, 1994.

(14) Puede v. por ej. BERTONI, Liliana - CASTAÑEDAS, Elsa, "El Derecho Internacional Privado en las relaciones Mercosur - Unión Europea - Nafta", en "XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil" (Argentina).

(15) Un panorama general del Mercosur puede obtenerse, por ejemplo, en las publicaciones que reflejan los cinco Encuentros de Especialistas en el Mercosur, Rosario, Centro de Estudios Comunitarios de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario; también v. por ej. DROMI, Roberto - EKMEKDJIAN, Miguel A. - RIVERA, Julio C., "Derecho Comunitario", Bs. As., Ciudad Argentina, 1995; DROMI, Roberto, "Código del Mercosur", Bs. As., Ciudad Argentina DREYZIN de KLOR, Adriana - URIONDO de MARTINOLI, Amalia, "Derecho Internacional Privado y de la Integración Regional", Bs. As., Zavalla, 1996; KUNZLER, Jacob Paulo - MACIEL, Carlos, "Mercosur e o mercado internacional", 2ª. ed., Porto Alegre, Ortiz, 1995; EGUITVAR, Luis A. - RUA BOEIRO, Rodolfo A., "Mercosur", La Ley, Bs. As., 1991. Es posible c. nuestros artículos "Introducción al Derecho del Mercosur", en "Derecho de la Integración", N° 4, pág. 133; "Bases para los regímenes de jurisdicción y ley aplicable en la integración del Mercosur", en "Investigación..." cit., N° 21, págs. 7 y ss.

Derecho Comparado. Las distancias no han de ser imaginarias, pero tampoco es legítimo ignorarlas.

La gran complejidad de las soluciones del Derecho Internacional Privado tradicional es necesaria cuando las "distancias" son grandes, no cuando son relativamente pequeñas, como sucede, en distintos grados, en los procesos de integración o de globalización.

Si bien es cierto que la simplificación del Derecho Internacional Privado de este tiempo suele estar fundada, al punto de requerirse incluso el Derecho Privado de la Integración y un Derecho Privado Uniforme e incluso Unificado, también hay distancias muy significativas que son ignoradas por la abrumadora marcha globalizadora del poder económico mundial. Construir el Derecho Internacional Privado de la integración sin reconocer a la luz del Derecho Comparado las "distancias" reales, presentes y futuras, de los países participantes es riesgoso e injusto (16).

2) Las fuentes formales del Derecho Internacional Privado y la integración.

2.1. Como en parte adelantamos, en el terreno de las fuentes formales, el Derecho Internacional Privado se basa principalmente en **tratados, leyes, sentencias y contratos**. Se reflejan así las "distancias" y las tensiones importantes de la internacionalidad, que son salvadas por los tratados o emergen de la consideración unilateral de las leyes y que intentan

(16) En vinculación con el tema de la comunicación v. asimismo por ej. DREYZIN de KLOR, Adriana, "El Derecho Internacional Privado en las relaciones Mercosur-Unión Europea", en "La Ley", 16 de diciembre de 1997; MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco (coord.), "Integración Eurolatinoamericana", Bs. As., Ciudad Argentina, 1996; RIPPE, Siegbert, "El Derecho Internacional Privado en las relaciones Mercosur - Unión Europea- Nafta", <http://www.jornadas-civil.org>; RIMOLDI de LADMAN, Eve (coord.), "Mercosur y Comunidad Europea", Bs. As., Ciudad Argentina, 1995; FELDSTEIN de CARDENAS, Sara, "El Derecho Internacional Privado y las relaciones en el ámbito comunitario", XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Argentina), 1997; NODDT TAQUELA, María Blanca, "El Derecho Internacional Privado en las relaciones Mercosur - Unión Europea", XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Argentina); GASTALDI, José María y otros, "El problema de la calificación de "contrato" en el Mercosur y la Unión Europea", XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Argentina); CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Notas acerca del desarrollo de las relaciones Unión Europea - América Latina, con especial referencia al Mercosur", en "Derecho de la Integración", N° 5, págs. 7 y ss.

superar los órganos jurisdiccionales a través de las sentencias y las partes en sus "con-tratos". Las distancias internacionales explican la relativamente escasa participación democrática que se produce en los tratados, a menudo sólo aprobados por los órganos parlamentarios.

El Derecho Privado de la Integración se vale de esas fuentes, incluyendo a veces un importante recurso a **protocolos** que complementan los tratados, pero también emplea otras específicamente relacionadas con la menor distancia que se procura construir, que emanan de los órganos específicos. **Decisiones, reglamentos, recomendaciones, directivas**, etc. son expresiones de la construcción de un nuevo Derecho en un marco integrado. Los propios nombres de estas nuevas fuentes expresan la "verticalidad" que llega a desarrollar el Derecho de la Integración. Las fuentes de la integración, a menudo no elaboradas con participación popular análoga a la de los parlamentos, son expresión de la línea de tensión entre eficiencia y democracia que caracteriza en mucho al Derecho de este tiempo.

Gran importancia merece la consideración de la problemática de la "recepción" del Derecho de la Integración en el marco integrado, no sólo desde el punto de vista de los procedimientos y el nivel respectivo, sino de la asimilación o el rechazo que en definitiva pueden producirse al respecto.

2.2.1. En el espacio de la **Unión Europea**, el Derecho Internacional Privado "básico" convencional está formado en gran medida por la obra de la Conferencia de La Haya, cuyas convenciones rigen a menudo en diversos países de la región. Los temas tratados son principalmente de carácter procesal general, legalización de documentos, notificaciones, obtención de pruebas, reconocimiento y ejecución de sentencias, acceso a la justicia, ventas, intermediación y representación, trust, accidentes de circulación caminera, responsabilidad por el hecho de productos, régimen de menores, adopción, divorcio, obligaciones alimentarias, validez y efectos de los matrimonios, sucesiones y legalización de instrumentos públicos. La idoneidad de tales convenciones para cubrir distancias culturales importantes es evidenciada por la participación que tienen otros países no europeos, a veces no miembros de la Conferencia. En ese marzo de distancias se ubican, por ejemplo, Estados Unidos de América, Argentina, Ecuador, El Salvador, Honduras, Egipto, Marruecos, Zimbabwe, Israel,

Japón, Sri Lanka y Nueva Zelanda. No cabe desconocer, tampoco, la capacidad que tiene la hegemonía cultural europea, compartida con los Estados Unidos, para proyectarse a otras regiones del mundo.

Asimismo, en un marco convencional de proyección europea, es posible señalar, por ejemplo, la obra del Consejo de Europa, que ha efectuado diversos aportes relevantes con miras a la información sobre el Derecho extranjero (Londres, 1968), la custodia de menores (Luxemburgo, 1980) y la quiebra (Estambul, 1990) y la tarea de la Comisión Internacional del Estado Civil, también con distintos acuerdos sobre dicha materia (v. Estambul, 1958; París, 1964; Munich, 1980; La Haya, 1982). Consideración especial merece para la comunidad económica el Convenio del Consejo de Europa sobre ciertos aspectos internacionales de la quiebra, hecho en Estambul el 5 de junio de 1990.

Asimismo, como resultado de la tarea de la Comisión Económica Europea de la Organización de las Naciones Unidas, se ha celebrado en Ginebra el 21 de abril de 1961 el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional.

También cabe referir las fuentes internas, entre las que figura v. gr., la Ley italiana 218, del 31 de mayo de 1995.

2.2.2. En el ámbito integrado, tienen gran importancia el **Convenio relativo a la Competencia Judicial y a la Ejecución de las Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil** y su Protocolo Anejo, firmados en Bruselas el 27 de septiembre de 1968, con sus modificaciones y su ampliación. Esta se orientó de manera básica a los miembros de la Asociación Europea de Libre Cambio y fue hecha en el Convenio de Lugano del 16 de septiembre de 1988 (17).

Al Convenio de Bruselas se llegó en base a los trabajos preparatorios de un grupo de expertos formado el 1 de junio de 1959. Los acuerdos del conjunto convencional son acompañados de Relatos, correspondiendo al Convenio básico el Relato Jenard.

También merecen ser destacados el **Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales** de Roma del 19 de junio de 1980 y sus Protocolos de interpretación. El Convenio se apoya en un texto elaborado

(17) Tomamos los textos de los Convenios de la actual unión Europea según los presentan BORRAS RODRIGUEZ, Alegría y otros (rec.), "Legislación básica de Derecho internacional privado", 4.ª ed., Madrid, Tecnos, 1994;

por un grupo de expertos, del que da cuenta el Relato Giuliano-Lagarde, y los Protocolos sobre la interpretación fueron acompañados por el Relato Tizzano. Se necesitaron diez años para elaborar el Convenio y once para reunir las siete ratificaciones exigidas para que entrara en vigor. Las discusiones al respecto fueron muy intensas (18).

No obstante, sin esperar a la entrada en vigor oficial del Convenio de Roma cuatro Estados signatarios habían introducido sus disposiciones en sus legislaciones nacionales y había sido aplicado, como "ratio scripta", en algunas decisiones en los Países Bajos y Francia. De cierto modo, la ejemplaridad confluyó con la planificación gubernamental y la Convención es una muestra de cómo el Derecho de la Integración puede influir en el cambio de los Derechos de fuente interna.

Cabe señalar, asimismo, el Convenio relativo al reconocimiento mutuo de sociedades y personas morales del 29 de febrero de 1968, con su Protocolo interpretativo de Luxemburgo, el Convenio sobre los Procedimientos de Insolvencia del 23 de noviembre de 1995, el Reglamento (CE) número 2.137/85 del Consejo, relativo a la Agrupación Europea de Interés Económico y el Reglamento (CE) 40794 del Consejo, del 20 de diciembre de 1993, sobre la marca comunitaria (19). También merece mención el Convenio referente a la patente europea para el mercado común firmado en Luxemburgo el 15 de diciembre de 1975 y modificado por el Acuerdo de Luxemburgo del 15 de diciembre de 1989 (20).

(18) V. LAGARDE, Paul, "Le nouveau droit international privé des contrat après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980", "Revue..." cit., t. 80 - 1991-, N° 2, págs. 288/9 y 339; "Convention de Rome (Obligations contractuelles)", en GAVALDA, Christian y otros (dir.), "Répertoire de Droit Communautaire", París, Dalloz. Asimismo c. JAYME, E. - PICCHIO FORLATI, L. y otros, "Giurisdizione e legge applicabile ai contratti nella CEE", Padua, Cedam, 1990.

(19) Respecto al Convenio sobre los Procedimientos de Insolvencia, v. por ej. DORDI, Claudio, "La Convenzione dell'Unione Europea sulle Procedure di Insolvenza", en "Rivista di diritto internazionale privato e processuale", año XXXIII. N° 2, págs. 333 y ss.

(20) Este Convenio no está previsto en los Tratados fundacionales. Acerca de la discusión respecto a la pertenencia en MOLINA DEL POZO, "Manual..." cit., págs. 489 y ss. El preámbulo del Convenio de Bruselas de 1968 lo instala como aplicación de las disposiciones del artículo 220 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, en virtud del cual se estableció el compromiso de garantizar la simplificación de las formalidades a las que están sometidos el reconocimiento y la ejecución recíprocos de las resoluciones judiciales. El preámbulo del Convenio de Roma dice, por ejemplo, que las Altas Partes Contratantes llegan a él preocupadas por proseguir, en el ámbito del Derecho Internacional Privado, la obra de unificación jurídica ya emprendida en

Como corresponde a la formación de un mercado, en el fondo y en el proceso, las fuentes de Derecho Internacional Privado más significativas de la Unión Europea se refieren a los contratos y a la transposición procesal (21).

2.3.1. En el espacio del Mercosur el Derecho Internacional Privado clásico convencional tiene su principal exponente en los Tratados de Montevideo, suscriptos en dos oportunidades, en 1888-89 y 1939-40 y vigentes -en diversas versiones- entre los países mercosureños Argentina, Paraguay y Uruguay (22). Los tratados responden en gran medida a la zona de influencia rioplatense encabezada por la Argentina y el Uruguay. Se trata de típicos acuerdos internacionales comunes, no universales, que en general unifican el Derecho Internacional Privado en muy diversos aspectos. Por la amplitud de materias consideradas, puede decirse que abarcan el conjunto del Derecho Internacional Privado. En cambio, Brasil pertenece al ámbito del Código Bustamante, aprobado el 28 de febrero de 1928 en la Sexta Conferencia Panamericana, realizada en La Habana.

Mención especial merece la obra de las Conferencias Especializadas de Derecho Internacional Privado organizadas por la Organización de Estados Americanos (CIDIP), de las cuales se han llevado a cabo hasta ahora cinco reuniones (Panamá, 1975; Montevideo, 1979; La Paz, 1984; Montevideo, 1989 y Méjico, 1994). En ese ámbito se han aprobado veintuna convenciones y dos Protocolos adicionales, que cubren especialmente problemas generales, materias comerciales, procesales y de res-

la Comunidad, especialmente en materia de competencia judicial y de ejecución de resoluciones judiciales -Convenio de Bruselas- y el Relato Tizzano subraya que el carácter comunitario del Convenio posee particular importancia a los fines de su interpretación). En las partes que pertenecen el art. 220 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea dice que los Estados miembros entablarán, en tanto sea necesario, negociaciones entre sí, a fin de asegurar a favor de sus nacionales: el reconocimiento recíproco de las sociedades definidas en el párrafo segundo del art. 58, el mantenimiento de la personalidad jurídica en caso de traslado de su sede de un país a otro, y la posibilidad de fusión de sociedades sujetas a legislaciones nacionales diferentes, -la simplificación de las formalidades a que están sometidos el reconocimiento y la ejecución recíprocos de las decisiones judiciales y de los laudos arbitrales.

(21) Respecto a otros trabajos en el marco de la Unión Europea, v. por ej. FERNANDEZ ROZAS - SANCHEZ LORENZO, op. cit., por ej. pág. 281.

(22) Para conocer el marco de vigencia de las fuentes de la región, v. por ej. GOLDSCHMIDT, "Derecho..." cit., pág. 31; KALLER de ORCHANSKY, Berta, con la colaboración de Adriana DREYZIN de KLOR y Amalia URIONDO de MARTINOLI, "Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado", Bs. As., Plus Ultra, 1991.

guardo de menores. Particularmente significativa de la temática jusprivatista internacional de este tiempo, referida en mucho a los aspectos obligacionales y a la condición de los menores, son las dos convenciones elaboradas en Méjico: Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores y Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales.

La obra de la CIDIP ha recibido diversas influencias, entre las que se destaca la de la Conferencia de La Haya, en tanto parece que a la luz de la ciencia y la técnica de la elaboración de normas (datos reales, históricos, ideales y racionales y construcciones técnicas se advierte que las investigaciones básicas necesarias al respecto por lo menos no han resultado completas. Ha llegado a decirse, no sin cierto fundamento, que "Con la brillante pero aislada excepción de la Convención sobre normas generales, las convenciones que no se limitan a copiar los textos vigentes en América, suelen beber en las fuentes de la Conferencia de La Haya de D.I.Pr., de la C.E.E., del Consejo de Europa, de la UNCITRAL y en algún caso de la Sociedad de Naciones. De todos estos organismos el que con más énfasis nos lleva hacia el planteamiento indicado es sin dudas el primero" (23). Como resultado de esa "recepción" a veces se cuestiona la necesidad de continuar -por lo menos de continuar así- la obra de la CIDIP, pero tal vez el camino no sea abandonar la tarea regional, sino perfeccionar la elaboración de las convenciones. La universalización del Derecho Internacional Privado puede realizar en mucho su ideal histórico, pero a su vez ser un paso para la globalización. Es lamentable que habiendo tenido la región maestros de la ciencia y la técnica de la elaboración de normas tan importantes, se planteen problemas como los que señalamos.

Los países del Mercosur son partes de muchas de las convenciones de la CIDIP y España ha adherido a algunas de ellas, pero en general el grueso de las ratificaciones sólo alcanza a la CIDIP II. Hasta ahora sólo la Argentina y el Uruguay son partes de la Conferencia de La Haya.

Las fuentes jusprivatistas internas en algunos casos son antiguas, como sucede en la Argentina (el Código Civil es de 1869), aunque se están haciendo importantes trabajos para su actualización.

(23) FERNANDEZ ARROYO, Diego, "La codificación del Derecho Internacional Privado en América Latina", Madrid, Beramar, 1994, págs. 209/210.

2.3.2. En el marco **integrado**, cabe destacar el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias del 17 de diciembre de 1991, el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa suscrito en Las Leñas el 27 de junio de 1992 y su Acuerdo complementario de junio de 1997, el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual firmado el 5 de agosto de 1994, el Protocolo de Medidas Cautelares suscrito en Ouro Preto el 16 de diciembre de 1994 y su Acuerdo complementario de noviembre de 1997, el Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo del 22 de noviembre de 1996 y el Acuerdo de Transporte Multimodal Internacional (24). Los órganos del Mercosur vienen trabajando, por ejemplo, en un Reglamento de Defensa del Consumidor (Protocolo de Fortaleza) y en un Protocolo sobre Arbitraje.

Una de las decisiones estratégicas importantes en el Derecho Internacional Privado mercosureño es optar por una mayor inserción internacional, como se viene consiguiendo luego de la activación brasileña en este sentido, o elaborar normas específicas de la región. Lo que se ha observado respecto de la elaboración de normas por la CIDIP es en parte aplicable a la elaboración en el Mercosur, donde con frecuencia las fundamentaciones no tienen, por lo menos a nivel público, los alcances que requieren la ciencia y la técnica para la elaboración de normas (25). Sin embargo, vale insistir en que un "mercado" no puede manejarse, al fin, con los niveles de acercamiento meramente internacionales, por perfeccionados que éstos fueran.

Como el resto del Derecho mercosureño, el Derecho Internacional Privado del Mercosur está amenazado por las posibilidades de diversas

(24) Pueden v. por ej. DREYZIN de KLOR, Adriana, "El Mercosur - Generador de una nueva fuente de derecho internacional privado", Bs. As., Zavallia, 1997; MINISTERIO DE JUSTICIA DE LA NACION - REPUBLICA ARGENTINA, "Solución de Controversias y Cooperación Interjurisdiccional en el Mercosur", 1997. Respecto de Brasil, es posible c. v. gr. VILLADÃO, Haroldo (Professor), "Direito Internacional Privado", eds. vs., Río de Janeiro, Freitas Bastos, 1974/78; STRENGER, Irineu, "Direito intrnacional privado", 2ª. ed., San Pablo, Revista dos Tribunais, t. I, 1991.

(25) Es posible c. nuestro artículo "Aportes filosóficos para la elaboración de normas del Mercosur" "Investigación..." cit., N° 22, págs. 9 y ss.

interpretaciones en razón de no contarse con un Tribunal propio del proceso integrador.

2.3.3. El Derecho Internacional Privado más afín a la **globalización** suele recorrer los cauces del **Derecho Privado Unificado** y en muchos casos ha sido elaborado por iniciativa de la Organización de las Naciones Unidas. En este ámbito, cabe destacar, por ejemplo, la obra referida a la compraventa, pilar fundamental del sistema capitalista, y en particular la Convención sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías firmada en Viena el 11 de abril de 1980, de la que son partes, v. gr., la Argentina y varios países europeos. También cabe referir, v. gr., la obra en materia de familia y de alimentos (por ej. Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para Contraer Matrimonio y el Registro de los Matrimonios" fechada en Nueva York el 7 de noviembre de 1962) y la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras abierta a la firma en Nueva York el 10 de junio de 1958 (de la que son partes la Argentina, el Uruguay y diversos países europeos).

Por su gran valor para la consolidación de la internacionalidad, es asimismo en alguna medida un aporte para la globalización la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, también de la órbita de la Organización de las Naciones Unidas.

En el marco de la globalización, y con algunas proyecciones en el Derecho Internacional Privado, también vale recordar el Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional aprobado en Bretton Woods del 1 al 22 de julio de 1944.

Gran significación en toda la vida de nuestro tiempo, incluso en ciertos aspectos del Derecho Internacional Privado, poseen los acuerdos suscritos en Marrakech el 15 de abril de 1994, de los que surge el establecimiento de la **Organización Mundial del Comercio**.

Una fuente que tiende con fuerza a la globalización es la llamada "**lex mercatoria**" (más precisamente, nueva **lex mercatoria**), constituida por los usos (no necesariamente costumbres) profesionales de los comerciantes, que a menudo tratan de independizarse de las fuentes estatales. Un caso de referencia expresa a la **lex mercatoria** es el del Convenio de Bruselas de 1968, cuando en su art. 17, al establecer sobre la validez de

los convenios atributivos de competencia, los admite si se celebran en el comercio internacional en una forma conforme a los usos que las partes conocieren o debieren conocer y que, en dicho comercio, fueren ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado.

También cabe mencionar, v. gr., los aportes de la Cámara de Comercio Internacional y la obra de UNIDROIT.

3) Los problemas generales del Derecho Internacional Privado y la integración.

a) Los problemas generales del Derecho Internacional Privado

3.1.1. Para comprender los problemas generales del Derecho Internacional Privado vale aprovechar la **concepción normológica** que los ordena según se refieran a toda la norma, a las características positivas del antecedente, las características negativas del antecedente, las características positivas de la consecuencia jurídica o las características negativas de la consecuencia jurídica (26).

3.1.2. En cuanto a los problemas del Derecho Internacional Privado de **fondo "central"**, la cuestión de las **calificaciones** se proyecta sobre toda la norma; los alcances del problema y, de modo destacado la **cuestión previa**, se relacionan con las características positivas del antecedente; el **fraude a la ley** se vincula con las características negativas del mismo antecedente; el **reenvío** y la **calidad del Derecho extranjero** se relacionan con las características positivas de la consecuencia jurídica y el **orden público**, cuando interviene "a posteriori" de la consideración del Derecho extranjero, se vincula con las características negativas de la misma consecuencia. En la medida que se trate de intervención de un órgano jurisdiccional, entre las características positivas del antecedente corresponde ubicar el requisito de la jurisdicción.

(26) C. GOLDSCHMIDT, Werner, "La consecuencia jurídica de la norma del Derecho Internacional Privado", Barcelona, Bosch, 1935. Pueden v. nuestros "Estudios de Filosofía del Derecho Internacional Privado", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1997, págs. 5 y ss. El antecedente capta el sector social a reglamentar y la consecuencia jurídica su reglamentación. Las características positivas y negativas tienen que estar respectivamente presentes o ausentes para que la norma funcione.

3.1.3.1. Entre las cuestiones significativas del Derecho Internacional Privado Procesal se encuentran las de la **jurisdicción** y la **"transposición procesal"** (auxilio judicial y reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos) en lo **internacional**. Respecto de los correspondientes problemas generales es posible construir también una sistematización apoyada en la concepción normológica, que a menudo mantiene las cuestiones generales evidenciadas en relación con el Derecho Internacional Privado de fondo "central", pero les agrega otras específicas, según se trate de la jurisdicción o la transposición procesal.

3.1.3.2. En cuanto a la **jurisdicción**, respecto a las características positivas del antecedente cabe reconocer el problema de las distintas composiciones de los problemas considerados, afectados o no por la **"atracción"** jurisdiccional; en relación con las características negativas del antecedente se ubican los obstáculos de **litispendencia**, **cosa juzgada** y **fraude jurisdiccional** (en este caso, con el pertinente horizonte de rechazo al "forum shopping"); con referencia a las características positivas de la consecuencia jurídica se halla el otorgamiento de jurisdicción (con las posibilidades mayores o menores de defensa y eficacia y la admisión o no del específico reenvío jurisdiccional) y respecto de las características negativas de la consecuencia jurídica se encuentran la **no denegación de justicia** y el rechazo de los foros **"no convenientes"**.

3.1.3.3. Las características positivas del antecedente de la norma de **transposición procesal** permiten sistematizar las exigencias de **jurisdicción local**, que los pronunciamientos sean **cosa juzgada** o ejecutorios y que la solicitud sea **presentada formalmente**. Las características negativas del antecedente ubican la exclusión de la **litispendencia** y la no existencia de **cosa juzgada** en el país requerido (sean propias o por reconocimiento) y el rechazo de la **falta de jurisdicción** o de la **indefensión en el país de origen**. Las características positivas de la consecuencia jurídica comprenden el **auxilio** y el **reconocimiento** y la **ejecución** de sentencias y laudos. Con las características negativas de la consecuencia se relaciona la no generación de **indefensión en el país requerido** (27).

(27) En relación con la ubicación de los problemas es posible v. nuestros "Estudios de Derecho Internacional..." cit., pág. 16.

3.2. En general, las combinaciones de las **características positivas** del antecedente y la consecuencia jurídica de las normas de Derecho Internacional Privado de fondo, de jurisdicción y de transposición significan despliegues de las **relaciones** económicas, científicas, artísticas, religiosas, etc. de la internacionalidad. Incluso puede entenderse en tal sentido la asignación de jurisdicción local, como una tarea de la comunidad internacional. La gran excepción son las llamadas leyes de aplicación inmediata, que expresan una respuesta de aislamiento y muestran así, una vez más, su carácter "distante" del Derecho Internacional Privado central.

En las características negativas el panorama es inverso. En la mayoría de los casos afirman las **identidades** de los Estados o los particulares (rechazo del fraude, atención a la falta de jurisdicción o a la indefensión en el país requirente, reserva del orden público, exclusión de la intervención de un foro no conveniente y rechazo de la indefensión en el país requerido). En otros supuestos, también las características negativas acentúan las vinculaciones (consideración de la litispendencia y la cosa juzgada, no denegación de justicia). De cierto modo, las características negativas "de identidad" constituyen "reaseguros" de la primera condición de la internacionalidad. Tal vez pueda afirmarse que lo propio ocurre con las leyes de aplicación inmediata.

La menor "distancia", que en general identifica a las características positivas, se manifiesta sobre todo en las soluciones privatistas gubernamentales materiales y en la autonomía material de las partes.

b) Los problemas generales del Derecho Internacional Privado y la integración

4.1.1. Con miras a adquirir caracteres de **recomposición integradora**, los **problemas generales** del Derecho Internacional Privado clásico deben **atenuar** la intensidad de sus requerimientos tradicionales.

4.1.2. En el marco integrador es importante que el problema de las **calificaciones** se haga menos intenso, para lo cual conviene que se despliegan los **significados "intrasistemáticos"** del nuevo régimen, por ejemplo a través de calificaciones autárquicas.

En la construcción de los **antecedentes** de las normas, la reducción del universo de Derechos a considerar y las tendencias a su armonización pueden contribuir a incrementar el papel de **síntesis** a cumplir por el propio legislador, de modo que resulta menos frecuente la necesidad de emplear la síntesis (adaptación) judicial. El **fraude a la ley** debe compatibilizarse con la relativa "**intercambiabilidad**" de los Derechos e incluso con los pertinentes avances de la autonomía de las partes, conflictual y material.

En las **consecuencias jurídicas**, el ámbito de los **puntos de conexión** ha de reflejar la "equivalencia" de las soluciones integradas, por ejemplo, incrementando -como acabamos de señalar- la **autonomía conflictual** y permitiendo la movilidad social a través de la solución del "**cambio de estatutos**" (determinación temporal de los puntos de conexión, "conflicto móvil"). El marco de "**lo conectado**" tiene que atenuar las tensiones evitando el excesivo uso del **reenvío**. La remisión que hace la "teoría del uso jurídico" a la sentencia que con el máximo grado de probabilidad dictaría el juez extranjero ha de modificarse en alguna medida, en el sentido de admitir más una **recíproca construcción** de los regímenes de la integración. Los requerimientos del **orden público** deben bajar su intensidad, produciendo, en cambio, un cierto orden público **de la integración** que limite los distanciamientos de los Derechos particulares.

4.1.3 En las **soluciones privatistas** gubernamentales en general, las características negativas del antecedente tienden a dar menos intensidad al rechazo al fraude a la ley, porque los resultados son más controlables en la consecuencia jurídica. Las características positivas de las consecuencias jurídicas se modifican, porque ya no declaran aplicable un Derecho, sino dan una solución "material" establecida por el propio régimen y, por ello en las características negativas de las consecuencias tiende a extinguirse la reserva del orden público. Todo esto muestra grandes afinidades con los requerimientos de la integración.

4.1.4. En general, en la **autonomía material** las características positivas de las consecuencias jurídicas se modifican, pero en sentido inverso,

sin protagonismo estatal, de modo que la reserva de orden público de las características negativas puede resultar en ciertos casos más importante, aunque en la integración se trate de un orden público atenuado y reorientado por la recomposición. La autonomía material tiene especial relieve en la medida que se piense que la integración debe constituirse en un "mercado".

4.1.5. De cierto modo, en las **leyes de aplicación inmediata** los contenidos de las que podrían haber sido características negativas de la consecuencia asumen tanta intensidad que se convierten en características positivas, pero esa intensidad es con frecuencia incompatible con la integración. Las leyes de aplicación inmediata locales tienden a "romper" la integración, aunque es posible que surjan leyes de aplicación inmediata del ámbito integrado.

4.2.1. Particular importancia para la integración tienen los despliegues del Derecho Internacional Privado vinculados al **proceso**.

A diferencia de la atenuación que la integración requiere respecto de los problemas del Derecho Internacional Privado de fondo, aquí se trata a veces de una **intensificación** de las exigencias.

4.2.2. En la integración las cuestiones **jurisdiccionales** de la atracción, la consideración de la litispendencia y la cosa juzgada, el otorgamiento de la jurisdicción y la no denegación de justicia necesitan ser resueltas con particulares grados de **intensidad**, en tanto que por el avance en la intercambiabilidad de las jurisdicciones se **atenúan** los problemas del fraude jurisdiccional y los foros "no convenientes".

La relativa intercambiabilidad jurisdiccional brinda mayores posibilidades a la autonomía de las partes para establecerla, sea eligiendo los jueces o incluso valiéndose de árbitros.

4.2.3. La integración también afecta a la **transposición procesal** (que, como señalamos, abarca -con diversos rasgos- el auxilio judicial y el reconocimiento y la ejecución de sentencias y laudos extranjeros). Las cuestiones de litispendencia y cosa juzgada en el país requerido y el otorgamiento de la transposición necesitan ser resueltas con particular **intensidad**. En general las posibilidades de transposición tienen que hacerse mayores.

También son significativas, por ejemplo, la ágil circulación de los **documentos públicos** del ámbito de la integración, las proyecciones integradas en la **quiebra**, etc.

5. En el **panorama general**, casi todos los significados del Derecho Internacional Privado tienen importantes mutaciones en la integración.

La intensidad de los problemas de las características positivas y negativas en el área del Derecho Internacional Privado clásico es menor, para que las **relaciones** sean menos dificultosas aunque disminuya la identidad de los Estados. Las leyes de aplicación inmediata locales deben ceder especialmente para abrir las puertas al nuevo tejido social. Sin embargo, aumenta la intensidad de las cuestiones de las características positivas de las normas de jurisdicción y de transposición procesal (debe haber más desarrollo jurisdiccional y de transposición) y, a veces, se incrementa la intensidad de los problemas de las respectivas características negativas (litispendencia, cosa juzgada, no denegación de justicia). Por razones de particular afinidad con la integración, los cambios en las soluciones materiales son menos significativos.

Las distancias de fondo deben reducirse y el proceso ha de crecer. Los convenios de Roma y de Bruselas y el Protocolo de Las Leñas, que consideraremos en la Parte Especial, son muestras de ello.

II) PARTE ESPECIAL

1) Visión de conjunto.

6.1. Al considerar los **puntos de conexión en especial**, la exigencia de **libre circulación** de mercancías, de personas, de servicios y de capitales que requiere el mercado común integrador y la relativa equivalencia de las soluciones de los países integrados llevan a más **flexibilidad** y **superficialidad** de las referencias.

En el marco de los puntos "conductistas", ha de aumentar el espacio para el empleo de los puntos de conexión autonomía de las partes y lugar de celebración, y es posible que el lugar donde sucede el hecho lícito o ilícito sea más complementado con el lugar donde se producen las conse-

cuencias. En el ámbito de los puntos personales, pueden incrementarse las posibilidades de los contactos mediante la residencia habitual y el domicilio. En el campo de los puntos de conexión reales, la facilidad de la circulación combinada con la búsqueda de cierta estabilidad pueden hacer que interese más el lugar de registración.

6.2. Al considerar los **tipos legales** jusprivatistas internacionales más interesados en la integración, aparecen en primer término los **patrimoniales** y en especial los **obligacionales** y **contractuales**. Según el nivel de integración de que se trate, los tipos en cuestión serán distintos: por ejemplo, en una zona de libre comercio el interés se centrará más en los regímenes de contratos (en especial compraventa, transporte, etc.), de propiedad mobiliaria y de solución de controversias; en cambio, un mercado común o una unión económica se proyectan asimismo a cuestiones más profundas, como la propiedad inmaterial, las quiebras, etc. Sin embargo, nada de esto excluye que también interesen otros temas (v. gr. personales familiares) que además pueden vincularse, al fin, con el fenómeno integrador (por ej. en cuanto a la libre circulación de personas).

6.3. El ámbito periférico de la problemática general del proceso jusprivatista internacional necesita también consideraciones particulares cuando se trata de un fenómeno de integración. Como ya señalamos, si bien los casos de Derecho Internacional Privado han de ser adjudicados a tribunales propios, también requieren **tribunales especiales** los del Derecho de la Integración.

2) El Derecho Internacional Privado, los contratos y el proceso en la integración.

1') El régimen de los contratos

a) La Unión Europea

7.1. Una de las expresiones más importantes de la relación del Derecho Internacional Privado con la integración es la que se refiere a la **ley aplicable a las obligaciones contractuales**. Dentro de ella se hallan, en el marco de la actual Unión Europea, el **Convenio de Roma** del 19 de junio de 1980 y sus Protocolos de interpretación. Resulta justificado que un

proceso apoyado en el mercado tenga entre sus grandes pilares la disciplina de los contratos.

7.2.1. El Convenio de Roma **no califica** la noción de obligaciones contractuales, de modo que se ha sugerido la extensión de las definiciones comunitarias "autónomas" elaboradas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea respecto del Convenio de Bruselas.

7.2.1.1.1. En las **características positivas del antecedente**, el Convenio de Roma se refiere a los **contratos** en el sentido más "clásico". A requerimiento del Reino Unido, se excluyeron las reglas acerca de conflictos de leyes en materia de obligaciones extracontractuales que contenía el anteproyecto de 1972. El Convenio se refiere a todos los conflictos de leyes, incluso cuando surjan de la mera elección que hagan las partes de una ley extranjera (art. 1.1). Según ya señalamos, se trata de un convenio "**universal**", o sea que la ley designada se aplicará incluso si es la de un Estado no contratante (art. 2).

En una versión sintética, cabe señalar que, en cambio, el Convenio **excluye** su aplicación: a) Al estado civil y la capacidad de las personas físicas (con la salvedad de la ignorancia no imprudente de la incapacidad de las personas físicas según una ley extranjera, art. 11); b) A las obligaciones contractuales relativas a sucesiones, familia, régimen cambiario (en la medida en que las obligaciones se deriven del carácter negociable de los instrumentos), arbitraje, elección de foro, Derecho de Sociedades, representación, trusts y prueba (salvo la carga de la prueba y la admisión de los medios respectivos, art. 14) (art. 1º). Asimismo, el Convenio no se aplica a los contratos de seguros que cubran riesgos situados en territorios de los Estados miembros de la Comunidad (sí al reaseguro) (art. 1, apartados 2, 3 y 4).

Varios de los puntos de vista de esta delimitación contribuyen a comprender mejor la inserción del Convenio en el marco de un proceso de integración de carácter básicamente económico. A su vez, la exclusión del arbitraje es explicada con referencia a la existencia de los Convenios de Ginebra de 1927 y 1951 y de Nueva York de 1958, pese a que ellos no regulan todos los problemas y no han sido ratificados por todos los Estados parte. La marginación de las cláusulas de elección de foro se

apoya en la existencia del art. 17 de la Convención de Bruselas, que soluciona la cuestión por reglas específicas.

La amplitud del reconocimiento de la autonomía de las partes explica que en relación con las **características negativas del antecedente** no se haga referencia al fraude a la ley. Incluso, las limitaciones a la autonomía para proteger a los consumidores y a los trabajadores, que han de señalarse más adelante, recurren a una técnica que tiende a hacer menos necesario el rechazo del fraude a la ley. La unificación de las reglas de conflicto puede contribuir a disminuir las posibilidades del "forum shopping".

7.2.1.1.2. En cuanto a las **características positivas de la consecuencia jurídica**, cabe destacar que pese a tratarse de un régimen de integración, en el cual el proceso podría tender a la unificación de las soluciones materiales, las diversidades regionales han impuesto un sistema **conflictualista**, apoyado en el método indirecto. Todavía se trabaja con miras a la armonización contractual.

Adecuándose a los requerimientos generalizados en el Derecho de nuestro tiempo, pero también por tratarse de un proceso de integración, el Convenio se remite inicialmente al reconocimiento de la **autonomía** de las partes para elegir el Derecho aplicable (art. 3, ap. 1). Se discute si ante las amplias posibilidades que tienen para la internacionalización del contrato, las partes pueden también decir que no lo someten a ninguna ley estatal o a ninguna ley. Parecería que la interpretación auténtica ha de ser negativa.

La disposición convencional que consagra la autonomía fue adoptada en base a una orientación que era concordante en los Estados comunitarios y responde a las necesidades del comercio internacional y, sobre todo, de los procesos de integración. No obstante, la elección por las partes de una ley extranjera, acompañada o no de la de un Tribunal extranjero, no podrá afectar, cuando todos los demás elementos de la situación estén localizados en el momento de esta elección en un solo país, a las disposiciones que la ley de ese país no permita derogar por contrato, denominadas "**disposiciones imperativas**" (art. 3, ap. 3). Teniendo en cuenta que,

como señalamos, las partes pueden "internacionalizar" el contrato con la sola elección de una ley aplicable, la restricción resulta particularmente fundada.

Haciéndose eco de las necesidades dinámicas de los contratos en nuestro tiempo, sobre todo en un proceso de integración, el Convenio remite **subsidiariamente**, de manera **orientada**, a la ley del país con el que el contrato presente los **vínculos más estrechos** (art. 4, ap. 1). Se consagra así este punto de conexión que desplaza la determinación del Derecho aplicable desde los principios relativamente abstractos a los elementos concretos de los casos. El Convenio indica que en principio, y salvo circunstancias del contrato de las que resulten vínculos más estrechos con otro país, se presumirá que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país en que la **parte que deba realizar la prestación característica** tenga, en el momento de la celebración del contrato, su **residencia habitual** o, si se tratare de una sociedad, asociación o persona jurídica, su **administración central** (art. 4, apartados 2 y 5). La interpretación de la relación entre la indicación del Derecho que tenga la vinculación más estrecha y la orientación al respecto ha dado lugar a diversas corrientes, que en un sentido hacen prevalecer la mayor relación, considerando a la orientación como una simple indicación y en otro afirman que se trata de una "concreción" de la regla de la vinculación más estrecha.

Incluso tratándose de un proceso de integración, en el que los Derechos tienden a hacerse intercambiables, avanzar en la orientación respecto de la determinación del Derecho aplicable resulta acertado por fuertes razones de seguridad jurídica. Se suele invocar que la conexión mediante la residencia habitual permite la "estandarización" de los contratos, generalmente celebrados por profesionales. Sin embargo, a veces se critica que se haya recurrido a ella y no al lugar de ejecución de la prestación característica, que sería más revelador del centro de gravedad de la operación.

El art. 15 excluye el reenvío, lo que puede resultar especialmente sostenible por tratarse de una obra convencional; por la materia contractual de que se trata, cuyo aislamiento del resto de la cultura jurídica del país cuya ley se aplica es relativamente fácil y por el juego dado a la autonomía de las partes.

Al aplicar la ley de un país determinado podrá darse efecto a las **disposiciones imperativas** de la ley de otro país con el que la situación presente un vínculo estrecho y que, según el Derecho de ese otro país, sean aplicables cualquiera que sea la ley que rija el contrato. Esta disposición no sólo es facultativa para el juez, sino que puede ser objeto de reserva por los Estados al someterse al Convenio (art. 22). Las reglas del Convenio no podrán afectar la aplicación de normas de la ley del país del Juez que rijan imperativamente la situación, cualquiera que sea la aplicación del contrato (art. 7).

El art. 19 contiene una importante respuesta que evidencia un menor protagonismo de los Estados y una mayor presencia de las **unidades internas** de los mismos. En principio, cuando un Estado comprenda varias unidades territoriales y cada una de ellas tenga sus propias normas en materia de obligaciones contractuales, cada unidad territorial se considerará como un país para la determinación de la ley aplicable según el Convenio.

En gran medida para evitar disparidades que podrían romper la uniformidad comunitaria, el art. 8 (1) establece que la existencia y la validez del contrato, o de cualquiera de sus disposiciones, estarán sometidos a la ley que sería aplicable en virtud del Convenio si el contrato o la disposición fueran válidos.

7.2.1.1.3. En cuanto a las **características negativas** de la **consecuencia**, el art. 16, con una concepción fuertemente restrictiva del juego del orden público, pero con alcance general para el Convenio, dice que no podrá excluirse la aplicación de la ley designada por el Convenio salvo cuando sea manifiestamente incompatible con el orden público del foro.

7.2.1.2. Reglas **especiales** protegen a los **consumidores**, asegurándoles en ciertos casos el amparo de las disposiciones imperativas de la ley de su residencia habitual e incluso llegando a someter a veces, subsidiariamente, estos contratos a la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual (art. 5). El consumidor es una persona particularmente débil, con la debilidad tal vez más específica de la "sociedad de consumo" y de la postmodernidad, signada -como hemos señalado- por fracturas de superficie pero con un férreo monopolio económico profundo y por

el avance del protagonismo empresario, con la relativa marginación del Estado. Incluso puede decirse que a menudo hay "hombres fabricados" por y para el consumo, en mucho a través de la publicidad, y que éste parece ser uno de los objetivos de la sociedad capitalista cuando se radicaliza. Por eso en el Derecho Internacional Privado la condición del consumidor suele "enrarecer" el sentido de la protección genérica al elemento extranjero.

Asimismo se ampara al **trabajador**, cuya particular debilidad es otra de las características del capitalismo, resguardándole en diversos casos la protección de las disposiciones imperativas de la ley del país de realización habitual del trabajo en ejecución del contrato o, no existiendo dicho sitio, de la ley del país del establecimiento que haya contratado al trabajador, disposiciones que rigen también cuando se ejercita la autonomía conflictual. De modo subsidiario a la autonomía, el contrato se regirá por las leyes referidas, a menos que, del conjunto de las circunstancias, resulte que el contrato de trabajo tiene vínculos más estrechos con otra ley (art. 6). Aquí se aleja al trabajador de la relativa indeterminación de la ley del Estado con el que el contrato tenga los vínculos más estrechos y se recurre con más intensidad a un criterio tradicional de sentido "social" profundo, el del lugar de ejecución.

La importante protección a los consumidores y a los trabajadores es una expresión del sentido relativamente "**social**" que suele tener la integración europea.

7.2.1.3. En materia de **forma** la idea fundamental es que el contrato es válido si satisface los requisitos de la ley que regula el fondo o de la ley del lugar de celebración (art. 9). Como corresponde a una comunidad apoyada en un mercado, resulta particularmente criteriosa la adopción -aunque sea de manera moderada- del principio del "favor negotii". El art. 10 enuncia las amplias esferas de aplicación del Convenio (interpretación, cumplimiento y extinción de las obligaciones, etc.).

Haciéndose eco de la relación entre forma y proceso, el art. 14 reglamenta cuestiones de prueba.

7.2.2. Desde el punto de vista **funcional**, y emparentándose con el Convenio de Viena de 1980 sobre la compraventa internacional de mercaderías e incluso con la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, el art. 18 dispone que para la interpretación y la aplicación de las reglas uniformes del Convenio se tendrán en cuenta su carácter internacional y la conveniencia de conseguir que se interpreten y apliquen de manera uniforme.

7.3. En cuanto a la **estructura del ordenamiento** normativo, y poniendo una "distancia" relativa con el **Derecho Comunitario** estricto, pero colocándose en su ámbito, se establece expresamente su **prioridad**, diciendo que el Convenio se entiende sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones que, en materias específicas, regulen los conflictos de leyes en materia de obligaciones contractuales y que estén o estarán contenidas en los actos derivados de las instituciones de las Comunidades Europeas o en las legislaciones nacionales armonizadas en ejecución de estos actos (art. 20).

De cierto modo, puede decirse que las leyes de policía se relacionan particularmente con la primera de las condiciones de la comunidad internacional (con la existencia de Estados independientes), en tanto la aplicación del Derecho del país con el que el contrato tenga los vínculos más estrechos, la autonomía y las reglas especiales muestran, en diversos grados, el paso de las relaciones propias de la internacionalidad (segunda condición) a la integración. La autonomía y el recurso al Derecho del país con el que el contrato tenga vínculos más estrechos son expresiones de la "**confianza comunitaria**". El amparo a los débiles evidencia el avance de una "**política comunitaria**".

La admisión de las "leyes de policía" en el Convenio (art. 7) podría ser muestra de un nivel de mera internacionalidad, que no correspondería a un sentido comunitario estricto, pero el reconocimiento de la prioridad que en última instancia corresponde al Derecho Comunitario demuestra, a nuestro parecer, que se ubica, no sólo desde el punto de vista teleológico del fin último, sino de la intención concreta, en el marco de la integración.

En una disposición cuyos alcances se discuten, pero parece responder a la lógica de las relaciones con terceros, el Convenio indica que no afecta la aplicación de los tratados de los que un Estado sea o pase a ser parte (art. 21). Diversas cláusulas finales contemplan las posibilidades de modificación del Convenio o de adopción de otros convenios, con intervención del Consejo de las Comunidades Europeas, a fin de evitar la fractura de lo acordado (art. 23 a 26).

7.4. Dos **Protocolos de Bruselas del 19 de diciembre de 1988** contienen importantes vías para la interpretación jurisdiccional del Convenio, apoyadas en la intervención del **Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas**. El primero presenta un detallado recurso al sistema de los pronunciamientos prejudiciales. Sólo con una "llave jurisdiccional" común se podrá asegurar que al fin el Convenio funcione con la debida unidad comunitaria (28).

7.5. En el campo de las **directivas** relacionadas con el tema, cabe citar por ejemplo la relativamente reciente Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 20 de mayo de 1997, concerniente a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia. En particular merece mención el apartado 2 del artículo 12, según el cual los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que el consumidor no sea privado de la protección acordada por la Directiva por el hecho de elección de un Derecho de un tercer país como Derecho aplicable al contrato, cuando el contrato presente un vínculo estrecho con el territorio de uno o de varios de los Estados miembros.

En cuanto a protección de los trabajadores, corresponde citar, v. gr., la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 16 de diciembre de 1996, concerniente al desplazamiento de trabajadores efectuado dentro del cuadro de una prestación de servicios.

En definitiva, se trata de dejar espacio para el desenvolvimiento del mercado, pero encauzándolo con ciertos límites surgidos de la política comunitaria, que no ignora la política de los propios Estados.

(28) Acerca de la jurisprudencia relativa al Derecho Internacional Privado ante la integración c. por ej. "Revue..." cit.; "Rivista..." cit.

b) El Mercosur

8.1. En el Mercosur no hay normas de Derecho Internacional Privado específicas del proceso integrador referidas a los contratos.

Las reglas convencionales existentes corresponden a los Tratados de Montevideo, pero -como hemos señalado- éstos tienen una concepción internacionalista con sentido social, de protagonismo de los Estados, que no se adecua a las exigencias de un proceso de integración y ni siquiera al espíritu en general de predominante en este tiempo. Creemos sostenible interpretar que los Tratados de Montevideo de 1889 no admiten la autonomía conflictual y el Protocolo Adicional de los Tratados de 1940 la rechaza de manera expresa (art. 5). Los dos grupos de tratados remiten enérgicamente a la ley del lugar de cumplimiento (arts. 32 y ss. y 36 y ss. de los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y 1940), llegando a calificar ellos mismos el lugar de cumplimiento para evitar que las partes ejerzan autonomía a través de la fijación de ese lugar.

La CIDIP V ha elaborado una Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos que tiene proyección universal y se apoya en la autonomía de las partes (arts. 2 y 7) y subsidiariamente remite a la ley del país con el cual el contrato tenga los vínculos más estrechos (art. 9). La orientación para encontrar este Derecho es menos determinada que en el Convenio de Roma. El tratado dice que: "El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales" (art. 9).

El grado de imprecisión de la ley aplicable en subsidio de la autonomía conflictual ha suscitado fundadas críticas y, si bien esa indeterminación sería más admisible en un proceso de integración como el del Mercosur (que incluso podría elaborar un protocolo adicional específico), creemos que no cabe recomendar la ratificación de una obra que vincularía con otros países americanos y, además, tiene sentido universal, con un grado de inseguridad muy grande para los contratantes.

Dentro del propio proceso de integración, un grado tal de indeterminación sería contrario a la libre circulación requerida por el mercado.

8.2. Creemos que la situación de los contratos internacionales en el Mercosur plantea una **gran carencia histórica** por novedad del problema integrador, que no puede ser resuelta por analogía con instrumentos internacionales elaborados incluso con el espíritu de otras épocas (Tratados de Montevideo) o no satisfactorios desde el punto de vista de la justicia, entre otras causas, por la desprotección que significan respecto del poder de los jueces y de las partes fuertes (CIDIP V).

Estimamos que urge elaborar una fuente respecto del régimen "internacional" de los contratos para el Mercosur pero, en tanto esto no suceda, se ha de dejar amplio -mas no ilimitado- marco a la autonomía de las partes. Los principios básicos del Derecho Occidental, adecuados al fenómeno de la integración, pueden servir al respecto.

El mercado común no podría llegar a constituirse con las soluciones de los Tratados de Montevideo, pero la comunidad resultaría asfixiada por el exceso de indeterminación de la obra de la CIDIP V.

2') La jurisdicción y la transposición procesal

a) La Unión Europea

9.1. El proceso de integración de un mercado común requiere no sólo las clásicas libertades de circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, sino una especial dinámica en la **libertad de "transposición"** de los fenómenos jurídicos, que no sólo pone en relativa crisis a la "puntualidad" de los puntos de conexión del Derecho Internacional privado tradicional sino acentúa los fundamentos de la autonomía de las partes para elegir la jurisdicción y requiere una efectiva cooperación judicial "internacional".

El primer gran pilar que sentó la actual Unión Europea en cuanto al Derecho Internacional Privado es el **Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil de Bruselas del 27 de septiembre de 1968**. Es altamente significativo que la vocación de integración económica se apoyara no sin dificultades, pero con relativa rapidez, en la formación de un espacio procesal relativamente común. La oportunidad para el acuerdo estaba planteada porque, en principio, el acuerdo en materia jurisdiccional es más fácil

que en cuanto al Derecho aplicable. Suele decirse que existe un **espacio judicial** europeo en materia civil, en cuyo interior la competencia es repartida entre los países según reglas comunes, a semejanza de lo que puede ocurrir entre los Estados de una federación a través de reglas federales.

Vale aclarar que, aunque la terminología es discutible, entendemos que la **jurisdicción** es en general la potestad de decir y hacer realidad el Derecho, y la **competencia** es la aptitud o capacidad de un juez o un órgano determinado para ejercer la jurisdicción, la medida de la jurisdicción. La integración tiende a convertir las cuestiones de jurisdicción internacional en asuntos de competencia intracomunitaria.

En gran medida el funcionamiento del Convenio de Bruselas es posible en virtud del principio de **confianza** comunitaria, que supone la voluntad de los Estados de no invadir o suplantar la jurisdicción asignada a otro Estado. La vinculación entre la jurisdicción y el reconocimiento y la ejecución de sentencias es muy estrecha, porque la primera suele ser supuesto de los segundos. Fue oportuno establecer una minuciosa disciplina de la jurisdicción para favorecer el reconocimiento y la ejecución de las decisiones surgidas de ella.

9.2. En cuanto al **ámbito**, tanto para la jurisdicción como para la transposición procesal el Convenio establece que **no se aplica** al estado y la capacidad de las personas físicas, los regímenes matrimoniales, los testamentos y las sucesiones, la quiebra, la seguridad social y el arbitraje (art. 1), de modo que por algunas de estas exclusiones queda claramente evidenciada su relación con la integración apoyada en el mercado. Las razones de otros apartamientos son diversas y provienen, por un lado, de la presencia o de la intención de elaborar una disciplina convencional específica y, por el otro, de la disparidad de los Derechos de los Estados comunitarios, sea en cuanto al Derecho Interno o el Derecho Internacional Privado, de diversas de las materias excluidas. Las consideraciones relativas a la exclusión del arbitraje expuestas para el Convenio de Roma son válidas aquí.

9.3. En diversas oportunidades el Convenio de Bruselas resuelve problemas de **calificaciones**. A veces lo hace en base a una "ley propia" para el problema (v. gr. ley del domicilio para saber si una parte está domiciliada allí, art. 52); en otros casos se usan soluciones autárquicas (v. gr.,

determinación de lo que se entiende por cuestiones conexas, art. 22, párrafo 3º y por "crédito marítimo", art. 54 bis). En el marco doctrinario se lamenta a menudo que su concepto tan fundamental como el del domicilio no haya recibido una calificación autárquica para asegurar la uniformidad del régimen convencional.

Según los casos, los alcances de estas exclusiones han motivado interpretaciones extensivas y restrictivas.

a') La jurisdicción

10.1.1. En relación con las **características positivas del antecedente**, el requisito fáctico básico es la existencia de **domicilio del demandado** en un Estado contratante. Se considera que un litigio es "comunitario" cuando cae bajo una regla de competencia jurisdiccional del Convenio. En concordancia con exigencias muy relevantes en la integración, se atiende a la problemática de **atracción** estatuyendo, por ejemplo, que cuando hubiere varios demandados se podrá demandar en el domicilio de cualquiera de ellos (art. 6, ap. 1). Cuando se tratare de una reconvencción derivada del contrato o hecho en que se fundamentare la demanda inicial, se podrá demandar ante el tribunal que estuviere conociendo esta última (art. 6 ap. 3; v. también otros apartados y art. 6 bis). Cuando se presentaren demandas conexas ante tribunales de Estados contratantes diferentes y estuvieren pendientes en primera instancia, el tribunal ante el que se hubiere presentado la demanda posterior podrá en definitiva inhibirse, a instancia de una de las partes, a condición de que su ley permita la acumulación de asuntos conexos y de que el tribunal ante el que se hubiere presentado la primera demanda fuere competente para conocer de ambas (art. 22).

10.1.2. En cuanto a la **litispendencia, característica negativa del antecedente**, el Convenio se hace eco de requerimientos que son particularmente intensos en la integración al disponer al fin que, cuando el tribunal ante el que se interpuso la primera demanda se declarare competente, el tribunal ante el que se interpuso la segunda se inhibirá a favor de aquél (art. 21). Hubiese sido insuficiente uniformar las reglas de competencia si no se atendía a la necesidad de considerar la **litispendencia**. La consideración de la litispendencia por la jurisdicción requerida en segundo término, debe hacerse incluso de oficio (art. 21).

Se cree que la idea de "buena fe" comunitaria exige no cuestionar el pronunciamiento jurisdiccional del primer tribunal, sin que siquiera se estimen las posibilidades de reconocimiento de la decisión que llegue a dictar el tribunal que interviene en primer término. Entre una consideración análoga a la del art. 22 párrafo 3º, que hubiera atendido a la mayor eficacia, y el deseo de lograr la solidaridad comunitaria, se opta por el segundo. Aunque hay posiciones discrepantes, cuando en demandas sobre un mismo asunto los tribunales de varios Estados contratantes se declaran exclusivamente competentes, el desistimiento se llevará a cabo a favor del tribunal ante el que se hubiere presentado la primera demanda (art. 23).

Pese a que en cierto sentido podría incluirse en este marco de características negativas la atracción por conexión, la consideramos característica positiva del antecedente. El **fraude jurisdiccional** no tiene consideración general, pero se presenta, por ejemplo, cuando se establece una excepción a la referencia al tribunal de la demanda principal si ésta se interpone con el único objeto de provocar la intervención de un tribunal distinto del correspondiente al demandado (art. 6, ap. 3).

10.1.3. Entre las particularidades de las **características positivas** de la **consecuencia jurídica** de la norma generalísima de jurisdicción internacional, se encuentran la fuerte imprevisibilidad de los resultados del otorgamiento de jurisdicción y la frecuente pluralidad de jurisdicciones con pretensión de intervenir. Sin embargo, la integración tiende a atemperar esos rasgos y a esto obedecen acuerdos como el que nos ocupa.

En el Convenio de Bruselas se dispone que, salvo lo establecido en ese acuerdo, las personas **domiciliadas** en un Estado contratante estarán sometidas, sea cual fuere su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado (art. 2). Parece sostenible que el domicilio es un criterio de integración más apropiado que la nacionalidad para un proceso de integración.

Si bien existen excepciones que habilitan a demandar en otros lugares, tratando de evitar excesos especialmente impropios de un proceso de integración, el Convenio excluye en principio las jurisdicciones que podrían

considerarse "exorbitantes" (art. 3). Se suele afirmar, además que la enunciación de foros "**exorbitantes**" contenida en el Convenio no es limitativa, de modo que hasta puede considerarse rechazada toda jurisdicción no establecida en las secciones pertinentes del propio tratado. Esas reglas excluyentes se vinculan, en profundidad, con la característica negativa de la no denegación de justicia. Como en la integración los requerimientos de orden público son menores, las jurisdicciones exorbitantes tienen un motivo menos para existir.

10.1.3.2. Con carácter en principio aplicable a todo el sistema jurisdiccional, y en concordancia con los requerimientos de un régimen de integración, se admite la **prórroga** de jurisdicción. El art. 17 comienza diciendo que si las partes, cuando al menos una de ellas tuviere su domicilio en un Estado contratante, hubieren acordado que un tribunal o los tribunales de un Estado contratante fueren competentes para conocer en cualquier litigio que hubiere surgido o que pudiese surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, tal tribunal o tales tribunales serán los únicos competentes (29). El Convenio no exige relación entre el foro designado o el Estado de referencia y el litigio. Esta posibilidad de prórroga es considerada análoga a la del Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales y ambas definen un estilo de la jurisdicción privatista internacional comunitaria.

Al atender a la forma del acuerdo de prórroga, se acoge la *lex mercatoria* contemplando incluso, para el comercio internacional, una forma que sea conforme a los usos que las partes conocieren o debieren conocer y que, en dicho comercio, fueren ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado. El art. 12 limita las posibilidades de las cláusulas de elección de foro que deroguen las reglas jurisdiccionales en materia de seguros y el 15 procede de manera análoga en materia de contratos celebrados por los consumidores.

En principio la comparecencia del demandado tiene efecto de prórroga de jurisdicción (art. 18), pero el mismo artículo -cuya interpretación ha

(29) Puede v. en relación con el tema RINOLDI, Dino, "Autonomia della volontà e foro eletivo nella Convenzione comunitaria sulla giurisdizione", en JAYME - PICCHIO FORLATI, op. cit., págs. 77 y ss.

suscitado varias discusiones- consagra respuestas de "buena fe" comunitaria y de preservación de la internacionalidad básica al decir que la regla respectiva no será de aplicación cuando la comparecencia tuviere por objeto impugnar la competencia o si existiere otra jurisdicción exclusivamente competente en virtud del art. 16.

10.1.4. En cuanto a las **características negativas de la consecuencia jurídica**, vale señalar la atención que se brinda a la **no denegación de justicia**, al establecer que cuando el demandado domiciliado en un Estado contratante fuere emplazado por un tribunal de otro Estado contratante competente y no compareciere, el tribunal estará en principio obligado a suspender el procedimiento en tanto no se acredite que el demandado ha podido recibir la cédula de emplazamiento o documento equivalente con tiempo suficiente para defenderse o que se ha tomado toda diligencia a tal fin (art. 20).

Sin embargo, el principio de no denegación de justicia, que en el ámbito comunitario es más importante todavía que en el internacional, debe jugar -v. gr.- cuando en el supuesto de conflictos de calificaciones del punto de conexión domiciliario no haya país que se considere con jurisdicción para intervenir en un caso en que tal punto de contacto deba producirse.

Suele sostenerse que la amplitud de posibilidades para elegir la jurisdicción de un Estado contratante excluye la excepción de rechazo del foro **no conveniente**, pero creemos que, si bien la posibilidad queda limitada, el foro no conveniente es una reserva inevitable en términos de utilidad y justicia (30).

10.2. Otra normatividad contempla, en las características positivas del antecedente, que el demandado no estuviere domiciliado en un Estado contratante. Las características positivas de la consecuencia jurídica establecen que la competencia se regirá, en cada Estado contratante, por la ley de este Estado, sin perjuicio de excepciones contenidas en el art. 16 (art. 4).

10.3.1. Se establecen jurisdicciones **especiales** en cuestiones diversas, a menudo tendientes a proteger a una parte **débil**. Por ejemplo se consa-

(30) V. JAYME, Erik, "Le competenze speciali dalla Convenzione di Bruxelles: novità, problemi insoluti", en JAYME - PICCHIO FORLATI, op. cit., págs. 15 y ss.

gran jurisdicciones especiales en materias contractual (con consideración específica del contrato de trabajo, con miras al resguardo del trabajador), de alimentos, delictual o cuasidelictual, de explotación de sucursales o agencias, de seguros (con miras a la protección del asegurado), etc. (arts. 5 y ss., v. también por ej. art. 17). Respecto de varios de estos casos suele entenderse que se trata, en realidad, no de normas específicas sino de **alternativas**, que **complementan** la jurisdicción del domicilio del demandado y, por tanto, resultan características positivas de la norma general de jurisdicción.

Soluciones particulares tienden a amparar al **consumidor** (arts. 13 y ss.). La regla más representativa es que la acción entablada por un consumidor contra la otra parte contratante podrá interponerse ante los tribunales del Estado contratante en que estuviere domiciliada dicha parte o ante los tribunales del Estado contratante en que estuviere domiciliado el consumidor (art. 14, primer párrafo). Se limita la autonomía al decir: "Únicamente prevalecerán sobre las disposiciones de la presente Sección los convenios: 1. posteriores al nacimiento del litigio, o 2. que permitan al consumidor formular demandas ante tribunales distintos de los indicados en la presente Sección, o 3. que habiéndose celebrado entre un consumidor y su cocontratante, domiciliados o con residencia habitual en el mismo Estado contratante en el momento de la celebración del contrato, atribuyeren competencia a los tribunales de dicho Estado a no ser que la ley de éste prohibiere tales convenios". (art. 15).

10.3.2. En varios casos se indican jurisdicciones **exclusivas**, v. gr., en materias de derechos reales inmobiliarios, de validez, nulidad o disolución de sociedades y personas jurídicas que tuvieran su domicilio en un Estado contratante y de ejecución de resoluciones judiciales (art. 16). Estas jurisdicciones eliminan la intervención de los jueces del domicilio del demandado.

10.4. Las reglas de jurisdicción exclusiva afirman la **identidad** internacional de los Estados (primera condición de la comunidad internacional), en tanto la jurisdicción general muestra de manera común sus **relaciones** (segunda condición) y las jurisdicciones especiales evidencian estas relaciones en cauce de convertirse en **integración con una política propia**. La confluencia de Estados en el marco de la integración está ya

asegurada por el pasaje de la exclusividad, que los resguarda individualmente, a la prórroga que los interrelaciona.

10.5. Desde el punto de vista **procesal** más estricto, cabe señalar que, en concordancia con el espíritu de la integración, en diversos casos los tribunales declararán su incompetencia **de oficio** (arts. 19 y 20). Asimismo, vale destacar que podrán solicitarse medidas provisionales o cautelares previstas por la ley de un Estado contratante a las autoridades judiciales de dicho Estado incluso si, en virtud del presente Convenio, un tribunal de otro Estado contratante fuere competente para conocer sobre el fondo (art. 24).

b') La transposición procesal

11. La **cooperación** judicial en sentido amplio abarca la "transposición" en el proceso en curso, generalmente denominada "**auxilio judicial internacional**", y la "transposición" en el "**reconocimiento y la ejecución de las sentencias**" surgidas de los procesos relativamente concluidos. El reconocimiento y la ejecución de sentencias constituye un **Derecho paralelo** al Derecho declarado, que siempre ha de recibir importante consideración.

La referencia central en la cooperación internacional y sobre todo en la cooperación en la integración ya no es la soberanía de los Estados nacionales, sino el **derecho del hombre** de ver satisfecha su necesidad de justicia en términos de efectividad y de tempestividad.

En cierta medida el Derecho de la Integración es una rama jurídica autónoma, que en algún grado difiere del Derecho Internacional en sentido estricto, de modo que la cooperación en la integración no debe ser desarrollada con el mismo espíritu que la cooperación internacional.

Hace tiempo venimos sosteniendo la existencia del **Derecho Procesal Internacional Privado**, vertiente específica del Derecho Procesal distinta, por ejemplo, del Derecho Procesal Civil y Comercial signada por los requerimientos propios de la efectivización del Derecho Internacional Privado de fondo (31). Creemos que hoy importa reconocer el **Derecho**

(31) Acerca del Derecho Procesal Internacional Privado pueden v. por ej. nuestros estudios "Un ensayo de fundamentación jusfilosófica del Derecho Justicial Internacional Privado", en "Doctrina Jurídica", 17 y 24/XI y 1 y 9/XII/1972; "Hacia un Derecho Procesal Internacional Privado (Derecho Justicial Material: la jurisdicción internacional)", en "La Ley", t. 1975-A, págs. 1047 y ss. "La existencia del Derecho Procesal Internacional Privado", en "Investigación..." cit., N° 14, págs. 27 y ss.

Procesal de la Integración, caracterizado por las exigencias de la efectivización del Derecho de la Integración de fondo. La cooperación judicial en la integración se inscribe en este espíritu.

a") El auxilio judicial internacional

12. Con miras al auxilio judicial, la Unión Europea contaba con una buena base **internacional** brindada en gran medida por la obra de La Haya, que incluso se fue desarrollando con posterioridad, de modo que no ha necesitado desplegar un gran esfuerzo propio.

En cuanto a los principales aportes de la producción de La Haya, el Convenio básico relativo al **procedimiento civil** del 1° de marzo de 1954 fue reemplazado en partes por el Convenio del 15 de noviembre de 1965 referido a la **notificación o traslado** en el extranjero de documentos judiciales o extrajudiciales en materia civil o comercial y el Convenio del 18 de marzo de 1970 sobre la **obtención de pruebas** en el extranjero en materia civil o comercial. Incluso hay que destacar el Convenio del 5 de octubre de 1961 suprimiendo la exigencia de **legalización** de los documentos públicos extranjeros.

Esta red de convenios, que ha terminado vinculando a numerosos países de la Unión, permite satisfacer las necesidades respectivas y genera un espacio idóneo para la transposición procesal integradora. La intervención de **Autoridades Centrales** al servicio del cumplimiento de los compromisos estatales y las prácticas disposiciones de la "**apostilla**" han marcado jalones en la cooperación internacional, aptos también para la integración. En la obra de La Haya estaba asegurada de un modo importante la "libre circulación procesal".

b") El reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales, documentos públicos y transacciones judiciales

13.1. En el **Convenio de Bruselas** la transposición procesal, con miras a lograr la cooperación en sentido amplio entre las autoridades jurisdiccionales, abarca el **reconocimiento y la ejecución** de resoluciones judiciales y la **ejecución de documentos públicos** con fuerza ejecutiva y de **transacciones judiciales**.

Se ha dicho que el Convenio se caracteriza, en materia de efectos de las resoluciones, por un extremo liberalismo motivado por el fin de asegurar -en el dominio material del tratado- una "libre circulación efectiva" de pronunciamientos.

13.2. En cuanto al problema de las **calificaciones**, el Convenio adopta un camino autárquico al establecer que se entenderá por resolución cualquier decisión adoptada por un tribunal de un Estado contratante con independencia de la denominación que recibiere, tal como auto, sentencia, providencia o mandamiento de ejecución, así como el acto por el cual el secretario judicial liquidare las costas del proceso (art. 25).

1) Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales

a') Reconocimiento

14.1. Las **características positivas del antecedente** de la norma acerca del reconocimiento se refieren a las resoluciones dictadas en un Estado contratante y abarcan la exigencia de que la solicitud sea planteada en los términos indicados en el propio Convenio (arts. 46, 48 y 49).

En el marco de las **características negativas del antecedente**, cabe señalar la **indefensión** surgida de la rebeldía del demandado si no se hubiere entregado o notificado al mismo la cédula de emplazamiento o documento equivalente de forma regular y con tiempo suficiente para defenderse (art. 27, ap. 2).

Asimismo se atiende a la **cosa juzgada** surgida de la inconciliabilidad con una resolución dictada en un litigio entre las mismas partes en el Estado requerido o con una resolución dictada con anterioridad en un Estado no contratante entre las mismas partes en un litigio que tuviere el mismo objeto y la misma causa, cuando esta última resolución reune las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado requerido (art. 27, apartados 3 y 5).

Según lo reclaman en especial los procesos de integración, el Convenio excluye, en principio, el control de la **jurisdicción** del tribunal de origen (art. 28, párrafo 3º). Los Estados se brindan confianza en cuanto a la buena aplicación del Derecho convencional. Sin embargo, no se reconocerán las resoluciones si se hubiesen violado las reglas jurisdiccionales referidas a seguros, a contratos celebrados por consumidores y a las

competencias exclusivas o las reglas de acuerdos con otros Estados en virtud del art. 59 (art. 28).

14.2. Como corresponde a la internacionalidad cabal, pero sobre todo a la integración, las **características positivas de la consecuencia jurídica** establecen que las resoluciones de referencia serán reconocidas en los demás Estados contratantes sin que fuere necesario recurrir a procedimiento alguno (art. 26). En ningún caso la resolución extranjera podrá ser objeto de una revisión en cuanto al **fondo** (art. 29).

En cuanto a las **características negativas de la consecuencia jurídica**, se dispone, con una amplitud de alcances textuales no del todo de acuerdo con el espíritu actual -pero que el Relato Jenard refiere sólo a casos límite- que las resoluciones no se reconocerán si el reconocimiento fuere contrario al orden público del Estado requerido (art. 27, ap. 1).

Una característica negativa especialmente cuestionable, tanto más tratándose de un proceso de integración, surge de la disposición de no reconocimiento si el tribunal del Estado de origen, para dictar su resolución, hubiese desconocido, al decidir una cuestión relativa al estado o capacidad de las personas físicas, a los regímenes matrimoniales, a los testamentos o a las sucesiones, una regla de **Derecho Internacional Privado del Estado requerido**, a menos que se hubiere llegado al mismo resultado mediante la aplicación de las normas de Derecho Internacional Privado del Estado requerido (art. 27, ap. 4). Es significativo tener en cuenta que se trata de cuestiones respecto de las cuales el Convenio no es aplicable (art. 1, 1), pero creemos que la sola enunciación de la regla es altamente peligrosa. Para evitar mayores desvíos del sentido del debido reconocimiento, cabe destacar que al ser autorizado en un marco particular, el control de la ley aplicada por el juez extranjero es excluido en el ámbito general.

b') Ejecución

15.1. En general, las **características positivas del antecedente** de la norma de ejecución plantean la existencia de resoluciones dictadas en un Estado contratante que allí fueren ejecutorias y que, a instancia de parte interesada, se hubiese otorgado su ejecución (art. 31). La solicitud debe ser presentada ante los tribunales de cada país, de instancias diversas

según los casos, que se indican en el art. 32, y con las formas previstas en el propio Convenio (arts. 46 y ss.).

15.2. En el marco de las **características positivas de la consecuencia**, y evidenciando una solidaridad entre tribunales que es imprescindible en la integración, se establece que el tribunal se pronunciará en **breve plazo**, sin que la parte contra la cual se solicitare la ejecución pueda, en esta fase del procedimiento, formular observaciones (art. 34). También aquí la resolución extranjera en ningún caso podrá ser objeto de una revisión en cuanto al **fondo** (art. 34). Si se otorgare la ejecución, la parte contra la cual se hubiere solicitado la ejecución tendrá oportunidad de hacer valer un recurso regido por trámites indicados en el Convenio (arts. 36 y ss.). La uniformación minuciosa del procedimiento a seguir en todos los Estados, reduciendo las formalidades al mínimo, es de gran importancia para el mejor logro del espacio comunitario.

En concordancia con el espíritu de la integración, se establece que a la parte que instare en un Estado contratante la ejecución de una resolución dictada en otro Estado contratante no podrá exigírsele **caución o depósito** alguno, sea cual fuere su denominación, por su condición de extranjero o por no estar domiciliado o no ser residente en el Estado requerido (art. 45).

En cuanto a las **características negativas del antecedente y de la consecuencia**, se traen a colación con carácter excluyente los artículos 27 y 28, referidos al reconocimiento.

Se afirma que si no es infrecuente que los Estados se concedan recíprocamente el reconocimiento de las sentencias que satisfacen ciertos requisitos, es casi sin precedentes que admitan la ejecución en la manera expedita que caracteriza al Convenio de Bruselas.

2) Ejecución de documentos públicos con fuerza ejecutiva y transacciones judiciales

16. Una normatividad especial establece que, a instancia de parte, los **documentos públicos** auténticos en el Estado de origen y con fuerza ejecutiva y las **transacciones judiciales** formalizados en un Estado contratante serán declarados ejecutorios en otro Estado contratante con arreglo

al procedimiento previsto para la ejecución de resoluciones. Aquí la característica negativa de la consecuencia consiste en que sólo podrá desestimarse la solicitud cuando la ejecución fuera contraria al orden público del Estado requerido (arts. 50 y 51).

17.1. Con permeabilidad que favorece la integración, en general se dispone que no se exigirá **legalización** ni formalidad análoga alguna en lo que se refiere a los documentos para las solicitudes de reconocimiento o ejecución y, en su caso, al poder para pleitos (art. 49). Es asimismo relevante que, en un marco de tan grandes diferencias idiomáticas, la traducción no es siempre necesaria.

17.2. En lo que se refiere al **ordenamiento normativo** comunitario y al ordenamiento normativo internacional, un complejo de diversas disposiciones se ocupa de las relaciones entre este Convenio y los otros en que son partes los países contratantes (art. 55 y ss.). Se contempla sintéticamente la posibilidad de solicitar la revisión del Convenio.

18. En vinculación con el Convenio que nos ocupa corresponde atender al **Protocolo anexo** y al **Protocolo relativo a la interpretación por el Tribunal de Justicia** del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil de Luxemburgo del 3 de junio de 1971. En este último se contemplan vías interpretativas a las que, en lo pertinente, son aplicables las reglas de los pronunciamientos prejudiciales.

El Convenio ha dado lugar a numerosas dificultades de interpretación, y la tarea del Tribunal para lograr uniformidad al respecto ha sido considerable.

19. Aunque el Convenio de Bruselas no es universal, se sostiene que existe un **"sistema"** del mismo, cuyo conocimiento es necesario no sólo para aplicarlo sino para resolver toda cuestión de competencia internacional que se plantee en un Estado miembro. Incluso cabe señalar que hay cierta sistematicidad del **Derecho Internacional Privado** comunitario, al punto que el Convenio de Roma respondió en parte al deseo de evitar el *forum shopping* en base a las opciones jurisdiccionales del Convenio de Bruselas. Se sostiene que las exclusiones del art. 1 son de interpretación restrictiva.

b) El Mercosur

20. El Mercosur ha puesto cuidado en regular las cuestiones que ahora nos ocupan, y al respecto vale mencionar principalmente el **Protocolo sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual** de Buenos Aires de 1994, el **Protocolo sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo** de Santa María de 1996 y el **Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa** de Las Leñas de 1992 (32).

a') La jurisdicción

1) El Protocolo de Buenos Aires

21.1. El Protocolo de Buenos Aires sobre **Jurisdicción Internacional en Materia Contractual** fue proyectado en la Reunión de Ministros de Justicia. Confluyen en él dos temas de particular significación para el mercado: el contrato y la jurisdicción. El preámbulo se refiere a la importancia de adoptar reglas comunes sobre jurisdicción internacional en materia contractual, con el objeto de promover el desarrollo de las relaciones económicas entre el sector privado de los Estados Partes y destaca que en materia de negocios internacionales la contratación es la expresión jurídica del comercio que tiene lugar con motivo del proceso de integración.

El ámbito del Protocolo abarca sólo lo **contractual** más tradicional. Excluye los negocios jurídicos entre los fallidos y sus acreedores, los acuerdos del Derecho de Familia y Sucesorio, los contratos de seguridad social, administrativos, laborales, de venta al consumidor, de transporte y seguros y los derechos reales (art. 2). Esta delimitación suele ser referida a las afinidades con la Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras (CIDIP III), el Convenio de Bruselas de 1968 y la Convención de La Haya sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil y Comercial de 1971.

(32) En relación con "El Derecho Procesal en el Mercosur", v. "Libro de Ponencias", Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, 1997.

21.2. El Protocolo resuelve autárquicamente varios casos de **calificaciones**, referidos al lugar de cumplimiento del contrato y el domicilio del demandado (arts. 8 y 9). Es llamativo que un Protocolo que parte de la autonomía jurisdiccional adopte un criterio estricto en la calificación del lugar de cumplimiento que, en principio, es más acorde con los Tratados de Montevideo, hostiles a dicha autonomía. Cabe reconocer, sin embargo, que la autarquía en cuanto al punto de conexión jurisdiccional puede responder al deseo de que las discrepancias de calificación entre los diversos Estados lleve a la denegación de justicia o a la superposición de jurisdicciones que el Protocolo no se muestra en condiciones de resolver de manera adecuada.

Aunque el Protocolo no define qué se entiende por contrato internacional, cabe entender que se trata del que está objetivamente conectado con diferentes Estados. Los contratantes no pueden calificar de internacional una relación cuyos elementos refieren a un único Estado.

21.3. En cuanto a las **características positivas del antecedente**, el Protocolo se refiere a la jurisdicción contenciosa internacional relativa a los contratos internacionales de naturaleza civil o comercial celebrados entre particulares con domicilio o sede social en diferentes Estados Partes del Tratado de Asunción o cuando por lo menos una de las partes del contrato tenga su domicilio o sede social en un Estado Parte del mismo y además se haya hecho un acuerdo de elección de foro a favor de un juez de un Estado Parte y exista una conexión razonable según las normas de jurisdicción del propio Protocolo (art. 1). Una manifestación de la **atracción** jurisdiccional establece que, si hubiere varios demandados, tendrá jurisdicción el Estado Parte del domicilio de cualquiera de ellos (v. art. 12, también art. 13).

Es **característica negativa del antecedente** que la elección del foro determinará la jurisdicción siempre que el acuerdo no haya sido obtenido en forma abusiva. También se proyecta aquí la falta de la conexión razonable a la que se refieren las características positivas.

No parece fundado que no se establezcan reglas acerca de la litispendencia. La admisión de la autonomía deja menos espacio para la necesi-

dad de invocar el fraude jurisdiccional, pero la rigidez de las calificaciones autárquicas no lo hace poco posible.

21.4. En cuanto a las **características positivas** de la **consecuencia jurídica**, se recurre a la **autonomía** de las partes. Tendrán jurisdicción los tribunales del Estado Parte a cuyos tribunales los contratantes hayan acordado **someterse**, en las condiciones que fija el propio Protocolo. Se admite expresamente la prórroga a favor de tribunales arbitrales (art. 4).

La validez y los efectos del acuerdo de elección de foro se regirán por el Derecho de los Estados Partes que tendrían jurisdicción de conformidad a las disposiciones del Protocolo, pero en todo caso se aplicará el Derecho más favorable a la validez del acuerdo (art. 5).

Haya o no elección de jurisdicción, ésta se entiende prorrogada a favor del Estado Parte donde se promoviere la acción cuando el demandado, después de interpuesta ésta, la admita voluntariamente en forma positiva (art. 6). Las dificultades que puede presentar la sumisión tácita en medios como el Mercosur justifican, a nuestro parecer, la diferencia respecto del art. 18 del Convenio de Bruselas.

Subsidiariamente tienen jurisdicción, a elección del actor, los jueces del lugar de **cumplimiento** del contrato; del **domicilio del demandado** y de su **propio domicilio** o sede social, cuando demostrare que cumplió con su prestación (art. 7).

Las invocaciones de armonía, unificación, seguridad y justicia contenidas en el Preámbulo llevan a la conclusión de que están implícitas las **características negativas** de la **consecuencia** de no denegación de justicia y tal vez, además, de exclusión de un foro no conveniente.

21.5. Reglas de jurisdicciones **especiales** establecen que para conocer de los litigios que surjan entre los socios en su carácter de tales son competentes los jueces de la sede principal de la administración y que las personas jurídicas con sede en un Estado Parte, que celebren contratos en otro Estado Parte, pueden ser demandadas ante los jueces de este último (arts. 10 y 11).

21.6. En diversos aspectos, como los de jurisdicciones especiales de amparo a los débiles y apreciación de oficio de la falta de jurisdicción, el Protocolo específico mercosureño es menos desarrollado que el Convenio de Bruselas. Respondiendo a una de esas limitaciones, el Protocolo de Santa María ha venido a ocuparse de la jurisdicción en cuanto a los consumidores. Para las circunstancias del Mercosur es importante la apertura expresa que contiene el Protocolo a la jurisdicción arbitral.

22. Como el Mercosur carece de un tribunal propio, el art. 15 establece que las **controversias** con motivo de la interpretación, aplicación o incumplimiento de las disposiciones del Protocolo serán sometidas a negociaciones diplomáticas directas y, de modo subsidiario, a los procedimientos previstos en el Sistema de Solución de Controversias vigente entre los Estados Partes del Tratado de Asunción (v. Protocolo de Brasilia).

Dado que se trata de un "protocolo", el art. 17 indica que la adhesión por parte de un Estado Parte al Tratado de Asunción implicará *ipso iure* la adhesión al mismo Protocolo.

23. El régimen del Protocolo de Buenos Aires, referido sólo a los contratos (o sea con un alcance mucho más específico que el Convenio de Bruselas) contiene un complejo de soluciones acordes con las necesidades del mercado integrado, cuya idea básica es la autonomía de las partes, admitida con relativa amplitud y, en cambio, encauzada con una coactividad limitada. También son amplias las posibilidades jurisdiccionales que subsidiariamente se brindan al actor.

2) El Protocolo de Santa María

24.1. El Protocolo de Santa María sobre **Jurisdicción Internacional en Materia de Consumo** se refiere a uno de los problemas más importantes de la juridicidad de este tiempo, el de la protección equilibrada del consumidor (33). En un espacio como el del Mercosur, con notorias asi-

(33) Respecto del Protocolo de Santa María puede v. nuestro artículo "Comprensión filosófica de la protección internacional del consumidor (Con especial referencia al Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo)", en "Jornadas Uruguayas-Santafesinas, 2ª etapa", Santa Fe - Montevideo, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral - Facultad de Derecho de la Universidad de la República, 1997, págs. 113 y ss.

metrías económicas y de condiciones de consumo, con importantes problemas de desarrollo y con limitada capacidad empresarial autóctona coexistiendo con grandes empresas transnacionales, la protección del consumidor asume caracteres muy tensos. No es sin motivo que, pese a haberse elaborado ese acuerdo jurisdiccional, el art. 18 establece que la **tramitación** de su aprobación, con las adecuaciones que fueren necesarias, sólo podrá iniciarse después de la aprobación del "Reglamento Común Mercosur para la Defensa del Consumidor" en su totalidad, incluidos sus anexos, si los tuviere, por el Consejo del Mercado Común. En este marco de la protección del consumidor, el distanciamiento subjetivista entre el proceso y el fondo resulta a menudo insostenible, de modo que, sin perjuicio de una relativa autonomía de la cuestión, las reglas jurisdiccionales deben hacerse instrumentos del amparo objetivista de fondo que, de manera equilibrada, se ha de brindar al consumidor. La protección del consumidor ha de ser un sistema que incluya proceso y fondo. La elaboración del Reglamento ha motivado importantes trabajos, pero las dificultades al respecto son grandes.

Cualquier decisión jurisdiccional en materia de consumo en el Mercosur debe tener en cuenta y tratar de salvar los grandes obstáculos que para el más elemental **acceso a la justicia** y al mismo consumo tienen los sectores marginales de la región. Un país en el que ese acceso es muy limitado puede producir normas de protección del consumidor muy avanzadas que, en la realidad, sólo sirvan para sectores muy limitados de la población.

También aquí se advierte el seguimiento de modelos comunitarios europeos. La influencia del Convenio de Bruselas sobre el Protocolo de Santa María es significativa.

24.2. Haciéndose eco de la exigencia de protección equilibrada del consumidor, la introducción del Protocolo destaca la necesidad de brindar al sector privado de los Estados Partes un marco de seguridad jurídica que garantice soluciones justas y la armonía de las decisiones jurisdiccionales vinculadas a las relaciones de consumo, la necesidad de dar protección al consumidor y la importancia de adoptar reglas comunes sobre jurisdicción internacional en materia de relaciones de consumo derivadas de con-

tratos entre proveedores de bienes o prestadores de servicios y consumidores o usuarios. Asimismo, siguiendo las ideas del Protocolo de Buenos Aires, señala que en materia de negocios internacionales la contratación es la expresión jurídica del comercio y éste es especialmente relevante en el proceso de integración.

24.3. El ámbito espacial del Protocolo es subjetivo-objetivo: se aplica a las relaciones de consumo que vinculen a los proveedores y consumidores con domicilio en diferentes Estados Partes o con domicilio en un mismo Estado Parte cuando la prestación característica de consumo se realice en otro Estado Parte (art. 2).

Atendiendo a las diversas posibilidades de la "jurisdicción" en sentido amplio, el Protocolo de Santa María se refiere no sólo a los **tribunales habilitados** (jurisdicción en sentido estricto, capítulo III), sino a aspectos procesales que la afectan (capítulo IV) y a la **eficacia extraterritorial de las sentencias** (capítulo V). Aparece así reflejado el encadenamiento de cuestiones que hacen al Derecho Internacional Privado Procesal (normas indirectas que indican el Derecho aplicable al proceso) y al Derecho Procesal Internacional Privado (normas directas que rigen el proceso vinculado al Derecho Internacional Privado de fondo).

24.4. El Protocolo de Santa María evidencia una clara conciencia de la problemática **calificatoria**. Ubica al consumo dentro de los marcos mobiliarios, financieros y de servicios excluyendo el transporte y, con el fin principal de evitar interrogantes generadores de conflictos que desarticularían lo acordado, califica el domicilio. Además incorpora un **anexo** con definiciones de consumidor, proveedor, relaciones de consumo y producto y con la indicación de que, mientras el Comité Técnico N° 7 de Defensa del Consumidor no haya acordado una definición para "servicios", será adoptada para los efectos del Protocolo la interpretación jurídica del foro actuante.

24.5. En las **características positivas** del antecedente el Protocolo atiende a la **atracción** disponiendo que si en el caso hubiere varios demandados en una misma acción relativa al mismo objeto, tendrá jurisdicción el Estado Parte del domicilio de cualquiera de ellos (art. 7) y refiriéndose a la jurisdicción en materia de reconvencción. Establece que si ésta se fundare en actos, hechos u omisiones que sirvieron de base a la

demanda principal, tendrá jurisdicción para decidir acerca de ella el Estado Parte del juez con competencia respecto de la demanda principal (art. 8). En la Convención de Bruselas la jurisdicción especial para la reconvencción resulta sólo potestativa y no se puntualizan los actos, hechos u omisiones de referencia.

No están resueltos de manera expresa los problemas de las **características negativas del antecedente**, principalmente el fraude a la ley, que -admisible o no- podría presentarse, v. gr., cuando un consumidor celebra un contrato de consumo en un lugar o con un determinado agente del proveedor para obtener la jurisdicción de los tribunales de los países respectivos, quizás para lograr un pronunciamiento distinto del que se hubiera producido normalmente.

24.6. En las **características positivas de la consecuencia jurídica**, la regla general del Protocolo responde a un juego **asimétrico** del principio subjetivista, que intenta restablecer el equilibrio entre las partes. Con un sentido más unilateral que el Convenio de Bruselas, la disposición básica dice que la jurisdicción internacional en las demandas entabladas por el consumidor corresponde a los jueces o tribunales del Estado de su **domicilio**, agregando, sí, que el proveedor podrá demandar al consumidor ante el juez o tribunal del domicilio de éste (art. 4). Como punto de partida, se abandona la regla tradicional de referencia al domicilio del demandado.

Sin embargo, el deseo de protección al consumidor va más allá de esa asimetría y consagra a su favor otras posibilidades jurisdiccionales. Dice el Protocolo que también tendrán jurisdicción excepcionalmente, por voluntad exclusiva del consumidor manifestada expresamente en el momento de entablar la demanda, el Estado de celebración del contrato, el de cumplimiento de la prestación del servicio o de la entrega de los bienes y el del domicilio del demandado (art. 5).

Vale tener en cuenta que el acuerdo de Santa María agrega que si el demandado tuviere domicilio en un Estado Parte y en otro Estado parte filial, sucursal, agencia o cualquier otra especie de representación con la cual realizó las operaciones que generaron el conflicto, el actor podrá demandar en cualquiera de dichos Estados (art. 6).

El Protocolo mercosureño no contiene la relativa admisión de la autonomía jurisdiccional que, con alcances relacionados con las características negativas del antecedente o de la consecuencia jurídica, establece la Convención de Bruselas (v. art. 15 de este Convenio).

Aunque la cuestión puede ser discutible, parece que de lo consagrado en la obra de Santa María podría resultar que las jurisdicciones allí establecidas son excluyentes de otras que podrían surgir, por ejemplo, de un pacto (real o simulado) que permitiera al consumidor formular demandas ante tribunales distintos de los indicados o de que el consumidor demandara al proveedor en un país donde éste tuviera simplemente bienes y el accionado no cuestionara la facultad del tribunal. Las expresiones "excepcionalmente" y "por voluntad exclusiva del consumidor" (art. 5) así lo señalan.

Las opciones jurisdiccionales para el consumidor hacen particularmente necesario resolver si lo que se busca es facilitar sólo el acceso jurisdiccional o permitir que el consumidor elija, a través de la sede jurisdiccional, el Derecho aplicable. De esto depende respectivamente una mayor posibilidad de fraude y de crisis en la característica negativa del antecedente de la normatividad de fondo o una apertura excluyente del fraude.

En relación con las **características negativas de la consecuencia jurídica**, creemos que, aunque no está explícito en el Protocolo, resulta inevitable que si algún foro no es conveniente para cierto caso o se genera denegación de justicia las reglas jurisdiccionales deben adecuarse, negativa o positivamente, para evitarlo.

25.1. Reflejando, como hemos dicho, el encadenamiento de cuestiones que hacen al Derecho Internacional Privado Procesal y al Derecho Procesal Internacional Privado, el Protocolo se ocupa de diversos problemas **procesales**.

Además de la ya indicada referencia a la reconvencción, se reglamentan los **actos procesales practicados a distancia** para completar los alcances de la jurisdicción, evidenciando una vez más, con alta capacidad para imaginar soluciones más justas, la particularidad del Derecho Procesal Internacional Privado (art. 9).

La distancia podría ser una causa de indefensión y consecuentemente de denegación de justicia, sobre todo en países como los del Mercosur, y para contribuir a remediarla el Protocolo establece que en la medida que lo autoricen los principios esenciales y básicos del ordenamiento jurídico procesal del foro actuante, el proveedor podrá contestar la demanda, ofrecer pruebas, interponer recursos, así como realizar los actos procesales que de ellos deriven ante los jueces de su propio domicilio, los cuales actuarán como requeridos, remitiendo la documentación al juez requirente (art. 9, inc. 1).

25.2. Las posibilidades así abordadas plantean el problema ya referido de la **"transposición procesal"**.

Con el conjunto de la norma generalísima de transposición se relaciona el problema de las **calificaciones**, que en este caso deberá aclarar qué significan, por ejemplo, principios esenciales y básicos del foro actuante, contestar la demanda, ofrecer pruebas, etc.

En las **características positivas del antecedente** de la norma de transposición procesal el Protocolo supone la jurisdicción del juez ante el cual se tramite la causa y la existencia de jueces con jurisdicción en el domicilio del proveedor.

Los problemas de las **características negativas del antecedente** abarcan que el proveedor demandado no posea filiales, sucursales, establecimientos, agencias o cualquier otra especie de representación en el Estado Parte donde se tramita el proceso (art. 9, inc. 2), la exclusión de la "litispendencia", que en este caso significa, v. gr., que no se hayan producido actos incompatibles en el foro actuante, y el rechazo del fraude del proveedor al establecer su domicilio.

En las **características positivas de la consecuencia jurídica** se hallan el reconocimiento de los actos procesales producidos a distancia ante los jueces del domicilio del proveedor, actuando como jueces requeridos, y la remisión de la documentación al juez requirente por el juez domiciliario del proveedor requerido (art. 9, inc. 1).

La comunicación entre autoridades jurisdiccionales se realizará a través de las **Autoridades Centrales**, conforme al procedimiento previsto en el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa (art. 9, inc. 3). La remisión se hará con la información necesaria sobre el derecho aplicable a la relación de consumo y el derecho procesal del Estado Parte en el cual se tramita el proceso, debidamente certificada por el juez requirente, a fin de que el proveedor demandado pueda ejercitar en tiempo y forma los derechos al respecto que le otorga el Protocolo (art. 9, inc. 4 con referencia al inc. 1).

En relación con las **características negativas de la consecuencia jurídica**, se encuentra la no generación de indefensión del actor o el proveedor y la reserva del orden público que, sin embargo, aquí tiene características por lo general menos exigentes.

Para comprender el espíritu del Protocolo en cuanto al orden público, vale tener en cuenta el texto que se refiere, de manera limitada, a los principios esenciales y básicos del ordenamiento jurídico procesal del foro actuante (art. 9 inc. 1).

El Protocolo aclara que la facultad de actos procesales practicados a distancia conferida al proveedor no altera la jurisdicción internacional establecida en el mismo ni las leyes procesales que resultaren aplicables según el Estado que tenga jurisdicción internacional (art. 9, inc. 5).

Importa señalar que al resolver la cuestión básica del Derecho Internacional Privado Procesal, de normas indirectas, el Protocolo establece que serán aplicables las leyes procesales del **lugar del proceso** (art. 10).

26. Dado que el Mercosur carece de un tribunal propio, la obra de Santa María considera como punto de partida de la solución de las controversias entre los Estados Partes con motivo de la aplicación, interpretación o incumplimiento de las disposiciones contenidas en el Protocolo las negociaciones diplomáticas directas. Si mediante tales negociaciones no se alcanzare un acuerdo o si la controversia sólo fuera solucionada parcialmente se aplicarán los procedimientos previstos en el Sistema de Solución de Controversias vigente entre los Estados Partes del Tratado de Asunción (art. 13).

b') La transposición procesal

1) El Protocolo de Las Leñas

27. El Protocolo de Las Leñas consta de un preámbulo y nueve capítulos referidos respectivamente a: Cooperación y asistencia jurisdiccional, Autoridades centrales, Igualdad de trato procesal, Cooperación en actividades de mero trámite y probatorias, Reconocimiento y ejecución de sentencias y de laudos arbitrales, De los instrumentos públicos y otros documentos, Información del derecho extranjero, Consultas y solución de controversias y Disposiciones finales.

a') El auxilio judicial

28.1. En cuanto a las **características positivas del antecedente**, bajo el título Cooperación y asistencia jurisdiccional, el capítulo 1 ubica en la materia civil, comercial, laboral y administrativa, especificando que la asistencia jurisdiccional se extenderá a los procedimientos administrativos en los que se admitan recursos ante los tribunales (art. 1).

28.2.1. Con referencia a las **características positivas de la consecuencia jurídica**, el Protocolo establece que los Estados Partes se comprometen a prestarse asistencia mutua y amplia cooperación jurisdiccional (art. 1) y, con tal objetivo, el capítulo 2 dispone que cada Estado Parte designará una **Autoridad Central** encargada de recibir y tramitar los pedidos de asistencia jurisdiccional y que las Autoridades centrales se comunicarán directamente entre ellas, dando intervención a las respectivas autoridades competentes cuando sea necesario.

28.2.2. El capítulo 3 fija un principio fundamental para la adecuada construcción del Derecho Procesal de la Integración, el de **igualdad de trato procesal** de los ciudadanos y residentes permanentes para el libre acceso a la jurisdicción con miras a la defensa de sus derechos e intereses. Se puntualiza en especial que no se impondrá ninguna caución o depósito por la calidad de ciudadano o residente permanente de otro Estado Parte y esto es, asimismo, aplicable a las personas jurídicas constituidas, autorizadas o registradas de acuerdo a las leyes de cualquiera de los Estados Partes. La igualdad de trato procesal así establecida es uno de los criterios más relevantes para reconocer si existe o no un verdadero fenómeno integrador.

28.2.3. El capítulo 4, referido a cooperación en actividades de mero trámite y probatorias, dispone que cada Estado Parte debe enviar a las autoridades jurisdiccionales del otro Estado, por la vía del capítulo 2, los **exhortos** en materia civil, comercial, laboral o administrativa que tengan ese objetivo de diligencias de mero trámite o recepción u obtención de pruebas. A continuación se indican detalladamente los requisitos con los que deben redactarse los exhortos.

Otro principio de gran importancia para el despliegue eficaz del Derecho Procesal de la Integración es el de la **oficialidad**, contenido en el artículo 8. El cumplimiento de los exhortos deberá ser diligenciado de oficio por la autoridad jurisdiccional competente del Estado requerido. Asimismo, para evitar dilaciones perjudiciales y comprometiendo al Estado solicitado para que las medidas se cumplan, se establece que si la autoridad jurisdiccional requerida se declare incompetente para proceder a la tramitación del exhorto, remitirá de oficio los documentos y antecedentes del caso a la autoridad jurisdiccional competente de su Estado (art. 9).

Sobre todo en un proceso de integración, es importante que el Estado requerido, a través de sus tribunales, ponga su peso para el cumplimiento de las medidas solicitadas (v. otra expresión relativamente genérica de la oficialidad en el artículo 17).

Aunque para establecer el "puente" de cooperación interestatal se excluye la vía privada, se dispone que la autoridad requirente podrá solicitar se le **informe** el lugar y la fecha en que la medida solicitada se hará efectiva, a fin de permitir que la autoridad requirente, las partes interesadas o sus respectivos representantes puedan comparecer y ejercer las facultades autorizadas por la legislación de la Parte requerida (art. 11).

Atendiendo al mejor conocimiento de la autoridad requerida y a la mayor circunstancialidad de las actividades, se establece que la autoridad jurisdiccional encargada del cumplimiento de un exhorto aplicará su **ley interna** en lo que a los procedimientos se refiere (art. 12). Sin embargo, asimismo se dispone que podrá accederse, a solicitud de la parte requirente, a otorgar al exhorto una **tramitación especial** o aceptarse el cumplimiento de formalidades adicionales en la diligencia del exhorto (siempre que ello no sea incompatible con el orden público del Estado requeri-

do). La tramitación y la forma pueden tener importante relación con el fondo a realizar o resguardar. La aplicación de diversos regímenes procesales hace necesaria una síntesis judicial que ha de inspirarse en la primacía moderada del régimen del país requerido.

Se consagra asimismo, de manera específica, el principio de **celeridad** al establecer que el cumplimiento del exhorto debe llevarse a cabo sin demora (art. 12). El tiempo es particularmente valioso en la administración de justicia y, sobre todo, cuando de la internacionalidad se pasa a la integración.

El artículo 13 compromete el poder coercitivo del Estado requerido en iguales condiciones a las de su empleo para los exhortos locales. Los documentos en los que conste el cumplimiento del exhorto serán comunicados por intermedio de las Autoridades Centrales (art. 14).

En principio, el cumplimiento del exhorto no podrá dar lugar al reembolso de ningún tipo de gastos (art. 15). Quedan exceptuados los casos en que se soliciten medios probatorios que ocasionen erogaciones especiales o se designen profesionales para intervenir en el diligenciamiento. La **gratuidad** de la justicia es otra manera de concretar la solidaridad interestatal para su administración en el marco integrado.

El compromiso del Estado solicitado para el cumplimiento del exhorto llega a exigirle que cuando los datos relativos al domicilio del destinatario del acto o de la persona citada sean deficientes la autoridad requerida agote los medios para satisfacer el pedido (art. 16).

28.2.4. En cuanto a las **características negativas** de la **consecuencia jurídica**, se dispone que el cumplimiento de los exhortos sólo podrá denegarse cuando la medida solicitada, por su naturaleza, atente contra los principios de **orden público** del Estado requerido (art. 8).

Como corresponde a los criterios internacionales, y sobre todo de integración, el orden público es reducido a principios y, por tratarse en especial de un trámite de auxilio judicial, que exige particular celeridad e incluso en alguna medida no compromete el fondo, el cumplimiento de los exhortos con estos fines "no implicará un reconocimiento de la jurisdicción internacional del juez del cual emana" (art. 8).

b') El reconocimiento y la ejecución de sentencias

29.1. En capítulo 5 del Protocolo de Las Leñas se inicia especificando, en cuanto concierne a las **características positivas del antecedente**, que sus disposiciones serán aplicables al reconocimiento y ejecución de las sentencias y de los laudos arbitrales pronunciados en las jurisdicciones de los Estados Partes en materia civil, comercial, laboral y administrativa y, asimismo, a las sentencias en materia de reparación de daños y restitución de bienes pronunciadas en jurisdicción penal (art. 18). La solicitud de reconocimiento y ejecución por parte de las autoridades jurisdiccionales se tramitará por vía de exhortos y por intermedio de la autoridad central (art. 19).

Creemos que en general es discutible que el reconocimiento y la ejecución de sentencias y laudos arbitrales sean tramitados por vía de exhorto, porque se coloca a la parte local en condiciones de litigar en la práctica con un poder más o menos extranjero cuyo pronunciamiento está en tela de juicio, pero puede ser un criterio sostenible como resultado de la ágil circulación jurídica que ha de caracterizar a los procesos de integración.

Los artículos 20 y 21 establecen requisitos **formales, procesales y de fondo** en general sostenibles según la tradición evolucionada al respecto. Con un criterio poco compatible con la integración, pero quizás máximo según lo que se podía obtener de alguno de los países de la región, el Protocolo dice que la jurisdicción del tribunal de origen se aprecia según las normas del Estado requerido sobre jurisdicción internacional (art. 20, párrafo c). Sin embargo, el art. 14 del Protocolo de Buenos Aires dispone que la jurisdicción internacional requerida en estos casos quedará sometida a lo dispuesto por dicho Acuerdo. Nos parece acertado que no se habilite el control del Derecho Internacional Privado aplicado.

En cuanto se refiere a las **características negativas del antecedente**, el artículo 22 dispone las importantes reservas de **cosa juzgada** y **litispendencia** locales.

29.2. En relación con las **características positivas de la consecuencia jurídica**, no sólo se establece la **eficacia** extraterritorial de las sentencias y los laudos (art. 20), sino se dispone la muy importante posibilidad de la

eficacia **parcial**, expresando así, desde otra perspectiva, el método de adecuación o síntesis judicial (art. 23). Claro está que la autoridad requerida debe tener cuidado en que así no se desnaturalice el pronunciamiento. Estas funciones de la autoridad requerida exigirán a los jueces apreciar si existe o no la debida equivalencia entre la adjudicación de la sentencia o el laudo dictados y la adjudicación que en definitiva se produzca y, para ello, es de gran relieve contar con la comprensión tridimensional (normo-socio-dikológica) pertinente.

Los procedimientos, incluso la competencia de los órganos jurisdiccionales, se regirán por la ley del **Estado requerido** (art. 24).

Respecto a las **características negativas** de la **consecuencia jurídica**, según corresponde a un curso de integración las sentencias y los laudos no deben contrariar "manifiestamente" los principios de orden público del Estado en el que se solicitare el reconocimiento y/o ejecución (art. 20, párrafo f).

30.1. El capítulo 6 del Protocolo de Las Leñas trata de los **instrumentos públicos y otros documentos**, partiendo del principio de "transposición" de que los instrumentos públicos emanados de un Estado Parte tendrán en el otro la misma fuerza probatoria que sus propios instrumentos públicos. La "**circulación de la fe pública**" es otra expresión de la integración (art. 25).

La tramitación por intermedio de la Autoridad Central exceptúa a los documentos de legalización, apostilla u otra formalidad análoga. Nuevamente se manifiesta, así, el carácter propio de la confianza interestatal del Derecho de la Integración (art. 26).

Para que no medien obstáculos a la cooperación, el Protocolo dispone que cada Estado Parte remitirá, a través de la Autoridad Central, a solicitud de otro y para fines exclusivamente públicos, los testimonios o certificados de las actas de los registros de estado civil, sin cargo alguno (art. 27).

30.2. El capítulo 7 se refiere a la **información del Derecho extranjero** partiendo de la obligación de las autoridades centrales de los Estados Partes de suministrarse, en concepto de cooperación judicial, y siempre que no se opongan a las disposiciones de su orden público, informes en

materia civil, comercial, laboral, administrativa y de derecho internacional privado, sin gasto alguno (art. 28). Se admite también la información diplomática o consultar (art. 29). Uno de los campos donde la cooperación es más necesaria es éste de la información del derecho extranjero. Sin embargo, en el artículo 30 queda en claro que la información no tiene carácter vinculante para los Estados en cuestión.

30.3. El capítulo 8 establece consultas para facilitar la aplicación del Protocolo y remite al fin la solución de controversias al régimen del Protocolo de Brasilia hasta tanto se adopte un Sistema Permanente de Solución de Controversias para el Mercosur (art. 32).

En el capítulo 9, que contiene las disposiciones finales, es relevante para nuestros fines el artículo 35, según el cual el Protocolo no restringirá las disposiciones de las convenciones que sobre la misma materia hubieran sido suscritas anteriormente entre los Estados Partes, en tanto no lo contradigan.

2) *El Protocolo de Santa María*

31. Como es de esperar en un régimen integral de la jurisdicción, aunque sea puntualmente orientado a las relaciones de **consumo**, el Protocolo de Santa María atiende también a los productos de la jurisdicción ya ejercida, considerando en alguna medida la transposición procesal por la eficacia extraterritorial de las sentencias.

Consagrándose, como se consagra, un principio de jurisdicción domiciliaria del actor consumidor, en un país en el que no es seguro que el demandado proveedor tenga bienes para responder, la real eficacia extraterritorial de las sentencias adquiere particular significación.

También aquí, respecto a la eficacia extraterritorial de las sentencias, hay que atender a la norma generalísima de transposición. En cuanto a las **características positivas del antecedente**, la obra de Santa María parte de indicar el requisito de trámite que la solicitud de reconocimiento o de ejecución de sentencias por parte de las autoridades jurisdiccionales se transmitirá por exhorto o carta rogatoria por intermedio de la Autoridad Central (art. 11). En este mismo marco, de las características positivas del antecedente, se inscribe la aclaración de que el requisito de la jurisdicción

internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias, establecido en el Artículo 20, letra "c", del Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, se considerará satisfecho si la sentencia o decisión emana de un órgano con jurisdicción internacional, conforme a las reglas establecidas en el mismo reciente Protocolo (art. 12; conc. art. 14 del Protocolo de Buenos Aires).

Con miras a los otros problemas de esta transposición no se establecen soluciones específicas.

III) CONCLUSION

32. La visión de conjunto de la experiencia europea evidencia que el Derecho Internacional Privado puede encarar el fenómeno de integración a través de una estrategia que apunte a la dinamización del **mercado** mediante el régimen de los **contratos** y a la disminución de las **fronteras estatales** a través de la **fácil transposición procesal**.

El Mercosur ha logrado realizaciones muy relevantes en el ámbito de la transposición procesal. Creemos que es importante que los complementemos con un adecuado régimen de contratos. Según lo requieran las circunstancias mercosureñas, la experiencia jusprivatista internacional comunitaria europea puede brindar aportes de significación para la integración del Sur.

La adaptación del Derecho Internacional Privado para responder a las nuevas circunstancias del mundo de hoy debe contribuir a salvar en algún grado el presente retraso generalizado de las condiciones jurídicas y políticas de la humanidad respecto del estado de la **evolución**, las **necesidades** y los **problemas** actuales.

SOBRE LA OBLIGATORIEDAD Y EFECTIVIDAD DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES ADOPTADAS POR LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA: A PROPOSITO DE LA DEMANDA DE LA REPUBLICA DE PARAGUAY CONTRA LOS ESTADOS UNIDOS EN EL ASUNTO *BREARD*

Luis Ignacio SANCHEZ RODRIGUEZ*

Asociado del IHLADI

El 24 de junio de 1993 un tribunal de Virginia declaró culpable de homicidio voluntario a un nacional paraguayo, el Sr. Breard, condenándole el 22 de agosto del mismo año a la pena capital. Posteriormente, tras distintos recursos procesales, la Corte de apelación federal confirmó el rechazo de la demanda de *habeas corpus* del Sr. Breard decidido previamente por la Corte de primera instancia federal, por lo que la jurisdicción penal de Virginia fijó como fecha de ejecución el 14 de abril de 1998.

Como consecuencia de estos hechos, la República de Paraguay (en adelante Paraguay) depositó el 3 de abril de 1998 una demanda ante la Corte Internacional de Justicia contra los Estados Unidos, por presuntas violaciones de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 en la persona de uno de sus nacionales. Con la misma fecha, Paraguay presentó igualmente una demanda a la Corte en solicitud de medidas provisionales, pidiendo en particular que el Gobierno de los Estados Unidos tomara todas las medidas necesarias para evitar la ejecución del Sr. Breard hasta que la jurisdicción internacional se pronunciara definitivamente sobre el caso.

El 9 de abril de 1998, la Corte Internacional de Justicia adoptó una Ordenanza, indicando a título provisional la siguiente medida:

"Los Estados Unidos deben tomar todas las medidas a su disposición para que el Sr. Angel Francisco Breard no sea ejecutado hasta que no se haya pronunciado una decisión definitiva en la presente

* Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad Complutense de Madrid.

instancia, debiendo de poner en conocimiento de la Corte todas las medidas que hayan sido tomadas en aplicación de la presente Ordenanza"(1).

El 17 de abril de 1998, el Sr. Breard fue ejecutado por las autoridades del estado de Virginia, desconociendo así cualquier autoridad jurídica a la previa decisión de la Corte.

Así pues, los Estados Unidos inaplicaron la Ordenanza adoptada por la Corte el 9 de abril de 1998, hecho de consecuencias irreparables que suscita numerosos problemas jurídicos de conformidad con el derecho internacional. Y nada más lógico que el Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional se preocupe en sus reuniones científicas por los problemas de orden jurídico que afectan a los países cuyos nacionales lo componen.

I. EL CONTENIDO DE LA DEMANDA DE PARAGUAY

A) Sobre los hechos relevantes.

En cuanto a los hechos, la demanda de Paraguay puso de relieve que entre los años 1992 y 1993 las autoridades policiales y judiciales del estado norteamericano de Virginia llevaron a cabo distintas actuaciones contra el nacional paraguayo, Angel Francisco Breard, que culminaron en su condena a muerte; todo lo anterior sin que las autoridades norteamericanas hubieren puesto en práctica las obligaciones contenidas en los artículos 5 y 36 de la Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares (2). Como consecuencia de la falta de asistencia judicial, el Sr.

(1) I.C.J., *Case concerning the Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States of America). Request for the Indication of Provisional Measures. order of 9 April 1998 (Affaire relative à la Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. États-Unis d'Amérique). Demande en indication de mesures conservatoires. Ordonnance du 9 avril 1998)*, par. 41.

(2) El artículo 5 i) menciona entre las funciones consulares la de "representar a los nacionales del Estado que envía o tomar las medidas convenientes para su representación ante los tribunales y otras autoridades del Estado receptor de conformidad con la práctica y los procedimientos en vigor en este último, a fin de lograr que, de acuerdo con las leyes y reglamentos del mismo, se adopten las medidas provisionales de preservación de los derechos e intereses de esos nacionales cuando, por estar ausentes o por cualquier otra causa, no puedan defenderlos oportunamente".

Breard habría carecido de una representación jurídica suficiente y habría adoptado decisiones objetivamente irrazonables a lo largo de todo el proceso penal que, además, careció de traducción: por un lado, rechazó aceptar una reclusión a cadena perpetua mediante el expediente de reconocimiento de la propia culpabilidad, mientras que, por otro, asumió el riesgo de ser condenado a pena de muerte, al confesar y revelar sus propios antecedentes penales ante el tribunal juzgador.

Tras su condena a muerte, durante la primavera de 1996, las autoridades diplomáticas y consulares paraguayas toman conocimiento de la situación procesal del Sr. Breard, pese a no haber recibido notificación ni información alguna de las autoridades de Virginia ni de los Estados Unidos, y comienzan a prestarle asistencia especialmente de carácter jurídico. A partir de esa fecha, con la ayuda de las autoridades consulares paraguayas y tras tener conocimiento de los derechos reconocidos por la Convención de Viena de 1963, el Sr. Breard presentó una demanda ante la Corte federal de primera instancia con el fin de obtener una declaración de *habeas corpus*. El recurso fué desestimado conforme a la doctrina de derecho interno norteamericano de la "*procedural default*" (o *carence dans la procédure*) (*Breard v. Netherland*, 949 F. Supp 1255 (E.D. Va. 1996)), en virtud de la cual el procesado no puede hacer valer durante el procedimiento federal de *habeas corpus* los derechos reconocidos por la Convención de Viena de 1963, si previamente no habían sido invocados durante los anteriores procedimientos judiciales. Debe subrayarse que dicha doctrina implica la negación de toda posibilidad de recurso, aunque el recurrente no hubiera tenido conocimiento de sus derechos precisamente porque las autoridades locales hubieran incumplido su obligación de informarle de los mismos. Finalmente, la Corte de Apelación Federal confirmó la anterior resolución (*Breard v. Pruett*, 134 F. 3d 615 (4º cir. 1998)).

Por su parte, el artículo 36, 1 b) establece en relación a la comunicación con los nacionales del Estado que envía que "si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada de los derechos que se le reconocen en este apartado".

Tras haber sido fijada como fecha para la ejecución de la pena capital el 14 de abril de 1998, el Sr. Breard solicitó del Tribunal Supremo de los Estados Unidos una declaración de *certiorari* para que ejerciera sus poderes discrecionales de reexaminar la decisión pronunciada por las jurisdicciones federales inferiores y de suspensión de la ejecución.

Por su parte, Paraguay introdujo una demanda civil ante la Corte federal de primera instancia el 16 de septiembre de 1996 para exigir la responsabilidad de los funcionarios estatales involucrados en el arresto, condena, mantenimiento en prisión y encargados de la ejecución, alegando violaciones de la Convención de Viena de 1963. Paraguay solicitó especialmente una declaración judicial anulatoria de la condena, que prohibiera a los funcionarios estatales tomar nuevas medidas, absteniéndose por supuesto de ejecutar al Sr. Breard, y que obligara a estos funcionarios en el futuro al respeto a los derechos establecidos en el mencionado texto convencional. El 27 de noviembre de 1996, sin haber examinado el fondo de la demanda, la Corte federal de primera instancia se declaró incompetente en virtud de la doctrina de derecho interno que reconoce "la inmunidad soberana de los distintos estados que constituyen los Estados Unidos" ("*sovereign immunity to the several states that comprise the United States*") (*Paraguay v. Allen*, 949 F. Supp. 1269 (E.D. Va. 1996)). El posterior recurso de apelación presentado por Paraguay confirmó la anterior decisión (*Paraguay v. Allen*, 134 F. 3d 622 (4 cir. 1998)), aunque durante sus audiencias la representación legal de los Estados Unidos sostuvo que si bien la Convención de Viena de 1963 es de vital importancia para sus ciudadanos en el extranjero, la cuestión de su violación por parte suya no compete resolverla a los tribunales internos norteamericanos mediante acción promovida por otro Estado parte.

Por último, Paraguay presentó un recurso ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos para obtener asimismo un pronunciamiento de *certiorari*, llevando a cabo además negociaciones diplomáticas y solicitando por carta de 10 de diciembre de 1996 que el Departamento de Estado ejerciera sus buenos oficios ante el sistema judicial de su país, solicitud que fué rechazada al no compartir la posición jurídica paraguaya (3).

(3) La anterior descripción sintética de los hechos puede ser consultada *in extenso* en la *Application of the Republic of Paraguay (Requête présentée par la République du Paraguay)*, 3 April 1998, par. 5 a 20. Una descripción de los mismos se encuentra igualmente en la *Order (Ordonnance)* de 9 de abril de 1998, par. 2 a 4.

En otras palabras, a tenor de lo anterior, Paraguay se esforzó de manera precisa y exhaustiva en que tanto su nacional, como el Estado mismo, agotasen los recursos internos norteamericanos, en cuanto condición indispensable que abriría posteriormente el cauce para el ejercicio de la protección diplomática por violación de una obligación internacional en vigor en la persona de uno de sus nacionales (4). Claro está que habiendo fracasado previamente las negociaciones diplomáticas directas, la continuación de tal ejercicio requería la existencia de una jurisdicción internacional obligatoria para sustanciar la protección.

B) Sobre la competencia de la C.I.J. para el conocimiento de la reclamación.

De conformidad con la demanda presentada por Paraguay (5), la competencia de la Corte estaría basada en el artículo 36, 1 de su Estatuto (6), y más concretamente en su inciso final. En efecto, según el artículo 1 del Protocolo facultativo sobre el arreglo obligatorio de controversias que figura como anejo a la Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares, del que también son partes los dos Estados implicados:

"Las controversias relativas a la interpretación o a la aplicación de la convención son de la competencia obligatoria de la Corte Internacional de Justicia que podrá conocer una demanda de cualquier parte en una controversia que sea también parte en el presente protocolo".

Por tanto, en opinión de Paraguay, se trataría de una controversia del artículo 36,1 del Estatuto de la Corte, justificada por la existencia de cláusulas compromisorias adicionales a la Convención de Viena de 1963.

(4) Sobre el agotamiento de los recursos internos como condición para el ejercicio de la protección diplomática, vid. J.D. González Campos, L.I. Sánchez Rodríguez y P. Andrés Sáenz de Santa María, *Curso de Derecho Internacional Público*, 6ª ed., Madrid, 1998, pp. 376 y ss.

(5) Cf. los par. 21 a 23 de la misma.

(6) Artículo 36, 1 del Estatuto de la C.I.J.: "La competencia de la Corte se extiende a todos los litigios que las partes le sometan y a todos los asuntos previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en los tratados o convenciones vigentes".

C) Sobre el derecho en vigor invocado que habría sido violado por los Estados Unidos.

Como hemos tenido ocasión de comprobar, la demanda paraguaya se justifica por la violación -pasada y presente- de los artículos 5 y 36 de la Convención de Viena de 1963, en particular de derechos concernientes al propio Estado de envío y a sus nacionales (en este caso, del propio Sr. Breard). Todo ello en relación con los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, especialmente este último relativo a que una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (7).

D) El *petitum* y el contenido de la demanda de Paraguay.

Paraguay ruega a la Corte que diga y juzgue que:

1) "al arrestar, detener, juzgar, declarar culpable y condenar al Sr. Angel Francisco Breard, en las condiciones indicadas en la exposición de hechos que precede, los Estados Unidos han violado sus obligaciones jurídicas internacionales respecto a Paraguay, en su propio nombre y en el ejercicio del derecho que este Estado tiene de garantizar la protección diplomática de su nacional, tal como está previsto en los artículos 5 y 36 de la Convención de Viena";

2) "en consecuencia, Paraguay tiene derecho a la *restitutio in integrum*";

3) "Los Estados Unidos tienen la obligación jurídica internacional de no aplicar la doctrina denominada "*procedural default*", ni ninguna otra doctrina de su derecho interno, de manera que obstaculice el ejercicio de derechos conferidos por el artículo 36 de la Convención de Viena";

4) "Los Estados Unidos tienen la obligación jurídica internacional de actuar conforme a las obligaciones jurídicas antes mencionadas en el caso de que procedieran a detener en su territorio al Sr. Angel Francisco Breard o a cualquier otro nacional paraguayo o iniciaran una acción penal en su contra en el futuro, ya sea protagonizado este acto por un poder delegado,

legislativo, ejecutivo, judicial u otro distinto, y aunque este poder ocupe un lugar superior o subordinado en la organización de los Estados Unidos, al margen de que las funciones de este poder presenten un carácter internacional o interno";

y conforme a las anteriores obligaciones jurídicas:

1) "toda responsabilidad penal que haya sido atribuida al Sr. Angel Francisco Breard en violación de obligaciones jurídicas internacionales es nula y debe ser reconocida como nula por las autoridades de los Estados Unidos";

2) "los Estados Unidos deben restaurar el *statu quo ante*, es decir, deben restablecer la situación que existía antes de los actos de detención, procesamiento, declaración de culpabilidad y condena del nacional de Paraguay, cometidos en violación de las obligaciones jurídicas internacionales de los Estados Unidos";

3) "los Estados Unidos deben garantizar a Paraguay que tales actos ilícitos no se volverán a producir" (8).

E) Otros aspectos de la demanda de Paraguay.

En la parte final de la demanda de Paraguay este país declara su intención de ejercer el derecho a nombrar un juez *ad hoc* (9), se reserva el derecho a modificar y completar los términos de la demanda, así como sus fundamentos (10), y solicita a la Corte que indique medidas provisionales (11).

II.- LA DEMANDA DE PARAGUAY EN SOLICITUD DE MEDIDAS PROVISIONALES

Como hemos indicado anteriormente, el mismo día 3 de abril de 1998, Paraguay presentó una "Request for the indication of provisional measures of protection" ("Demande en indication de mesures conservatoires"),

(8) Por su importancia, desde el punto de vista jurídico, se han reproducido textualmente los contenidos del par. 25 de la demanda paraguaya.

(9) Cf. el par. 26 de la misma.

(10) Cf. *ibidem*, par. 27.

(11) Cf. *ibidem*, par. 28.

(7) Cf. los par. 1, 2 y 24 de la demanda de Paraguay.

conforme al artículo 41 del Estatuto de la Corte y a los artículos 73 a 75 de su Reglamento. Es de destacar la importancia de tales medidas en el caso que nos ocupa, pues como se recuerda en la solicitud la "Circuit Court" del condado de Arlington, en Virginia, ordenó el 25 de febrero de 1998, conforme a la sección 53.1-234 del Código de Virginia, que el 14 de abril de 1998 fuera electrocutado el Sr. Breard o recibiera una inyección de una substancia mortal hasta que la muerte se produjera (12).

Estábamos pues ante un supuesto límite de solicitud de medidas provisionales, ya que el bien jurídico protegido era la vida humana de un nacional paraguayo que estaba amenazada de manera grave e inminente por la decisión del tribunal norteamericano. De ahí que en la solicitud de Paraguay se recordara la "importancia y el carácter sagrado de la vida humana" y el texto del artículo 6 del Pacto internacional relativo a los derechos civiles y políticos, conforme al cual el derecho a la vida es inherente a la persona humana y este derecho debe ser protegido por la ley (13).

Las medidas concretas solicitadas por Paraguay fueron las siguientes:

a) que "el Gobierno de los Estados Unidos tome las medidas necesarias, de suerte que el Sr. Breard no sea ejecutado, a la espera de la decisión en la presente instancia";

b) que "el Gobierno de los Estados Unidos ponga en conocimiento de la Corte las medidas que haya tomado en aplicación del anterior párrafo a), así como de los resultados de las mismas";

c) que "el Gobierno de los Estados Unidos actúe de manera que no se tome ninguna medida que pueda afectar a los derechos de la República de Paraguay en lo que concierna a cualquier decisión que pueda tomar la Corte sobre el fondo del asunto" (14).

(12) Cf. el par. 5 de su texto.

(13) Cf. *ibidem*, par. 6. Curiosamente, los Estados Unidos no son parte en este importante texto internacional, por lo que su posible aplicación al caso podría venir dado únicamente en cuanto dicho precepto contuviera una norma general de aplicación consuetudinaria. Sin embargo, lo anterior se compadece mal con el hecho de que ni Estados Unidos, ni Paraguay, son partes del *Segundo Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos destinado a abolir la pena de muerte*, adoptado en Nueva York el 15 de diciembre de 1989.

(14) Cf. *ibidem*, par. 8. Vid. También el texto en *I.C.J. Case concerning the Vienna Convention of Consular Relations (Paraguay v. United States of America), Request for the Indication of Provisional Measures, Order, cit.*, par. 9.

III.- LA RESPUESTA DE LA CORTE: EL DESARROLLO DE LAS AUDIENCIAS ORALES Y SU PRONUNCIAMIENTO

La respuesta de la Corte Internacional de Justicia resultó extremadamente ágil y diligente en términos procesales, como no podía ser menos ante la naturaleza del caso concreto pues otra actitud hubiera equivalido a una denegación de justicia en sentido material. En efecto, el 7 de abril de 1998 se dió audiencia pública a las partes para la presentación de sus observaciones, de conformidad con el artículo 74 de su Reglamento. La urgencia en la respuesta procesal constituía un aspecto esencial de las medidas solicitadas, pues el final de la vida de un hombre estaba decidido a pocos días vista (15).

A) La posición de los Estados Unidos.

Como es bien sabido, la propia C.I.J. ha estimado que para la adopción de medidas provisionales son necesarias dos condiciones: de un lado, que existe una base de competencia establecida *prima facie*; de otro, que exista un nexo causal suficiente entre los derechos para los cuales se solicita protección y el objeto de la demanda. Pues bien, la estrategia procesal de los Estados radicó fundamentalmente en la presentación de determinadas excepciones sobre la competencia y el objeto de la demanda que podrían considerarse improcedentes por precipitadas en este contexto procesal (16).

(15) Como señaló además durante las audiencias orales un representante legal de Paraguay, Mr. Donovan, a la vista de las complejidades técnico-jurídicas del sistema norteamericano: "The nature of the provisional measures that are necessary here, considered in light of the constitutional structure of the

United States, adds an additional element of urgency. The order of execution is an order of a State court, that Commonwealth of Virginia. While the United States plainly has the ability to comply with any order the Court may issue by obtaining a stay of the Virginia court's order execution, it will need to intervene with State authorities in order to do so, and it may, if it is so advised, choose to call upon a federal court. In the other words, unlike some other situations, if the Court indicates provisional measures forbidding the execution, the federal executive branch to which any order would first be communicated will need to act affirmatively in order to bring the United States in compliance with that indication of provisional measures. It will not sufficient for the United States, at least in the form of its executive branch, simply to refrain from taking certain action. For that reason there is additional need, with the greatest respect, for the Court to act quickly" (CR/98/7).

(16) Sobre la posición jurídica norteamericana durante las audiencias orales, vid. el resumen de la Corte, en su *Order* de 9 de abril, *cit.*, par. 18 a 22 y 28.

En primer lugar, los Estados Unidos negaron la existencia de una controversia jurídica con Paraguay. Según la posición norteamericana esta afirmación estaría sustentada sobre las siguientes líneas de razonamiento. De una parte, la culpabilidad del Sr. Breard estuvo fundada incluso en el propio reconocimiento de culpabilidad del acusado, cuestión no discutida por Paraguay; de otro lado, dispuso de todos los beneficios del conjunto de garantías judiciales establecido en el sistema norteamericano, conocía perfectamente la lengua inglesa y la asistencia consular no hubiera cambiado en nada el resultado del proceso entablado contra él; además, la práctica estatal probaría que el incumplimiento del artículo 36 de la Convención de Viena de 1963 daría lugar únicamente a una consecuencia jurídica: la exigencia de satisfacción mediante la presentación de excusas por el Gobierno responsable de la no notificación, con garantías de que no volvería a repetirse en un futuro. La invalidación automática de los procedimientos y el retorno al *statu quo* anterior al presunto ilícito no estarían en absoluto avalados por la práctica estatal en la materia, y serían además imposibles de llevar a cabo (17).

En segundo término, los Estados Unidos alegaron que el Departamento de Estado había tomado todas las medidas pertinentes para ayudar al Gobierno paraguayo desde 1996, ya que la suspensión de la ejecución dependía exclusivamente del Tribunal Supremo de los Estados Unidos y del Gobernador de Virginia. Por otra parte, la pretensión de Paraguay de reexaminar el caso del Sr. Breard caracteraría de fundamento alguno en los textos, en los trabajos preparatorios y en la práctica estatal ulterior a la Convención de 1963. Todo ello sin tener en cuenta que las medidas provisionales deben tener en consideración los derechos de ambas partes y velar por un justo equilibrio en su protección, lo que no ocurriría si se aceptase la demanda incidental de Paraguay, ya que, por un lado, se atendería contra las bases del sistema judicial norteamericano y, de otro, ello llevaría a prejuzgar sobre el fondo del asunto (18).

Por último, Estados Unidos alegó que la indicación de medidas provisionales iría en contra de los intereses de los Estados partes en la

Convención de Viena de 1963, de los intereses de la comunidad internacional en su conjunto y del propio interés de la Corte, ya que su decisión alteraría indudablemente los sistemas de justicia penal establecidos por los Estados parte, provocando una multiplicación de recursos ante la misma, y se arrogaría así una función no conferida a la Corte ni por la Convención de 1963, ni por la Carta de las Naciones Unidas, ni por su propio Estatuto (19).

B) El pronunciamiento de la Corte y los principios procesales retenidos.

Como cuestión previa debe advertirse que el pronunciamiento de la Corte en su *Ordonnance* (*Order*) de 9 de abril fue adoptado en un plazo extraordinario y desacostumbradamente breve, por unanimidad (lo que implica el voto favorable incluso del juez norteamericano) y con tres declaraciones de los jueces Schwebel, Oda y Koroma. Como adelantamos al comienzo de nuestra exposición, la Corte indicó la medida esencial de que los "Estados Unidos deben tomar todas las medidas a su disposición para que el Sr. Angel Francisco Breard no sea ejecutado".

La Corte confirmó que durante la fase o incidente de medidas provisionales no necesita constatar de forma definitiva que tiene competencia en cuanto al fondo del asunto, resultando suficiente con que las disposiciones invocadas por el demandante constituyan *prima facie* una base sobre la que podría fundarse la competencia de la Corte. En esta dirección, estima que así ocurre con el artículo 1 del Protocolo facultativo invocado por Paraguay, en relación con los artículos 5 y 36 de la Convención de Viena, en vigor entre las partes que no han formulado reserva alguna. Se sostiene además que el recurso al arbitraje o a la conciliación previstos en los artículos 2 y 3 del mencionado Protocolo no constituyen una condición previa a la aplicación precisa y categórica del artículo 1, recordando así la jurisprudencia previa de la Corte (20).

(19) Cf. las intervenciones de Mr. Crook y Mr. Matheson en CR/98/7.

(20) Cf. *Order* (*Ordonnance*), cit., par. 23 y 27. Respecto al problema de aplicación de los artículos 1 a 3 del Protocolo, y a los distintos modos de solución de controversias, remite a su doctrina en el asunto del *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán*, sentencia, 24 de mayo de 1980, I.C.J. Reports 1980, pp. 25-26.

(17) Cf. las intervenciones de los representantes legales norteamericanos, Sra. Brown y Sr. Crook, en CR/98/7.

(18) Cf. la intervención de Mr. Crook, CR/98/7, puntos 3.33 a 3.40 de su exposición.

En cuanto a los alegatos estadounidenses de la inexistencia de controversia entre las partes, la Corte se limita de manera un tanto laconica a señalar la existencia de una controversia relativa a la aplicación de los artículos 5 y 36 de la Convención de Viena de 1963, en el sentido del artículo 1 del Protocolo facultativo sobre solución obligatoria de controversias, sin necesidad de pronunciarse en esta fase sobre si la pretensión de Paraguay es factible en virtud de la citada Convención (21).

Finalmente, la Corte examina los presupuestos para la indicación de medidas provisionales del artículo 41 de su Estatuto: a) salvaguardar los derechos de cada una de las partes que eventualmente puedan ser reconocidos en la sentencia sobre el fondo; b) exigencia de un perjuicio irreparable en dichos derechos de no adoptarse tales medidas en el procedimiento judicial en curso, y c) urgencia en su adopción (22), requisitos que estimó reunidos en el presente caso. Añadió complementariamente que las cuestiones planteadas no prejuzgan el derecho de los estados federados de los Estados Unidos para recurrir a la pena de muerte como sanción de los crímenes más odiosos, y que su función exclusiva es la de resolver controversias jurídicas internacionales entre Estados, y no actuar como una especie de tribunal de apelación en materia penal.

IV.- LA INAPLICACION DEL PRONUNCIAMIENTO DE LA CORTE POR LOS ESTADOS UNIDOS Y EL *QUID JURIS*? SEGUN EL DERECHO INTERNACIONAL

El patente incumplimiento por Estados Unidos de la medida provisional indicada por la Corte ha producido un serio impacto en la opinión

(21) Cf. *ibidem*, par. 28 a 34. Resulta curioso el laconismo de la Corte ante la voluminosa jurisprudencia sobre la definición, exteriorización y determinación de las controversias internacionales, desde el clásico asunto de las concesiones *Mavrommatis en Palestina*, hasta los asuntos más recientes de la *Frontera terrestre entre Camerún y Nigeria (excepciones preliminares)* y de la *Interpretación y aplicación de la Convención de Montreal de 1971 resultantes del incidente aéreo de Lockerbie (excepciones preliminares)*, ambos de 1998.

(22) Cf. *ibidem*, par. 35 a 38. La Corte, en cambio, sí hace ahora referencia expresa a su doctrina jurisprudencial en la materia en los casos de los *Ensayos Nucleares (I.C.J. Reports 1973, p. 103)*, del *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán (I.C.J. Reports 1979, p. 19, par. 36)* y de la *Aplicación de la Convención para la prevención y represión del delito de genocidio (I.C.J. Reports 1993, p. 19, par 34)*.

pública internacional por el irreparable efecto del mismo, la muerte de una persona concreta, con nombre y apellidos conocidos. Al mismo tiempo, ha dejado una sensación de impunidad ante una decisión de la C.I.J., pese a que los Estados Unidos en su calidad de miembro de las Naciones Unidas se comprometió "a cumplir la decisión" de la misma "en todo litigio en que sea parte" (artículo 94,1 de la Carta). Debe recordarse, por otra parte, que el procedimiento judicial entre Paraguay y los Estados Unidos continúa su curso, pues la Corte decidió el 9 de junio pasado que el plazo de presentación de la memoria de Paraguay termina el 9 de octubre de 1998, y para la contra-memoria de los Estados Unidos, el 9 de abril de 1999.

En otras palabras, la acción judicial sobre el fondo iniciada por Paraguay aún no ha terminado, y la decisión definitiva aún deberá esperar, si es que la Corte se declara previamente competente. Así pues, aún serían precisas dos sentencias para ello. Lo que ahora exactamente estamos planteando es una cuestión distinta. Se trata de determinar, en términos estrictamente jurídicos, si es posible incumplir impunemente una *decisión* de la Corte que no implique una *sentencia* o un *fallo* (por utilizar los términos del artículo 94, 2 de la Carta, en relación al párrafo 1); y, en caso de respuesta negativa, los efectos jurídicos que se derivarían de dicho incumplimiento.

La literatura jurídica relativa a las medidas provisionales es relativamente importante (23), como también lo es la jurisprudencia internacional a la que haremos remisión inmediatamente. Sobre estos elementos

(23) Vid. *inter alia* sobre este tema las aportaciones de R. Bernhardt (ed.), *Interim Measures by International Courts*, Berlín, 1994; L. Collins, "Provisional and Protective Measures in International Litigation", *R. des C.*, t. 234 (1992-III), pp. 9 ss.; L. Danile, *Le misure cautelari nel processo dinanzi alla CIG*, Milán, 1993; J.B. Elkind, *Interim Protection: A Functional Approach*, Dordrecht, 1981; G. Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, vol. II, Cambridge, 1986; S. Oda, "Provisional measures. The practice of the International Court of Justice", en W. Lowe y M. Fitzmaurice (eds.), *Fifty Years of the International Court of Justice. Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge, 1996; B.H. Oxman, "Jurisdiction and the power to indicate provisional measures", en L.F. Damrosch (ed.), *The International Court of Justice at a Crossroads*, New York, 1987; S. Rosenne, *The Law and Practice of International Court, 1920-1996*, vol. II, *Jurisdiction*, Dordrecht, 1997; del mismo autor, *The Law and Practice of International Court*, Dordrecht, 1985; J. Szuwcki, *Interim Measures in the Hague Court*, The Hague, 1983.

vamos a examinar las posibles respuestas a los anteriores interrogantes suscitados.

A) Algunas consideraciones generales sobre la competencia de la Corte y sobre los incidentes procesales, en cuanto a su obligatoriedad.

Apenas merece la pena recordar que la C.I.J. es un órgano estrictamente judicial. El hecho de que la competencia contenciosa de la Corte encuentre su fundamento en el consentimiento de los Estados (artículo 36 de su Estatuto), no significa en modo alguno que el desarrollo de su función jurisdiccional encuentre su justificación en la voluntad *ad hoc* de los Estados litigantes; al contrario, en cuanto dicha función supone la tutela y la realización del derecho que es inherente a todo tribunal de justicia, su justificación se halla, primero, en sus propios instrumentos constitutivos (artículos 92 de la Carta, y 1 de su Estatuto), y posteriormente en el particular acto de incoación del procedimiento contencioso ante la misma (24).

La anterior idea de jurisdicción obligatoria (no en cuanto a su fundamento inicial, sino en cuanto a su desarrollo procesal) resulta también notoriamente de aplicación a todos los incidentes procesales que puedan suscitarse a lo largo del procedimiento, entre los que cabe mencionar la solicitud de medidas provisionales, las demandas de intervención de terceros y las excepciones preliminares. Es la Corte quien decide sobre su propia jurisdicción (artículo 36,6 de su Estatuto), y es la Corte quien decide sobre el ulterior desarrollo del procedimiento. Pero ha de tenerse en cuenta que si bien estos poderes derivan inicialmente de los instrumentos constitutivos (Carta y Estatuto), encuentran posteriormente un cauce de desarrollo en los principios y normas elaborados por el órgano judicial mismo en el desempeño efectivo de su función, singularmente en el caso

(24) Como advirtió la misma Corte en su dictamen sobre los *Efectos de las decisiones del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas*: "such terms as 'tribunal', 'judgement', competence to 'pass judgement upon applications', are generally used with respect to judicial bodies. The above-mentioned provisions of the Articles 2 and 10 are essentially judicial character and conform with rules generally laid down in statutes or laws issued for courts of justice" (I.C.J. Reports 1954, p. 52).

de ausencia de disposiciones expresas en aquéllos (25). De modo que ha llegado a acuñarse la expresión de la "competencia sobre la competencia" para hacer referencia a los vastos poderes procesales de la Corte (26).

Que los incidentes procesales deben ser resueltos por la C.I.J. de conformidad con sus instrumentos constitutivos y con los principios y normas procesales generados por ella misma no es una afirmación basada exclusivamente en su jurisprudencia. También es un acervo común de naturaleza doctrinal. Como muestra basten dos ejemplos. Como ha puesto de relieve S. Rosenne:

"The characteristic feature of incidental jurisdiction is that it depends not upon the specific consent of the parties but upon the some objective fact, such as the existence of 'proceedings' before the Court, or, in the case of revision or interpretation of judgements, a judgement...

The fact that incidental jurisdiction of the Court rests only indirectly upon the consent of the parties, that is to say, has an objective characteristic, also enables it to be regarded as an *inherent jurisdiction*. Indeed, there is some authority in the pronouncements of the Court to the effect that possession of at least some part of this jurisdiction is such that the organ in question is a judicial tribunal. *Where the inherent jurisdiction relates to matters not specifically regulated in the Statute or in the Rules of the Court, it may be inferred to have been assumed by the Court, in its defined capacity of judicial organ, applying to a concrete problem general principles of law not specifically mentioned in the Statute or Rules*" (27).

(25) Esta afirmación parece incontrovertible de acuerdo con una sólida doctrina jurisprudencial, vid. *inter alia* los asuntos de la *Anglo-Iranian Oil Co.* (I.C.J. Reports 1952, pp. 102-103), de la *Controversia fronteriza terrestre, insular y marítima (Honduras/El Salvador)* (solicitud de Nicaragua a fines de intervención) (I.C.J. Reports 1990, p. 134) del *Laudo arbitral de 31 de julio de 1989* (I.C.J. Reports 1991, pp. 68-69), y de la *Aplicación de la Convención para la prevención y represión del delito de genocidio, medidas provisionales* (I.C.J. Reports 1993, p. 342)).

(26) Según la expresión de I.F.J. Shihata, *The Power of the International Court of Justice to Determine its Own Jurisdiction. Compétence de la Compétence*, The Hague, 1965, especialmente pp. 169 a 180.

(27) *The Law and Practice of International Court*, Dordrecht, 1985, pp. 422 y 423. Las itálicas han sido añadidas por mí.

Por su parte, Sir G. Fitzmaurice ha añadido que

"... it can be maintained with great force that the very reason of interim measures, is that such a power is necessary in order to ensure that justice is done and that the eventual decision on the merits is not stultified by intermediate action on the part of one or other party rendering such decision unenforceable or unavailing" (28).

Para ser más concreto, en el caso específico de las medidas provisionales las competencias decisorias de la Corte derivan directamente del artículo 41 de su Estatuto (29), y no del título competencial general de manifestación del consentimiento de los Estados para que la Corte dicte un fallo sobre el fondo, esto es, del artículo 36 (30). Buena prueba de ello es que la Corte, en el ejercicio de su propia competencia contenciosa, puede dictar de oficio medidas provisionales aunque no sean requeridas por las partes, puede dictar medidas total o parcialmente distintas a las solicitadas y puede imponer medidas provisionales a la parte que las solicita (31). Incluso puede afirmarse que la competencia obligatoria de la

(28) *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, vol. II, Cambridge, 1986, p. 542, con mayor desarrollo en pp. 451 a 550. En estas mismas posiciones pueden encontrarse a la mayor parte de la doctrina especializada, como ponen de relieve: H.W. Briggs, "La compétence incidente de la Cour de Justice en tant que compétence obligatoire", *R.G.D.I.P.*, 1960, pp. 217 a 229; I.F.J. Shihata, *The Power of the International Court of Justice to Determine its Own Jurisdiction*, op. cit., pp. 169 a 180; M. Shahabuddeen, "The International Court of Justice: the integrity of an idea", en *International Law in Transition. Essays in Memory of Judge N. Singh*, 1992, pp. 341 a 361; G. Abi-Saab, "La orientation de la C.I.J. Réflexions sur quelques tendances récentes", *R.G.D.I.P.*, 1992-2, p. 282.

(29) Artículo 41 del Estatuto de la C.I.J.:

"1. La Corte tendrá la facultad para indicar, si considera que las circunstancias así lo exigen, las medidas provisionales que deban tomarse para resguardar los derechos de cada una de las partes.

2. Mientras se pronuncia el fallo, se notificarán inmediatamente a las partes y al Consejo de Seguridad las medidas indicadas".

(30) Cf. el asunto de la *Anglo-Iranian Oil Co.* (*I.C.J. Reports* 1952, pp. 102 y 103), y J.G. Merrills, "Interim Measures of protection in the recent jurisprudence of the International Court of Justice", *The International and Comparative Law Quarterly*, 1995-1, p. 91).

(31) En efecto, de conformidad con el artículo 75 del Reglamento de la C.I.J.:

"1. La Corte puede en cualquier momento decidir examinar de oficio si las circunstancias del asunto aconsejan la indicación de medidas provisionales que las partes o una de ellas deban adoptar.

2. Cuando se presente una demanda en solicitud de medidas provisionales, la Corte puede indicar medidas total o parcialmente distintas a las solicitadas, o medidas a adoptar o ejecutar por la propia parte que presenta la demanda.

Corte para ejercer incidentalmente medidas provisionales es también independiente de la conducta que los Estados litigantes adopten, en orden a la utilización simultánea de otros posibles modos de solución pacífica de esa controversia (32).

Como conclusión de todo lo anterior, y en relación al supuesto que nos ocupa, podemos afirmar que: a) la indicación de medidas provisionales por la Corte el 9 de abril de 1998 constituye una manifestación propia normal de la competencia judicial en los procesos incidentales, derivadas del artículo 41 de su Estatuto y en la forma prevista por los artículos 73 a 75 de su Reglamento; b) dichas medidas no dependen del consentimiento de las partes (en este caso, de los Estados Unidos) para el reconocimiento de la jurisdicción obligatoria de la Corte, sobre la que aún no se ha pronunciado ésta, sino de lo dispuesto por el citado artículo 41 del Estatuto y de los poderes o competencias implícitos o inherentes del órgano jurisdiccional para decidir sobre cualquier aspecto que concierna al desarrollo del procedimiento judicial de acuerdo con sus instrumentos constitutivos, con su Reglamento y con los principios y normas generales de carácter procesal; c) la obligatoriedad para las partes de las decisiones judiciales que afectan a los procesos incidentales, en general, y a las medidas provisionales, en particular, resulta indispensable para el ejercicio de la función jurisdiccional, supone uno de los núcleos irreductibles de la misma, puesto que en otro caso estaríamos negando la naturaleza judicial de la Corte; d) dichas medidas tienen un contenido obligatorio, como mínimo en términos procesales, de manera que su incumplimiento debe generar forzosamente ciertos efectos jurídicos para el Estado que ha incumplido. El problema inmediato radica en determinar los cauces de exigencia y el contenido de ese incumplimiento.

Porque ha de tenerse en cuenta, por extraño que pueda parecer, que la cuestión de la naturaleza obligatoria o de la autoridad jurídica de las

3. La desestimación de una demanda de medidas provisionales no impedirá que la parte que la haya presentado introduzca en el mismo asunto nueva demanda fundada en nuevos hechos".

(32) Así fue afirmado en el asunto de la *Controversia fronteriza (Burkina Faso/Mali)*: "Whereas States remain at liberty to negotiate or resolve particular aspects of the dispute brought before the Court; Whereas their freedom to do so is not incompetent with the Court's exercise of its own functions; and whereas the fact that the two Parties have entrusted another body with the task of defining the terms of the troop withdrawal in no way deprives the Chamber of the rights and duties pertaining to in the case brought before it [interim measures]" (*I.C.J. Reports* 1986, p. 3).

medidas provisionales no está resuelta expresamente ni en los instrumentos constitutivos o reglamentario de la Corte, ni en su propia jurisprudencia; así pues, la efectividad de las medidas provisionales estaría igualmente en entredicho, mediante el simple expediente de negar su obligatoriedad. No faltan autores que sustentan esta idea (33), y su posición estaría avalada por una práctica estatal que registra ciertos incumplimientos de las medidas indicadas (casos de la *Anglo-Iranian*, del *personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán*, de las *actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, y de la *aplicación de la Convención para la prevención y represión del delito de genocidio*). Algún autor destacado propuso en su día la reforma del Estatuto de la Corte, precisamente para evitar que la indicación de medidas provisionales pudiera ser asimilada a una mera recomendación (34).

Mantener hoy la falta de obligatoriedad de las *ordonnances* (*orders*) adoptadas por la Corte en virtud del artículo 41 de su Estatuto carece de sentido, a nuestro juicio, por varias razones además de las generales que ya han sido apuntadas. De un lado, porque la ubicación sistemática de las medidas provisionales tanto en el Estatuto (Capítulo III. Procedimiento), como en el Reglamento de la Corte (Sección D. Procesos incidentales), pone de manifiesto que los textos reguladores las consideran decisiones judiciales que regulan obligatoriamente el procedimiento, pues en otro caso habría que concluir que ciertos procedimientos incidentales (medidas provisionales) no serían obligatorios, mientras que otros (intervención de terceros o excepciones preliminares) sí lo serían, lo que supone una lectura interpretativa que no se ajusta ni a la letra ni al espíritu de los mencionados textos. De otra parte, porque la obligatoriedad de las decisiones

(33) Cf. a este respecto un autor tan señalado -por su condición de juez de la Corte- como es S. Oda, "Provisional measures. The practice of the International Court of Justice", en W. Lowe y M. Fitzmaurice (eds.), *Fifty Years of the International Court of Justice. Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge, 1996, pp. 544 y 555.

(34) Es el caso de Sir H. Lauterpacht, quien afirmó que "it is not part of function of the Court to recommend measures which the parties are free to accept or to reject" (*Annuaire de l'Institut de droit international*, 1954, vol. 45, I, pp. 535 y 536), añadiendo a este propósito que el "very fact may suggest the necessity of amending the Statute with a view to removing what is either an ambiguity or, on the assumption that orders under that Article [41] lack legal force, a provision to legal instrument" (*The Development of International Law by the International Court, 1958-1959*, pp. 112 y 113).

judiciales rectoras del procedimiento forman parte de los poderes inherentes de la Corte, de aquellos que hacen posible el ejercicio de la función jurisdiccional. Finalmente, porque la no obligatoriedad de las mismas reduciría la función judicial a otras formas de solución pacífica de las controversias de carácter no jurisdiccional ni obligatorio, lo cual carece de todo sentido en el contexto general del sistema de arreglo.

B) ¿Se han cumplido, en el caso de las medidas provisionales indicadas el 9 de abril de 1998, los presupuestos o requisitos generales jurídicamente exigibles?

Las anteriores conclusiones presuponen, obviamente, la existencia de una actuación procesal de la Corte conforme a Derecho. Aunque este órgano judicial controla su propia competencia, las medidas indicadas el 9 de abril de 1998 contienen todos los requisitos exigibles, de modo que ni desde este punto de vista encontraría el Gobierno de los Estados Unidos ningún motivo retórico o dialéctico para intentar justificar su incumplimiento. En nuestra opinión, efectivamente, se cumplían escrupulosamente todos los requisitos:

a) determinación de la competencia de la Corte *prima facie* o aparente, en este caso por la vía del artículo 36, 1 del Estatuto, pues el artículo 1 del Protocolo facultativo a la Convención de Viena de 1963 ofrece esta apariencia de competencia a la Corte, aunque posteriormente la misma Corte lo juzgara insuficiente al examinar su propia competencia o el fondo del asunto (35);

b) relación entre las medidas solicitadas y el objeto de la demanda principal, ya que en este caso el objeto de la demanda lo constituía precisamente el incumplimiento de los artículos 5 y 36 de la Convención de

(35) Este requisito aparece establecido en la forma anterior en los asuntos de la *Anglo Iranian Oil Co. (I.C.J. Reports 1952, pp. 102 y 103)*, de la *Jurisdicción en materia de pesquerías (I.C.J. Reports 1972, p. 16)*, de los *Ensayos nucleares (I.C.J. Reports 1973, p. 99)*, del *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán (I.C.J. Reports 1979, p. 13)*, de las *Actividades militares en y contra Nicaragua (I.C.J. Reports 1984, p. 179)*, de la *Controversia fronteriza (I.C.J. Reports 1986, p. 8)*, del *Laudo arbitral de 31 de julio de 1989 (I.C.J. Reports 1990, p. 69)*, del *Paso por el Gran Belt (I.C.J. Reports 1991, p. 16)* y de la *Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria (I.C.J. Reports 1996, par. 33)*.

Viena de 1963 y su no repetición en el futuro, pues el procedimiento penal y la posterior ejecución del Sr. Breard estuvieron vinculados formalmente a la ausencia de notificación y de ayuda consular y, en consecuencia, estaban en cuestión los derechos e intereses de una de las partes; en el presente caso, de Paraguay (36);

c) existencia de un perjuicio o daño irreparable, así como la prevención de la agravación o extensión de la controversia (37), ya que estábamos en presencia de un perjuicio grave e irreparable, como lo era el derecho de Paraguay que fatalmente iba a ser vulnerado de manera irremediable y grave en la persona de uno de sus nacionales; todo ello sin tener en cuenta la existencia de otros extranjeros condenados a muerte en los Estados Unidos, sin que conste que en tales casos se hubieran cumplido por las autoridades norteamericanas los requisitos de notificación individual y a las autoridades consulares, hecho que sin duda podría extender el conflicto hacia otros Estados de envío interesados (como es el caso real de España) (38);

(36) Exigido en los asuntos del *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán* (I.C.J. Reports 1979, p. 19), de las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (I.C.J. Reports 1984, p. 182), de la *Controversia fronteriza* (I.C.J. Reports 1986, p. 8), del *Paso por el Gran Belt* (I.C.J. Reports 1991, p. 17), de la *Aplicación de la Convención para la prevención y represión del delito de genocidio* (I.C.J. Reports 1993, p. 19), de la *Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria* (I.C.J. Reports 1996, par. 39 a 43). Sobre la inexistencia de tal relación, vid. el asunto de la *Sentencia arbitral de 31 de julio de 1989* (I.C.J. Reports 1990, pp. 64 a 70).

Debe tenerse en cuenta que la adopción de este tipo de medidas no prejuzga la competencia de la Corte para conocer el caso, ni a la admisibilidad de la demanda principal, como tampoco al fondo del caso. Cf. los asuntos de las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (I.C.J. Reports 1984, p. 182), de la *Controversia fronteriza* (I.C.J. 1986, p. 11), del *Paso por el Gran Belt* (I.C.J. Reports 1991, p. 20), de la *Aplicación de la Convención para la prevención y represión del delito de genocidio* (I.C.J. Reports 1993, p. 22) y de la *Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria* (I.C.J. Reports 1996, p. 44).

(37) Sobre esta cuestión remitimos, en sus términos más generales, a S. Torres Bernárdez, "Some considerations on the respective roles of the Security Council and the I.C.J. with respect to 'The prevention of the aggravation of disputes' in the domain of the Pacific Settlement of International Disputes and Situations", en N. Al-Nauimi y R. Meese (eds.), *International Legal Issues arising under the U.N. Decade of International Law*, La Haya-Londres-Boston, 1995, pp. 663 a 706.

(38) Así quedó establecido en los asuntos de los *Ensayos nucleares* (I.C.J. Reports 1973, p. 103), del *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán* (I.C.J. Reports 1979, p. 19), de la *Aplicación de la Convención para la prevención y represión del delito de genocidio* (I.C.J. Reports 1993, p. 19), de la *Controversia fronteriza* (I.C.J. 1986, p. 8) y de la *Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria* (I.C.J. Reports 1996, par. 42).

d) la urgencia que en este caso estaba acreditada fehaciente y objetivamente por haber fijado el tribunal de Virginia como fecha de ejecución tan sólo unos días después de la fecha de indicación de las medidas provisionales, y que preside la razón de ser de todo el artículo 74 del Reglamento de la Corte.

Por consiguiente, no nos cabe duda alguna de que la decisión de la Corte de 9 de abril de 1998 fué además técnicamente correcta, políticamente oportuna y humanamente inevitable, ajustándose a las exigencias del Estatuto, del Reglamento y de los principios y normas generales de actuación procesal que guían la actuación de la Corte.

C) Sobre la efectividad de las medidas provisionales indicadas.

La eficacia o efectividad de una decisión judicial de la Corte adoptada en un procedimiento en curso depende de su naturaleza o autoridad jurídicas: si son obligatorias deberán ser efectivas; si no lo son, la respuesta sería negativa, debiendo desplazar la efectividad hacia consideraciones meramente políticas o sociológicas. Dado que hemos mantenido el carácter obligatorio de las medidas provisionales, resulta imprescindible inquirir ahora sobre los mecanismos jurídicos para hacerlas eficaces. Y un primer problema de incertidumbre radica en la inexistencia de un poder sancionador directo y expreso conferido a la Corte en sus instrumentos constitutivos o reguladores para sancionar su incumplimiento. ¿Quiere ello decir que el sistema jurídico y judicial internacionales están inermes en tal hipótesis? Examinemos varios cauces de solución al problema.

Ciertamente, las medidas provisionales tienen una naturaleza eminentemente conservadora de los derechos e intereses de las partes frente a eventuales perjuicios (aspecto que fué puesto de relieve ante la Corte en 1998 por el representante paraguayo, Sr. Donovan, en *CR/98/7*). Pero ello ha de ser compatible con los derechos e intereses de la otra parte y con el principio general de igualdad procesal de las partes. En cuanto al no agravamiento o extensión de la controversia, la Corte puede adoptar *per se* medidas provisionales de acuerdo con el artículo 41, 1 de su Estatuto. Vid. al respecto los asuntos de la *Controversia fronteriza* (I.C.J. Reports 1986, p. 9), de la *Aplicación de la Convención para la prevención y represión del delito de genocidio* (I.C.J. Reports 1993, p. 23), de la *Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria* (I.C.J. Reports 1996, par. 40 y 41) y *Lockerbie* (I.C.J. 1992, con las opiniones de los jueces Bedjaoui, Ranjeva, Ajibola, Veeramentry y El-Koshi).

La primera vía podría consistir en reconducir la solución del incumplimiento al ámbito del Consejo de Seguridad, ya que como afirma el artículo 94,2 de la Carta:

“Si una de las partes en un litigio dejare de cumplir las obligaciones que le imponga un fallo de la Corte, la otra parte podrá recurrir al Consejo de Seguridad, el cual podrá, si lo cree necesario, hacer recomendaciones o dictar medidas con objeto de que se lleve a efecto la ejecución del fallo”.

Sin embargo, esta primera vía de posibilidades presenta la debilidad congénita de que el párrafo 2 del artículo 94 de la Carta se refiere a los fallos, es decir, a las sentencias, por referencia a su párrafo 1 en el que alude a las decisiones de la Corte (a las que, por cierto, considera obligatorias). La anterior diferenciación entre “decisiones” y “fallos” también está presente en la redacción de los artículos 55 a 62 del Estatuto de la Corte, y parece claro que el término “fallo” se equipara en todo el texto al de “sentencia”, aunque no lo sea tanto la referencia a las decisiones que son consideradas como obligatorias (artículo 59) y que se toman por mayoría de los votos de los magistrados presentes (artículo 55), como fue el caso de la “*ordonnance*” y “*order*” de 9 de abril de 1998 sobre medidas provisionales. Y para hacer aún más complejo el problema, añadiremos que el artículo 77 del Reglamento de la Corte afirma que:

“Todas las *medidas* indicadas por la Corte en virtud de los artículos 73 y 74 del presente Reglamento y toda *decisión* adoptada por la Corte en virtud del artículo 76, párrafo 1, serán comunicadas inmediatamente al Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas para su traslado al Consejo de Seguridad, *conforme al artículo 41, párrafo 2 del Estatuto*” (énfasis añadido).

Y este precepto no deja de resultar chocante pues, por una parte, distingue entre decisiones y medidas, para asimilarlas a continuación a los “fallos” (esto es, a las sentencias) mediante la referencia al artículo 41,2 del Estatuto que no alude ni a medidas, ni a decisiones. Lo cual permitiría, en último término, equiparar decisiones y fallos.

Al margen de las anteriores consideraciones de orden técnico-jurídico, resulta indudable que el Consejo de Seguridad no es un órgano jurídico, sino político, y que lógicamente haría una lectura política de la cuestión. Y la posición cuasi-hegemónica de los Estados Unidos en el seno del Consejo de Seguridad no ofrecería expectativas sólidas a una posible reclamación de Paraguay en esta sede.

No obstante lo anterior, el recurso al Consejo de Seguridad sería posible incluso por otras vías distintas a las del artículo 94, 2, en concreto por las del Capítulo VI de la Carta (arreglo pacífico de controversias) y las correspondientes al Capítulo VII (acción en caso de amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o agresión), más que dudosa esta última por no constituir un conflicto de envergadura suficiente como para activarlo, con la posibilidad incluso, en la primera hipótesis, de que el Consejo de Seguridad recomendara los términos de arreglo que considerase adecuados en el caso entre Paraguay y los Estados Unidos, según lo previsto en el artículo 37, 2 de la Carta (39). Pero, en cualquiera de las hipótesis examinadas, Paraguay partiría de una posición política intrínsecamente débil en el caso de que intentara la vía del Consejo de Seguridad frente a los Estados Unidos.

La segunda vía de posibilidades consistiría en acudir a los mecanismos clásicos de la responsabilidad internacional de los Estados, como consecuencia de la violación de una obligación contenida en una norma internacional en vigor entre los Estados interesados. Se trataría de poner en

(39) Cf. D. Guyomar, *Commentaire du Règlement de la Cour Internationale de Justice. Adopté le 14 avril 1978. Interpretation et pratique*, Paris, 1983, pp. 6 y 7, así como la opinión individual del juez Ajibola a la *ordonnance (order)* de 13 de septiembre de 1993 en el asunto de la *Aplicación de la Convención para la prevención y represión del delito de genocidio (I.C.J. Reports 1993, pp. 400 a 406)*.

Precisamente en el asunto de la *Anglo-Iranian Oil Co.*, el Reino Unido decidió llevar ante el Consejo de Seguridad el incumplimiento por Irán de las medidas provisionales adoptadas por la Corte, y lo hizo sobre la base simultánea del artículo 94, 2 y de los artículos 34 y 35 de la Carta (Capítulo VI). En el asunto de la *Aplicación de la Convención para la prevención y la represión del delito de genocidio* se produjo la intervención, sin precedentes, del Consejo de Seguridad en el contexto del Capítulo VII al adoptar la resolución 819 (1993), en la que toma nota de las decisiones de la Corte y reafirma su condena a las violaciones del derecho internacional humanitario.

marcha todos los remedios posibles para garantizar el cumplimiento del derecho internacional, tanto de carácter unilateral (medidas de autotutela apropiadas), como en el marco de la solución pacífica de controversias, ya fuera utilizando procedimientos no jurisdiccionales o ya fuera acudiendo a mecanismos jurisdiccionales (40).

La última de las vías posibles consistiría, en nuestra opinión, a reconducir las consecuencias de la inaplicación de las medidas provisionales indicadas al propio ámbito de la C.I.J. Seguramente se trata de la hipótesis de trabajo más plausible, pues el incumplimiento de las medidas provisionales indicadas se encuadra precisamente en el marco de la propia actuación jurisdiccional de la Corte. Por aplicación analógica del artículo 36, 6 del Estatuto, y siendo la Corte la dueña de su propia competencia, podría y debería dar respuesta a un estímulo procesal de la parte interesada (en este caso, de Paraguay) en orden a aclarar de una vez por todas la autoridad y eficacia de las medidas provisionales. Su respuesta, por otra parte, no sería útil únicamente para este caso concreto, sino que contribuiría a resolver la cuestión hacia otras futuras controversias.

En esta dirección, dado que en su demanda de 3 de abril de 1998 Paraguay se reservó "el derecho de modificar y completar los términos de la presente demanda, así como los fundamentos invocados" (41), cabría una reformulación de la misma solicitando un pronunciamiento expreso de la Corte acerca de la naturaleza y autoridad de las medidas provisionales, de la responsabilidad de los Estados Unidos por el incumplimiento de las indicadas, así como del alcance de la responsabilidad y del contenido de la reparación. Esta ampliación de la demanda estaría plenamente justificada en atención a los siguientes elementos: primero, por la íntima relación material y funcional existente entre la demanda principal y la demanda de ampliación; segundo, por la íntima relación funcional existente entre las anteriores demandas y la correcta administración de justicia que debe ser llevada a cabo por la Corte Internacional de Justicia. La

(40) Sobre las formas y procedimientos utilizables para garantizar la aplicación del derecho, vid. J.D. González Campos, L.I. Sánchez Rodríguez y P. Andrés Sáenz de Santa María, *Curso de Derecho Internacional Público*, op. cit., pp. 375 a 405, y 819 a 855.

(41) Par. 27 de la misma.

Corte debe "decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas" (artículo 38, 1 del Estatuto), y no con arreglo a pautas de oportunidad (menos aún de oportunismo) o mediante la utilización de actos procesales meramente indicativos y de recomendación que dejan al arbitrio de las partes su cumplimiento. Tal cosa no sería administración de justicia, sino el cumplimiento de tareas no jurisdiccionales, absolutamente incompatible con la naturaleza judicial de la Corte.

Madrid, julio de 1998.



COMUNICACIONES Y ESTUDIOS

**LA PROTECCION INTERNACIONAL DE LOS
DESPLAZADOS INTERNOS**

Cuando la realidad impone soluciones creativas

Frida M. ARMAS PFIRTER
Asociado del I.H.L.A.D.I.

SUMARIO

I.- INTRODUCCION

II.- DEFINICIONES

**III.- CARACTERISTICAS DEL PROBLEMA DE LOS
DESPLAZADOS INTERNOS**

IV.- CAUSAS

V.- ¿PORQUE NO REFUGIADOS?

**VI.- PRINCIPIOS RECTORES DE LOS DESPLAZAMIENTOS
INTERNOS**

SECCION I: Principios Generales

SECCION II: Protección “contra los desplazamientos”

SECCION III: Protección “durante el desplazamiento”

SECCION IV: Principios relativos a la asistencia humanitaria

SECCION V: Regreso, reasentamiento y reintegración

VII.- NORMAS QUE LOS PROTEGEN DE “LLEGAR A SER”

**VIII.- NORMAS QUE SE APLICAN Y DERECHOS QUE TIENEN
CUANDO YA “SON”**

IX.- MECANISMOS DE PROTECCION

X.- CONCLUSIONES

I.- INTRODUCCION

Dos razones han motivado el interés creciente de la comunidad internacional por el problema de los desplazados internos. En primer lugar la enorme cantidad -entre 25 y 30 millones- de personas que, por estar en esa condición, ven afectados sus derechos fundamentales. Y luego, porque este problema suele ser el origen de situaciones con enormes implicancias internacionales. En efecto, el ser un desplazado interno generalmente es, desde el punto de vista del individuo, el primer paso para convertirse en refugiado y, para los Estados, la causa de salidas masivas a otros países que ocasionan una gran desestabilización política y económica en toda la región.

Esto hace que este tema se convierta tanto "en un imperativo de la paz y la seguridad regionales e internacionales como una cuestión de responder a las necesidades de asistencia humanitaria y protección de los derechos humanos de las personas afectadas" (1).

El punto esencial que no se debe olvidar cuando tratamos el tema de los desplazados internos es que son personas que permanecen "dentro de su territorio". Por lo tanto, es al Estado del que son ciudadanos a quien incumbe la responsabilidad primaria de su protección y asistencia. Sin embargo hay casos, muy frecuentes por otra parte, en que son los mismos gobiernos los que causan o toleran el desplazamiento y no quieren o no pueden garantizar esa protección. Es aquí donde las organizaciones intergubernamentales y las no gubernamentales pueden tratar de brindar cierta protección, pero no como un sustituto de la protección nacional, sino para fortalecerla.

En esto es donde la protección de los desplazados internos se asemeja a la protección internacional de los derechos humanos: comienza a ser efectiva sólo cuando el Estado, que es el principal garante de los derechos de sus habitantes, no cumple con su función.

(1) Informe del Representante del Secretario General, documento E/CN.4/1998/53, del 11 de febrero de 1998, pto. 1.

II.- DEFINICIONES

Según el ámbito que consideremos, podemos encontrar distintas definiciones de desplazados internos:

El *Representante del Secretario General de Naciones Unidas* (2) los define como:

- Personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida (3).

Para el *Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)* son:

- Personas que debido a persecución, conflicto armado o violencia, se han visto forzadas a abandonar su hogar o su lugar habitual de residencia y que permanecen dentro de las fronteras de su propio país (4).

En el ámbito del *Derecho Internacional Humanitario* los podríamos definir como:

- Personas civiles afectadas por un conflicto armado interno o internacional y que no se benefician con la protección de ningún gobierno (5).

La distinción principal está dada en que las definiciones del ACNUR y del Derecho Internacional Humanitario no cubren los desastres natura-

(2) La Comisión de Derechos Humanos comenzó en 1992 el estudio del tema de los desplazamientos internos. El Secretario General de Naciones Unidas nombró en ese mismo año un Relator sobre los desplazados internos, a petición de la Comisión, el Sr. Francis Deng.

(3) E/CN.4/1998/53/Add. 2, Parágrafo 2 del Anexo.

(4) UNHCR, *The State of the World's Refugees - A Humanitarian Agenda*, Oxford University Press, 1998, p. 97.

(5) Ver, entre otros, los conceptos de LAVOYER, Jean/Philippe, "Protection under International Humanitarian Law", en *Internally Displaced Persons - Report of the Symposium*, Geneva, 23-25 October 1995, International Committee of the Red Cross.

les, porque se supone que en esa situación gozan de la protección de su propio país. Sin embargo, como reconoce el propio ACNUR, las necesidades de los desplazados internos son las mismas aunque varíe la causa que lo haya ocasionado.

III.- CARACTERISTICAS DEL PROBLEMA DE LOS DESPLAZADOS INTERNOS

Encontramos algunas características propias de este problema:

- No existen instrumentos específicos que regulen la situación de los desplazados internos.
- No existe una organización especial para protegerlos.
- Son personas que permanecen dentro de su territorio por lo que, como ya dijimos, es al Estado al que le incumbe la responsabilidad primaria de su protección y asistencia.
- Interrelación clara de tres ramas del derecho internacional: las tres características anteriores se deben en gran parte a que, en este problema, se produce una interrelación de tres ramas del derecho internacional: el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los refugiados.

* Derecho Internacional Humanitario: contiene normas que los protegen, pero no en su carácter de desplazados internos sino como población civil afectada por un conflicto.

* Derecho Internacional de los Derechos Humanos: contiene también normas que los protegen, no en su carácter de desplazados internos, sino como personas cuyos derechos humanos fundamentales están siendo violados y que están protegidos por tratados internacionales o por normas consuetudinarias, según sea el caso.

* Derecho Internacional de los Refugiados: no contiene normas que los protejan, porque POR DEFINICION están excluidos. Sin embargo, los desplazados internos, al igual que los refugiados, se han visto forzados a abandonar sus hogares y se

encuentran en situaciones "refugee-like", para las que el ACNUR tiene gran experiencia en el manejo de estas situaciones.

En consecuencia, dado que no existen instrumentos específicos, ni una organización especial para proteger a los desplazados, deben utilizarse directa o analógicamente, las normas y los modos de protección de estos tres subsistemas. Esto hace que se presente zonas de lagunas y poco definidas.

En este momento, además de la actuación del CICR, del ACNUR, y de organizaciones no gubernamentales, hay que tener en cuenta en toda solución que se proponga, el trabajo que está realizando el Representante del Secretario General, y las formas de "lead agency model" y el "Inter Agency Standing Committee" que se han utilizado en la práctica. (6)

IV.- CAUSAS (7)

Entre las causas más frecuentes (8) de la existencia de desplazados internos, podemos enumerar:

- La causa originaria de protección internacional de los desplazados: los conflictos armados. Estos conflictos pueden ser internacionales o internos (9).
- Tensiones internas, que no llegan a configurar un conflicto, pero donde se producen atropellos que obligan a los habitantes a abandonar su lugar de residencia.

(6) En la Operación "Lifeline Sudan", en el norte PNUD es responsable de coordinar el programa y en el Sur UNICEF. En la Ex-Yugoeslavia, ACNUR fue designada "lead agency". En Ruanda el Departamento de Naciones Unidas de Asuntos Humanitarios ha sido el responsable de coordinar la respuesta inter-agencia al problema de los desplazados.

(7) cfr. UNHCR, op. cit., p. 105 y E/CN.4/1998/53/Add. 1.

(8) Sin lugar a dudas, la causa más frecuente de todas es la existencia de un conflicto armado, como por ejemplo: Ex-Yugoeslavia, Chechenia, Georgia, Azebaijan, Tajikistan, Afghanistan, Sri Lanka, Iraq, Yemen, Angola, Rwanda, Liberia, Sierra Leona, Somalia, Mozambique, Perú.

(9) En Colombia, más de un millón de personas entre 1985 y 1995 han debido desplazarse a causa del conflicto entre la guerrilla y fuerzas oficiales. Esta cantidad constituye el 68% de la población rural del país (cfr. United Nations High Commissioner for Refugees, *Background paper on Refugees and Asylum Seekers from Colombia*, UNHCR, Centre for Documentation and Research, Geneva, March 1988, p. 23).

- Violaciones masivas derechos humanos.
- Desastres naturales, como terremotos.
- Desastres tecnológicos.
- Problemas sociales, como el desempleo o la pobreza. En estos casos el desplazamiento es sólo una de las manifestaciones de esa crisis social.
- Proyectos de desarrollo (10): es el caso de acciones realizadas por el Estado a favor del desarrollo, pero que conllevan el desplazamiento no voluntario de habitantes.
- Desastres ambientales (11).
- Desplazados forzosamente por el Estado con distintos objetivos (12).

Como podemos ver, en cada una de estas causas se encuentra de diferente manera comprometida la soberanía del Estado y, por lo tanto, difiere la posibilidad de la comunidad internacional de intervenir en favor de los desplazados.

V.- ¿PORQUE NO REFUGIADOS?

Hay distintos motivos por los cuales los desplazados internos permanecen en su país y no se convierten en refugiados:

(10) El Banco Mundial calcula entre 90 y 100 los millones de desplazados debido al desarrollo: construcción de presas, desarrollo urbano, rutas de transporte.

(11) Muchas veces, los desplazados por desastres ambientales o por proyectos de desarrollo o de infraestructura continúan beneficiándose de la protección del Estado y reciben cierta compensación.

(12) En Burundi, muchos Hutus fueron puestos en campamentos por instrucciones del gobierno, como una medida de seguridad para sacarlos de áreas de conflicto (1997). En Kabul se desplazaron 114.000 hacia la capital Afgana para facilitar la ofensiva militar talibana en el norte del país. En Bosnia los desplazamientos organizados de poblaciones forman parte central del esfuerzo Serbio de crear áreas comunales homogéneas. En Guatemala y Myanmar, los programas de reubicación forzada son empleados como técnicas para prevenir que los movimientos de los rebeldes y la guerrilla se asocien con la población rural. A mediados de los 80, el gobierno Etíope mudó varios miles de personas de las montañas del norte a la parte sud-este, con bastante coerción. Con la excusa de mudarlos de un área afligida por crónicos problemas de sequía y degradación del suelo, el programa de reasentamiento también sirvió para el propósito de deshabitar un área que estaba a favor del movimiento armado de oposición.

- Porque la razón del desplazamiento no es un conflicto global que obligue a abandonar el país, y con un cambio de lugar se ven fuera de peligro;

- Por la ubicación geográfica: la lejanía de las fronteras, o la proximidad de otros lugares de posible refugio (13), los hace preferibles a un país extraño;

- Recursos financieros escasos, que hacen preferible una vida pobre en su propio país y no una vida miserable en un lugar desconocido. A veces se refugian en las ciudades, confundiendo con otros migrantes de la zona rural. La ventaja que encuentran es que están más seguros, con más posibilidades de empleo y mejor acceso a servicios públicos y programas de asistencia social (14);

- Razones familiares o de comunidades que se desplazan juntas. Muchas veces algunos miembros de las familias van a zonas menos peligrosas y los otros se quedan el mayor tiempo posible en el lugar donde tienen sus instrumentos de trabajo, o vuelven periódicamente para realizar trabajos agrícolas en sus tierras;

- Asistencia de organizaciones nacionales o internacionales que tratan de evitar el éxodo de refugiados;

- Imposibilidad de salir del país por motivos de salud o de edad;

- A veces las autoridades no permiten abandonar el país (15).

También muchas veces no abandonan totalmente sus hogares, sino que lo van haciendo paulatinamente. Primero con un desplazamiento nocturno (16), porque temen un ataque y huyen de sus hogares durante la noche, pero vuelven durante el día a cultivar la tierra o a trabajar.

(13) En Perú las poblaciones del centro y oeste no pueden dejar el país por distancias y montañas.

(14) Liberia 1.3 millones de personas se reunieron en áreas protegidas por ECOMOG, la fuerza de paz para Africa Occidental.

(15) Así ocurrió en 1996 en el Zaire.

(16) En 1996 en el pueblo Gulu de Uganda, 15.000 personas dormían por las noches en los edificios públicos por miedo a las atrocidades que cometían los grupos rebeldes. También pasa en Mozambique, Kenya, Colombia y Perú.

Sin embargo, en la mayoría de los casos, el ser un desplazado interno es el primer paso para convertirse en un refugiado.

VI.- PRINCIPIOS RECTORES DE LOS DESPLAZAMIENTOS INTERNOS (17)

El Representante del Secretario General de Naciones Unidas para las personas desplazadas (18) elaboró unos "Principios rectores sobre el desplazamiento de personas en el interior de su propio país" (19), conforme a lo que se le había solicitado en la Resolución 1997/39 de la Comisión de Derechos Humanos. Estos Principios son un hito importante en el proceso de elaboración de un marco jurídico para la protección de los desplazados, al que está abocado el Sr. Francis Deng. Fueron elaborados sobre las conclusiones de la "Compilación y análisis de normas jurídicas", preparado por un grupo de expertos jurídicos dirigido por Deng y presentado a la Comisión de Derechos Humanos en 1996.

Estos principios consisten en treinta principios de ámbito global, en los que se identifican derechos y garantías que son esenciales para la protección de las personas contra los desplazamientos forzados, así como para protegerlas y asistirles tanto durante los desplazamientos como durante su regreso, reasentamiento y reintegración.

En forma analítica, pueden presentarse así:

(17) Cfr. GOLDMAN, Robert. "Codificación de normas internacionales acerca de personas desplazadas en el interior de un país", en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 147, Septiembre 1998, pp. 503-507 y LAVOYER, J.P., "Principios Rectores relativos al desplazamiento de personas en el interior de su propio país", en *Ibidem*, pp. 509-522.

(18) Cfr. Nota 3. Desde su nombramiento, el papel del Representante ha evolucionado y ha pasado a ser un catalizador para una mayor concientización acerca de la suerte de los desplazados internos y para estimular una acción efectiva a fin de resolverlo. En el desempeño de esta función, el mandato del Representante ha cristalizado en tres esferas principales de trabajo: a) el desarrollo de un marco normativo apropiado para satisfacer las necesidades de protección y asistencia de los desplazados internos; b) el fomento de disposiciones institucionales eficaces para convertir esos derechos en realidades y c) la concentración en situaciones específicas de desplazamientos internos con el objeto de tratarlas eficazmente.

(19) E/CN.4/1998/53/Add.2 (11 febrero 1998).

SECCION I: Principios Generales

- * Iguales derechos que los demás habitantes del país.
- * Obligación de las autoridades, grupos y personas de respetarlos.
- * No limita otros derechos-Asilo.
- * Asistencia humanitaria.
- * Niños - Mujeres - Discapacitados - Ancianos.

SECCION II: Protección "contra los desplazamientos"

- * Prevenir y evitar condiciones que provoquen desplazamientos.
- * Desplazamiento como última alternativa.
- * Garantías para adoptar una decisión.
- * Derechos a respetar en la forma de realizarlos.
- * Grupos privilegiados: indígenas, minorías, campesinos, etc.

SECCION III: Protección "durante el desplazamiento"

- * Derecho a la vida.
- * Derecho a la dignidad y a la integridad física, mental o moral.
- * Derecho a la libertad y seguridad personales.
- * Prohibición del alistamiento de niños.
- * Libertad de circulación y de escoger residencia.
- * Derecho a abandonar el país, solicitar asilo, protección contra el regreso forzado.
- * Derecho a conocer el destino y el paradero de sus familiares.
- * Derecho a una vida familiar.
- * Derecho a un nivel de vida adecuado.
- * Derecho a atención médica.
- * Derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.
- * Derecho a la propiedad.
- * Derecho a la educación.

SECCION IV: Principios relativos a la asistencia humanitaria

- * Se prestará sin discriminación alguna.
- * Responsabilidad primaria de las autoridades nacionales.
- * Respeto y protección de los que prestan ayuda humanitaria.

SECCION V: Regreso, reasentamiento y reintegración

- * Obligación de las autoridades nacionales de permitir y facilitar el regreso o reasentamiento en otra parte.
- * Participación de los desplazados internos en la gestión de su regreso o reasentamiento.
- * No discriminar en la vida pública.
- * Recuperación de las propiedades o indemnización.
- * Facilitar la acción de organizaciones humanitarias en el reasentamiento.

Estos Principios reflejan el derecho consuetudinario en la materia y están basados en normas ya recogidas en materia de derechos humanos, derecho humanitario y derecho de los refugiados. En el informe se resalta que no modifican el derecho internacional vigente o los derechos que se otorgan a los individuos de conformidad con el derecho nacional. En realidad pretender servir como pauta interpretativa de cómo aplicar el derecho existente durante todas las fases del desplazamiento.

VII.- NORMAS QUE LOS PROTEGEN DE "LLEGAR A SER"

El primer principio de que goza toda persona es de "NO SER DESPLAZADO INTERNO" y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos juega un papel importante a la hora de evitar las causas del desplazamiento. Los desplazados gozan, en igualdad de condiciones, de los mismos derechos y libertades que el derecho interno e internacional otorgan al resto de los habitantes del Estado.

Por otra parte, los desplazados internos son generalmente víctimas de la guerra, y en este sentido están protegidas por el Derecho Internacional

Humanitario. Bajo las Convenciones de Ginebra de 1949 y los Protocolos del 1977, la población civil está protegida contra los efectos de las hostilidades y no puede ser sometida a desplazamiento forzado.

VIII.- NORMAS QUE SE APLICAN CUANDO "HAN LLEGADO A SER"

No existen instrumentos específicos que regulen la condición de los desplazados internos. Por lo tanto, las organizaciones intergubernamentales o no gubernamentales que procuran brindarles protección y asistencia, tienen que basar sus actividades en disposiciones recogidas de las normas sobre derechos humanos, derecho humanitario y derecho de los refugiados, utilizándolas como analogía. Esto tiene como consecuencia que, si bien muchos aspectos esenciales están cubiertos, existen también lagunas considerables y zonas poco definidas, en las cuales la legislación existente no ofrece suficiente protección (20).

Cuando no existe un conflicto armado, las únicas normas que protegen a los desplazados internos son las del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En este marco, los desplazados internos debieran gozar, en igualdad de condiciones, de los mismos derechos y libertades que los demás habitantes del país, tanto desde el punto de vista del derecho interno como del derecho internacional. Pero es evidente que la misma situación de desplazamiento es muchas veces causada por violaciones a los derechos humanos y, a su vez, es causa de la privación de muchos otros. Los principales derechos humanos que los desplazados internos ven conculcados son: el derecho de elegir el propio lugar de residencia, de circular libremente dentro de su región o país, de volver voluntariamente al lugar de su anterior residencia, a la integridad del núcleo familiar, mantener lazos culturales y sociales de la comunidad, tener relaciones de trabajo estables, gozar de oportunidades formales de educación, acceso de los niños, las embarazadas y enfermos a comida o servicios de salud vitales.

(20) Cfr. E/CN.4/1998/53, Parágr. 4-8.

El núcleo irreductible de derechos humanos, no derogable en situaciones de excepción, tampoco puede ser derogado en el caso de los desplazados internos.

En cambio, en situaciones de conflicto armado se aplica el Derecho Internacional Humanitario (DIH). Cabe recordar que las personas protegidas por el derecho humanitario son las "víctimas" de las hostilidades y se les aplican las Convenciones de Ginebra del 1949 y Protocolo I, así como las normas consuetudinarias sobre conducción de las hostilidades.

La población civil constituye una categoría de personas que es objeto de protección por el derecho humanitario que parte del presupuesto -para distinguirla del combatiente- que toda persona es "civil" mientras no tome parte en las hostilidades. Estas personas son merecedoras de protección en situación de conflicto armado internacional clásico (IV Convenio), luchas contra la dominación colonial, ocupación extranjera o regímenes racistas (Protocolo I) y en situación de conflicto armado no internacional (Art. 3 común y Protocolo II) (21).

Específicamente aplicables a los desplazados internos podemos considerar la Parte II de las Cuatro Convenciones de Ginebra (cubre toda la población de los Estados en conflicto, incluyendo por lo tanto a los desplazados) y la parte IV del Protocolo I (se refiere al aspecto territorial, y cubre todos los ataques, sin distinguir entre la población civil el que sea nacional o no, sino en el carácter inofensivo de las personas) (22).

Si el conflicto es "no internacional" se aplican los principios centrales del derecho DIH (Artículo 3 común y Protocolo II) y algunas de las garantías de los derechos humanos que no pueden ser derogadas o suspendidas. Las situaciones de conflicto internacional están gobernadas por normas específicas de derecho humanitario, y por los derechos humanos fundamentales permanecen vigentes.

(21) Cfr. MAURICE, Frédéric y COURTEN, Jean, "La acción del CICR a favor de los refugiados y las personas civiles desplazadas", en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 88, Ginebra, CICR, 1991, p. 9.

(22) Cfr. CANÇADO TRINDADE, Antonio A., "O Agotamiento dos recursos Internos e a evolução de noção de "Vitima no Direito Internacional dos Direitos Humanos", en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Número 3, San José, 1986, pp. 5/78 y SWI-NARSKI, Christophe, *Principales nociones e institutos del derecho internacional humanitario como sistema internacional de protección de la persona humana* Costa Rica, IIDH, 1990, p. 42.

Se presenta un grave problema cuando las violaciones son causadas por otros sujetos distintos del Estado y sus agentes. En la comunidad internacional se está dando un creciente avance hacia la responsabilidad internacional personal de las personas individuales, cuando no actúan en su carácter de agentes estatales.

IX.- MECANISMOS DE PROTECCION (23)

Así como no existe una legislación que proteja directamente a los desplazados internos, tampoco existe una organización cuyo mandato sea específicamente la protección de los mismos. Esto produce fallas y lagunas en el momento de la acción concreta.

Las organizaciones que más directamente han enfrentado el problema son el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) y organizaciones no gubernamentales de derechos humanos. Desde 1992 juega un papel importantísimo el Representante del Secretario general de Naciones Unidas para los desplazados internos.

En relación al ACNUR, el hecho de que permanezcan en su propio país hace que el régimen de refugiado no sea aplicable a los desplazados internos, si bien se han visto forzados a abandonar sus hogares y se encuentran en situaciones "refugee-like". El Estatuto de ACNUR no contiene ninguna norma específica que le otorgue al organismo competencia para el problema de los desplazados internos. Sin embargo, en el art. 9, establece que puede llevar a cabo aquellas actividades que se le soliciten dentro del límite de los recursos puestos a su disposición. Sobre esta base la Asamblea General de Naciones Unidas ha autorizado al Alto Comisionado a actuar en ayuda a los desplazados internos o ha expresado su apoyo y conformidad con acciones que el mismo había tomado en situaciones de urgencia.

(23) Ver, entre otros, FRONHÖFER, Dirk, "Internally Displaced Persons - The problem of 'Internally Displaced Persons' in the context of Human Rights, International Refugee Law and International Humanitarian Law", en *Law and State*, Volumen 55, Institute for Scientific Co-operation, Tubingen, Federal Republic of Germany, 1997, pp. 7-26.

En cuanto al Comité Internacional de la Cruz Roja, interviene en la problemática de las personas desplazadas desde dos puntos de vista: desde su rol de promotor y guardián del derecho internacional humanitario y como agente de actividades operacionales, prestando protección y asistencia a las víctimas de conflictos armados y de disturbios internos (24). Por ejemplo, en Nicaragua, durante el año 1990, el CICR prestó asistencia a más de dos mil personas desplazadas en la cuenca superior del Río Coco (25). En Angola, en 1984 se puso en marcha un programa de socorro a favor de unas doscientas mil personas desplazadas víctimas del conflicto (26). También en Guatemala, desde 1988, el CICR asiste a los desplazados internos. Y en Filipinas, en 1987, asistió a más de cien mil desplazados a consecuencia de la situación interna (27).

X.- CONCLUSIONES

1º - No siempre es necesaria una *protección internacional* del desplazado interno ya que, muchas veces, o es suficiente con la tarea realizada por el Estado, o no es una situación tan grave que reclame una protección internacional.

Se debe evitar que la colaboración encubra una intromisión en asuntos internos, para lo que sólo debe pensarse en una protección internacional cuando sea estrictamente necesaria y legítima y acotada al tiempo necesario para superar la situación que la originó.

Sin embargo, en la mayoría de los casos actuales, no se puede albergar dudas sobre la necesidad de la colaboración en el ámbito internacional, ya que el fenómeno de los desplazamientos internos está tornándose una tragedia de grandes proporciones y con graves consecuencias regionales y mundiales (28).

(24) Cfr. MAURICE y COURTEN, *op. cit.* y LAVOYER, Jean-Philippe, "Refugiados y personas desplazadas-Derecho Internacional Humanitario y Cometido del CICR", en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, pp. 182-202.

(25) Cfr. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 101, 1990.

(26) Cfr. *Resumen de Llamamientos Urgentes para 1988*, CICR, Ginebra, 1988.

(27) Cfr. *Ibidem*.

(28) Cfr. E/CN.4/1998/53, Parág. 74-77.

2º - Es necesario establecer normas más específicas de protección de los desplazados internos, así como también mejorar la implementación del derecho existente.

3º - No está todavía resuelta la necesidad de que exista una organización cuyo mandato sea específicamente la protección de los desplazados internos, ni hay una clara voluntad política para su creación. Mientras tanto, debe trabajarse con las organizaciones existentes y celebrar acuerdos de colaboración entre todas las organizaciones y órganos cuyos mandatos o actividades de alguna manera se relacionan con los desplazados (29).

4º - Se debe tener en cuenta que, en situaciones de violencia o conflicto armado, las necesidades de los desplazados internos son las mismas que las de los no desplazados, ya que ambos están privados de la protección de su Estado (30). Por lo tanto, hay que evitar, so pretexto de una protección internacional, "discriminar inversamente".

Lo mismo ocurre cuando los conflictos terminan. Tanto los refugiados como los desplazados internos vuelven a sus hogares al mismo tiempo, se restablecen en las mismas comunidades y tienen los mismos problemas de reintegración. También en las áreas donde las fronteras nacionales están cambiando o son discutidas, la distinción legal entre los desplazados internos y los refugiados es poco clara, o se interpreta de manera diferente por cada una de las partes en el conflicto.

5º - Los requerimientos que se plantean con la finalización de la condición de refugiado, no son los mismos que con los desplazados internos. Estos últimos se encuentran en su propio país, si bien en otra región, y puede darse el caso de que estén convenientemente asentados en su nuevo lugar. A veces, puede no ser deseable que vuelvan a su lugar originario de residencia, como sí ocurre con los refugiados.

(29) Hay que tener en cuenta en la actualidad la acción que están desarrollando el "Grupo de Trabajo del Comité Permanente de Organismos" y el "Coordinador del Socorro de Emergencia". También en el plano regional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que también nombró un relator sobre los desplazados internos.

(30) Más aún, la gente que no puede escapar de las zonas de conflicto grave están muchas veces enfrentadas a un peligro mayor que el de aquellas que pueden huir. En Zaire, por ejemplo, los desplazados internos están junto con los refugiados y con los habitantes que continúan viviendo en su lugar de origen; todos con idénticas necesidades de protección y asistencia, aún cuando su status legal sea diferente.

LA APARENTE AETICIDAD DE LA NEGOCIACION INTERNACIONAL

Juan Carlos M. BELTRAMINO
Asociado del I.H.L.A.D.I.

1. El planteo crucial de la relación ética-negociación internacional

Para quienes se interesan particularmente en la negociación internacional, sean las partes de ésta gobiernos, empresas, instituciones o individuos de distintos países, sea la negociación bilateral, pluri o multilateral, y cualquiera el tipo de asuntos objeto de las tratativas, las principales preguntas lógicas que suelen plantearse con relación a la ética son las siguientes: ¿Es posible elaborar apreciaciones válidas de carácter ético sobre la posición y comportamiento de las partes en una negociación internacional, sobre el desarrollo y el resultado de ésta, o más bien debe considerarse que la ética es totalmente ajena al proceso negociador y considerarse a éste exclusivamente como una interacción específica en la que se enfrenta intereses de las partes? ¿Qué nos muestra al respecto la práctica de la negociación internacional?

La cuestión nos ha interesado particularmente durante nuestra práctica por muchos años de la negociación internacional y en nuestra actividad académica. Trataremos de dar una respuesta a estos interrogantes, conscientes desde un comienzo que el campo es complejo, muy vasto y no exento de escollos, requiriéndose aún mayor profundización y estudio, tanto por los teorizadores de la negociación internacional como por los teorizadores de la ética.

No está demás recordar el origen etimológico de la palabra ética, del griego *ethos*, lugar habitual de vida, uso, carácter, en evidente referencia a las costumbres comunitarias, a la vida societaria de las personas, a la vez que a una relación posible, ideal y concreta entre ellas (Ferrater Mora, 1958: 458-63; Ottfried, 1994; Von Kutschera, 1982). Como cada una de las personas debe realizarse individualmente, pero en la comunidad, sur-

gen las ideas de libertad, dignidad, respeto, solidaridad, justicia, equidad, democracia. Y todo esto aún reconociendo la relativa ambigüedad de los términos y que "el sistema lingüístico no es universal, no responde a las necesidades e intereses de todos por igual" (Camps, 1995: 33), aspecto este último que tiene que ver con la diversidad cultural y sus implicaciones en la negociación.

Si aceptamos que la ética tiene que ver con las relaciones entre personas en general, sin distinción de categorías, género, condición o actividades, no hay duda que no debería estar excluida la negociación -que es una forma de interacción social-, en particular la negociación internacional que nos interesa. Al propio tiempo ha de tenerse en cuenta que la ética, tanto en cuanto a su contenido como en la práctica, es también el resultado de actividades humanas y condicionada o adaptada a su vez por ellas. Al margen de este enfoque conceptual se dan dos extremos: los que sostienen que no existe ni puede existir ninguna ética en la negociación internacional, y los que postulan que los planteos éticos son posibles y de hecho se materializan con mucha frecuencia.

Debemos hacer notar que la estructura y dinámica propias de la negociación internacional aumentan la complejidad y dificultades del análisis. Distinta es la negociación en el ámbito regional o nacional al interior de los países, donde determinados componentes como el sistema jurídico y la cultura -íntimamente relacionados- son más uniformes y pueden ser, con otros datos útiles, mejor conocidos y con mayor detalle.

Es curioso observar que en el ámbito de las relaciones internacionales en general el tema de la ética ha tenido un amplísimo desarrollo teórico, especialmente en los Estados Unidos (Giesen, 1992, 1997; Nolan, 1995; Carnegie Council on Ethics and International Affairs, 1987-), en tanto que el tema de la ética en la negociación internacional ha sido hasta ahora mucho menos estudiado (Lakos, 1989), si se lo compara con múltiples aspectos de esta última que han dado origen a una abundante literatura.

2. Ética y comportamiento de los negociadores

El papel que desempeña actualmente la ética en la práctica de la negociación internacional se vincula a múltiples aspectos del proceder de los

negociadores y a la satisfacción máxima que, dentro de las posibilidades que ofrezca la negociación, han de perseguir como objetivo central de su accionar. La realidad nos revela que a los principios y normas éticos se los respeta y también se los viola, como en otras actividades humanas. También aquí el propósito del violador de obtener un beneficio afectando a la otra parte puede en definitiva serle desfavorable e ir en su perjuicio. Los principios éticos, o el planteo ético, aparecen en el proceso negociador generalmente como punto o plano referencial y en determinadas ocasiones como elemento argumental en las discusiones.

La empeñosa búsqueda de la satisfacción de objetivos propios en la confrontación de posiciones y propuestas en la negociación puede llevar a subestimar y a asignar menor importancia a las violaciones de la ética que el juego en que las partes están comprometidas. Estas llegan a pasar por alto tales violaciones -y de hecho lo hacen a menudo- si estiman que no perjudican seriamente a sus intereses y/o el desarrollo del proceso negociador. También cabe admitir que actitudes que coinciden con principios éticos son adoptadas sobre todo por prudencia o porque conviene al desarrollo de la operativa negociadora más que respondiendo a una convicción principista. A medida que se generaliza la idea de que las normas éticas deben ser aceptadas y son útiles en el comportamiento de los negociadores mayor será su vigencia y aplicación en la práctica.

Los comportamientos antiéticos más comunes en la negociación son: el no cumplimiento de lo pactado entre las partes, aún en el mismo proceso negociador; las amenazas tipo chantaje; en determinados casos las amenazas del uso de la fuerza; el fraude en aspectos sustantivos; el bluffing o fanfarroneo; y en ocasiones las tentativas de soborno.

Amenazas de distinto orden y calibre se suelen formular con mayor frecuencia en la negociación bilateral y en general por la parte que se considera más poderosa. La amenaza extrema del uso de la fuerza es cada vez menos frecuente, pero tienen cierta habitualidad otras amenazas sobre diferentes perjuicios que podrían causarse a la contraparte, formuladas de manera explícita o implícita. Todas ellas tienen por cierto una connotación negativa, e inclusive, antiética, y el rechazo de plano es la reacción que generalmente provocan. La formulación de advertencias entre las partes contratantes son en cambio moneda corriente en los procesos nego-

ciadores y aceptadas o toleradas, dentro de la alternancia de cooperación y conflicto que las caracteriza. Puede haber advertencias de una parte a su contraparte que son tomadas como amenazas y que requieren en ese caso la aclaración correspondiente.

Una cuestión que necesita consideración separada es la del aporte de información por los negociadores en el curso del proceso negociador. Como regla general ningún negociador está obligado a transmitir toda la información que posee, o aún porciones de ella, a la contraparte -como en un juego no está obligado a mostrar todas sus cartas-, a menos que se trate de información que se ha comprometido a proporcionar.

El hacer conocer o no información a la contraparte plantea a veces serias dudas al negociador. En el libro "Marking" del ex Secretario General de las Naciones Unidas Dag Hammarskjöld encontramos la siguiente frase: "El más peligroso de todos los dilemas morales: Cuando estamos obligados a ocultar la verdad para ayudar a que la verdad triunfe" Hammarskjöld, 1964: 147).

Si la presentación que se hace o la información que se provee es falsa o distorsionada ("misrepresentation") cabe suponer un propósito de engañar y perjudicar a la contraparte, lo que significa una violación clara de la ética. Las cosas no siempre son tan claras en la práctica en cuanto a la intencionalidad de la información que se transmite. Puede existir inclusive una percepción o una base de información equivocadas. Está en manos de la contraparte exigir la aclaración correspondiente y las compensaciones por la contraparte violadora que fueran del caso.

Próximas a las falsas presentaciones e informaciones, que son formas de mentir o alterar la realidad, se encuentran distintos tipos de mentiras que pueden ser de mayor o menor impacto (estas últimas conocidas como mentiras blancas o "white lies") en la posición e intereses de las partes. En la práctica son denunciadas o toleradas por la contraparte, según las circunstancias, su implicancia ética suele ser discutida y la posibilidad de evitarlas inclusive puesta en duda. En cualquier caso al ser descubierta se considerará perjudicial para quien la emita.

La experiencia reunida y las investigaciones realizadas tanto sobre negociaciones bilaterales como multilaterales, llevan a la conclusión que la cultura nacional a la que pertenecen los negociadores tiene gran

influencia en su manera de pensar y de actuar en el proceso negociador. Es interesante observar la existencia de distintos enfoques respecto de la ética y de la valoración que se hace de ella en distintas culturas. Según lo afirma gráficamente el filósofo Michael Walzer, citado por Donaldson (1955: 52) "no hay esperanto en la ética global" (o universal), es decir que no todos hablan el mismo idioma o tienen la misma idea respecto de la ética. Al propio tiempo está desarrollándose una "cultura de la negociación" entre negociadores, resultado de la frecuencia de sus actividades y de los contactos entre ellos, materializada en el uso de reglas, maneras de negociar e inclusive de un lenguaje negociador común (Faure y Rubin, 1993: 1-54; Cohen, 1995: 7-18). Como sostuviéramos en un trabajo anterior (1977: 294) "se trata de reglas que responden a la vez a la necesidad de un respeto básico equitativo entre las partes y de asegurar un desarrollo adecuado del proceso negociador internacional", es decir de reglas que tienen también un fundamento ético.

La relación entre el comportamiento de los negociadores y la ética en negociaciones corrientes ha sido motivo de estudio por diversos autores en los Estados Unidos, que se refieren principalmente a la buena conducta o proceder correcto ("fairness") de los negociadores y a la transmisión por ellos de información en sus aspectos negativos, como distintos tipos de mentiras y la representación falsa o fraudulenta (Murray, 1996: 24-38). Sus conclusiones podrían ser muy bien aplicadas, *mutatis mutandi*, en el campo de la negociación internacional.

3. Ética y proceso negociador

Nos referiremos ahora al proceso negociador, comprensivo de los aspectos sustantivos y procedimentales de la negociación internacional y trataremos de precisar sus vinculaciones con la ética, que llamaremos ética de fondo, para distinguirla de la del comportamiento de los negociadores ya examinada. Los aspectos sustantivos y procedimentales se encuentran indisolublemente unidos en la negociación, y ésta se desenvuelve corrientemente en dos niveles, como si fueran dos negociaciones (Fisher y Ury, 1981: 10), cuando en realidad se trata de una sola. El tratamiento del Otro adquiere aquí una relevancia mayor, ya que está relacionado con la sustancia misma de la negociación y su resultado.

El estudio de la relación existente entre la ética y los aspectos sustantivos del proceso negociador, así como sobre la actuación de las partes al respecto, resulta complicado, ya que sobre nociones tales como justicia y equidad, que están en el meollo de la ética, es más difícil poner de acuerdo a la gente que en lo que se refiere al simple comportamiento personal de los negociadores. En su conocida obra sobre la justicia Rawls (1993: 20) expresa: "siendo las primeras virtudes de la actividad humana, la verdad y la justicia no pueden estar sujetas a transacciones", es decir han de considerarse indiscutibles y válidas para todos. Rawls entiende que la justicia es ante todo imparcialidad y enuncia dos principios para ella: cada persona debe tener un derecho igual en cuanto a libertades básicas, y las desigualdades sociales y económicas deben ser conformadas de modo que pueda esperarse que haya ventajas para todos y se vinculen a cargos y empleos accesibles para todos (1993: 82). Refiriéndose en particular a la justicia en el campo internacional Bonanate (1995: 104) expresa que si es posible hablar de moral en política "entonces esta moralidad ha de ser una y solo una, sea ella interna o internacional: la moral de los Estados debe ser exactamente como (la de éstos) hacia los individuos".

Zartman y otros (1996: 82) sostienen por su parte que "el pluralismo que caracteriza a los debates en las disciplinas (relativas a la justicia) hace también difícil aceptar cualesquiera afirmaciones que compiten entre sí de que hay un significado de la justicia que pueda ser considerado como el criterio" único. Agregan que "las diferentes aproximaciones no son irrelevantes sino incompletas".

Esto lleva a dichos autores a considerar justicia a la que surge de los resultados de una negociación, según ha sido el balance y acomodamiento de intereses de las partes en el proceso negociador. Vale decir, lo que llamaríamos más apropiadamente una "aceptabilidad razonable y posible" por las partes del acuerdo y sus términos. Suponen los autores que las partes han considerado justo el acuerdo y dividen la justicia en tres subtipos: "1) justicia prioritaria, en la cual una regla no cuantitativa o precedente indican un ganador; 2) justicia igual (o paridad) en la cual las partes tienen una participación igual, o acceso igualitario o posibilidades de acceso a una participación; 3) justicia desigual (o proporcional) en la que los resultados son atribuidos de manera desigual proporcionados a algún criterio, generalmente sea por equidad (o mérito), conforme al cual quien

ha contribuido más obtiene más, o por compensación (o necesidad) en la que quien tiene menos obtiene más" (Zartman, 1996: 82).

Las partes sin duda estimarán que el acuerdo concertado era lo que podían aceptar, pero también es posible suponer que el acuerdo sea para ellas objetivamente justo o injusto. ¿Ha de considerarse justo, por ejemplo, un acuerdo resultado de una presión insoslayable o imposible de contrarrestar de un país más poderoso sobre un país subdesarrollado y muy vulnerable? ¿O resultado de unas condiciones preexistentes que crearán una situación decididamente injusta, con posterioridad al acuerdo, para una de las partes? No hay duda que resulta difícil formular un juicio de valor apropiado sobre una negociación internacional en lo que respecta a las nociones de justicia, igualdad de derechos y oportunidades entre las partes y solo las partes y sus negociadores estarán en condiciones de hacerlo.

Los negociadores internacionales, sobre todo en la negociación bilateral, y los mediadores que deben negociar con las partes, suelen encontrarse frente a dilemas éticos sumamente serios y no fáciles de resolver. Se ven precisados a pronunciarse entre dos o más alternativas, cada una de las cuales puede tener gran importancia e implicaciones, e inclusive corresponder a distintas secuencias. Touval (1995: 333-37) destaca acertadamente casos planteados en Cercano Oriente y Bosnia, en los que los mediadores respectivos tenían ante sí las alternativas del cese del fuego y de la solución del conflicto, es decir salvar vidas o principios, ambas incuestionablemente vinculadas entre sí. Sostiene Touval como curso de acción más prudente trabajar para la concreción de términos de arreglo que parezcan tener la mayor viabilidad, a pesar de sus efectos negativos a largo plazo. Lo que sería congruente con la idea de que los mediadores deberían preferir resultados que permitan salvar vidas en el corto plazo, debido a las mayores incertidumbres del desarrollo de condiciones en el largo plazo (1995: 336).

Otro aspecto a tener en cuenta es el de las intervenciones no oficiales de terceras partes en diversos conflictos que se han hecho frecuentes en años recientes. Responden en general a motivaciones políticas, personales y aún de buena voluntad, pero sus eventuales consecuencias llevan a plantear su validez y su viabilidad práctica a la luz de los principios éti-

cos. Rouhana (1995: 266-67) señala los siguientes ejemplos de daños que pueden producir tales intervenciones: crear expectativas y esperanzas no realistas; aplicar un nivel de análisis reduccionista a una situación compleja; imponer valores culturales; presumir que existe una simetría entre las partes en conflicto; dañar el campo del conflicto.

Como conclusión, en nuestra opinión, una actuación ética en el proceso negociador debería cubrir no solamente las cuestiones procesales sino los asuntos o temas de fondo y el enfoque de las transacciones que se realizan en la negociación. Como conciliar la preocupación ética con el propósito de maximizar las ganancias o ventajas en la negociación es el gran desafío que tienen ante sí las partes y sus negociadores.

4. Utilización de la negociación internacional como instrumento político

El presente análisis no sería completo si no hiciéramos referencia al uso de la negociación como instrumento de política, sea por gobiernos, sea por empresas, organizaciones internacionales u otras instituciones. Se trata en la práctica del empleo de la negociación con un objetivo distinto al concertado por las partes al emprenderla, o bien con un propósito ligado al concertado pero colateral al mismo. En la primera situación, el comportamiento de las partes que así proceden en perjuicio de sus contrapartes aparece claramente como violatorio de la ética. La segunda situación resulta más compleja, ya que tiene que ver con el comportamiento de las partes en el proceso negociador, que admite infinidad de variantes, por lo que sería conveniente analizarla caso por caso.

Es difícil establecer una línea divisoria entre lo que constituye la satisfacción del interés propio de las partes, que utilizan la negociación a tal fin -dilatándola, interrumpiéndola, no honrando lo pactado en ella aduciendo por ejemplo un cambio en las condiciones, restringiendo o ampliando su objeto- y la violación de una norma ética que implica actuar claramente en perjuicio de sus contrapartes.

Bien es sabido que una total libertad en el proceder en relación con la negociación internacional le es reconocida a las partes: entre los Estados, porque se considera el derecho a negociar y como hacerlo un atributo de la soberanía, y entre las empresas porque se entiende que les asiste el

derecho de como entenderse entre ellas según la práctica consagrada en los campos económico y financiero. Sin embargo, este accionar, cualquiera que sea, no está desprovisto de connotaciones éticas. El hecho de que acciones antiéticas carezcan de sanción, como la tendrían la violación de una norma de derecho positivo, y solo tengan consecuencias en las relaciones entre las partes y en los respectivos procesos negociadores, no invalida lo que expresamos.

Por el momento, la responsabilidad por actos o proceder considerados contrarios a la ética es adjudicada según los casos a gobiernos, empresas u organismos internacionales y puesta de relieve en declaraciones ocasionales de las partes interesadas, en estudios y ensayos académicos y por los media. La experiencia muestra que se va creando una mayor conciencia sobre las violaciones a la ética y sobre sus consecuencias negativas y sobre la necesidad de respetar principios y normas éticas, que requiere sin duda aún una mayor precisión y una aceptación consensuada. Mencionaremos seguidamente, con propósito ilustrativo, varios casos que nos ofrece la historia.

La tristemente célebre Conferencia de Munich del 29-30 de septiembre de 1938 es particularmente pertinente a lo que expresamos. De ella participaron los Primeros Ministros de Francia Edouard Daladier y de Gran Bretaña Neville Chamberlain y los Jefes de Gobierno de Alemania Adolf Hitler y de Italia Benito Mussolini. Chamberlain y Daladier se encontraron con que el único propósito de la reunión era aceptar una propuesta de Hitler sobre el desmembramiento de Checoslovaquia y la ocupación por Alemania de la región de los Sudetes, supuestamente para salvar la paz en Europa. La intención y promesas pacíficas de Hitler fueron un evidente fraude. Pocos meses después, en marzo de 1939, los alemanes habían ya ocupado lo que quedaba de Checoslovaquia. La historia que siguió es bien conocida (Albrecht-Carrié, 1958: 525-32).

La Conferencia de Yalta, celebrada en esa ciudad de Crimea del 4 al 11 de febrero de 1945, tuvo como protagonistas a Franklin D. Roosevelt por los Estados Unidos, Winston Churchill por Gran Bretaña y Joseph Stalin por la Unión Soviética. En dicha Conferencia Churchill y Roosevelt aceptaron las fronteras de la Unión Soviética de 1941 y el gobierno creado por Moscú en Polonia, con sede en Lublín. Según destaca Kissinger (1994:

415) "la concesión de Stalin a sus aliados fue una Declaración sobre Europa Liberada que prometió elecciones libres y el establecimiento de gobiernos democráticos en Europa Oriental. Stalin obviamente pensó que estaba prometiendo la versión soviética de elecciones libres, especialmente dado que el Ejército Rojo había ya ocupado los respectivos países". Este fraude representó la vigencia de regímenes comunistas dictatoriales en países de Europa Oriental hasta la caída del muro de Berlín en 1989.

En las negociaciones cuatripartitas relativas a Vietnam, celebradas en París entre 1970 y 1973 Estados Unidos buscaba un compromiso que le permitiera retirar sus tropas y salvar de alguna manera su prestigio, en cambio el propósito del gobierno de Vietnam del Norte era la capitulación del primero y la anexión de la totalidad del territorio de Vietnam. Dentro de esos extremos se negociaron trabajosamente los términos de un acuerdo, que finalmente fue firmado el 27 de enero de 1973. El objetivo político de cada parte era pues de mucho mayor envergadura que las condiciones en que se realizaría el retiro de los Estados Unidos. Hubo distintas apreciaciones, sobre todo en este último país, sobre la moralidad del acuerdo. Sin embargo, su celebración y contenido resultado de las negociaciones, de la posición de las partes y de las circunstancias propias del caso, parecen estar más allá de consideraciones éticas (Kissinger, 1994: 683-87).

En cumplimiento de la Resolución 2065 (XX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, y posteriores de la misma Asamblea, la Argentina y Gran Bretaña han celebrado, aunque de manera intermitente, negociaciones en vistas a solucionar la disputa que las separa respecto de la soberanía sobre las islas Malvinas, reclamadas por la Argentina y ocupadas por Gran Bretaña. Cada una de las partes, en diversas oportunidades, formularon propuestas concretas para la solución de la disputa, pero hubo largos períodos en los que Gran Bretaña actuó de manera a alejar en el tiempo dicha solución, o bien se negó simplemente a negociar sobre la cuestión de la soberanía. Demoras o postergaciones debidas a distintas circunstancias suelen ocurrir en negociaciones políticas. Pero se trata aquí de resoluciones de la Asamblea General exhortando a las partes a negociar, resoluciones que se supone deben ser cumplidas de buena fe por los países a los que van dirigidas. La negativa de Gran Bretaña a negociar significa pues la violación de una obligación legalmente contraída, a la vez

que una violación de la ética que debe presidir el comportamiento de los Estados.

5. ¿Una ética, diversas éticas o ninguna?

Si recurrimos a negociadores prácticos para que nos den una respuesta, sobre la base de sus respectivas experiencias, sus opiniones pueden ser muy diferentes según como ven o como piensan al respecto. Los más cínicos dirán que no hay ninguna ética en la negociación internacional, que lo único que interesa es como aventajar al oponente, con cualquier procedimiento que resulte posible y ofrezca menos riesgos. Otros pondrán de relieve la diversidad de éticas de base cultural o personal de los negociadores, es decir sostendrán que existen marcadas diferencias en el comportamiento de los negociadores y que es necesario adaptarse a ellos, con una opinión matizada sobre la importancia que debe asignarse a la ética. Un tercer grupo, generalmente menos numeroso, afirmará que debe reconocerse la existencia de una ética referencial de carácter único y universal, aunque no siempre aparezca evidente. Las tres opiniones coexisten en la realidad negociadora internacional.

Según hemos sostenido precedentemente (1997: 294) "la autonomía, libertad y discrecionalidad con que actúan las partes es propia de la naturaleza del proceso negociador internacional" y "sin perjuicio de ello, tal como surge de la práctica, determinadas reglas consagradas por el uso en la negociación internacional se están convirtiendo en consuetudinarias". Tales reglas han sido sin duda adoptadas sobre la base de la necesidad y del interés más que por convicción ética. Pero su vinculación con la ética, es decir con el tratamiento del Otro, resulta en nuestra opinión clara e insoslayable.

Si aceptamos que pueden invocarse estas reglas dentro de la "cultura de la negociación internacional", es decir cualquiera sea la cultura nacional de los negociadores, nos hallaríamos en presencia de una ética universal, aún embrionaria, de la negociación internacional. Ella coexistirá sin duda por bastante tiempo con éticas particulares diversas y también con la negación de la ética en la práctica. Pero nos atrevemos a pensar que, en parte por convicción y en parte por necesidad, una ética común y abarcativa se irá afirmando y prevaleciendo sobre las particulares.

6. Conclusiones

Hemos procurado en el presente ensayo abordar un tema a la vez trascendente por su importancia e implicaciones y plenamente conscientes de su naturaleza compleja, polifacética e inclusive elusiva, y lo hemos hecho desde un enfoque teórico-práctico, de modo que puedan comprenderse mejor los principales aspectos que presenta en la actualidad y que resulte de mayor utilidad para quienes están interesados en incursionar en él en el futuro. Es ya casi un lugar común decir que el tema requerirá mayor investigación y estudio pero, dadas sus características y el punto a que se ha llegado en su conocimiento, estimamos que este es un dato innegable de la realidad objetiva.

Sobre la base del análisis realizado deseamos destacar los siguientes puntos principales:

Dado que la negociación internacional es una forma de interacción social e interpersonal, en la que las partes pertenecen a países diferentes, y que la ética se refiere a los principios y reglas de la relación ideal y posible de comportamiento y respeto entre las personas en la vida societaria, la ética ha de considerarse componente integral y necesario de la negociación internacional;

Sin perjuicio de la aceptación de una ética básica común a todas las personas, sin distinción de ninguna clase, resulta apropiado que la ética en la negociación internacional sea considerada en relación a la naturaleza de esta última y a las actividades que en ella se realizan, así como existe una ética particular para las actividades que llevan a cabo jueces, juristas, científicos y miembros de otras profesiones;

La ética, y la falta de ella en su caso, se pone en evidencia en tres vertientes de la actividad humana con referencia a la negociación internacional, según lo hemos desarrollado: el comportamiento de los negociadores en el proceso negociador, los aspectos sustantivos y procedimentales del proceso, y la utilización como instrumento político de la negociación internacional;

En el campo de la ética coexisten, por un lado, ideas de unicidad, es decir de validez universal, y, por otro, la de variaciones según culturas y según enfoques de pensadores acerca de ella, e inclusive sobre la termi-

nología empleada y su posibilidad de adaptarla a distintas necesidades. La realidad indica que, al propio tiempo que se va desarrollando una "cultura de la negociación internacional", se perfila una concepción práctica de ética común y universal, aún de carácter embrionario, sin que hayan desaparecido distintos enfoques culturales de la ética;

En lo que se refiere a la aplicación de principios y normas éticos en la negociación internacional es difícil establecer la línea divisoria clara entre lo que sería convicción y conveniencia como motivación de los actores, pero ambas son posibles y sin duda coincidentes en muchos casos. La utilidad y ventajas de la utilización de dichos principios y normas para quienes los respetan, frente a sus violaciones que también ocurren, se pone cada vez más en evidencia, tanto en la negociación bilateral como multilateral;

Teniendo en cuenta la naturaleza y modalidades de la negociación internacional resulta más apropiado que en cursos relativos a esta última se efectúen el análisis y los ejercicios correspondientes sobre su íntima e inescapable relación con la ética;

Para el futuro es previsible que ciertos principios y normas éticos, que están detrás de ciertas reglas usuales actualmente en la negociación internacional, se conviertan en definitiva en derecho positivo, es decir en normas jurídicas convencionales de cumplimiento obligatorio.

Referencias

- ACHESON, Dean (1958), "Morality, Moralism and Diplomacy", *Yale Review*, vol. 47, June, p. 481-93.
- ALBRECHT-CARRIE, René (1958), *A Diplomatic History of Europe since the Congress of Vienna*. Harper and Brithers, Nueva York.
- BARBERIS, Julio A. (1994), *Formación del Derecho Internacional*, Ediciones Deusto, Buenos Aires.
- BELTRAMINO, Juan Carlos M. (1994), *Como negociar internacionalmente, entre gobiernos, entre empresas y en organismos y conferencias*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- BELTRAMINO, Juan Carlos M. (1997), "La aparente ajurisdicción de la negociación internacional", *Anuario del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, volumen XIII, p. 285-97.

BELTRAMINO, Juan Carlos M. (1997), "La dimensión humana en la negociación internacional", *Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, Jornadas sobre los Requerimientos y Tendencias Actuales de la Negociación Internacional*, p. 91-101.

BONANATE, Luigi (1995), *Ethics and International Politics*, trad. por J. Irving, University of South Carolina Press.

CAMPS, Victoria, ed. (1988), *Historia de la Etica*, Crítica, Grupo Grijalbo-Mondadori, Barcelona, 3 volúmenes.

CAMPS, Victoria (1995), *Etica, retórica, política*, Alianza Editorial, Madrid.

CARNEGIE COUNCIL ON ETHICS AND INTERNATIONAL AFFAIRS (1987), *Ethics and International Affairs*, Nueva York.

COHEN, Raymond (1995), *Negotiating Across Cultures. Communications Obstacles in International Diplomacy*, United States Institute for Peace Press, Washington, DC.

CORTINA, Adela y otros (1994), *Etica de la Empresa*, Editorial Trotta, Madrid.

DONALDSON, Thomas (1996), "Values in Tension: Ethics away from Home", *Harvard Business Review*, vol. 74, N° 5, September-October, p. 48-62.

DUPONT, Christopher y Guy-Olivier Faure (1991), "The Negotiating Process", en V.A. Kremenyuk, ed., *International Negotiation. Analysis, Approaches, Issues*, Jossey-Bass Publishers, San Francisco, California, p. 40-57.

FAURE, Guy-Olivier y Jeffrey Z. Rubin (1993), *Culture and Negotiation*, Sage Publications, Newbury Park, California.

FERRATER MORA, José (1958), *Diccionario de Filosofía*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires.

FISHER, Roger y William Ury (1983), *Getting to Yes. Negotiating Agreement Without Giving In*, Viking Penguin Inc., Nueva York.

GIESEN, Klaus-Gerd (1992), *L'Ethique des Relations Internationales*, Bruylant, Bruselas.

GIESEN, Klaus-Gerd, ed. (1997), *L'Ethique de l'Espace Politique Mondial. Métissages Disciplinaires*, Bruylant, Bruselas.

HAMMARSKJÖLD, Dag (1964), *Markins*, trad. del sueco por L. Sjöberg y W.A. Auden, Alfred A. Knopf, Nueva York.

HARBOUR, Frances V. (1995), "Basic Moral Values: A Shared Core", *Ethics and International Affairs*, vol. 9, p. 154-70.

HÖFFE, Otfried (1994), *Diccionario de Etica*, Crítica, Grupo Grijalbo-Mondadori, Barcelona.

KISSINGER, Henri (1994), *Diplomacy*, Simon and Schuster, Nueva York.

LAKOS, Amos (1989), *International Negotiations: A Bibliography*, Westview Special Studies in International Relations, Boulder, Colorado.

LANG, Winfried (1993), "A Professional View", en G.O. Faure y J.Z. Rubin, *Culture and Negotiation*, Sage Publications, Newbury Park, California, p. 34-86.

LAX, David A. (1986), "Three Ethical Issues in Negotiation", *Negotiation Journal*, October, vol. 2, N° 4, p. 363-70.

LEWICKI, Roy (1997), "Teaching Negotiation and Dispute Resolution in College Business: The State of the Practice", *Negotiation Journal*, July, vol. 13, N° 3, p. 253-69.

MEYER, Michel (1964), *Rhetoric, Language and Reason*, The Pennsylvania State University Press.

MURRAY, John S., Alan Scott Rau y Edward F. Sherman (1996), *Negotiation*, The Foundation Press, Westbury, Nueva York.

NOLAN, Cathal J., de., (1995), *Ethics and Statecraft. The Moral Dimension of International Affairs*, Praeger, Westport, Connecticut.

ROUHANA, Nadim N. (1995), "Unofficial Third-Party Intervention in International Conflict: Between Legitimacy and Dissarray", *Negotiation Journal*, vol. 11, N° 3, p. 255-70.

RUBIN, Jeffrey Z. (1991), "The Actors in Negotiation", V.A. Kremenyuk, ed., *International Negotiation. Analysis, Approaches, Issues*, Jossey-Bass Publishers, San Francisco, California, p. 90-99.

TOUVAL, Saadia (1995), "Ethical Dilemmas in International Mediation", *Negotiation Journal*, vol. 11, N° 4, p. 333-37.

VAN ES, Robert (1996), *Negotiating Ethics: On Ethics in Negotiation and Negotiating in Ethics*, Delft, The Netherlands, Eburon Publishers.

VERTZBERGER, Yaacov Y.I. (1991), *The World in their Minds. Information Processing, Cognition and Perception in Foreign Policy Decisionmaking*, Stanford University Press, Stanford, California.

VON KUTSCHERA, Franz (1989), *Fundamentos de Etica*, trad. del alemán, Ediciones Cátedra S.A., Madrid.

ZARTMAN, I. William, Daniel Druckman, Loyd Jensen, Dean G. Pruitt, H. Peyton Young (1996), "Negotiation as a Search for Justice", *International Negotiation. A Journal on Theory and Practice*, vol. 1, N° 1, p. 79-98.

O LEGADO DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE 1948 E O FUTURO DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS (1)

Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE
Director del I.H.L.A.D.I.

I. Introdução.

Decorridas cinco décadas desde a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos, é inegável que a proteção dos direitos humanos ocupa hoje uma posição central na agenda internacional da passagem do século. Ao longo das cinco últimas décadas, apesar das divisões ideológicas do mundo, a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos encontraram expressão na Declaração Universal de 1948, daí projetando-se a numerosos e sucessivos tratados e instrumentos de proteção, nos planos global e regional, e a Constituições e legislações nacionais, e se reafirmaram em duas Conferências Mundiais de Direitos Humanos (Teerã, 1968, e Viena, 1993). Para todos os que atuamos no campo da proteção internacional dos direitos humanos, 1998 é, pois, um ano particularmente significativo: marca o cinquentenário das Declarações Universal e Americana dos Direitos Humanos, assim como da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio. Marca o cinquentenário de um movimento universal irreversível de resgate do ser humano como sujeito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, dotado de plena capacidade jurídica internacional.

No momento em que a comunidade internacional começa a mobilizar-se para as justas comemorações deste cinquentenário (2), é alentador veri-

(1) Texto da conferência inaugural proferida pelo Autor, na sessão de abertura do *Encontro Preparatório do Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos Humanos e da Declaração Americana sobre Direitos e Deveres do Homem*, realizado no Congresso Nacional (Auditório Nereu Ramos) em Brasília, no dia 03 de dezembro de 1997, sob o patrocínio da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados.

(2) Cf. U.N. High Commissioner for Human Rights, *1998 - 50th Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights*, Geneva, 19.06.1997, pp. 1-26.

ficar que nosso país se alia prontamente a estas iniciativas. Há cerca de trinta anos publicávamos nossa primeira monografia sobre o tema (3), que desde então se incorporou inelutavelmente ao cotidiano de nossa vida. É, pois, com grande satisfação que comparecemos ao Congresso Nacional de nosso país, para, na abertura deste *Encontro Preparatório do Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos Humanos e da Declaração Americana sobre Direitos e Deveres do Homem* (Brasília, 03 de dezembro de 1997), prestarmos nosso testemunho do que entendemos constituir o legado da Declaração Universal dos Direitos Humanos e de como vislumbramos o futuro da proteção internacional dos direitos humanos neste final de século.

Em nosso estudo, examinaremos, de início, o processo preparatório, a adoção e a significação da Declaração Universal de 1948, sua projeção no Direito Internacional e no direito interno dos Estados, assim como nas duas Conferências Mundiais de Direitos Humanos. A seguir, concentraremos no amplo alcance das obrigações convencionais internacionais em matéria de proteção dos direitos humanos. Não há como negar que, a par dos avanços logrados neste domínio ao longo das cinco últimas décadas, surgem, não obstante, novos obstáculos e desafios, materializados sobretudo na marginalização e exclusão sociais de segmentos crescentes da população, na diversificação de fontes de violações de direitos humanos e na impunidade de seus perpetradores. Impõe-se, assim, um entendimento mais claro do amplo alcance das obrigações convencionais de proteção, que vinculam não só os governos mas os próprios *Estados* (todos seus poderes, órgãos e agentes), e se aplicam em todas as circunstâncias (inclusive nos estados de emergência).

Buscaremos, enfim, identificar, à luz do legado da Declaração Universal de 1948, os rumos da proteção internacional dos direitos humanos neste limiar do novo século. Impõem-se, como veremos, tanto a adoção e o aperfeiçoamento de medidas nacionais de implementação dos instrumentos internacionais de proteção, como a adoção de mecanismos internacionais de prevenção e seguimento (monitoramento contínuo). É nosso entendimento, subjacente a todo este estudo, que, no longo camin-

(3) A.A. Cançado Trindade, *Fundamentos Jurídicos dos Direitos Humanos*, Belo Horizonte, Ed. Faculdade de Direito da UFMG, 1969, pp. 1-55.

ho que resta a percorrer, somente à luz de uma visão necessariamente *integral* de todos os direitos humanos lograremos continuar a avançar com eficácia na obra de construção de uma cultura universal de observância dos direitos inerentes ao ser humano. Passemos, pois, ao exame dos primeiros cinquenta anos desta grande obra.

II. Processo Preparatório, Adoção e Significação da Declaração Universal de 1948.

O processo de generalização da proteção do direitos humanos desencadeou-se no plano internacional a partir da adoção em 1948 da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Era preocupação corrente, na época, a restauração do direito internacional em que viesse a ser reconhecida a capacidade processual dos indivíduos e grupos sociais no plano internacional (4). Para isto contribuíram de modo decisivo as duras lições legadas pelo holocausto da segunda guerra mundial. Já não se tratava de proteger indivíduos sob certas condições ou em situações circunscritas como no passado (e.g., proteção de minorias, de habitantes de territórios sob mandato, de trabalhadores sob as primeiras convenções da Organização Internacional do trabalho - OIT), mas doravante de proteger o ser humano como tal.

Subjacentes aos esforços e iniciativas desencadeados a partir da elaboração e adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos estavam as premissas básicas de que os direitos proclamados eram claramente concebidos como inerentes à pessoa humana, a todos os seres humanos (e portanto anteriores a toda e qualquer forma de organização política ou social), e de que a ação de proteção de tais direitos não se esgotava - não poderia se esgotar - na ação do Estado. Precisamente quando as vias internas ou nacionais se mostrassem incapazes de assegurar a salvaguarda desses direitos é que se haveria de acionar os instrumentos internacionais de proteção.

O ponto de partida para o exame da evolução da matéria nas cinco últimas décadas reside nos trabalhos preparatórios e adoção da Declaração

(4) Cf. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 1997, pp. 17-58, e fontes ali citadas.

Universal dos Direitos Humanos. Resultou esta última de uma série de decisões tomadas no biênio 1947-1948, a partir da primeira sessão regular da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas em fevereiro de 1947. Naquele momento já se dispunha de propostas a respeito, enviadas à Assembléia Geral das Nações Unidas no trimestre de outubro a dezembro de 1946.

Para um instrumento internacional que passaria a assumir importância transcendental, como universalmente reconhecido em nossos dias, os *travaux préparatoires* da Declaração Universal de 1948 desenvolveram-se em um período de tempo relativamente curto, em um dos poucos lampejos de lucidez no decorrer deste século. Ao labor da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas e de seu Grupo de Trabalho (maio de 1947 a junho de 1948) -com as consultas paralelas realizadas pela UNESCO em 1947 (5)-, seguiram-se os debates da III Comissão da Assembléia Geral das Nações Unidas (setembro de 1948) (6). O texto daí resultante e aprovado foi enfim adotado na forma da Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948: dos então 58 Estados membros da ONU, 48 votaram a favor, nenhum contra, 8 se abstiveram e 2 encontravam-se ausentes na ocasião.

O projeto original de uma Declaração internacional sobre a matéria evoluíra rumo a um projeto de Declaração Universal; a busca da universalidade -com base na própria diversidade cultural- depreendia-se com

clareza, e.g., das referidas consultas realizadas pela UNESCO (1947) como contribuição ao processo preparatório. O plano geral era de uma Carta Internacional de Direitos Humanos, do qual a Declaração seria apenas a primeira parte, a ser complementada por uma Convenção ou Convenções -posteriormente denominadas Pactos- e medidas de implementação. Estas últimas não constavam, pois, da Declaração Universal (7), que, no entanto, significativamente incluiu tanto os direitos civis e políticos (artigos 2-21) quanto os direitos econômicos, sociais e culturais (artigos 22-28).

Cabe recordar que a Declaração Universal, de dezembro de 1948, foi precedida em meses pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (de abril de 1948). Uma e outra proclamaram, a par dos direitos consagrados, os deveres correspondentes. Embora não tão ordenada como a Declaração Universal, a Declaração Americana permite um paralelo com aquela (8). Uma significativa contribuição da Declaração Americana à Universal consistiu na formulação original -de origem latino-americana- do direito a um recurso eficaz ante os tribunais nacionais, transplantada da primeira (artigo XVIII) à segunda (artigo 8) (9). Com efeito, a inserção daquela garantia na Declaração Americana ocorreu quando, paralelamente, a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas e seu Grupo de Trabalho ainda preparavam o Projeto de

(5) Cf. [UNESCO], *Los Derechos del Hombre - Estudios y Comentarios en torno a la Nueva Declaración Universal Reunidos por la UNESCO*, México/Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1949, apêndice I; A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional...*, op. cit. *supra* n. (4), pp. 35-37.

(6) Para um exame do processo preparatório, cf. René Cassin, "Quelques souvenirs sur la Déclaration Universelle de 1948", 15 *Revue de droit contemporain* (1968) pp. 1-14; René Cassin, "La Déclaration Universelle et la mise en oeuvre des droits de l'homme", 79 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* - Haia (1951) pp. 183-279; John Humphrey, "The Universal Declaration of Human Rights: Its History, Impact and Juridical Character", *Human Rights: Thirty Years after the Universal Declaration* (ed. B.G. Ramcharan), The Hague, Nijhoff, 1979, pp. 21-37; John Humphrey, *Human Rights and the United Nations: A Great Adventure*, Dobbs Ferry/N.Y., Transnational Publs., 1984; Albert Verdoodt, *Naissance et signification de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme*, Louvain/Paris, Ed. Nauwelaerts, [1963], pp. 1ss.; Charles de Visscher, "Les droits fondamentaux de l'homme, base d'une restauration du droit international", 45 *Annuaire de l'Institut de Droit International* (1947) pp. 1-13.

(7) Propostas relativas a um direito de petição internacional, e a direitos de minorias, terminaram por não ser incluídas na Declaração Universal; a concepção de medidas de implementação foi deixada aos anos vindouros.

(8) Para um paralelo entre as duas Declarações de 1948, cf. A.A. Cançado Trindade, "Reflexiones sobre las Declaraciones Universal y Americana de Derechos Humanos de 1948 con Ocasión de su Cuadragésimo Aniversario", *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (1989) n. especial, pp. 121-129; H. Gros Espiell, "La Declaración Americana: Raíces Conceptuales y Políticas en la Historia, la Filosofía y el Derecho Americano", in *ibid.*, pp. 41-64.

(9) E daí às Convenções Européia e Americana sobre Direitos Humanos (artigos 13 e 25, respectivamente), assim como ao Pacto de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas (artigo 2 (3)); sob a Convenção Européia, em particular, tem aquela disposição gerado uma vasta jurisprudência, além de denso debate doutrinário. - Embora, à época da adoção das Declarações Americana e Universal de 1948, se tratasse de uma inovação no plano internacional, em muito fortaleceu a proposta latino-americana o fato de que o direito em questão já se encontrava reconhecido na maior parte das legislações nacionais latino-americanas (na forma do recurso de *amparo*), de modo a submeter os abusos do poder público ao controle do Poder Judiciário. O que se logrou em 1948, quando da adoção das Declarações Americana e Universal, foi, pois, transplantar o reconhecimento deste direito igualmente ao plano internacional. Cf. A. Verdoodt, op. cit. *infra* n. (10), pp. 116 e 118.

Declaração Universal; sua inserção foi confirmada nos debates subsequentes (de 1948) da III Comissão da Assembléia Geral das Nações Unidas (10). Tal disposição representa, como amplamente reconhecido na atualidade, um dos pilares básicos do próprio Estado de Direito em uma sociedade democrática.

Em perspectiva histórica, é altamente significativo que a Declaração Universal de 1948 tenha propugnado uma concepção necessariamente *integral* ou *holística* de todos os direitos humanos. Transcendendo as divisões ideológicas do mundo de seu próprio tempo, situou assim no mesmo plano todas as "categorias" de direitos - civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Este enfoque seria retomado duas décadas depois, na I Conferência Mundial de Direitos Humanos (1968), e nele se insistiria mais recentemente na II Conferência Mundial de Direitos Humanos (1993). Os direitos proclamados compreenderam os de caráter pessoal, os atinentes às relações do indivíduo com grupos e o mundo exterior, as liberdades públicas e os direitos políticos, assim como os direitos econômicos, sociais e culturais (11).

III. Projeção da Declaração Universal de 1948 no Direito Internacional e no Direito Interno.

A experiência internacional em matéria de proteção dos direitos humanos tem revelado, em diferentes momentos históricos, o consenso quanto

(10) Cf. René Cassin, "Quelques souvenirs sur la Déclaration Universelle de 1948", 15 *Revue de droit contemporain* (1968) n. 1, p. 10; e cf. também Albert Verdoodt, *Naissance et signification de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme*, Louvain/Paris, Ed. Nauwelaerts, [1963], pp. 116-119.

(11) Sobre o conteúdo da Declaração Universal, cf., e.g., René Cassin, "La Déclaration Universelle et la mise en oeuvre des droits de l'homme", 79 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* - Haia (1951) pp. 183-279; René Cassin, *La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948*, Paris, Académie des Sciences Morales et Politiques, 1958; Karel Vasak, "Le droit international des droits de l'homme", 140 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* - Haia (1974) pp. 343-413. Cf. também: E.G. da Mata-Machado, *Contribuição ao Personalismo Jurídico*, Rio de Janeiro, Forense, 1954, pp. 53-70; G.B. Mello Boson, *Internacionalização dos Direitos do Homem*, São Paulo, Sug. Literárias, 1972, pp. 29-43; C.A. Dunshee de Abranches, *Proteção Internacional dos Direitos Humanos*, Rio de Janeiro/São Paulo, Livr. Freitas Bastos, 1964, pp. 96-110; W. Ganshof van der Meersch, "Quarantième anniversaire de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme", 107 *Journal des Tribunaux* - Bruxelles (1988) n. 5485, pp. 697-699.

à universalidade dos direitos humanos, mais além das diferenças quando a concepções doutrinárias e ideológicas e particularidades culturais. Foi, assim, possível, alcançar uma Declaração Universal no mundo profundamente dividido do pós-guerra; foi igualmente possível, em plena guerra-fria, adotar os dois Pactos de Direitos Humanos em votação, à qual concorreram países tanto ocidentais quanto socialistas, com regimes sócio-econômicos antagônicos (12), sem falar no chamado terceiro mundo. Em meio a tantos antagonismos da época, foi possível afirmar a indivisibilidade de todos os direitos humanos.

A universalidade dos direitos humanos, proclamada pela Declaração de 1948, veio a ecoar nas duas Conferências Mundiais sobre a matéria (Teerã, 1968, e Viena 1993). Os países emancipados no processo da descolonização prontamente estenderam sua contribuição à evolução da proteção dos direitos humanos, premidos pelos problemas comuns da pobreza extrema, das enfermidades, das condições desumanas de vida, do *apartheid*, racismo e discriminação racial. O enfrentamento de tais problemas propiciou uma maior aproximação entre as diferentes concepções dos direitos humanos à luz de uma visão universal, refletida no aumento do número de ratificações dos instrumentos globais e na busca de maior eficácia dos mecanismos e procedimentos de proteção, assim como na adoção de novos tratados de proteção nos planos global e regional, tidos como essencialmente complementares (13), e atendendo a novas necessidades de proteção do ser humano.

O tempo relativamente curto com que se elaborou e adotou a Declaração Universal (*supra*) veio a contrastar com os prolongados trabalhos preparatórios dos dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas, que, juntamente com a Declaração Universal, conformariam a chamada Carta Internacional dos Direitos Humanos. Nos prolongados *travaux préparatoires* dos dois Pactos (e Protocolo Facultativo) fêz-se constantemente presente a consideração cuidadosa das medidas de implemen-

(12) H. Gros Espiell, *Estudios sobre Derechos Humanos*, vol. I, San José/Caracas, IIDH/Ed. Jur. Venezolana, 1985, pp. 299-300, 310 e 313.

(13) Cf. A.A. Cançado Trindade, "Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)", 202 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* - Haia (1987) pp. 21-435.

tação. Podem-se, com efeito, destacar quatro fases naqueles trabalhos, que se estenderam de 1947 a 1966: na primeira, de 1947 a 1950, a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas destacou quatro fases naqueles trabalhos, que se estenderam de 1947 a 1966: na primeira, de 1947 a 1950, a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas trabalhou praticamente só, sem assistência direta do Conselho Econômico e Social (ECOSOC) ou da Assembléia Geral das Nações Unidas. De 1950 a 1954 os três órgãos atuaram conjuntamente, dividindo-se o período em 1951 com a importante decisão de ter dois Pactos ao invés de um (14). O quarto e último período estendeu-se de 1954, data da conclusão pela Comissão de Direitos Humanos do projeto dos dois Pactos, até 1966, data de sua adoção (em que os trabalhos foram desenvolvidos pela própria Assembléia Geral e sua III Comissão).

A idéia inicial (debates de 1950 da Comissão de Direitos Humanos) era incluir em um único Pacto os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, dotados -para sua implementação- dos sistemas de *relatórios e petições* (este último em Protocolo separado). Diferenças quanto aos métodos de implementação de "distintas categorias" de direitos levaram à opção do projeto de dois Pactos distintos, como uma solução de conciliação (apregoadada por René Cassin) entre a tese de um Pacto único e a de Pactos sucessivos (15), reservado o sistema de petições

(14) O argumento que serviu de base a esta decisão (e que anos depois seria questionado no âmbito não só da própria ONU como também dos sistemas regionais de proteção) era o de que, enquanto os direitos civis e políticos eram suscetíveis de aplicação "imediate", requerendo obrigações de *abstenção* por parte do Estado, os direitos econômicos, sociais e culturais eram passíveis de aplicação apenas *progressiva*, requerendo obrigações positivas (atuação) do Estado. - Para um estudo crítico, relativo à superação desta dicotomia, cf. A.A. Cançado Trindade, "A Questão da Implementação Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais", 71 *Revista Brasileira de Estudos Políticos* (1990) pp. 7-55, esp. pp. 9-10 e 16-21; A.A. Cançado Trindade, "La question de la protection internationale de droits économiques, sociaux et culturels: évolution et tendances actuelles", 44 *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* (1991) pp. 13-41; A.A. Cançado Trindade, "Do Direito Econômico aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais", in *Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional - Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor Washington P. Albino de Souza* (coord. R.A.L. Camargo), Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 1995, pp. 9-38.

(15) René Cassin, "La Déclaration Universelle et la mise en oeuvre des droits de l'homme", 79 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* - Haia (1951) pp. 297-305, e cf. 241-362; René Cassin, "Quelques souvenirs sur la Déclaration Universelle de 1948", 15 *Revue de droit contemporain* (1968) pp. 1-14.

ou reclamações apenas aos direitos civis e políticos (e incorporado em um Protocolo Facultativo) (16).

A contribuição da Comissão de Direitos Humanos não deve passar despercebida: apesar das diferenças (tanto em seu seio como no do ECOSOC e da Assembléia Geral) decorrentes dos conflitos ideológicos próprios do período da guerra fria e também marcados pelo processo incipiente de descolonização, conseguiu estabelecer as bases dos dois Pactos de Direitos Humanos (17), a serem retomadas e elaboradas -de 1954 a 1966- pela Assembléia Geral adotou e abriu à assinatura, ratificação e adesão o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (por 105 votos a zero), o Pacto de Direitos Civis e Políticos (por 106 votos a zero) e o Protocolo Facultativo desse último (por 66 votos a 2, com 38 abstenções) (18). Com a adoção desses tratados gerais, somados à Declaração Universal de 1948, estava enfim completada a Carta Internacional dos Direitos Humanos.

Ao longo dos anos passariam a coexistir inúmeros instrumentos internacionais de proteção, de origens, natureza e efeitos jurídicos distintos ou variáveis (baseados em tratados e resoluções), de diferentes âmbitos de aplicação (nos planos global e regional), distintos também quanto aos seus destinatários ou beneficiários (tratados ou instrumentos gerais, e setoriais), e quanto a seu exercício de funções e a seus mecanismos de controle e supervisão (essencialmente, os métodos de *petições ou denúncias*, de *relatórios*, e de *investigações*). Formou-se, assim, gradualmente, um complexo *corpus juris*, em que, no entanto, a unidade conceitual dos direitos humanos veio a transcender tais diferenças, inclusive quanto às distintas formulações de direitos nos diversos instrumentos.

A multiplicidade desses instrumentos, adotados ao longo dos anos como *respostas* às necessidades de proteção, e dotados de base convencional ou extra-convencional, afigurou-se antes como um reflexo do modo com que se desenvolveu o processo histórico da *generalização* da

(16) Para um estudo detalhado dos debates sobre as medidas de implementação dos dois Pactos, cf. A.A. Cançado Trindade, "A Implementação Internacional dos Direitos Humanos ao Final da Década de Setenta", 22 *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais* (1979) pp. 341-348.

(17) J.B. Marie, *La Commission des Droits de l'Homme de l'ONU*, Paris, Pédone, 1975, p. 168.

(18) A.G., resolução 2200 A (XXI), in U.N. doc. A/6546, p. 67.

proteção internacional dos direitos da pessoa humana, no cenário de uma sociedade internacional descentralizada em que deviam operar. Ante a fragmentação histórica do *jus gentium* no *jus inter gentes* contemporâneo (19), as consequências de uma centralização ou hierarquização dos instrumentos de proteção não puderam, como ocorre ainda hoje, ser previstas, antecipadas ou propriamente avaliadas. Não obstante, a multiplicidade de instrumentos internacionais de proteção forma um todo harmônico, e a unidade conceitual dos direitos humanos, todos inerentes à pessoa humana, veio a transcender as formulações distintas dos direitos consagrados em diversos instrumentos.

A Declaração Universal de 1948 abriu efetivamente caminho à adoção de sucessivos tratados e instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, a operarem hoje em base regular e permanente, nos planos global e regional (20). Em nada surpreende que a Declaração Universal viesse logo a ser tida como uma interpretação autêntica e elaboração da própria Carta das Nações Unidas (no tocante em particular a suas disposições sobre direitos humanos), dando assim conteúdo a algumas de suas normas. A autoridade da Declaração de 1948, nesse sentido, fortaleceu-se, ao ser reconhecida como refletindo normas do direito internacional consuetudinário; seus princípios passaram a ser vistos como correspondendo a princípios gerais do direito (21).

A este fenômeno da *diversidade de meios e identidade de propósito* há que agregar a gradual superação de objeções clássicas como a da preten-

(19) Cf. Clive Parry, "Some Considerations upon the Protection of Individuals in International Law", 90 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* - Haia (1956) pp. 657-723.

(20) B. Boutros-Ghali, "Introduction", *Les Nations Unies et les droits de l'homme 1945-1995*, N.Y., U.N., 1995, pp. 3-133; A.A. Cançado Trindade, "The Current State of the International Implementation of Human Rights", *Hague Yearbook of International Law* (1990) pp. 3-29; John Humphrey, "The U.N. Charter and the Universal Declaration of Human Rights", *The International Protection of Human Rights* (ed. Evan Luard), London, Thames and Hudson, 1967, pp. 39-58; Rüdiger Wolfrum, "The Progressive Development of Human Rights: A Critical Appraisal of Recent U.N. Efforts", *Des Menschen Recht zwischen Freiheit und Verantwortung - Festschrift für K.J. Partsch*, Berlin, Dunker & Humblot, 1989, pp. 67-95. Sobre a expansão da noção de direitos humanos a partir da Declaração Universal de 1948, cf. Nicolas Valticos, "La notion des droits de l'homme en Droit international", *Le Droit international au service de la paix, de la justice et du développement - Mélanges Michel Virally*, Paris, Pédone, 1991, pp. 483-491.

(21) Para um estudo geral, cf. John Humphrey, *Human Rights and the United Nations: A Great Adventure*, Dobbs Ferry/N.Y., Transnational Publs., 1984; John Humphrey, "The International Law of Human Rights in the Middle Twentieth Century", *The Present State of International Law and Other Essays* (Centenary Celebration of the International Law Association 1873-1973), Dordrecht, Kluwer, 1973, pp. 101ss.

sa competência nacional exclusiva ou domínio reservado dos Estados (22), e a concomitante asserção da capacidade de agir dos órgãos de supervisão internacionais. De importância capital foi o papel exercido pelo processo dinâmico de *interpretação* na evolução da proteção internacional dos direitos humanos. A construção jurisprudencial de distintos órgãos de supervisão veio a mostrar-se, com efeito, *convergente*, ao enfatizar o caráter objetivo das obrigações e a necessidade de realização do objeto e propósito dos tratados ou convenções em questão. A interação dos instrumentos de proteção estendeu-se também ao plano hermenêutico, dada sua identidade básica de propósito (23).

Este fenômeno veio a revelar a *complementaridade* dos instrumentos globais e regionais de proteção, reforçando-se mutuamente, e acarretando a extensão ou ampliação da proteção devida às supostas vítimas. Descartou-se, desse modo, qualquer pretensão antagonismo entre soluções nos planos global e regional (24), fazendo-se uso do Direito Internacional,

(22) A.A. Cançado Trindade, *O Estado e as Relações Internacionais: O Domínio Reservado dos Estados na Prática das Nações Unidas e Organizações Regionais*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1979, pp. 1-54; e cf., uma década antes, A.A. Cançado Trindade, *Fundamentos Jurídicos dos Direitos Humanos*, Belo Horizonte, Faculdade de Direito da UFMG, 1969, pp. 1-55.

(23) Cf. A.A. Cançado Trindade, "A Evolução Doutrinária e Jurisprudencial da Proteção Internacional dos Direitos Humanos nos Planos Global e Regional: As Primeiras Quatro Décadas", 90 *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal* (1986) pp. 233-288.

(24) Para um exame dos sistemas regionais no âmbito da universalidade dos direitos humanos, cf., e.g.: A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional...*, cit. *supra* n. (4), vol. 2 (no prelo); Karel Vasak (ed.), *Les dimensions internationales des droits de l'homme*, Paris, UNESCO, 1978; Karel Vasak (ed.), *The International Dimensions of Human Rights*, vols. 1-2, Westport, Conn./Paris, Greenwood/UNESCO, 1982; W. Benedek e W. Heßing (eds.), *Regional Systems of Human Rights Protection in Africa, America and Europe* (Proceedings of the 1992 Strasbourg Conference), Brussels, Friedrich-Naumann-Stiftung, 1991, pp. 5-150 (vol. 1) and pp. 1-100 (vol. 2); Roger Pinto, "Régionalisme et universalisme dans la protection des droits de l'homme", *International Protection of Human Rights* (Proceedings of the VII Nobel Symposium, Oslo, September 1967 - eds. A. Eide e A. Schou), Stockholm, Almqvist & Wiksell, 1968, pp. 177-192; A.A. Cançado Trindade (rapporteur), *La Protección Internacional de los Derechos Humanos en América Latina y el Caribe* (Documento de Apoyo a la Reunión Regional de América Latina y el Caribe Preparatoria de la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Naciones Unidas), San José de Costa Rica, IIDH/CEE, 1993, pp. 9-67; A.A. Cançado Trindade, "El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (1948-1995): Evolución, Estado Actual y Perspectivas", *Derecho Internacional y Derechos Humanos / Droit international et droits de l'homme* (ed. D. Bardonnet e A.A. Cançado Trindade), San José de Costa Rica/La Haya, Académie de Droit International de La Haya/Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, pp. 47-95; G. Cohen-Jonathan, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Aix-en-

no presente domínio, para ampliar, aprimorar e fortalecer a proteção dos direitos reconhecidos (25). A complementaridade dos instrumentos de direitos humanos nos planos global e regional veio a refletir em última análise a especificidade e a autonomia do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

As indicações nesse sentido são inequívocas. Os instrumentos de direitos humanos nos planos global e regional têm encontrado uma fonte comum de inspiração na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, à qual se referem expressamente em seus preâmbulos. Em nada surpreende encontrar a liberdade de escolha (pelo indivíduo reclamante) do procedimento internacional - consagrada nos próprios instrumentos internacionais, - a ser acionado seja no plano global ou regional (26), - o que pode reduzir ou minimizar a possibilidade de conflito em nível internacional-. Os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos passaram a mostrar-se, assim, essencialmente *complementares* uns aos outros, nos planos global e regional. O foco de atenção voltou-se, da ênfase tradicional na delimitação clássica de competências, à garantia de uma proteção cada vez mais eficaz dos direitos humanos. E não poderia ser de outra forma, em um domínio de proteção em que primam interesses comuns superiores, considerações de *ordre public* e a noção de garantia coletiva.

A operação, nesse sentido, de múltiplos instrumentos de proteção, fez com que se cristalizasse em definitivo o ideal comum de todos os povos (a "meta a alcançar", o "*standard of achievement*"), consubstanciado na Carta Internacional dos Direitos Humanos (a Declaração Universal de 1948 e os dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas de 1966)

Provence/Paris, Pr. Univ. d'Aix-Marseille/Economica, 1989; A.A. Cançado Trindade, "Analysis of the Legal Implications for States that Intend to Ratify both the European Convention on Human Rights and Its Protocols and the Convention on Human Rights of the Commonwealth of Independent States (CIS)" [prepared for the Secretary General of the Council of Europe], 17 *Human Rights Law Journal* (1996) pp. 164-180; F. Ouguergouz, *La Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples*, Paris, PUF, 1993; E.G. Bello, "Human Rights, African Developments", *Encyclopedia of Public International Law* [of the Max Planck Institute], vol. 8, Amsterdam, North-Holland, 1985, pp. 284-292.

(25) A.A. Cançado Trindade, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos - Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1991, pp. 1-59.

(26) Cf. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional...*, op. cit. supra n. (4), pp. 434-436, e disposições de tratados de direitos humanos ali citadas.

complementada ao longo dos anos por dezenas de outros tratados "setoriais" de proteção e de convenções regionais, e consagrado ademais nas Constituições nacionais de numerosos países. Reconhecido como um ideal comum este conjunto de valores e preceitos básicos, consubstanciado em um conjunto de normas jurídicas, o próximo passo consistiu na consagração de um núcleo básico de direitos inderrogáveis, presentes nos distintos tratados de direitos humanos, de reconhecimento universal (27).

Passou a manifestar-se um consenso da virtual totalidade dos Estados do mundo no sentido de fazer figurar, dentre as violações mais graves dos direitos humanos, o genocídio, o *apartheid* e a discriminação racial, a prática de tortura e a de desaparecimentos forçados de pessoas, o que implicava um acordo de princípio quanto a certos direitos básicos e inderrogáveis, a serem gradualmente ampliados (28). Passou-se a associar a proibição absoluta de tais violações graves dos direitos humanos com a emergência e consolidação do *jus cogens* no Direito Internacional contemporâneo (29). Tratava-se de claras indicações de um novo *ethos*, da fixação de parâmetros de conduta em torno de valores básicos universais, a ser observados e seguidos por todos os Estados e povos, tendo presente a nova dimensão dos direitos humanos, a permear todas as áreas da atividade humana.

Referências à Declaração Universal de 1948 passaram a figurar na jurisprudência dos tribunais internacionais, inclusive da Corte Internacional de Justiça (30). Juntamente com as disposições sobre direitos humanos da Carta das Nações Unidas e de sucessivos tratados e instrumentos internacionais de proteção, a Declaração de 1948 veio a servir

(27) Cf. *ibid.*, pp. 41-43.

(28) Antonio Cassese, *Los Derechos Humanos en el Mundo Contemporáneo*, Barcelona, Ed. Ariel, 1991, pp. 77-78, e cf. pp. 227-228 e 231; outra área de convergência, consignada na Ata Final de Helsinqui de 1975, se deu em relação à própria interação entre os direitos humanos e a paz, a requerer uma aceitação mais ampla e generalizada dos métodos de supervisão internacional. Tal aceitação passou a vislumbrar-se, paralelamente aos mecanismos de direitos humanos, e.g., no documento final da Conferência de Segurança e Cooperação Europeias (Viena, 1989) - a chamada "dimensão humana" da CSCE.

(29) Cf. A.A. Cançado Trindade, *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1981, pp. 13-15 e 38-40, e fontes ali citadas.

(30) A.A. Cançado Trindade, "La jurisprudence de la Cour Internationale de Justice sur les droits intangibles", *Droits intangibles et états d'exception* (ed. D. Prémont), Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 53-89.

de base à ação internacional na salvaguarda dos direitos humanos. Os tratados e instrumentos internacionais de direitos humanos vieram a mostrar-se dotados, no plano substantivo, de fundamentos e princípios básicos próprios, assim como de um conjunto de normas a requererem uma interpretação e aplicação de modo a lograr a realização do objeto e propósito dos instrumentos de proteção. E, no plano operacional, passaram a contar com uma série de mecanismos próprios de supervisão. Este *corpus juris* em expansão veio enfim a configurar-se, ao final de cinco décadas, como uma nova disciplina da ciência jurídica contemporânea, dotada de autonomia, o *Direito Internacional dos Direitos Humanos* (31).

Ademais, a Declaração Universal também se projetou no direito interno dos Estados. Suas normas encontraram expressão nas Constituições das legislações nacionais visando a proteção dos direitos humanos. A Declaração Universal passou a ser invocada ante os tribunais nacionais de numerosos países de modo a interpretar o direito convencional ou interno atinente aos direitos humanos e a obter decisões (32). A Declaração Universal, em suma, tem assim contribuído decisivamente para a incidência da dimensão dos direitos humanos no direito tanto internacional como interno. Os direitos humanos fazem abstração da compartimentalização tradicional entre os ordenamentos jurídicos internacional e interno; no presente domínio de proteção, o direito internacional e o direito interno encontram-se em constante interação, em benefício de todos os seres humanos.

Longe de operarem de modo estanque ou compartimentalizado, o Direito Internacional e o direito interno passaram efetivamente a interagir, por força das disposições de tratados de direitos humanos atribuindo expressamente funções de proteção aos órgãos do Estado, assim como da abertura do Direito Constitucional contemporâneo aos direitos humanos

(31) A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional...*, op. cit. supra n. (4), pp. 7-447.

(32) Hurst Hannum (rapporteur), "Final Report on the Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law", *International Law Association's Report of the LXVI Conference held at Buenos Aires, Argentina, 1994*, pp. 525-551. Para exemplos da jurisprudência dos tribunais nacionais contendo referências à Declaração Universal de 1948, cf. Hurst Hannum, "The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law", 25 *Georgia Journal of International and Comparative Law* (1995-1996) pp. 295-310.

internacionalmente consagrados. Descartou-se, assim, no plano vertical, o velho debate acerca da primazia das normas do Direito Internacional ou do direito interno, por se mostrarem estes em constante interação no presente domínio de proteção. Desvencilhando-se das amarras da doutrina clássica, o primado passou a ser da norma -de origem internacional ou interna- que melhor protegesse os direitos humanos, da norma mais favorável às supostas vítimas (33).

É reconhecido o impacto da Declaração Universal nas Constituições, legislações e jurisprudências nacionais, assim como em tratados ou convenções e outras resoluções subsequentes das Nações Unidas. Tal impacto se tornou ainda mais considerável e notório em razão do lapso de tempo prolongado -dezoito anos- entre a adoção da Declaração e a dos dois Pactos (e Protocolo Facultativo) em 1966, o que levou à formação do entendimento de que alguns dos princípios da Declaração Universal se impõem como parte do direito internacional consuetudinário (34). Hoje, decorridos cinquenta anos desde sua adoção, a Declaração Universal retém sua importância aos esforços correntes para tornar os direitos humanos a linguagem comum da humanidade.

No decorrer de cinco décadas de extraordinária projeção histórica, a Declaração Universal adquiriu uma autoridade que seus redatores jamais teriam imaginado ou antecipado. Isto ocorreu não em razão das pessoas que participaram de sua elaboração, ou da forma que lhe foi dada, ou das circunstâncias de sua adoção: isto ocorreu porque gerações sucessivas de seres humanos, de culturas distintas e em todo o mundo, nela reconheceram a "meta comum a alcançar" ("common standard of achievement", tal como originalmente proclamada) que correspondia a suas mais profundas e legítimas aspirações. A comunidade internacional como um todo deu-lhe a dimensão que hoje tem (35). Já uma década depois de sua adoção,

(33) A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional...*, op. cit. supra n. (4), pp. 434-436.

(34) Cf. em geral, A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional...*, op. cit. supra n. (4), pp. 1-59.

(35) Na eloquente descrição de Egon Schwelb, o que ocorreu em relação à Declaração Universal "has been the operation of a fundamental law of physics: nature abhors a vacuum. (...) The Declaration has, temporarily at least, filled the void". Egon Schwelb, *Human Rights and the International Community - The Roots and Growth of the Universal Declaration of Human Rights, 1948-1963*, Chicago, Quadrangle Books, 1964, p. 37.

esta evolução levou um de seus redatores a exclamar, um tanto surpreso, que “algo mudou no mundo depois de proclamada a Declaração Universal” (36).

IV. A Declaração Universal de 1948 e as Duas Conferências Mundiais de Direitos Humanos.

No transcurso do ano do vigésimo aniversário da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, realizou-se a I Conferência Mundial de Direitos Humanos das Nações Unidas (Teerã, 22 de abril a 13 de maio de 1968), que adotou a célebre Proclamação de Teerã, -uma avaliação das duas primeiras décadas de experiência da proteção internacional dos direitos humanos na era das Nações Unidas-, além de 29 resoluções sobre questões diversas (37). Reconhece-se hoje que a grande contribuição daquela Conferência Mundial tenha consistido no tratamento e reavaliação *globais* da matéria (38), o que propiciou o reconhecimento e asserção, endossados por resoluções subseqüentes da Assembléia Geral das Nações Unidas, da interrelação ou indivisibilidade de todos os direitos humanos (39). Tal tratamento resgatou um dos fundamentos da própria Declaração Universal de 1948.

(36) René Cassin, *La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948*, Paris, Académie des Sciences Morales et Politiques, 1958, p. 13.

(37) O *Ato Final* da Conferência de Teerã reproduziu, ademais, em seus Anexos, alguns dos discursos proferidos na Conferência, mensagens especiais a ela enviadas, e as declarações dos *rapporteurs* de suas Comissões I e II. Cf. United Nations, *Final Act of the International Conference on Human Rights* (Teheran, 22 April to 13 May 1968), New York, U.N., 1968, doc. A/CONF. 32/41, pp. 1-61. Dentre as resoluções adotadas, algumas merecem destaque especial por sua transcendência, a saber, as resoluções XXII (sobre a ratificação ou adesão universal pelos Estados aos instrumentos internacionais de direitos humanos); VIII (sobre a realização universal do direito a autodeterminação dos povos); XVII (sobre o desenvolvimento econômico e os direitos humanos); XXI (sobre a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais); III, IV, VI e VII (sobre a eliminação do *apartheid* e de todas as formas de discriminação racial); IX (sobre os direitos da mulher); X (sobre regras-modelo de procedimento para órgãos de supervisão de violações de direitos humanos); XX (sobre educação em matéria de direitos humanos); e XXIII (sobre os direitos humanos em conflitos armados). Cf. *ibid.*, pp. 6-18.

(38) Cf., *inter alia*, Th. C. van Boven, “United Nations Policies and Strategies: Global Perspectives”, *Human Rights: Thirty Years after the Universal Declaration* (ed. B.G. Ramcharan), The Hague, Nijhoff, 1979, pp. 88-91.

(39) Algumas resoluções adotadas pela Conferência de Teerã (e.g., as resoluções XXI, sobre a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais; XXII, sobre a adesão universal aos ins-

A par das resoluções adotadas pela Conferência de Teerã, foi, no entanto, a Proclamação de Teerã sobre Direitos Humanos, adotada pelo plenário da I Conferência Mundial de Direitos Humanos em 13 de maio de 1968, a que melhor expressão deu a esta nova visão da matéria, constituindo-se em um relevante marco na evolução doutrinária da proteção internacional dos direitos humanos. A referida Proclamação de Teerã, ao voltar-se a todos os pontos debatidos na Conferência e consignados nas resoluções adotadas, advertiu, por exemplo, para as “denegações maciças dos direitos humanos”, que colocavam em risco os “fundamentos da liberdade, justiça e paz no mundo”, assim como para a “brecha crescente” entre os países economicamente desenvolvidos e os países em desenvolvimento, que impedia a realização dos direitos humanos na “comunidade internacional” (40).

Ponderou a Proclamação de Teerã que, muito embora as descobertas científicas e os avanços tecnológicos recentes tivessem aberto amplas perspectivas de progresso econômico, social e cultural, tais desenvolvimentos podiam no entanto por em risco os direitos e liberdades dos seres humanos, requerendo assim atenção contínua (parágrafo 18). Mais do que qualquer outra passagem da Proclamação de Teerã, foi o seu parágrafo 13 o que melhor resumiu a nova visão da temática dos direitos humanos, ao dispor: “Uma vez que os direitos humanos e as liberdades fundamentais são indivisíveis, a realização plena dos direitos civis e políticos sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais, é impossível” (41).

trumentos internacionais de direitos humanos; IX, sobre os direitos da mulher; XII, sobre o analfabetismo; XVII, sobre o desenvolvimento econômico e os direitos humanos; e XX, sobre educação em matéria de direitos humanos) (cf. *ibid.*, pp. 10, 12, 14 e 16-17) referem-se à promoção da observância e gozo universais dos direitos humanos, tomam os direitos civis e políticos e econômicos e sociais e culturais em seu conjunto, e avançam assim um enfoque essencialmente globalista da matéria.

(40) Parágrafos 11 e 12 da Proclamação de Teerã de 1968. A referida Proclamação propugnou pela garantia, pelas leis de todos os países, a cada ser humano, da “liberdade de expressão, de informação, de consciência e de religião”, assim como do “direito de participar na vida política, econômica, cultural e social de seu país” (parágrafo 5). Propugnou, ademais, pela implementação do princípio básico da não-discriminação, consagrado na Declaração Universal e em tantos outros instrumentos internacionais de direitos humanos, como uma “tarefa da maior urgência da humanidade, nos planos internacional assim como nacional” (parágrafo 8). Referiu-se, também, ao “desarmamento geral e completo” como “uma das maiores aspirações de todos os povos” (parágrafo 19), e não descuidou de lembrar as aspirações das novas gerações por “um mundo melhor”, no qual se implementem plenamente os direitos humanos (parágrafo 17).

(41) Texto in *ibid.*, pp. 3-5.

Esta asserção de uma nova visão, global e integrada, de todos os direitos humanos, -propugnada pela Declaração Universal de 1948 mas minimizada no transcorrer dos trabalhos preparatórios dos dois Pactos de Direitos Humanos-, constitui a nosso ver a grande contribuição da I Conferência Mundial de Direitos Humanos para os desenvolvimentos subsequentes da matéria. A partir de então, estava o campo efetivamente aberto para a consagração da tese da interrelação ou indivisibilidade dos direitos humanos, retomada pela célebre resolução 32/130 de 1977 da Assembléia Geral das Nações Unidas e endossada pelas subsequentes resoluções 39/145, de 1984, e 41/117, de 1986, da mesma Assembléia Geral, tese esta que desfruta hoje de aceitação virtualmente universal.

Assim como a Proclamação de Teerã contribuiu sobretudo com a visão global da indivisibilidade e interrelação de todos os direitos humanos, a Declaração e Programa de Ação de Viena adotada pela II Conferência Mundial de Direitos Humanos das Nações Unidas em 25 de junho de 1993 (42) poderá também contribuir ao mesmo propósito se sua aplicação se concentrar em nossos dias nos meios de assegurar tal indivisibilidade *na prática*, com atenção especial às pessoas discriminadas ou desfavorecidas, aos grupos vulneráveis, aos pobres e aos socialmente excluídos, em suma, aos mais necessitados de proteção. O "espírito de nossa época", a que se referiu o preâmbulo da Declaração e Programa de Ação de Viena, se caracteriza sobretudo pela busca de soluções globais a problemas que afetam a todos os seres humanos, pela aspiração comum a valores superiores (43).

Assim como a I Conferência Mundial, de Teerã, contribuiu para clarificar as bases para desenvolvimentos subsequentes de operação dos mecanismos de proteção, a II Conferência Mundial, de Viena, buscou dar um passo adiante ao concentrar os esforços, por um lado, no fomento da criação da necessária infraestrutura nacional, no fortalecimento das instituições nacionais para a vigência dos direitos humanos; e, por outro, na mobilização de *todos* os setores das Nações Unidas em prol da promoção

(42) Cf. texto oficial in United Nations, *World Conference on Human Rights - The Vienna Declaration and Programme of Action*, June 1993, N.Y., U.N., 1993, pp. 25-71.

(43) Para um relato da elaboração da Declaração e Programa de Ação de Viena, cf. A.A. Cançado Trindade, "Balanço dos Resultados da Conferência Mundial de Direitos Humanos: Viena, 1993", 36 *Revista Brasileira de Política Internacional* (1993) pp. 9-27.

dos direitos humanos assim como no incremento de maior complementaridade entre os mecanismos globais e regionais de proteção. As implicações para as Nações Unidas eram claras, a começar pela incorporação da dimensão dos direitos humanos em todas as suas atividades e programas (44), em decorrência da constatação de que os direitos humanos permeiam todas as áreas da atividade humana.

Já não mais se podia, tampouco, professar o universalismo no plano tão somente conceitual ou normativo e continuar aplicando ou praticando a seletividade no plano operacional. Já não mais podia haver dúvida de que os direitos humanos se impõem e obrigam os Estados, e, em igual medida, os organismos internacionais e as entidades ou grupos detentores do poder econômico, particularmente aqueles cujas decisões repercutem no quotidiano da vida de milhões de seres humanos. Os direitos humanos, em razão de sua universalidade nos planos tanto normativo quanto operacional, acarretam obrigações *erga omnes*. Foi esta uma das grandes lições que se pôde extrair da Conferência Mundial de Viena (45).

No tocante aos Estados, o principal documento resultante da Conferência de Viena de 1993 cuidou de a eles determinar o provimento de recursos internos capazes de reparar violações de direitos humanos, assim como o fortalecimento de sua estrutura de administração da justiça à luz dos padrões consagrados nos instrumentos internacionais de direitos humanos. É significativo que a Declaração e Programa de Ação de Viena tivesse ademais reclamado um maior fortalecimento na interrelação entre democracia, desenvolvimento e direitos humanos em todo o mundo.

Ademais, endossou com firmeza os termos da Declaração das Nações Unidas sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986, contribuindo, assim, decisivamente, para dissipar dúvidas porventura persistentes a respeito, e inserir o direito ao desenvolvimento definitivamente no universo concei-

(44) Abarcavam estes, por exemplo, o âmbito político-estratégico (a exemplo das operações contemporâneas de manutenção e construção da paz, a partir da *Agenda para a Paz* do então Secretário-Geral B. Boutros-Ghali). Também se estendiam à esfera econômica e financeira (e.g., os programas e projetos de desenvolvimento e as operações dos organismos financeiros internacionais das Nações Unidas, Banco Mundial e FMI). Em qualquer destas áreas, já não mais se podia fazer abstração da dimensão dos direitos humanos.

(45) A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional...*, op. cit. supra n. (4), pp. 185-193.

tual do Direito Internacional dos Direitos Humanos (46). Passando do geral ao particular, a Declaração e Programa de Ação de Viena dirigiu-se aos direitos humanos de pessoas em determinada condição ou situação (47). É também significativo que suas seções sobre os direitos humanos da mulher e da criança tivessem sido adotadas sem dificuldades.

A parte operativa II, a mais pormenorizada do principal documento da Conferência de Viena, correspondente ao Programa de Ação, dedicou-se à necessidade de maior coordenação e racionalização no trabalho dos órgãos de supervisão internacionais dos instrumentos de direitos humanos das Nações Unidas; ao aperfeiçoamento do sistema de relatórios; ao maior uso do sistema de petições ou denúncias sob tratados de direitos humanos; ao fortalecimento do sistema de seus relatores especiais e grupos de trabalho; ao uso de indicadores adequados para medir o grau de realização dos direitos econômicos, sociais e culturais; e ao desenvolvimento de mecanismos de prevenção e de seguimento (em relação aos sistemas de petições e de relatórios). Por meio de tais mecanismos se haveria de fortalecer os instrumentos existentes de proteção, de modo a assegurar um *monitoramento contínuo* dos direitos humanos em todo o mundo (cf. *infra*).

Previu o Programa de Ação, enfim, o estabelecimento de um Alto-Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (o que se concretizou poucos meses depois), e insistiu no objetivo da "ratificação universal" -e sem reservas- dos tratados de direitos humanos das Nações Unidas. A Declaração e Programa de Ação de Viena não descuidou de recomendar a adoção e ampliação da educação formal e não-formal em direitos humanos *lato sensu* em todos os níveis, de modo a despertar a consciência e fortalecer o compromisso universal com a causa dos direitos humanos.

A conferência Mundial de Viena afirmou, com efeito, de modo inequívoco, a legitimidade da preocupação de toda a comunidade internacional

(46) A Declaração de Viena urgiu a comunidade internacional a que envidasse esforços para aliviar o fardo da dívida externa dos países em desenvolvimento, de modo a contribuir à realização plena dos direitos econômicos, sociais e culturais de sua população.

(47) Refugiados e deslocados internos, vítimas de conflitos armados, trabalhadores migrantes, povos indígenas, portadores de deficiências, pessoas pertencentes a minorias ou a setores vulneráveis em geral.

com a promoção e proteção dos direitos humanos por todos e em toda parte (48). Na rota de Teerã a Viena, tendo presente o legado da Declaração Universal de 1948, foi este sem dúvida um passo adiante, que haverá de contribuir em muito para a conscientização das amplas dimensões temporal (inclusive preventiva) e espacial (global) da proteção dos direitos humanos.

Muito significativamente, a universalidade dos direitos humanos resultou fortalecida da I Conferência Mundial de 1968 sobre a matéria, sendo, 25 anos depois, reafirmada na II Conferência Mundial. Há, ademais, que ter presente que, já em 1948, a Declaração Universal, além de proclamar direitos, conclamou à transformação da ordem social e internacional de modo a assegurar o gozo dos direitos proclamados na prática (49). Na projeção histórica do legado da Declaração Universal, as duas Conferências Mundiais de Direitos Humanos, -a de Teerã (1968) e a de Viena (1993)-, na verdade, fazem parte de um processo prolongado de *construção de uma cultura universal* de observância dos direitos humanos.

V. O Amplo Alcance das Obrigações Convencionais Internacionais em Matéria de Proteção dos Direitos Humanos.

A despeito dos sensíveis avanços logrados no presente domínio de proteção nos últimos anos, ainda resta um longo caminho a percorrer. Na maioria dos países que têm ratificado os tratados de direitos humanos, até o presente lamentavelmente ainda não parece haver se formado uma consciência da natureza e amplo alcance das obrigações convencionais con-

(48) Para uma análise pormenorizada da Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993, cf. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional...*, op. cit. *supra* n. (4), especialmente pp. 185-193. Para seu exame sob o prisma diplomático, cf. J.A. Lindgren Alves, *Os Direitos Humanos como Tema Global*, São Paulo, FUNAG/Ed. Perspectiva, 1994, pp. 1-148; G. Vergne Saboia, "Um Improvável Consenso: A Conferência Mundial de Direitos Humanos e o Brasil", 2 *Política Externa* - São Paulo (1993) pp. 3-18. - Cf. também o número especial da Revista *Arquivos do Ministério da Justiça* (Brasília, vol. 46, n. 182, de 1993, pp. 5-164), organizado por A.A. Cançado Trindade, dedicado à II Conferência Mundial de Direitos Humanos (contendo textos de M. Corrêa, A.A. Cançado Trindade, G. Peytrignet, J. Ruiz de Santiago, J.A. Lindgren Alves, C.D. de Albuquerque Mello, C. Barros Leal, e A.A. Ribero Costa).

(49) Asbjorn Eide et alii (eds.), *The Universal Declaration of Human Rights - A Commentary*, Oslo, Scandinavian University Press, 1992, p. 5.

traídas em matéria de proteção dos direitos humanos. Urge que um claro entendimento destas últimas se difunda, a começar pelas autoridades públicas.

Assim, ao ratificarem os tratados de direitos humanos os Estados Partes contraem, a par das obrigações convencionais atinentes a cada um dos direitos protegidos, também *obrigações gerais* da maior importância, consignadas naqueles tratados. Uma delas é a de respeitar e *assegurar o respeito* dos direitos protegidos - o que requer *medidas positivas* por parte dos Estados - e outra é a de *adequar o ordenamento jurídico interno* à normativa internacional de proteção. Esta última requer que se adote a legislação necessária para dar efetividade às normas convencionais de proteção, suprimindo eventuais lacunas no direito interno, ou então que se alterem disposições legais nacionais com o propósito de harmonizá-las com as normas convencionais de proteção, tal como requerido pelos tratados de direitos humanos. Estas obrigações gerais, a serem devidamente cumpridas, implicam naturalmente o concurso de todos os poderes do Estado, de todos os seus órgãos e agentes (50).

Como ressaltamos em obra recente, "as obrigações convencionais de proteção vinculam os *Estados Partes*, e não só seus Governos. Ao Poder Executivo incumbe tomar todas as medidas - administrativas e outras - a seu alcance para dar fiel cumprimento àquelas obrigações. A responsabilidade internacional pelas violações dos direitos humanos sobrevive aos Governos, e se transfere a Governos sucessivos, precisamente por se tratar de responsabilidade *do Estado*. Ao Poder Legislativo incumbe tomar todas as medidas dentro de seu âmbito de competência, seja para regulamentar os tratados de direitos humanos de modo a dar-lhes eficácia no plano do direito interno, seja para harmonizar este último com o disposto naqueles tratados. E ao Poder Judiciário incumbe aplicar efetivamente as normas de tais tratados no plano do direito interno, e assegurar que sejam respeitadas. Isto significa que o Judiciário nacional tem o dever de prover recursos internos eficazes contra violações tanto dos direitos consignados na Constituição como dos direitos consagrados nos tratados de direitos humanos que vinculam o país em questão, ainda mais quando a própria

(50) A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional...*, op. cit. supra n. (4), pp. 441-442.

Constituição nacional assim expressamente o determina. O descumprimento das normas convencionais engaja de imediato a responsabilidade internacional do Estado, por ato ou omissão, seja do Poder Executivo, seja do Legislativo, seja do Judiciário" (51).

Diversas Constituições nacionais contemporâneas, referindo-se expressamente aos tratados de direitos humanos, concedem um tratamento especial ou diferenciado também no plano do direito interno aos direitos humanos internacionalmente consagrados. A Constituição Brasileira vigente não faz exceção a esta nova e alentadora tendência do constitucionalismo hodierno. Com efeito, o artigo 5 (2) da Constituição Federal de 1988 determina que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja Parte" (52).

Por meio deste dispositivo constitucional, os direitos humanos consagrados em tratados de direitos humanos em que o Brasil seja Parte incorporam-se *ipso facto* ao direito interno brasileiro, no âmbito do qual passam a ter "aplicação imediata" (artigo 5 (1)), da mesma forma e no mesmo nível que os direitos constitucionalmente consagrados. A intangibilidade dos direitos e garantias individuais é determinada pela própria Constituição Federal, que inclusive proíbe expressamente até mesmo qualquer emenda tendente a abolir-los (artigo 60 (4) (IV)). A especificidade e o caráter especial dos tratados de direitos humanos encontram-se, assim, devidamente reconhecidos pela Constituição Brasileira vigente.

(51) *Ibid.*, p. 442.

(52) Esta disposição constitucional teve origem em uma proposta que apresentamos à Assembleia Nacional Constituinte (Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais), como Consultor Jurídico do Itamaraty, na audiência pública de 29 de abril de 1987; nosso propósito era no sentido de que se assegurasse tanto a inserção da referida disposição em nossa Constituição Federal, como, paralelamente, a pronta ratificação pelo Brasil de três tratados gerais de proteção, a saber, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e os dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas. Nossa proposta foi aceita e transformou-se no artigo 5 (2) da Constituição Brasileira de 1988, mas foi preciso esperar até 1992 para que o Brasil se tornasse Parte naqueles três tratados de direitos humanos. Cf. nossa exposição, seguida de debates, in *Assembleia Nacional Constituinte - Atas das Comissões*, vol. I, n. 66 (supl.), Brasília, 27-05-1987, pp. 108-116; e, para um relato histórico pormenorizado, cf. A.A. Cançado Trindade, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil (1948-1997): As Primeiras Cinco Décadas*, Brasília, Editora Universidade de Brasília (Série Prometeu/Humanidades), 1998 (no prelo).

Se, para os tratados internacionais em geral, tem-se exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar a suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente, no tocante aos tratados de direitos humanos em que o Brasil é Parte, os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante os artigos 5 (2) e 5 (1) da Constituição Brasileira de 1988, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano de nosso ordenamento jurídico interno. Por conseguinte, mostra-se inteiramente infundada, no tocante em particular aos tratados de direitos humanos, a tese clássica -ainda seguida em nossa prática constitucional- da paridade entre os tratados internacionais e a legislação infraconstitucional.

Se houvesse uma clara compreensão em nosso país, assim como em tantos outros, do amplo alcance das obrigações convencionais internacionais em matéria de proteção dos direitos humanos, muitas dúvidas e incertezas que parecem circundar o atual debate nacional sobre a matéria já teriam sido esclarecidas e superadas. O artigo 5 (2) da Constituição Brasileira vigente, que abre um campo amplo e fértil para avanços nesta área, parece ainda esquecido dos agentes do poder público, mormente do Poder Judiciário. Se maiores avanços não se têm logrado até o presente neste domínio de proteção, não tem sido em razão de obstáculos jurídicos, -que na verdade não existem-, mas antes da falta de vontade do poder público de promover e assegurar a proteção dos mais fracos e vulneráveis. Tal vontade, a seu turno, só se manifesta com vigor no seio de sociedades nacionais imbuídas de um forte sentimento de solidariedade humana, sem o que pouco logra avançar o Direito.

Os tratados de proteção dos direitos humanos, distintamente dos demais tratados que se mostram eivados de concessões mútuas pela reciprocidade, inspiram-se em considerações de ordem superior, de *ordre public*. Ao criarem obrigações para os Estados *vis-à-vis* os seres humanos sob sua jurisdição, suas normas aplicam-se não só na ação conjunta (exercício de *garantia coletiva*) dos Estados Partes na realização do propósito comum de proteção, mas também e sobretudo no âmbito do ordenamento interno de cada um deles, nas relações entre o poder público e os indivíduos.

Os próprios tratados de direitos humanos indicam vias de compatibilização dos dispositivos convencionais e dos de direito interno, de modo a prevenir conflitos entre as jurisdições internacional e nacional no presente domínio de proteção; impõem aos Estados Partes o dever de provimento de recursos de direito interno eficazes, e por vezes o compromisso de desenvolvimento das "possibilidades de recurso judicial"; prevêm a adoção pelos Estados Partes de medidas legislativas, judiciais, administrativas ou outras, para a realização de seu objeto e propósito. Em suma, contam com o concurso dos órgãos e procedimentos do direito público interno. Há, assim, uma interpenetração entre as jurisdições internacional e nacional no âmbito de proteção do ser humano. Em nada surpreende, por exemplo, nos últimos anos, a crescente jurisprudência internacional dos órgãos de supervisão internacionais voltada à intangibilidade das garantias judiciais e ao princípio da legalidade em um Estado democrático.

À luz do que precede, resulta claro que a tese da paridade entre os tratados internacionais e a legislação infraconstitucional padece de incongruências irremediáveis e mostra-se inaplicável no tocante aos tratados de direitos humanos. A máxima *lex posteriori derogat priori* em nada afeta ou prejudica os tratados de direitos humanos vigentes; as leis nacionais hão de ser interpretadas de modo a que não entrem em conflito com a normativa internacional de proteção, sob pena da configuração da responsabilidade internacional do país em questão. Pode-se presumir o cumprimento das obrigações convencionais de proteção por parte do Poder Legislativo, da mesma forma que dos Poderes Executivo e Judiciário. Este o sentido da obrigação geral de adequar o direito interno à normativa internacional de proteção vigente.

Tal adequação é requerida pela própria natureza especial dos tratados de direitos humanos. De sua própria natureza jurídica resulta o primado dos direitos que consagram, ao que se agregam a necessidade e o imperativo ético de que os três poderes do Estado assegurem a aplicabilidade direta das normas internacionais de proteção e a compatibilidade com estas últimas das leis nacionais. Urge que se desenvolva em nosso país este novo enfoque da matéria, e que se promova uma maior aproximação entre os pensamentos internacionalista e constitucionalista, de modo a assegurar uma aplicação mais eficaz dos tratados de direitos humanos no

âmbito de nosso direito interno. Com estas ponderações em mente, passemos às reflexões derradeiras do presente estudo, dedicadas ao futuro da proteção internacional dos direitos humanos, tal como o visualizamos neste limiar do novo século.

VI. O Futuro da Proteção Internacional dos Direitos Humanos.

Ao longo das cinco últimas décadas testemunhamos o processo histórico de gradual formação, consolidação, expansão e aperfeiçoamento da proteção internacional dos direitos humanos, conformando um *direito de proteção* dotado de especificidade própria: o Direito Internacional dos Direitos Humanos. A partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e ao longo deste meio século, como respostas às necessidades de proteção têm-se multiplicado os tratados e instrumentos de direitos humanos. A I Conferência Mundial de Direitos Humanos (Teerã, 1968) representou, de certo modo, a gradual passagem da fase legislativa, de elaboração dos primeiros instrumentos internacionais de direitos humanos (a exemplo dos dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas de 1966), à fase de implementação de tais instrumentos.

A II Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993) procedeu a uma reavaliação global da aplicação de tais instrumentos e das perspectivas para o novo século, abrindo campo ao exame do processo de consolidação e aperfeiçoamento dos mecanismos de proteção internacional dos direitos humanos. Decorridos quatro anos desde a realização desta última Conferência, encontram-se os órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos, neste final de século, diante de novos dilemas e desafios, próprios de nossos dias, que relacionaremos a seguir.

Cabe, de início, ter sempre presente que, nas últimas décadas, graças à atuação daqueles órgãos, inúmeras vítimas têm sido socorridas. Até o início dos anos noventa, no plano global (Nações Unidas), por exemplo, mais de 350 mil denúncias revelando um "quadro persistente de violações" de direitos humanos foram enviadas às Nações Unidas (sob o chamado sistema extraconvencional da resolução 1503 de ECOSOC). Sob o Pacto de Direitos Civis e Políticos e seu [primeiro] Protocolo Facultativo, o Comitê de Direitos Humanos, tinha recebido, até abril de 1995, mais de 630 comunicações, e em 73% dos casos examinados concluiu que haviam

ocorrido violações de direitos humanos. O Comitê para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial tinha examinado (sob a Convenção do mesmo nome), a seu turno, em suas duas primeiras décadas de operação, 810 relatórios (periódicos e complementares) dos Estados Partes. E o Alto-Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), decorridas quatro décadas de operação do sistema, cuida hoje de mais de 17 milhões de refugiados em todo o mundo (53), a par do número considerável de deslocados internos nas mais distintas regiões.

No plano regional, por exemplo, até o início desta década, no continente europeu, a Comissão Européia de Direitos Humanos tinha decidido cerca de 15 mil reclamações individuais sob a Convenção Européia de Direitos Humanos, ao passo que a Corte Européia de Direitos Humanos totalizava 191 casos submetidos a seu exame, com 91 casos pendentes. No continente americano, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos ultrapassava o total de 10 mil comunicações examinadas, enquanto a Corte Interamericana de Direitos Humanos, atualmente com 15 pareceres emitidos, passava a exercer regularmente sua competência contenciosa, contando hoje com 22 casos contenciosos examinados, alguns dos quais ainda pendentes.

No continente africano, a Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos examinava quase 40 reclamações ou comunicações sob a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos (54), algumas das quais já decididas. E, em fins de 1997, a Comissão Africana debruçava-se sobre um Projeto de Protocolo à Carta Africana que prevê o estabelecimento de uma Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos (55). O Conselho da Liga dos Estados Árabes, a seu turno, adotava, em 15.09.1994, a quarta Convenção regional de direitos humanos, a Carta Árabe de Direitos Humanos (56). Assim, neste final de século, somente os países asiáticos

(53) Para um exame destes e outros dados, cf. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional...*, op. cit. supra n. (4), pp. 61 e seguintes.

(54) Cf. *ibid.*, pp. 62-63.

(55) Para o texto do referido Projeto de Protocolo, cf. documento OAU/LEG/EXP/AFCH/HPR (I), reproduzido in: 8 *African Journal of International and Comparative Law* (1996) pp. 493-500.

(56) Texto reproduzido in: 7 *Revue universelle des droits de l'homme* (1995) pp. 212-214. Para comentários, cf. M.A. Al Midani, "Introduction à la Charte Arabe des Droits de l'Homme", 104/106 *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* (1996) pp. 183-189.

encontram-se desprovidos de uma Convenção regional de direitos humanos (57). Cada sistema regional de direitos humanos vive um momento histórico distinto, e, em todo caso, os instrumentos regionais e globais (Nações Unidas) de proteção afiguram-se como essencialmente complementares.

Graças aos esforços dos órgãos internacionais de supervisão nos planos global e regional, logrou-se salvar muitas vidas, reparar muitos dos danos denunciados e comprovados, por fim a práticas administrativas violatórias dos direitos garantidos, alterar medidas legislativas impugnadas, adotar programas educativos e outras medidas positivas por parte dos governos. Não obstante todos estes resultados, estes órgãos de supervisão internacionais defrontam-se hoje com grandes problemas, gerados em parte pelas modificações do cenário internacional, pela própria expansão e sofisticação de seu âmbito de atuação, pelos continuados atentados aos direitos humanos em numerosos países, pelas novas e múltiplas formas de violação dos direitos humanos que deles requerem capacidade de readaptação e maior agilidade, e pela manifesta falta de recursos humanos e materiais para desempenhar com eficácia seu labor.

Os tratados de direitos humanos das Nações Unidas têm, com efeito, constituído a espinha dorsal do sistema universal de proteção dos direitos humanos, devendo ser abordados não de forma isolada ou compartimentalizada, mas relacionados uns aos outros. Decorridos quatro anos desde a realização da II Conferência Mundial de Direitos Humanos, estamos longe de lograr a chamada "ratificação universal" das seis "Convenções centrais" (*core Conventions*) das Nações Unidas (os dois Pactos de Direitos Humanos, as Convenções sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação - Racial e contra a Mulher -, a Convenção contra a Tortura, e a Convenção sobre os Direitos da Criança), "ratificação universal" esta propugnada pela Conferência de Viena para o final de século que se aproxima e que de certo modo já vivemos. Ademais, encontram-se estas Convenções crivadas de reservas, muitas das quais, em nosso entender, manifestamente incompatíveis com seu objeto e propósito. Urge, com efeito, proceder a uma ampla revisão do atual sistema de

(57) Cf. a respeito, *inter alia*, e.g., J. Chan, "The Asian Challenge to Universal Human Rights: A Philosophical Appraisal", in *Human Rights and International Relations in the Asia-Pacific Region* (ed. J.T.H. Tang), London/N.Y., Pinter, 1995, pp. 25-38.

reservas a tratados multilaterais consagrado nas duas Convenções de Viena sobre Direito dos Tratados (de 1969 e 1986), sistema este, a nosso modo de ver, e como vimos advertindo já há uma década, inteiramente inadequado aos tratados de direitos humanos (58).

A despeito da aceitação virtualmente universal da tese da indivisibilidade dos direitos humanos, persiste a disparidade entre os métodos de implementação internacional dos direitos civis e políticos, e dos direitos econômicos, sociais e culturais. Apesar da conclamação da Conferência de Viena, o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, continuam até o presente (fins de 1997) desprovidos de um sistema de petições ou denúncias internacionais. Os respectivos Projetos de Protocolo nesse sentido se encontram virtualmente concluídos, mas ainda aguardam aprovação. Muitos dos direitos consagrados nestes dois tratados de direitos humanos são perfeitamente justiciáveis por meio do sistema de petições individuais, e urge que se ponha um fim à referida disparidade de procedimentos.

É inadmissível que continuem a ser negligenciados em nossa parte do mundo, como o têm sido nas últimas décadas, os direitos econômicos, sociais e culturais. O descaso com estes últimos é triste reflexo de sociedades marcadas por gritantes injustiças e disparidades sociais. Não pode haver Estado de Direito em meio políticas públicas que geram a humilhação do desemprego e o empobrecimento de segmentos cada vez mais vastos da população, acarretando a denegação da totalidade dos direitos humanos em tantos países. Não faz sentido levar às últimas consequências o princípio da não-discriminação em relação aos direitos civis e polí-

(58) Cf. nossas críticas in: A.A. Cançado Trindade, "Direitos e Garantias Individuais no Plano Internacional", in *Assembleia Nacional Constituinte - Atas das Comissões*, vol. I, n. 66 (supl.), Brasília, 27.05.1987, p. 110; A.A. Cançado Trindade, "Co-existence and Co-ordination of Mechanisms...", *op. cit. supra* n. (13), pp. 180-189; A.A. Cançado Trindade, "The Interpretation of the International Law of Human Rights by the Two Regional Human Rights Courts", *Contemporary International Law Issues: Conflicts and Convergence* (Proceedings of the III Hague Conference, July 1995), The Hague, ASIL/NVIR, 1996, pp. 157-162 e 166-167; A.A. Cançado Trindade, "La Protección de los Derechos Humanos en el Sistema de la Organización de los Estados Americanos y el Derecho Interno de los Estados", *Protección Internacional de los Derechos Humanos de las Mujeres* (Actas del I Curso Taller, San José de Costa Rica, Julio de 1996), San José, IIDH, 1997, pp. 109-124, 129-139 e 140-147. E cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Blake versus Guatemala* (Fondo), Sentencia del 24 de enero de 1998, Voto Razonado del Juez A.A. Cançado Trindade, párrafos 1-38.

ticos, e tolerar ao mesmo tempo a discriminação -ilustrada pela pobreza crônica- como "inevitável" em relação aos direitos econômicos e sociais. Os Estados são responsáveis pela observância da totalidade dos direitos humanos, inclusive os econômicos e sociais. Não há como dissociar o econômico do social e do político e do cultural.

Urge despojar este tema de toda retórica, e passar a tratar os direitos econômicos, sociais e culturais como verdadeiros direitos que são. Só se pode conceber a promoção e proteção dos direitos humanos a partir de uma *concepção integral* dos mesmos, abrangendo todos em conjunto (os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais). A visão atomizada ou fragmentada dos direitos humanos leva inevitavelmente a distorções, tentando postergar a realização dos direitos econômicos e sociais a um amanhã indefinido. A prevalecer o atual quadro de deterioração das condições de vida da população, a afligir hoje tantos países, poderão verse ameaçadas inclusive as conquistas dos últimos anos no campo dos direitos civis e políticos. Impõe-se, pois, uma concepção necessariamente integral de todos os direitos humanos.

À afirmação da responsabilidade permanente do Estado pela vigência dos direitos econômicos, sociais e culturais (da mesma forma que dos direitos civis e políticos) há que agregar uma referência final aos esforços recentes da doutrina mais lúcida, no sentido do reconhecimento de que muitos daqueles direitos (e.g., certos direitos sindicais, a igualdade de remuneração por trabalho igual, o direito à educação primária obrigatória gratuita) são de *aplicabilidade imediata*. Tem-se distinguido não só *obrigações mínimas* referentes aos direitos econômicos, sociais e culturais, mas também *obrigações distintas* -de respeitar, proteger, assegurar e promover- tais direitos. Tem-se assinalado a importância da aplicação do *princípio da não-discriminação* também no presente contexto.

A iniciativa recente de elaboração de um Projeto de Protocolo ao Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais atende precisamente à idéia da *justiciabilidade* destes direitos. Nesta linha, tem-se buscado identificar pelo menos os *componentes justiciáveis* dos direitos econômicos, sociais e culturais (e.g., dos direitos à educação, à saúde, a uma moradia adequada, sobretudo em seus aspectos referentes à não-discriminação), elementos estes que têm sido objeto da jurisprudência internacional mais recen-

te sob os tratados e convenções de direitos humanos e que têm ademais sido aplicados no ordenamento jurídico interno de muitos países (59).

Uma das grandes conquistas da proteção internacional dos direitos humanos, em perspectiva histórica, é sem dúvida o acesso dos indivíduos às instâncias internacionais de proteção e o reconhecimento de sua capacidade processual internacional em casos de violações dos direitos humanos. Urge que se reconheça o *acesso direto* dos indivíduos àquelas instâncias (sobretudo as judiciais), a exemplo do estipulado no Protocolo n. 9 à Convenção Européia de Direitos Humanos (1990). Concede este último um determinado tipo de *locus standi* aos indivíduos ante a Corte Européia de Direitos Humanos (em casos admissíveis que já foram objeto da elaboração de um relatório por parte da Comissão Européia de Direitos Humanos).

No continente americano, o novo (e terceiro) Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos (adotado em 16 de setembro de 1996 e em vigor desde 01 de janeiro de 1997), -de cujo projeto tivemos a honra de ser relator por honrosa designação da Corte,- permite que na etapa de reparações os representantes legais das vítimas ou de seus familiares apresentem seus próprios argumentos e provas perante a Corte "em forma autônoma" (artigo 23), sem a intermediação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Este passo significativo abre caminho para novos desenvolvimentos rumo ao reconhecimento futuro do *locus standi* dos indivíduos em *todas* as etapas do procedimento ante a Corte Interamericana (um antigo propósito nosso).

A contraposição entre as vítimas de violações e os Estados demandados é da própria essência do contencioso internacional dos direitos humanos. Tal *locus standi* é a consequência lógica, no plano processual, de um sistema de proteção que consagra direitos individuais no plano internacional, porquanto não é razoável conceber direitos sem a capacidade processual da vindicá-los. Sustentar esta posição, como vimos fazendo há tantos anos, significa em última análise ser fiel às origens históricas do próprio Direito Internacional.

(59) A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional...*, op. cit. supra n. (4), pp. 381-397.

No futuro imediato, quando entrar em vigor, precisamente em 01 de novembro de 1998, o Protocolo n. 11 à Convenção Europeia de Direitos Humanos (60), acarretando a extinção da Comissão Europeia e o estabelecimento de uma nova Corte Europeia de Direitos Humanos (como órgão jurisdicional único de supervisão da Convenção Europeia), terão os indivíduos sob a jurisdição dos Estados Partes *acesso direto* -sem intermediação de outro órgão-, *em quaisquer circunstâncias*, àquele tribunal internacional regional de direitos humanos. Será este dia, que tanto aguardamos, muito significativo para todos os que atuamos no campo da proteção internacional dos direitos humanos. Mesmo os nostálgicos de dogmas do passado terão que se ajustar definitivamente à nova realidade da consolidação da posição do ser humano como sujeito incontestável do Direito Internacional dos Direitos Humanos, dotado de plena capacidade jurídica processual no plano internacional.

O passo seguinte, a ser dado no século XXI, e que não hesitamos em desde hoje sustentar, consistiria na garantia da igualdade processual (*equality of arms/égalité des armes*) entre os indivíduos demandantes e os Estados demandados, na vindicação dos direitos humanos protegidos (61). Ao insistirmos não só na personalidade jurídica, mas igualmente na *plena capacidade jurídica* dos seres humanos no plano internacional,

(60) Para o mais completo estudo deste último até o presente, cf. Andrew Drzemczewski, "A Major Overhaul of the European Human Rights Convention Control Mechanism: Protocol n. 11", 6 *Collected Courses of the Academy of European Law* (1997) - II, pp. 121-244. Cf. também: S. Marcus Helmons, "Le Onzième Protocole Additionnel à la Convention Européenne des Droits de l'Homme", 113 *Journal des Tribunaux* - Bruxelles (1994) n. 5725, pp. 545-547; R. Bernhardt, "Reform of the Control Machinery under the European Convention on Human Rights: Protocol n. 11", 89 *American Journal of International Law* (1995) pp. 145-154; J.A. Carrillo Salcedo, "Vers la réforme du système européen de protection des droits de l'homme", in *Présence du droit public et des droits de l'homme - Mélanges offerts à Jacques Velu*, vol. II, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 1319-1325; H. Golson, "On the Reform of the Supervisory System of the European Convention on Human Rights", 13 *Human Rights Law Journal* (1992) pp. 265-269; K. de V. Mestdagh, "Reform of the European Convention on Human Rights in a Changing Europe", in *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe - Essays in Honour of H.G. Schermers* (eds. R. Lawson e M. de Blois), vol. III, Dordrechts, Nijhoff, 1994, pp. 337-360.

(61) A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional...*, op. cit. supra n. (4), pp. 84-85; e cf. A.A. Cançado Trindade, "El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (1948-1995): Evolución, Estado Actual y Perspectivas", in *Derecho Internacional y Derechos Humanos / Droit international et droits de l'homme* (eds. D. Bardonnet e A.A. Cançado Trindade), La Haye/San José de Costa Rica, Académie de Droit International de La Haye/Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, pp. 79-89.

estamos -como já assinalado- sendo fiéis às origens históricas de nossa disciplina, o direito internacional -o direito *das gentes* (*droit des gens*)-, o que não raro passa despercebido dos adeptos de um positivismo jurídico cego e degenerado.

Dada a multiplicidade dos mecanismos internacionais contemporâneos de proteção dos direitos humanos, a necessidade de uma coordenação mais adequada entre os mesmos tem-se erigido como uma das prioridades dos órgãos de proteção internacional neste final de século. O termo "coordenação" parece vir sendo normalmente empregado de modo um tanto indiferenciado, sem uma definição clara do que precisamente significa; não obstante, pode assumir um sentido diferente em relação a cada um dos métodos de proteção dos direitos humanos em particular.

Assim, em relação ao *sistema de petições*, a "coordenação" pode significar as providências para evitar o conflito de jurisdição, a duplicação de procedimentos e a interpretação conflitiva de dispositivos correspondentes de instrumentos internacionais coexistentes pelos órgãos de supervisão. No tocante ao *sistema de relatórios*, a "coordenação" pode significar a consolidação de diretrizes uniformes (concernentes à forma e ao conteúdo) e a racionalização e padronização dos relatórios dos Estados Partes sob os tratados de direitos humanos. E com respeito ao *sistema de investigações* (determinação dos fatos), pode ela significar o intercâmbio regular de informações e as consultas recíprocas entre os órgãos internacionais em questão (62). A multiplicidade de instrumentos internacionais no presente domínio faz-se acompanhar de sua unidade básica e determinante de propósito, a proteção do ser humano.

É inegável que, no presente domínio de proteção, muito se tem avançado nos últimos anos, sobretudo na "*jurisdicionalização*" dos direitos humanos, para a qual têm contribuído de modo especial os sistemas regionais europeu e interamericano de proteção, dotados que são de tribunais internacionais de direitos humanos, as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos, respectivamente. No entanto, como já advertimos,

(62) Para um amplo estudo, cf. A.A. Cançado Trindade, "Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)", 202 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* - Haia (1987) pp. 13-435.

ainda resta um longo caminho a percorrer. Há que promover a chamada "ratificação universal" dos tratados de direitos humanos -propugnada pelas duas Conferências Mundiais de Direitos Humanos (Teerã, 1968, e Viena, 1993)-, contribuindo assim a que se assegure que a universalidade dos direitos humanos venha a prevalecer nos planos não só conceitual mas também operacional (a não-seletividade).

Para isto, é necessário que tal ratificação universal seja também *integral*, ou seja, sem reservas e com a aceitação das cláusulas facultativas, tais como, nos tratados que as contêm, as que consagram o direito de petição individual, e as que dispõem sobre a jurisdição obrigatória dos órgãos de supervisão internacional. Atualmente, dos 40 Estados membros do Conselho da Europa, todos os 36 Estados Partes na Convenção Européia de Direitos Humanos, além de aceitarem o direito de petição individual, reconhecem a jurisdição obrigatória da Corte Européia de Direitos Humanos (63), o que é alentador. Em contrapartida, no tocante à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (em que o direito de petição individual é de aceitação automática pelos Estados Partes), lamentavelmente não mais que 17 dos 25 Estados Partes reconhecem hoje a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria contenciosa.

Em nosso âmbito regional, urge que os Estados que ainda não o fizeram -como o Brasil- aceitem a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria contenciosa, e que ademais aceitem, no âmbito global (Nações Unidas), as cláusulas facultativas sobre o direito de petição individual, de tratados de direitos humanos como o Pacto de Direitos Civis e Políticos, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, e a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, como manifestação inequívoca de seu compromisso com a proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional.

(63) Destes 36 Estados Partes, 33 já incorporaram a Convenção Européia em seu direito interno, e os três que restam (Irlanda, Noruega e Reino Unido) já anunciaram a tomada de providências neste propósito ao longo do biênio 1997-1998.

Dadas a confluência e identidade de objetivos tanto do direito internacional como do direito público interno quanto à proteção da pessoa humana, urge que tais Estados, que aceitam as obrigações convencionais *substantivas* contraídas em relação aos direitos protegidos sob aqueles tratados, igualmente se submetam, de forma integral, aos *mecanismos* de supervisão ou controle internacional do cumprimento de tais obrigações, estabelecidos por aqueles tratados. Carece de sentido o divórcio, a que se apegam tais Estados, entre as normas substantivas e os mecanismos processuais, porquanto à formulação de direitos no plano internacional deve corresponder o acesso às vias processuais internacionais de vindicá-los. Da aceitação *integral* por todos os Estados dos tratados de direitos humanos depende em muito o próprio futuro da proteção internacional dos direitos consagrados (64).

O século XX, que marcha célere para seu ocaso, deixará uma trágica marca: nunca, como neste século, se verificou tanto progresso na ciência

(64) A esse respeito, permitimo-nos aqui recordar que, em Parecer de 18.10.1989, que emitimos na condição de Consultor Jurídico do Itamaraty, sustentamos tal aceitação *integral*, pelo Brasil, dos referidos tratados gerais de proteção, e assinalamos *inter alia* que, no tocante aos mecanismos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, foi precisamente a própria Delegação do Brasil que, na IX Conferência Internacional Americana (Bogotá, 1948), propôs a criação de uma Corte Interamericana de Direitos Humanos, proposta esta aprovada e adotada como resolução XXI da Conferência de Bogotá. Cf. nosso Parecer reproduzido in A.A. Cançado Trindade, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos - Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*, op. cit. supra n. (25), pp. 573-638, esp. pp. 586-589 para os argumentos em favor do reconhecimento pelo Brasil da jurisdição obrigatória em matéria contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Algumas das recomendações contidas em nosso mencionado Parecer de 18.10.1989 foram acatadas; tivessem sido todas elas plenamente seguidas, as adesões do Brasil a tratados gerais de proteção como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Pacto de Direitos Civis e Políticos teriam abarcado igualmente a aceitação, pelo Brasil, respectivamente, da jurisdição obrigatória em matéria contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos (artigo 62 da Convenção Americana) assim como da competência do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas para receber e examinar petições ou comunicações individuais (sob o [primeiro] Protocolo Facultativo ao Pacto de Direitos de Direitos Civis e Políticos). Além disso, Estado Parte também na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e na Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, teria o Brasil já aceito, sob a primeira (artigo 14) e a segunda (artigo 22) destas Convenções, as competências do Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial (CERD) e do Comitê contra a Tortura (CAT), respectivamente, para receber e examinar petições ou comunicações individuais. Surpreende que, decorrido todo este tempo, não tenha ainda o Brasil aceito tais cláusulas ou instrumentos facultativos. Para um relato histórico pormenorizado, cf. A.A. Cançado Trindade, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil (1948-1997): As Primeiras Cinco Décadas*, Brasília, Editora Universidade de Brasília (Série Prometeu/Humanidades), 1998 (no prelo).

e tecnologia, acompanhado paradoxalmente de tanta destruição e crueldade. Mesmo em nossos dias, os avanços tecnológicos, e a revolução das comunicações e da informática, se por um lado tornam o mundo mais transparente, por outro lado geram novos problemas e desafios aos direitos humanos. Mais que uma época de profundas transformações, vivemos, neste final de século, uma verdadeira transformação de época.

Apesar de todos os avanços registrados nas cinco últimas décadas na proteção internacional dos direitos humanos, têm persistido violações graves e maciças destes últimos nas mais distintas regiões do mundo. Às violações "tradicionais", em particular de alguns direitos civis e políticos (como as liberdades de pensamento, expressão e informação, e o devido processo legal), que continuam a ocorrer, infelizmente têm se somado graves discriminações (contra membros de minorias e outros grupos vulneráveis, de base étnica, nacional, religiosa e lingüística), além de violações de direitos fundamentais e do direito internacional humanitário.

As próprias formas de violações dos direitos humanos têm se diversificado. O que não dizer, por exemplo, das violações perpetradas por organismos financeiros e detentores do poder econômico, que, mediante decisões tomadas na frieza dos escritórios, condenam milhares de seres humanos ao empobrecimento, se não à pobreza extrema e à fome? O que não dizer das violações perpetradas por grupos clandestinos de extermínio, sem indícios aparentes da presença do Estado? O que não dizer das violações perpetradas pelos detentores do poder das comunicações? O que não dizer das violações perpetradas pelo recrudescimento dos fundamentalismos e ideologias religiosas? O que não dizer das violações decorrentes da corrupção e impunidade?

Cumprir conceber novas formas de proteção do ser humano ante a atual diversificação das fontes de violações de seus direitos. O atual paradigma de proteção (do indivíduo *vis-à-vis* o poder público) corre o risco de tornar-se insuficiente e anacrônico, por não se mostrar equipado para fazer frente a tais violações, entendendo-se que, mesmo nestes casos, *permanece o Estado responsável por omissão*, por não tomar medidas positivas de proteção. Tem, assim, sua razão de ser, a preocupação corrente dos órgãos internacionais de proteção, já assinalada, no tocante às violações continuadas de direitos humanos, em desenvolver mecanismos tanto de

prevenção como de *seguimento*, tendentes a cristalizar um sistema de *monitoramento contínuo* dos direitos humanos em todos os países, consoante os mesmos critérios.

A par da visão integral dos direitos humanos no plano conceitual, os esforços correntes em prol do estabelecimento e consolidação do *monitoramento contínuo* da situação dos direitos humanos em todo o mundo constituem, em última análise, a resposta, no plano processual, ao reconhecimento obtido na Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena em 1993 da legitimidade da preocupação de toda a comunidade internacional com as violações de direitos humanos em toda parte e a qualquer momento, sendo este um grande desafio a defrontar o movimento internacional dos direitos humanos no limiar do século XXI (65). Para enfrentá-lo, os órgãos internacionais de proteção necessitarão contar com consideráveis recursos -humanos e materiais- adicionais: os atuais recursos -no plano global, menos de 1% do orçamento regular das Nações Unidas-, refletem um quase descaso em relação ao trabalho no campo da proteção internacional dos direitos humanos.

Os órgãos internacionais de proteção devem buscar bases e métodos adicionais de ação para fazer frente às novas formas de violações dos direitos humanos (66). A impunidade, por exemplo, verdadeira chaga que corrói a crença nas instituições públicas, é um obstáculo que ainda não conseguiram transpor. É certo que as Comissões da Verdade, instituídas

(65) A.A. Cançado Trindade, "A Proteção Internacional dos Direitos Humanos ao Final do Século XX", in *A Proteção Nacional e Internacional dos Direitos Humanos* (Seminário de Brasília de 1994, orgs. Benedito Domingos Mariano e Fermino Fechio Filho), São Paulo, FIDEH/Centro Santos Dias de Direitos Humanos, 1995, pp. 112-115.

(66) Para um exame de novos mecanismos e estratégias, cf. Peter Leuprecht, "Conflict Prevention and Alternative Forms of Dispute Resolution: Looking Towards the Twenty-First Century", *Human Rights in the Twenty-First Century: A Global Challenge* (eds. K.E. Mahoney e P. Mahoney), Dordrecht, Nijhoff, 1993, pp. 959-965; Jan Martenson, "The United Nations and Human Rights Today and Tomorrow", in *ibid.*, pp. 925-936; Janos Fodor, "Future of Monitoring Bodies", *Canadian Human Rights Yearbook* (1991-1992) pp. 177-209; Manfred Nowak, "Future Strategies for the International Protection and Realization of Human Rights", *The Future of Human Rights Protection in a Changing World - Essays in Honour of Torkel Opsahl* (eds. A. Eide e J. Helgesen), Oslo, Norwegian University Press, 1991, pp. 59-78; B.G. Ramcharan, "Strategies for the International Protection of Human Rights in the 1990s", 13 *Human Rights Quarterly* (1991) pp. 155-169; Theo van Boven, "The Future Codification of Human Rights: Status of Deliberations - A Critical Analysis", 10 *Human Rights Law Journal* (1989) pp. 1-11.

nos últimos anos em diversos países, com mandatos e resultados de investigações os mais variáveis, constituem uma iniciativa positiva no combate a este mal, mas ainda persiste uma falta de compreensão do alcance das obrigações internacionais de proteção. Estas últimas vinculam não só os governos (como equivocada e comumente se supõe), mas os *Estados* (todos os seus poderes, órgãos e agentes); como já advertimos, é chegado o tempo de precisar o alcance das *obrigações legislativas e judiciais* dos Estados Partes em tratados de direitos humanos, -a par das do Poder Executivo-, de modo a combater com mais eficácia a impunidade.

Há, ademais, que impulsionar os atuais esforços, no seio das Nações Unidas, tendentes ao estabelecimento de uma jurisdição penal internacional de caráter permanente (67). Da mesma forma, há que desenvolver a jurisprudência internacional -ainda em seus primórdios- sobre as reparações devidas às vítimas de violações comprovadas de direitos humanos. O termo "reparações" não é juridicamente sinônimo de "indenizações": o primeiro é o gênero, o segundo a espécie. No presente domínio de proteção, as reparações abarcam, a par das indenizações devidas às vítimas -à luz do princípio geral do *neminem laedere*,- a *restitutio in integrum* (restabelecimento da situação anterior da vítima, sempre que possível), a reabilitação, a satisfação e, significativamente, a garantia da não-repetição dos atos ou omissões violatórios (o dever de prevenção).

Para contribuir a assegurar a proteção do ser humano *em todas e quaisquer circunstâncias*, muito se vem impulsionando, em nossos dias, as *convergências* entre o direito internacional dos direitos humanos, o direito internacional humanitário e o direito internacional dos refugiados. Tais convergências, motivadas em grande parte pelas próprias necessidades de proteção, têm se manifestado nos planos normativo, hermenêutico e operacional, tendendo a fortalecer o grau da proteção devida à pessoa humana. Face à proliferação dos atuais e violentos conflitos internos em tantas partes do mundo, já não se pode invocar a *vacatio legis* levando à total falta de proteção de tantas vítimas inocentes. A visão compartimentaliza-

(67) Para o estado atual dos trabalhos, no seio das Nações Unidas, do Comitê Preparatório sobre o Estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional, cf. ONU, documento A/AC.249/1998/L.13, de 04.02.1998, pp. 1-175. E para um estudo recente, cf. S.R. Ratner e J.S. Abrams, *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law - Beyond the Nuremberg Legacy*, Oxford, Clarendon Press, 1997, pp. 3-303.

da das três grandes vertentes da proteção internacional da pessoa humana encontra-se hoje definitivamente superada; a doutrina e a prática contemporâneas admitem a aplicação simultânea ou concomitante das normas de proteção das referidas três vertentes, em benefício do ser humano, destinatário das mesmas. Passamos da compartimentalização às convergências. Cabe seguir avançando decididamente nesta direção (68).

Os órgãos de supervisão internacional têm, ao longo dos anos, aprendido a atuar também em distúrbios internos, estados de sítio e situações de emergência em geral. Graças à evolução da melhor doutrina contemporânea, hoje se reconhece que as derrogações e limitações permissíveis ao exercício dos direitos protegidos, isto é, as previstas nos próprios tratados de direitos humanos, devem cumprir certos requisitos básicos. Podem estes resumir-se nos seguintes: tais derrogações e limitações devem ser previstas em lei (aprovada por um congresso democraticamente eleito), ser restritivamente interpretadas, limitar-se a situações em que sejam absolutamente necessárias (princípio da proporcionalidade às exigências das situações), ser aplicadas no interesse geral da coletividade (*ordre public*, fim legítimo), ser compatíveis com o objeto e propósito dos tratados de direitos humanos, ser notificadas aos demais Estados Partes nestes tratados, ser consistentes com outras obrigações internacionais do Estado em questão, ser aplicadas de modo não-discriminatório e não-arbitrário, ser limitadas no tempo.

Em qualquer hipótese, ficam excetuados os direitos inderrogáveis (como o direito à vida, o direito a não ser submetido a tortura ou escravidão, o direito a não ser incriminado mediante aplicação retroativa das penas), que não admitem qualquer restrição. Do mesmo modo, impõe-se a intangibilidade das garantias judiciais em matéria de direitos humanos (exercitadas consoante os princípios do devido processo legal), mesmo em estados de emergência. O ônus da prova do cumprimento de todos estes requisitos recai naturalmente no Estado que invoca a situação de emergência pública em questão. Em casos não previstos ou regulamentados pelos tratados de direitos humanos e de direito humanitário, impõem-

(68) A.A. Cançado Trindade, G. Peytrignet e J. Ruiz de Santiago, *As Três Vertentes da Proteção Internacional dos Direitos da Pessoa Humana*, Brasília/San José de Costa Rica, IIDH/ACNUR/CICV, 1996, pp. 117-121.

se os princípios do direito internacional humanitário, os princípios de humanidade e os imperativos da consciência pública. Aos órgãos de supervisão internacional está reservada a tarefa de verificar e assegurar o fiel cumprimento desses requisitos pelos Estados que invocam estados de sítio ou emergência, mediante, e.g., a obtenção de informações mais detalhadas a respeito e sua mais ampla divulgação (inclusive das providências tomadas), e a designação de relatores especiais ou órgãos subsidiários de investigação dos estados ou medidas de emergência pública prolongados (69).

As iniciativas no plano internacional não podem se dissociar da adoção e do aperfeiçoamento das medidas *nacionais* de implementação, porquanto destas últimas -estamos convencidos- depende em grande parte a evolução da própria proteção internacional dos direitos humanos. Como vimos sustentando há vários anos (cerca de duas décadas) (70), no contexto da proteção dos direitos humanos a polêmica clássica entre monistas e dualistas revela-se baseada em falsas premissas e superada: verifica-se aqui uma *interação* dinâmica entre o direito internacional e o direito interno, e os próprios tratados de direitos humanos significativamente consagram o critério da *primazia da norma mais favorável* aos seres humanos protegidos, *seja ela norma de direito internacional ou de direito interno* (cf. *supra*).

A responsabilidade *primária* pela observância dos direitos humanos recai nos Estados, e os próprios tratados de direitos humanos atribuem importantes funções de proteção aos órgãos dos Estados. Ao ratificarem

(69) A.A. Cançado Trindade, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos - Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*, op. cit. *supra* n. (25), pp. 16-17.

(70) Cf. A.A. Cançado Trindade, "Exhaustion of Local Remedies in International Law and the Role of National Courts", 17 *Archiv des Völkerrechts* (1977-1978) pp. 333-370; A.A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, pp. 1-443; A.A. Cançado Trindade, "A Interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na Proteção dos Direitos Humanos", 46 *Arquivos do Ministério da Justiça* (1993) n. 182, pp. 27-54; A.A. Cançado Trindade, "Desafios de la Protección Internacional de los Derechos Humanos al Final del Siglo XX", *Seminario sobre Derechos Humanos* (Actas del Seminario de La Habana, Cuba, Mayo-Junio de 1996), San José de Costa Rica/La Habana, IIDH/Unión Nacional de Juristas de Cuba, 1997, pp. 99-124; A.A. Cançado Trindade, "Prefácio: Direito Internacional e Direito Interno - Sua Interação na Proteção dos Direitos Humanos", in *Instrumentos Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos*, São Paulo, Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 1996, pp. 13-46.

tais tratados, os Estados Partes contraem a obrigação geral de adequar seu ordenamento jurídico interno à normativa internacional de proteção (71), a par das obrigações específicas relativas a cada um dos direitos protegidos. Urge, assim, que as leis nacionais sejam compatibilizadas com a normativa internacional de proteção, e que os direitos congrados nos tratados de proteção possam ser invocados *diretamente* ante os próprios tribunais nacionais.

No presente domínio de proteção, o direito internacional e o direito interno se mostram, assim, em constante interação. É a própria proteção internacional que requer medidas nacionais de implementação dos tratados de direitos humanos (72), assim como o fortalecimento das instituições nacionais vinculadas à vigência plena dos direitos humanos e do Estado de Direito. Só se logrará tal fortalecimento com o concurso e a mobilização da sociedade civil, à qual se devem em grande parte os avanços na proteção dos direitos humanos em perspectiva histórica. Do que precede se pode depreender a premência da consolidação de obrigações *erga omnes* de proteção, consoante uma concepção necessariamente *integral* dos direitos humanos.

Enfim, ao voltar os olhos tanto para trás como para frente, apercebemo-nos de que efetivamente houve, nestas cinco décadas de experiência acumulada nesta área desde a adoção da Declaração Universal de 1948, um claro progresso, sobretudo na *jurisdicionalização* da proteção internacional dos direitos humanos (73). Não obstante, também nos damos conta de que este progresso não tem sido linear, como indica a trajetória das posições de muitos países nesta área. Tem havido momentos históri-

(71) No tocante ao direito brasileiro, cf. A.A. Cançado Trindade (Editor), *A Incorporação das Normas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro* (Seminários de Brasília e Fortaleza de 1993), 2ª edição, Brasília/San José IIDH/CICV/ACNUR/CUE/ASDI, 1996, pp. 7-845; A.A. Cançado Trindade (Editor), *A Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Nacional e Internacional: Perspectivas Brasileiras*, San José/Brasília, IIDH/Fund. F. Naumann, 1991, pp. 1-357; Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, São Paulo, Max Limonad, 1996, pp. 11-332; Celso D. de Albuquerque Mello, *Direito Constitucional Internacional*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1994, pp. 165-191.

(72) A ênfase na premência das referidas medidas nacionais, para o futuro da proteção internacional, não nos pode, porém, fazer perder de vista que os padrões internacionais de proteção não podem ser rebaixados; devem eles, ao contrário, ser preservados e elevados.

(73) Cf., a respeito, e.g., A.A. Cançado Trindade, *O Esgotamento de Recursos Internos no Direito Internacional*, 2ª edição, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1997, pp. 1-327.

cos de avanços significativos, mas lamentavelmente também de alguns retrocessos, quando não deveria haver aqui espaço para estes últimos. É este, em última análise, um domínio de proteção que não comporta retrocessos. Neste final de século, resta, certamente, um longo caminho a percorrer, tarefa para toda a vida. Trata-se, em última análise, de perseverar no ideal da construção de uma cultura universal de observância dos direitos humanos, do qual esperamos nos aproximar ainda mais, no decorrer do século XXI, graças ao labor das gerações vindouras que não hesitarão em abraçar a nossa causa.

ALGUNAS CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL SUSCITADAS POR EL "CASO BREARD"

Rubén CARNERERO CASTILLA
Asociado del I.H.L.A.D.I.

INTRODUCCION

El 3 de abril de 1998 la República de Paraguay presentó una demanda ante la Corte Internacional de Justicia contra los Estados Unidos de América -dando comienzo a la tramitación del denominado *asunto relativo a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares*-, en la que le solicitaba que decidiese acerca de la presunta violación por el demandado de algunas disposiciones de la mencionada Convención (1) durante la detención, en septiembre de 1992, y el posterior procesamiento, bajo la acusación de homicidio voluntario, del ciudadano paraguayo Sr. Angel Francisco Breard, quien en el verano de 1993 había sido declarado culpable de dicho cargo y condenado a la pena de muerte. No obstante, dicha tramitación concluyó poco más tarde, cuando el Gobierno de Paraguay, tras haber depositado su memoria sobre el fondo del asunto, comunicó a la Corte, el 2 de noviembre de 1988, que desistía de proseguir con el procedimiento, desistimiento que fue aceptado por los Estados Unidos al día siguiente y por la Corte en su ordenanza de 10 de noviembre.

En el presente estudio nos proponemos analizar algunas de las cuestiones de Derecho internacional suscitadas por este asunto, centrando nuestra atención, concretamente, en los problemas derivados de las facilidades que los agentes consulares han de obtener de las autoridades del Estado receptor para poder desempeñar sus funciones; las condiciones del ejercicio de la protección diplomática de los nacionales que sufren per-

(1) Adoptada el 24 de abril de 1963, tras la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Relaciones Consulares, que se celebró en la capital austriaca entre el 4 de marzo y el 22 de abril del mismo año.

juicios como consecuencia de la violación del Derecho internacional por un Estado extranjero; las modalidades de reparación de los daños causados por los hechos internacionalmente ilícitos; la obligatoriedad y eficacia de las medidas provisionales que la Corte está facultada a aprobar durante la tramitación de las causas que le son sometidas y las relaciones entre su jurisdicción y la jurisdicción de los órganos judiciales de los Estados miembros de las Naciones Unidas, y en particular, por lo que a este caso se refiere, los de los Estados Unidos.

LA ASISTENCIA CONSULAR Y LAS FACILIDADES CONCEDIDAS A LAS OFICINAS CONSULARES PARA SU EJERCICIO

El fundamento jurídico en el que se apoyaba la reclamación de Paraguay contra los Estados Unidos consistía en la presunta violación de la Convención sobre Relaciones Consulares cometida por las autoridades del Estado federado de Virginia que procedieron a la detención del Sr. Breard, al no informar al interesado en el debido momento de su derecho a comunicarse con la oficina consular competente ni poner en conocimiento de la misma la detención realizada, omisiones que, al impedir el ejercicio de las funciones consulares, tuvieron presumiblemente una importancia fundamental en el desarrollo del procedimiento penal que concluyó con la condena del detenido, pues le privaron de la posibilidad de recibir la asistencia jurídica especializada que hubieran podido prestarle las autoridades del Estado de su nacionalidad.

Efectivamente, entre las funciones consulares enumeradas en el artículo 5 de la Convención, figura la protección de los intereses de los nacionales del Estado que envía en el Estado receptor (art. 5-a). Tal protección está prevista para aquellos supuestos en los que algún órgano del Estado receptor cometa un hecho ilícito que les perjudique y conlleva la posibilidad de que los funcionarios consulares reclamen contra el propio órgano del que emane dicho comportamiento desde el mismo momento en que éste tenga lugar, pues, al contrario de lo que ocurre con la protección diplomática, no es preciso que se ejerza frente al Gobierno del Estado ni está sometida a la condición de que el daño se haya consumado definiti-

vamente debido al agotamiento sin éxito de los recursos internos disponibles para enmendarlo (2).

No obstante, el Sr. Breard se vio privado de esta protección debido a que su detención no fue comunicada a la oficina consular de Paraguay; si bien es cierto que en caso de haberlo sido no hubiese procedido el ejercicio de la *protección consular*, por ausencia del supuesto de hecho que le proporciona su razón de ser, pues la infracción que se achacaba a la actuación de las autoridades estadounidenses consistía, precisamente, en la omisión de tal notificación, que, de haberse subsanado, hubiese resultado conforme a Derecho, con lo que las funciones de la oficina consular habrían quedado fuera del ámbito de aplicación del artículo 5-a de la Convención.

Pero, incluso si las autoridades del Estado receptor no hubieran cometido un hecho contrario al Derecho internacional o a su propio Derecho interno durante la detención, la oficina consular tiene la misión de prestar ayuda a los nacionales del Estado que envía cuando éstos lo necesiten (art. 5-e). Esta *asistencia consular* puede consistir en representarles o tomar las medidas convenientes para su representación ante los tribunales y otras autoridades del Estado receptor a fin de que se adopten las medidas provisionales de preservación de sus derechos e intereses cuando, por cualquier causa, no puedan defenderlos oportunamente (art. 5-i).

Una de las situaciones en la que los ciudadanos que se encuentran en el extranjero necesitan de forma más evidente la asistencia de las autoridades del Estado de su nacionalidad es cuando se hallan privados de libertad. Ahora bien, en ese supuesto los funcionarios consulares difícilmente podrán prestar tal asistencia sin la colaboración del Estado receptor, al que, por este motivo, la Convención impone la obligación de proporcionarles ciertas facilidades que les permitan el ejercicio de sus funciones consulares. Así, las autoridades competentes -preferiblemente los mismos agentes que practiquen la detención y, en su defecto, aquéllas a cuya disposición sea puesto el detenido- deberán informar sin dilación al interesado del derecho que le asiste a que, si lo desea, se comunique su situación a la oficina consular (art. 36.1-b), cuyos funcionarios podrán visitarle, conversar con él y organizar su defensa ante los tribunales (art. 36.1-c).

(2) J.A. PASTOR RIDRUEJO: *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1996, p. 549.

Sin embargo, en el caso que nos ocupa, a pesar de que tanto a la policía como a los jueces les constaba la nacionalidad paraguaya del Sr. Breard, éste no fue informado de su derecho a que se comunicase el encarcelamiento a la oficina consular, lo que motivó que ni la embajada ni el consulado de Paraguay pudieran prestar asistencia al detenido hasta la primavera de 1996, cuando ya había sido condenado, circunstancia que perjudicó notoriamente sus intereses, pues, a falta del asesoramiento adecuado, adoptó a lo largo del procedimiento algunas decisiones claramente erróneas que tuvieron una influencia decisiva en la sentencia, destacando, por su trascendencia, la negativa a aceptar ser condenado a cadena perpetua a cambio de declararse culpable del crimen del que se le acusaba y la confesión y revelación de sus antecedentes judiciales en la creencia de que con semejante actitud se beneficiaría de la clemencia del tribunal, cuando, por el contrario, tales hechos resultaron determinantes para su condena, aunque los Estados Unidos alegaron que, incluso sin dicho testimonio, la pena impuesta habría sido la misma, dadas las evidencias que pesaban en su contra.

Además, si el Estado receptor hubiese concedido a la oficina consular de Paraguay las facilidades a las que estaba obligado y, en consecuencia, el Sr. Breard hubiese disfrutado de asistencia consular durante el proceso judicial, éste se habría celebrado en unas condiciones más favorables, pues, por ejemplo, el acusado habría contado con la presencia de un intérprete, se le habrían proporcionado abogados especializados y podrían haberse aportado elementos de prueba útiles para su defensa y testigos que declarasen a su favor.

Por ello, teniendo en cuenta los previsibles efectos decisivos de todas estas circunstancias sobre la sentencia, la violación de la Convención de Viena por los Estados Unidos resultó funesta para el detenido, hasta el punto de que podría viciar de nulidad el procedimiento judicial abierto tras la detención, al haberse ignorado en su inicio y en su desarrollo garantías procesales que afectaron a la resolución con la que concluyó.

No obstante, los Estados Unidos mantuvieron al respecto un punto de vista muy distinto, pues, si bien admitían la veracidad de los hechos descritos, discrepaban, sin embargo, al valorar las consecuencias jurídicas que se derivaban de los mismos, pues, según su entender, el comporta-

miento de las autoridades policiales y judiciales de Virginia al no comunicar la detención del Sr. Breard a la oficina consular ni informar al detenido de su derecho a que se llevara a cabo tal notificación, no constituyó un hecho ilícito internacional y, aunque hubiese violado la Convención, nunca podría tener los efectos que pretendía Paraguay.

Así, en cuanto a la primera cuestión, a pesar de que la Convención consagra el derecho de los funcionarios consulares a comunicarse con los nacionales del Estado que envía y viceversa, incluso cuando se encuentran privados de libertad, los Estados Unidos sostuvieron que no impidieron tales comunicaciones y visitas, pues podrían haberse llevado a cabo si se hubiese solicitado. Pero este argumento resulta falaz, ya que, por una parte, tal solicitud no era viable teniendo en cuenta que la oficina consular del Paraguay desconocía la situación del Sr. Breard, quien, por otra parte, no contactó con las autoridades consulares al ignorar que la Convención le ofrecía tal posibilidad, debido en ambos supuestos a la falta de información derivada del incumplimiento por Estados Unidos de sus compromisos internacionales, que impidió, por omisión, el contacto entre el detenido y la oficina consular.

Por ello, no es de recibo que se intentase justificar tal conducta aduciendo que los familiares y abogados del Sr. Breard podrían haber realizado las gestiones precisas para que éste tuviese acceso a la asistencia consular, pues esa no es la vía prevista en la Convención, que exige que sean los agentes del Estado receptor quienes informen de la detención a la oficina consular para que ésta actúe de la forma que estime conveniente, sin que les exima de tal obligación el hecho de que otras personas también puedan hacerlo.

El caso es que finalmente el Sr. Breard no disfrutó de asistencia consular tras su detención ni durante el proceso penal subsiguiente y, ante esta realidad, no sirve la excusa de que no resultaba necesaria porque el propio Estado receptor había tomado las medidas oportunas para que contase con una representación legal adecuada, que cumplía las condiciones sobre asistencia letrada exigidas por la Constitución de los Estados Unidos, pues, sin menospreciar el trabajo de los abogados, que dedicaron al menos 400 horas a preparar la defensa, su idoneidad para llevar a cabo la función que se les encomendó no puede depender de la opinión del

Estado receptor, sino que es fundamental el punto de vista al respecto del Estado que envía, que, en principio, es quien mejor velará por los intereses de los ciudadanos de su nacionalidad.

De hecho, la omisión llevada a cabo por las autoridades de Virginia sólo estaría jurídicamente justificada si el Sr. Breard se hubiese opuesto expresamente a que los funcionarios consulares interviniesen en su favor (art. 36.1-c), cosa que, lógicamente, no ocurrió, pues, en primer lugar, nadie puede renunciar a un derecho que ignora disponer y, en segundo lugar, de ningún modo equivale a tal renuncia el rechazo por el detenido del asesoramiento y los consejos de sus abogados y de su madre, como pretenden hacer valer los Estados Unidos presumiendo que de habersele ofrecido la asistencia consular la habría rehusado igualmente, pues la Convención precisa claramente que tal rechazo debe ser expreso. Como tampoco justifican su dejación las dudas que han planteado acerca de cuál hubiese sido la actitud de Paraguay en caso de conocer la detención. Tales dudas, sustentadas en la variedad de la práctica estatal en la materia, según la cual mientras algunos Estados son más activos otros se muestran incapaces o desinteresados en llevar a cabo la asistencia consular, son utilizadas para insinuar que Paraguay no la hubiese ejercido. Pero ambos argumentos son insostenibles al basarse en sendas conjeturas imposibles de comprobar que, además, no están previstas por la Convención como circunstancias que flexibilicen las obligaciones impuestas en ella.

Por otra parte, los Estados Unidos se enfrentaron a las pretensiones de Paraguay apoyándose en las limitaciones que la Convención impone al derecho de los funcionarios consulares a tomar las medidas convenientes para la representación de los nacionales del Estado que envía ante los tribunales y otras autoridades del Estado receptor, recordando que está sometido a la práctica y los procedimientos en vigor en éste último (art. 5-i), de forma que debe ejercerse de conformidad con las leyes aprobadas por el mismo (art. 36.2) y que éstas no prevén que los funcionarios consulares extranjeros actúen como abogados ante sus tribunales ni que los funcionarios consulares estadounidenses actúen como abogados ante los tribunales de Estados extranjeros. Sobre este particular, y dejando a un lado el hecho de que las autoridades de Paraguay nunca pretendieron ejercer de abogados del Sr. Breard, sino únicamente asegurarse de que pudiese contar con la representación legal más adecuada para su defensa y ase-

sorarlo durante el procedimiento, no se puede olvidar que, según la propia Convención, las leyes y reglamentos adoptadas por el Estado receptor para regular las prerrogativas reconocidas a las oficinas consulares no pueden imposibilitar el ejercicio de sus funciones ni impedir que tengan pleno efecto los derechos que se les conceden para facilitar dicho ejercicio (art. 36.2).

Además, resultan especialmente preocupantes las desafortunadas manifestaciones de los representantes de los Estados Unidos en el sentido de que el ejercicio de la asistencia consular hubiese resultado inútil para cambiar la suerte del Sr. Breard, dada su indiscutible culpabilidad, que había quedado sentada en el juicio, había sido admitida por el condenado en su confesión y no había sido contestada por Paraguay, pues, si la culpabilidad del condenado estaba tan clara, tal vez se debió a que la violación de la Convención por las autoridades de los Estados Unidos le había impedido valerse del asesoramiento de la oficina consular para demostrar su inocencia, lo que hubiese evitado, por ejemplo, que acabase confesando los crímenes de los que se le acusaba, decisión que le supuso la pena de muerte y que resultó del todo incoherente cuando con anterioridad había rechazado la posibilidad que se le ofreció de declararse culpable de los cargos a cambio de obtener una condena de prisión perpétua.

En cuanto a la actitud de Paraguay, es razonable que se abstuviese de discutir la culpabilidad del condenado -lo que no ha de entenderse como una aceptación tácita de la misma-, si tenemos en cuenta, por un lado, que sus objeciones no se referían a los fundamentos de la sentencia condenatoria, sino que, yendo más allá, impugnó todo el procedimiento judicial solicitando la repetición de las actuaciones realizadas desde que se produjo la detención y, por otro lado, que a las autoridades paraguayas no les correspondía pronunciarse sobre el fallo de los órganos jurisdiccionales estadounidenses, pues ello supondría una injerencia en su funcionamiento, sino simplemente asegurarse de que el juicio se celebrase con todas las garantías procesales que las normas internacionales otorgan a sus nacionales.

Pero es que, incluso en el supuesto de que el Sr. Breard fuese culpable de los hechos que se le imputaron, ello no sería motivo suficiente para privarle de la asistencia consular, que hubiese tenido gran interés para él, ya

que el delito por el que se le condenó está castigado en la legislación de Virginia con distintas penas -entre ellas la cadena perpetua, a la que se le puede añadir una multa de 100.000 dólares- y la intervención de los funcionarios consulares podría haber conseguido que no se le impusiera la más grave de ellas: ser ejecutado mediante electrocución o por la inyección de alguna sustancia letal.

En definitiva, las circunstancias que, según los Estados Unidos, evidenciaban la culpabilidad del condenado no constituyen razones suficientes para incumplir los compromisos internacionales asumidos mediante la Convención de Viena y privar al detenido de sus derechos, ya que las obligaciones establecidas en el artículo 36.1-b de la misma no están sujetas ni a excepciones ni a las condiciones dependientes de la apreciación subjetiva del Estado receptor que éste considere oportuno imponer, pues en tal caso su efectividad quedaría seriamente comprometida.

De todo ello se deriva que los Estados Unidos cometieron una violación de la Convención al no informar sin dilación al Sr. Breard de su derecho a que se comunicase su detención a la oficina consular. Sin embargo, otro problema distinto es el de determinar cuáles deberían ser las consecuencias de esa infracción, cuestión que analizaremos al considerar qué reparación del daño causado hubiese sido la adecuada.

EL EJERCICIO DE LA PROTECCION DIPLOMATICA

Al presentar la demanda ante la Corte Internacional de Justicia Paraguay optó por recurrir a la vía judicial internacional para ejercer la protección diplomática del Sr. Breard, quien había sido detenido el 1 de septiembre de 1992 por la policía de Arlington (Virginia) acusado de la violación y el asesinato de la ciudadana estadounidense Sra. Ruth Dickie, ocurrido el 17 de febrero del mismo año y, una vez juzgado por los órganos jurisdiccionales competentes, que le implicaron en otras dos agresiones sexuales, fue declarado culpable, el 24 de junio de 1993, del cargo de homicidio voluntario y condenado a la pena de muerte el 22 de agosto siguiente.

Con anterioridad, Paraguay ya había realizado, sin éxito, gestiones diplomáticas al respecto, mediante una carta de 10 de diciembre de 1996

en la que el embajador ante los Estados Unidos solicitaba los buenos oficios del Departamento de Estado para que el Sr. Breard tuviese un nuevo proceso judicial en el que se respetaran las previsiones de los tratados internacionales que vinculan a ambas partes, disfrutando, en consecuencia, de todas las garantías procesales necesarias para su defensa. Igualmente, había buscado la satisfacción de sus pretensiones acudiendo a la jurisdicción interna estadounidense, mediante una acción civil planteada el 16 de septiembre de 1996 ante un tribunal federal de primera instancia contra los funcionarios responsables de la detención y la condena, alegando la violación de la Convención de Viena, reclamación sobre la que no se pronunció el tribunal en cuestión, que ni siquiera la examinó al declararse incompetente, y mediante una demanda ante la Corte Suprema de los Estados Unidos.

A diferencia de la asistencia consular, la protección diplomática es una reclamación dirigida por un Estado contra el Gobierno de otro Estado cuyo objeto es lograr la reparación de los daños que éste haya causado a algún particular de la nacionalidad de aquél al cometer un hecho ilícito internacional. Así pues, el presupuesto indispensable para el ejercicio de la protección diplomática consiste en la violación por un Estado de alguna obligación internacional que le vincule, siempre que de ello se derive un perjuicio para los derechos o intereses de un particular extranjero. En el caso que nos ocupa, las normas internacionales que, en opinión de Paraguay, violaron los Estados Unidos son las disposiciones mencionadas de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, relativas a las funciones de las oficinas consulares y las facilidades que éstas han de recibir del Estado receptor para su correcto y adecuado ejercicio.

El derecho de Paraguay a ejercer la protección diplomática del Sr. Breard es indiscutible, pues en este asunto concurrían las dos condiciones exigidas por el ordenamiento internacional consuetudinario para que ello sea factible. Así, en primer lugar, no cabe duda de que el Sr. Breard era a todos los efectos ciudadano paraguayo, cumpliéndose de esta forma el requisito según el cual, salvo acuerdo en contrario, cada Estado únicamente puede ejercer la protección diplomática de aquellas personas físicas o jurídicas que disfruten de su nacionalidad.

Además, como el requisito del agotamiento de los recursos internos determina que, antes de formularse una reclamación interestatal, el particular que haya sufrido perjuicios como consecuencia de la violación del Derecho internacional por un Estado extranjero intente la reparación de sus intereses dañados mediante todas las posibilidades que le ofrezca el ordenamiento interno de dicho Estado, el Sr. Breard, una vez condenado y antes de que Paraguay se hiciese cargo de la reclamación contra los Estados Unidos, apeló contra la sentencia que le declaraba culpable ante las instancias previstas en la legislación de los Estados Unidos, sin que prosperaran los recursos interpuestos, de forma que, rechazadas sus apelaciones, se fijó la ejecución para el 14 de abril de 1998.

Efectivamente, tras agotar todos los recursos disponibles ante los tribunales del Estado de Virginia, que denegaron tanto la apelación de la sentencia como la impugnación de la detención mediante la correspondiente solicitud de *habeas corpus*, las siguientes acciones se presentaron ante los órganos jurisdiccionales federales. Así, el 30 de agosto de 1996, ya con el apoyo de los funcionarios consulares, el interesado interpuso un recurso ante el Tribunal federal de primera instancia con el que pretendía, de nuevo, obtener una ordenanza de *habeas corpus*, para lo cual alegó la violación de la Convención de Viena por los agentes que procedieron a su detención, petición que el tribunal rechazó aplicando la figura del Derecho interno estadounidense conocida como "defecto en el procedimiento" (*procedural default*), en virtud de la cual, al no haber hecho valer en el procedimiento judicial que concluyó con su condena los derechos que le reconocía dicha Convención, no podía invocarlos posteriormente en el proceso federal de *habeas corpus*. Confirmado dicho rechazo por el Tribunal federal de apelación, el Sr. Breard solicitó a la Corte Suprema de los Estados Unidos que ejerciera, mediante una ordenanza de *certiorari*, su poder discrecional de revisar la condena impuesta y ratificada por las jurisdicciones inferiores y que aplazase su ejecución durante el examen de dicha solicitud, aunque tal pretensión, que fue desestimada, tenía estadísticamente muy pocas posibilidades de prosperar, pues la Corte Suprema sólo admite un cinco por ciento de esas demandas. De esta forma quedaba agotada la vía judicial interna y sólo cabían reclamaciones -por medios diplomáticos, judiciales o recurriendo a cualquier otro método de solución de controversias- en el ámbito internacional, es decir, de Estado a Estado.

Al hacer uso de tal posibilidad mediante el ejercicio de la protección diplomática, Paraguay pretendía que la Corte sentenciase que con motivo de la detención y el procesamiento del Sr. Breard los agentes de los Estados Unidos violaron algunas obligaciones internacionales, reclamando, en consecuencia, la reparación correspondiente mediante la *restitutio in integrum*, es decir, la retrotracción de las actuaciones judiciales al momento en que se cometió la violación de la Convención, declarando la nulidad de toda responsabilidad penal impuesta al condenado y repitiendo el procedimiento con estricto respeto de las obligaciones internacionales, de forma que el acusado se beneficiara de todos los derechos que le correspondían en aplicación de la legislación estadounidense y de los convenios internacionales en vigor entre ambas partes.

Pero los Estados Unidos, además de negar que el comportamiento de las autoridades de Virginia constituyese una violación de la Convención, discrepaban acerca de cuáles serían los efectos de semejante infracción, oponiéndose a las medidas solicitadas por Paraguay al considerar que no encuentran apoyo en el texto de la Convención ni en la práctica de los Estados partes, pues la reacción habitual de los Estados perjudicados por la omisión de la notificación consiste en formular una protesta diplomática que, aunque en ocasiones no recibe contestación, normalmente da origen a la investigación pertinente por parte del Estado receptor, quien, por regla general, si se comprueban los hechos procede a disculparse y se compromete a cumplir en el futuro las obligaciones establecidas en el artículo 36, solución que consideraban suficiente para reparar la infracción cometida, cuya gravedad intentaron minimizar alegando que la asistencia consular no es esencial en los procedimientos penales contra extranjeros -si bien la propia política de los Estados Unidos en relación con sus nacionales detenidos en el extranjero se encarga de desmentir con los hechos tal afirmación- y que el cometido más importante de los funcionarios consulares en este ámbito es el de procurar el contacto del detenido con su familia, lo cual era innecesario en el caso del Sr. Breard, quien desde un primer momento pudo comunicarse con uno de sus tíos que residía en el país y con su madre y una prima que se desplazaron desde Paraguay.

De estas objeciones sorprende especialmente que los Estados Unidos pusieran el énfasis en que la modalidad de reparación pretendida en la demanda no está prevista en la Convención, pues, efectivamente, la

Convención no establece ni tal medida ni ninguna otra, ya que, como es habitual en la codificación internacional, se limita a recoger las normas primarias, es decir, las que imponen obligaciones a los Estados cuya violación puede dar lugar a su responsabilidad, pero no las normas secundarias que establecen las consecuencias jurídicas de tales violaciones, normas que, en lo fundamental, tienen carácter consuetudinario.

No obstante, lo cierto es que la *restitutio in integrum* constituye un principio general del Derecho internacional, firmemente establecido por la jurisprudencia (3) y codificado por la Comisión de Derecho Internacional en su Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados al disponer que "el Estado lesionado podrá obtener del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito la reparación en especie, es decir, el restablecimiento de la situación que existía antes de haberse cometido el hecho ilícito, siempre que y en la medida en que esa restitución en especie: a) No sea materialmente imposible; b) No entrañe la violación de una obligación nacida de una norma imperante [sic] de derecho internacional general; c) No entrañe una carga totalmente desproporcionada en relación con la ventaja que se derivaría para el Estado lesionado de la obtención de la restitución en especie en vez de la indemnización; o d) No comprometa gravemente la independencia política o la estabilidad económica del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito, siendo así que el Estado lesionado no resultaría afectado del mismo modo si no obtuviese la restitución en especie" (art. 43); teniendo siempre en cuenta que, cualquiera que sea el medio utilizado para subsanar los daños derivados del hecho ilícito internacional, "en ningún caso podrá la reparación tener por resultado privar a la población de un Estado de sus propios medios de subsistencia" (art. 42.3) (4).

(3) Véase la sentencia del *asunto de la Fábrica de Chorzów* (fondo), en la que la Corte Permanente de Justicia Internacional mantuvo que "le principe essentiel, qui découle de la notion même d'acte illicite et qui semble dégager de la pratique internationale, notamment de la jurisprudence des tribunaux, est que la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis". C.P.J.I., Serie A, n° 17, p. 47.

(4) Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48° período de sesiones, en *Documentos Oficiales de la Asamblea General. Quincuagésimo primer período de Sesiones*. Suplemento n° 10 (A/51/10). Naciones Unidas. Nueva York, 1996, pp. 151-152.

Aplicando tales reglas generales al supuesto que nos ocupa, en el que no concurría ninguna de las circunstancias mencionadas que hubieran eximido a los Estados Unidos, como presunto responsable de un hecho ilícito internacional, de llevar a cabo la reparación en especie, resultaba legítimo y razonable que Paraguay exigiese el restablecimiento, en la medida de lo posible, de la situación existente antes de la detención, procesamiento, declaración de culpabilidad y condena del Sr. Breard, máxime cuando ello pudo hacerse sin especiales dificultades, simplemente repitiendo el juicio para que el acusado contara desde el primer momento con todas las garantías procesales que le beneficiaban, de forma que la sentencia tuviese en cuenta los elementos aportados en su descargo por la asistencia consular y, en caso de que fuese declarado culpable, se le impusiera la pena que en justicia correspondiera, que en lugar de la condena a muerte podría haber sido la reclusión perpetua, posibilidad que no hubiera resultado contraria al sistema penal estadounidense, pues a fin de cuentas tal era el ofrecimiento que en su momento le realizaron las autoridades y que él rechazó por carecer del asesoramiento adecuado.

LAS MEDIDAS PROVISIONALES ADOPTADAS POR LA CORTE

Si el *asunto relativo a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares* ha sido objeto de un especial interés científico y ha despertado la atención de los medios de comunicación, a pesar de que ni siquiera se llegó a iniciar la fase escrita del procedimiento, se debe, sin duda, a uno de los aspectos más destacados de su tramitación ante la Corte: la solicitud por parte de Paraguay de medidas cautelares para preservar sus derechos mientras se dictaba sentencia, la aprobación de las mismas y, sobre todo, su incumplimiento por los Estados Unidos.

Efectivamente, como quiera que la fecha en la que se ejecutaría al Sr. Breard estaba fijada para el 14 de abril de 1998, 11 días después de la presentación de la demanda, y dado que para la Corte era materialmente imposible decidir en tan breve plazo de tiempo si los Estados Unidos habían violado durante su detención y posterior enjuiciamiento la Convención de Viena de 1963, Paraguay solicitó con carácter de urgencia la adopción de medidas provisionales de tipo cautelar, con el objeto de

proteger su vida impidiendo que las autoridades de Virginia hiciesen cumplir la condena de muerte antes de que se examinase si sus pretensiones estaban bien fundadas, pues, obviamente, ello imposibilitaría restablecer el estado de cosas anterior a la violación de la Convención si el pronunciamiento fuese favorable.

La competencia para dictar este tipo de medidas está prevista en el artículo 41.1 del Estatuto de la Corte, que le reconoce la "facultad para indicar, si considera que las circunstancias así lo exigen, las medidas provisionales que deban tomarse para resguardar los derechos de cada una de las partes", lo que, según su Reglamento, podrá hacer a instancia de parte (art. 73.1) o de oficio (art. 75.1). Ahora bien, para que no se perturbe sin motivo suficiente el desarrollo normal de los procedimientos, este incidente procesal está sometido al cumplimiento de ciertas condiciones que han sido establecidas fundamentalmente por vía jurisprudencial. Así, de una sistematización de la práctica de la Corte Permanente de Justicia Internacional y de la Corte Internacional de Justicia en la materia se pueden extraer una serie de principios que deben ser observados para que tales medidas sean válidas.

En el caso que nos ocupa, la mayoría de esos principios no planteaban ningún problema, pues, de entrada, existía un nexo evidente entre las medidas provisionales solicitadas por el demandante y el objeto del contencioso que se encuentra pendiente de resolución, requisito cuyo sentido consiste en evitar que se pueda aprovechar el procedimiento para conseguir la adopción de decisiones que no tengan nada que ver con el mismo. Además, dado que el objeto de las medidas provisionales es proteger los derechos de las partes mientras se resuelve la controversia, el Estado que las solicita debe demostrar *prima facie* la existencia del derecho que pretenda salvaguardar, así como el riesgo de que sea infringido antes de que se resuelva el litigio mediante la correspondiente sentencia y, a este respecto, quizás resulte difícil encontrar un supuesto en el que las medidas cautelares fuesen más necesarias, teniendo en cuenta que la vida del Sr. Breard estaba a punto de sufrir un daño irreversible. Daño que, por otra parte, era inminente, pues, de hecho, a pesar de la diligencia mostrada por la Corte al contestar la solicitud de Paraguay, su decisión fue tomada sólo cinco días antes de la fecha prevista para su ejecución, quedando patente con ello su urgencia, elemento que está implícito en la noción de las medi-

das provisionales, como lo demuestra su regulación en el Reglamento de la Corte, que les confiere prioridad sobre cualquier otra cuestión (art. 74.1) y dispone que han de ser resueltas con premura (art. 74.2).

Sin embargo, no hubo acuerdo entre las partes acerca de si se cumplían otras condiciones igualmente necesarias para la adopción de las medidas provisionales reclamadas por Paraguay. Por ejemplo, el hecho de que sea discutida la jurisdicción de la Corte para conocer el fondo del asunto, como sucedió en el presente caso, no es óbice para que dicte medidas provisionales antes de pronunciarse acerca de dicha cuestión (5), dado que la urgencia en aplicarlas impide postergar la decisión hasta que quede resuelta, aunque para ello es preciso, al menos, que las disposiciones invocadas por el demandante constituyan una base razonable sobre la que fundar dicha jurisdicción (6). Obviamente, si esto ocurre, las medidas provisionales que se adopten deben ser de tal naturaleza que no prejuzguen el fallo sobre la competencia o sobre la admisibilidad de la demanda (7).

Pues bien, según la opinión de los Estados Unidos, en este supuesto no existía tal atisbo de competencia, a pesar de que el Protocolo facultativo sobre arreglo pacífico de las controversias surgidas de la interpretación o la aplicación de la Convención de 1963 -adoptado simultáneamente a ésta y del que son parte ambos Estados- prescribe claramente que esas diferencias quedarán bajo la competencia obligatoria de la Corte Internacional de Justicia si le son sometidas por algún Estado parte en las mismas que también sea parte en dicho Protocolo (art. 1). Para intentar fundamentar tal punto de vista, los Estados Unidos negaron la existencia de controversia alguna que les enfrentase con Paraguay, destacando que

(5) Aunque la Corte ha dejado claro, al dictar medidas provisionales en los *asuntos de la competencia en materia de pesquerías*, mediante sendas ordenanzas de 17 de agosto de 1972, "qu'elle ne doit cependant pas appliquer l'article 41 du Statut lorsque son incompétence au fond est manifeste", C.I.J., *Recueil*, 1972, pp. 15 y 33.

(6) Véase, por ejemplo, la ordenanza sobre medidas provisionales adoptada por la Corte, el 8 de abril de 1993, en el *asunto relativo a la aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio*, C.I.J., *Recueil*, 1993, pp. 12 y 13.

(7) Pues, como se afirma en la ordenanza sobre medidas provisionales adoptada por la Corte el 5 de julio de 1951 en el *asunto de la Anglo-Iranian Oil Co.*, "l'indication de telles mesures ne préjuge en rien la compétence de la Cour pour connaître au fond de l'affaire et laisse intact le droit du défendeur de faire valoir ses moyens à effet de la contester", C.I.J., *Recueil*, 1951, p. 93.

ambos Estados estaban de acuerdo en el contenido de las obligaciones establecidas por el artículo 36.1-b de la Convención, en su incumplimiento por el demandado y en la necesidad de tomar medidas para evitar que tal incumplimiento se repitiese. No obstante, semejante argumento cayó por su propio peso cuando admitieron sus discrepancias a la hora de determinar las consecuencias, a la luz del Derecho internacional, de la omisión cometida al dejar de informar al Sr. Breard de su derecho a que se notificase la detención a la oficina consular. Así pues, es evidente que existía una diferencia entre Paraguay y los Estados Unidos, tanto en el sentido corriente del término que, según el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, es el que hay que tener en cuenta para interpretarlo, como en su acepción técnico-jurídica (8), aunque una de las partes no lo reconociese (9). Por consiguiente, esta controversia hubiera debido solucionarse aplicando el Protocolo adoptado con tal fin, es decir, mediante la intervención de la Corte, pudiéndose sostener, *prima facie*, su competencia para resolver el fondo del asunto, lo que le habilitaba para adoptar, si lo estimaba pertinente, las medidas provisionales solicitadas.

Del mismo modo, la adopción y el contenido de estas medidas, además de no prejuzgar la competencia de la Corte para conocer la demanda a la que están vinculadas, en el caso de que existan dudas al respecto, tampoco deben anticipar cuál será su fallo sobre el fondo del mismo si acaba declarándose competente, ni decidir los aspectos sustantivos que presenta, pues su finalidad está claramente definida en el Estatuto, debiendo limitarse a salvaguardar, hasta que se dicte la sentencia que resuelva las distintas pretensiones, aquellos derechos de las partes que puedan sufrir detrimento durante el procedimiento. Y, precisamente, esto es lo que buscaba Paraguay a la vista de las medidas reclamadas, aunque los Estados

(8) En este sentido, la Corte Permanente de Justicia Internacional, en su sentencia de 30 de agosto de 1924, con la que resolvió el *asunto relativo a las concesiones Mavrommatis en Palestina*, afirmó que "un différend est un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes", C.P.J.I., *Serie A*, nº 2, pp. 11 y 12.

(9) Ya en su opinión consultiva de 30 de marzo de 1950, emitida en el *asunto sobre los tratados de paz concluidos con Bulgaria, Hungría y Rumania*, la Corte afirmó que "l'existence d'un différend international demande à être établie objectivement. Le simple fait que l'existence d'un différend est contestée ne prouve pas que ce différend n'existe pas", C.I.J., *Recueil*, 1950, p. 74.

Unidos consideraron que su adopción implicaba un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, no en la sentencia, sino en una ordenanza adoptada tras un procedimiento precipitado y poco equilibrado que, por ello, resultaba inadecuado para resolver las importantes cuestiones legales que estaban en juego. Es difícil entender, sin embargo, esta interpretación según la cual el retraso de la ejecución del Sr. Breard suponía tomar partido acerca de cuáles habían de ser las consecuencias jurídicas del incumplimiento del deber de informarle sobre sus derechos, que es la cuestión de fondo que debería resolver la Corte, o acerca de su culpabilidad en relación con los hechos que se le imputaban.

Por el contrario, desde nuestro punto de vista, la solicitud de medidas provisionales presentada por Paraguay reunía todos los requisitos para que fueran adoptadas, a pesar de lo cual, los Estados Unidos se opusieron a ello mediante argumentos ajenos al Estatuto y al Reglamento de la Corte, basados en las dificultades prácticas que implica el correcto cumplimiento de la obligación establecida en el artículo 36.1-b de la Convención -dado que el número de residentes en Estados distintos del de su nacionalidad es cada vez mayor, lo que determina el aumento de las detenciones de estos ciudadanos extranjeros- y en los problemas derivados de las múltiples solicitudes de reparación a las que puede dar lugar su incumplimiento. Claro que ni aquellas dificultades permiten a los Estados ignorar las obligaciones que se han comprometido a observar, ni estos problemas les eximen de resarcir los daños causados por su omisión.

El caso es que, con una rapidez elogiabile, la Corte aprobó por unanimidad, el 9 de abril de 1998, una ordenanza disponiendo que los Estados Unidos debían tomar todas las medidas a su disposición para que el Sr. Breard no fuese ejecutado mientras no resolviera, mediante la sentencia definitiva, qué consecuencias tuvo sobre su condena la violación de la Convención y cuáles eran los remedios más adecuados para subsanarlas.

Aunque las normas que las regulan no lo prescriben expresa y claramente, las medidas provisionales son obligatorias para los Estados a los que van dirigidas, pues así se desprende de la naturaleza vinculante del procedimiento judicial internacional y de su propia finalidad, ya que mediante simples recomendaciones difícilmente se podrán salvaguardar los derechos objeto de discusión que corran el riesgo de sufrir menoscabo.

bo antes de que la Corte decida al respecto, de forma que si la sentencia es obligatoria, también deben serlo las medidas adoptadas para evitar que se malogre la ejecución del fallo antes de que sea dictado. Además, esta opinión parece confirmarse por las disposiciones del Estatuto de la Corte que le reconocen la facultad de indicar las medidas provisionales que "deban tomarse" para resguardar los derechos de cada una de las partes (art. 41.1) y le obligan a notificarlas inmediatamente al Consejo de Seguridad (art. 41.2), dando a entender que éste podría tener un papel similar al que le reconoce el artículo 94.2 de la Carta en relación con las sentencias (10); y por su Reglamento, que le permite solicitar a las partes información sobre cualquier cuestión relativa a la ejecución de las medidas provisionales (art. 78), lo que indica que su cumplimiento no es voluntario.

Así pues, si la más elemental prudencia y el respeto a la labor de la Corte y al Derecho internacional aconsejaban la suspensión de la ejecución del Sr. Breard hasta que se dilucidaran los aspectos controvertidos de su detención, sin necesidad de que fuese solicitada, sino por la mera presentación de la demanda de Paraguay, una vez aprobadas las medidas provisionales tal suspensión resultaba obligatoria. No obstante, el Gobernador de Virginia, Sr. Jim Gilmore, a quien le correspondía tomar la decisión definitiva, hizo caso omiso de las mismas y ordenó el cumplimiento de la pena de muerte, consumando el atropello que supone semejante desprecio al ordenamiento jurídico internacional, en general, y a la función jurisdiccional de la Corte, en particular.

La ejecución del Sr. Breard incumpliendo las medidas provisionales dictadas por la Corte constituye un hecho internacionalmente ilícito, pues el Proyecto de artículo de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad de los Estados califica como tal toda infracción de una obligación internacional, "sea cual fuere el origen, consuetudinario, con-

(10) No obstante, como pone de relieve en este mismo tomo L.I. SANCHEZ RODRIGUEZ: "Sobre la obligatoriedad y efectividad de las medidas provisionales adoptadas por la Corte Internacional de Justicia: A propósito de la demanda de la República de Paraguay contra los Estados Unidos en el asunto *Breard*", *A.H.L.A.D.J.*, vol. XIV, 1999, p. 158, cuestiones terminológicas dificultan la aceptación de tal posibilidad.

vencional u otro, de esa obligación" (art. 17.1) (11), y entre esos otros orígenes de los que emanan obligaciones internacionales se encuentran, sin duda, las decisiones vinculantes de los órganos jurisdiccionales internacionales, es decir, no sólo las sentencias definitivas, sino también las que resuelven un incidente procesal, como ocurre con la ordenanza de la Corte. En consecuencia, según se establece en el mencionado Proyecto de artículos (art. 1), este hecho ilícito generaría la responsabilidad internacional de los Estados Unidos, si bien Paraguay ha renunciado a la posibilidad de intentar hacerla efectiva.

EL SISTEMA JUDICIAL ESTADOUNIDENSE Y EL DERECHO INTERNACIONAL

Es innegable que el correcto funcionamiento de la administración de justicia y, en concreto, del sistema judicial penal resulta de gran importancia para cualquier Estado. Como también lo es el hecho de que las medidas provisionales que impuso la Corte a los Estados Unidos en su ordenanza de 9 de abril afectaban a este interés fundamental, pues suponían aplazar la ejecución de una condena definitiva dictada y confirmada por los órganos nacionales competentes.

Por esta razón, ni la demanda de Paraguay ni su solicitud de medidas provisionales hubiesen sido dignas de apoyo si hubieran tenido como objetivo sabotear la aplicación de las leyes penales estadounidenses e impedir con ello que se castigasen crímenes tan execrables como los que

(11) En sentido contrario, C. SCHULTE: "Jurisprudence of the International Court of Justice: The Order Issued in the Case concerning the Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States of America)", en *European Journal of International Law*, vol. 9-4, 1998, cuya versión íntegra aparece publicada en <www.ejil.org>, considera que "the US did not breach their obligations under the ICJ Statute by executing Mr Breard, since the federal administration engaged in a good faith effort to implement the decision and there are no indications that the decision was entirely ignored"; si bien, desde nuestro punto de vista, la ejecución del Sr. Breard, más que un simple indicio, constituye una clara prueba del incumplimiento de la Ordenanza, mientras que los mencionados esfuerzos no bastan para excluir la ilicitud de dicho comportamiento, puesto que, su objetivo no se vio frustrado como consecuencia de una fuerza irresistible o de un acontecimiento exterior imprevisible ajeno a su control que lo hicieran materialmente imposible, es decir, debido a una circunstancia de fuerza mayor o a un caso fortuito.

dieron lugar al procedimiento contra el Sr. Breard. Pero no era este el caso, pues Paraguay nunca discutió la autoridad de los Estados Unidos para sancionar los delitos que se cometan bajo su jurisdicción, ni pretendió que, en contra de lo que indicaban todas las evidencias, se declarara inocente al condenado por el mero hecho de que las autoridades del Estado de Virginia incumplieran durante su detención y procesamiento las obligaciones impuestas por la Convención de Viena, lo cual hubiese sido absurdo, pues no se puede olvidar que existían numerosos y sólidos indicios contra él y que, incluso, fue detenido mientras cometía un delito flagrante al intentar agredir a otra víctima.

Del mismo modo, es irreproachable el alegato de los Estados Unidos en contra de que la Corte Internacional de Justicia se convierta en una especie de Tribunal Supremo universal competente para resolver apelaciones penales contra decisiones que no pueden ser recurridas por la vía interna. No obstante, ello no impide que el ejercicio de las competencias jurisdiccionales que le corresponden según la Carta, el Estatuto y el Reglamento pueda afectar a la sustentación de un procedimiento penal interno, o al fallo que lo resuelva, cuando se ha desarrollado ignorando normas de Derecho internacional, ya que lo contrario significaría que una sentencia interna invalidaría indirectamente una sentencia internacional, lo cual es imposible (12). En efecto, aunque el derecho de los Estados Unidos a que sus órganos competentes apliquen las leyes penales nacionales y, a tal efecto, ejecuten las correspondientes sentencias, constituye un atributo de su soberanía, en la aplicación de dichas leyes han de respetarse las obligaciones impuestas por las normas internacionales, cuya regulación no puede ser contradicha por la legislación interna (13).

En este sentido, no cabe plantear ninguna objeción, más allá de las de carácter ético, al hecho de que en los Estados Unidos 38 de los Estados federados, entre ellos Virginia, establezcan en su legislación la pena de

(12) Véase al respecto la sentencia del *asunto de la Fábrica de Chorzów* (fondo), C.P.J.I., Serie A, n° 17, p. 33.

(13) El principio de Derecho internacional que establece la primacía de las normas internacionales sobre las normas internas ha sido claramente establecido por la Corte, por ejemplo, en la opinión consultiva sobre la *aplicabilidad de la obligación de arbitraje en virtud de la sección 21 del acuerdo de 26 de junio de 1947 relativo a la sede de la Organización de las Naciones Unidas*, C.I.J., *Recueil*, 1988, p. 34.

muerte para castigar ciertos delitos, aunque en la práctica sólo se aplica a supuestos especialmente graves de asesinato, pues tal medida -defendida con orgullo como un logro democrático de la sociedad civil, al haber sido aceptada por los votantes a través de sus representantes libremente elegidos- no viola las obligaciones internacionales que les vinculan, ya que los Estados Unidos se han cuidado de no comprometerse por ningún tratado que la proscriba. Por ello, Paraguay nunca puso en duda la conformidad de esas normas con el Derecho internacional, ni descartó la posibilidad de que se aplicara la pena de muerte al Sr. Breard si así se decidía tras un nuevo juicio, limitándose a mostrar su desacuerdo con que ello ocurriese como consecuencia de un procedimiento judicial que no contó con todas las garantías establecidas en la Convención de Viena.

Pero, al margen de todas estas consideraciones jurídicas, sobre el Gobernador de Virginia pesaron dos razones de tipo político para ordenar la ejecución de la pena de muerte en contra de lo dispuesto por las medidas provisionales aprobadas por la Corte. En primer lugar, con tal decisión, y según su propia confesión a la prensa, pretendió proteger a los habitantes de su Estado, aunque mejor debería haber dicho de una parte de ellos, que no incluye, precisamente, a los extranjeros. Y, en segundo lugar, al desestimar el aplazamiento de la ejecución impidió que se crease un precedente que hubiese tenido importantes consecuencias en otros procedimientos, pues la práctica totalidad de los extranjeros condenados a muerte en los Estados Unidos, entre ellos el ciudadano de nacionalidad española José Joaquín Martínez, se encuentran en la situación denunciada por el Sr. Breard, al no haberseles informado de su derecho a solicitar la asistencia de las respectivas oficinas consulares -lo que, incluso, ha motivado la presentación por México, el 9 de diciembre de 1997, de una solicitud de opinión consultiva sobre esta cuestión a la Corte Interamericana de Derechos Humanos-, de forma que todos ellos podrían recurrir contra su detención por violar la Convención de Viena, lo que retrasaría la ejecución de las penas de muerte y anularía sus efectos disuasivos y ejemplificadores, que constituyen un elemento fundamental en la lucha de las autoridades estadounidenses contra el crimen (14).

Claro que la forma más razonable de evitar tanto la proliferación de demandas por este motivo como los problemas planteados por las medi-

(14) No obstante, parece que, por fortuna, la lamentable actitud de las autoridades norteamericanas no ha tenido el efecto perseguido, pues el 2 de marzo de 1999 la República Federal de

das provisionales que puedan solicitarse durante el procedimiento correspondiente, no consiste en incumplir éstas para desanimar a quienes tuviesen la intención de emprender una acción ante la Corte reclamando la suspensión de las condenas y la repetición de los juicios, sino en evitar su presentación mediante la observancia rigurosa de las obligaciones impuestas por la Convención. En este sentido, los Estados Unidos aseguraron en su comparecencia ante la Corte que habían adoptado las medidas necesarias para que, en adelante, las autoridades locales, estatales y federales cumplieran con las obligaciones establecidas en el artículo 36.1-b de la Convención. A tal efecto, el Departamento de Estado distribuyó las instrucciones pertinentes entre los agentes de policía que patrullan las calles, especialmente los que ejercen sus funciones en zonas donde existen grandes concentraciones de ciudadanos extranjeros, precaución que ha de ser bienvenida, aunque para el Sr. Breard llegue demasiado tarde. Tal solución está en la línea de lo exigido por los Estados Unidos en supuestos similares, pues mientras en el ámbito interno, para garantizar la seguridad de su población, no han dudado en sancionar un delito ejecutando la correspondiente sentencia, aun a costa de infringir la legalidad internacional al no acatar la resolución de la Corte; en el ámbito internacional, con el objeto de proteger a sus ciudadanos privados de libertad en el extranjero, aplican un doble rasero exigiendo a los demás Estados el cumplimiento de sus obligaciones en materia de notificación de la detención a las oficinas consulares y acceso de los funcionarios consulares a los detenidos.

Alemania -Estado parte tanto en la Convención sobre Relaciones Consulares como en el Protocolo facultativo sobre arreglo de controversias que la acompaña-, en un caso calcado al que estudiamos, demandó a los Estados Unidos ante la Corte por la detención y procesamiento, sin que se hubiese informado a las autoridades consulares alemanas, de los ciudadanos de su nacionalidad Sres. Karl y Walter LaGrand, que fueron condenados a la pena capital por causar la muerte en 1982 al director del Banco que intentaban atracar. Además, dado que el menor de los hermanos había sido ejecutado el 24 de febrero, mientras que el mayor esperaba en el corredor de la muerte a ser llevado al día siguiente a la cámara de gas, junto con la demanda se solicitó igualmente la adopción de medidas provisionales para evitarlo, que la Corte, ante la imposibilidad de oír a los Estados Unidos por falta de tiempo, dictó *motu proprio*, en aplicación del artículo 75.1 de su Reglamento, el mismo 3 de marzo. Sin embargo, el gobernador de Arizona, Estado en el que ocurrieron los hechos, también desoyó el requerimiento de la Corte y ordenó la ejecución del segundo de los condenados, sin que por el momento sepamos si Alemania va a actuar contra los Estados Unidos por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de las medidas provisionales adoptadas por la Corte, ni si, al contrario de lo que hizo Paraguay, continuará con el procedimiento hasta que ésta sentencie si los Estados Unidos violaron o no la Convención de 1963, para lo que deberá depositar su memoria en el plazo fijado por la Corte, que termina el 16 de septiembre del presente año.

EL ARBITRAJE Y SU FUNCION EN LA APLICACION DE LOS PRINCIPIOS SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES

Rodolfo CRUZ MIRAMONTES
Miembro del I.H.L.A.D.I.

La singularidad de este trabajo en el que nos ocuparemos de bordar sobre las Reglas y Principios de la UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, es de señalarse.

En efecto el esfuerzo de quienes durante años trabajaron en sus gabinetes de estudio y lograron ponerse de acuerdo para ofrecer a quienes llevan a cabo cotidianamente, negociaciones de intercambio de bienes y servicios, es digno de encomio.

En esta época en que la interrelación mundial se incrementa en todos los espacios continentales, viene a constituir una aportación y una respuesta a una necesidad evidente, para contar con un marco jurídico que facilite el orden en dichas relaciones.

Bien se dice y reconoce por los autores de las Reglas, que no se trata de un acuerdo internacional en los términos formales de la Convención de Viena de los tratados internacionales.

Por contra es una estructura de principios que integran un andamiaje ordenado de los elementos que aparecen en todo contrato de intercambio de bienes susceptibles de un tráfico comercial.

Uno entre muchos de sus méritos, está haber recogido la opinión de un número considerable de juristas de varios países, que han aportado sus ideas, conocimientos y experiencias con el mismo propósito.

De ahí que esta oportunidad de analizar, revisar, comentar y difundir este cuerpo de principios y reglas, es único.

Es verdad sabida que cualquier compromiso que provoque el nacimiento de derechos y obligaciones entre las partes celebrantes del mismo,

será más eficaz si contempla en su clausulado mecanismos de prevención de conflictos y en el caso de que surjan, de solución a los mismos.

Como obra humana, nunca será perfecta pero sí susceptible de mejorarse. Por ello la prudencia aconseja que los actores de un convenio dediquen un espacio del mismo para el tema de las controversias.

Desde luego que una regla de oro es contar con una redacción clara, precisa y nítida que evite en lo posible las interpretaciones al clausulado. Será pues pertinente tener un conocimiento del idioma en que se redacte más allá del común; no me refiero sólo a la precisión de conceptos técnicos sobre la materia u objeto de la transacción sino a la expresión gramatical en su totalidad.

En las Reglas y Principios en comento, se ha elaborado todo un Capítulo, el marcado con el número Siete que nos habla del incumplimiento en general y nos orienta para resolver si existen causas que lo expliquen justificando así a la parte que aparezca como reo del mismo.

Asimismo se ocupa de la situación contraria, definiendo los derechos y facultades que surgieran de tales faltas.

Todo acto externo de conducta acarrea consecuencias, por lo que dejar de cumplir una obligación dará pie a que se subsane la deficiencia.

En la axiología jurídica se considera que no alcanzar un valor jurídico estando obligado a hacerlo, provoca un vacío que hay que llenar. Por ello surge la sanción cuyo propósito es el indicado que puede en manos del Estado, forzarse a observarla aún contra su voluntad mediante la coacción.

Esto se da por el ejercicio de una acción legal ante el poder jurisdiccional y es una forma, la más común, de buscar la justicia del caso concreto.

Empero no es el único medio de intentar el restablecimiento del orden alterado por la falta de cumplimiento de un deber surgido de un convenio, pues existen los llamados medios alternativos de solución de controversias.

Tradicionalmente se consideran como tales a:

- a.- La mediación.
- b.- La conciliación.
- c.- La amigable composición.
- d.- Los buenos oficios.
- e.- La transacción extraprocesal.
- f.- El arbitraje.

Sin desconocer que pudieran existir algunos más, conviene recordar que entre todos ellos existe una constante que los identifica y es la voluntad de los interesados en acogerse a cualquiera de ellos y aceptar que acorde con el seleccionado, termine con el conflicto.

También encontraremos que entre todos ellos y el arbitraje existe una gran diferencia: la resolución del problema se encarga a un tercero: el árbitro y se acepta de antemano que su decisión será obligatoria.

En este mecanismo se establece un paralelo con el sistema jurisdiccional pues en ambos surge la figura de un triángulo cuya base se integra por las partes en conflicto y en el vértice, por el juzgador.

La gran diferencia entre ambos lo hace que uno surge de la voluntad concurrente de las partes en conflicto y en la otra será el Estado quien lo establezca en ejercicio de una función pública como es el reestablecer el derecho ante el caso concreto, por lo que sus decisiones estarán investidas de imperio y podrán ser ejecutadas coercitivamente en razón de la pertinencia de restablecer el orden público y la seguridad jurídica.

A continuación me referiré exclusivamente al arbitraje y en particular al que se ocupa de los conflictos en materia comercial.

I.- El Arbitraje Comercial - Generalidades.

Ante la proliferación de negociaciones y acuerdos internacionales cuya materia es el comercio y su liberación de ataduras gubernamentales, la institución del arbitraje como un medio económico, eficaz y sobre todo rápido, de resolver las controversias, adquiere día con día, una mayor relevancia.

Ya se dijo que este mecanismo alternativo pretende ser más rápido en sus trámites y en una época en donde el tiempo significa dinero, más si se trata de negocios, constituye un gran atractivo.

Otro foco de atención lo forma su flexibilidad pues: "El Arbitraje es una institución que por esencia no se ciñe a cánones fijos y predeterminados, su objetivo es la flexibilidad, agilidad y adaptabilidad". (1) Será la voluntad de las partes quien decida al comprometerse a someter el caso al arbitraje, los elementos procedimentales básicos y así deberán establecer:

- A.- Objeto del Arbitraje.
- B.- Número de árbitros y su selección.
- C.- Sede e idioma del arbitraje.
- D.- Ley aplicable.

A). Objeto del Arbitraje.

En principio se puede establecer desde un ángulo doctrinal, que cualquier tema que relacione a las personas sean físicas o morales, puede ser objeto del arbitraje.

En la práctica sin embargo no sucede así, pues ciertos temas no son susceptibles de arbitraje. Esto se debe a dos fuentes de limitación que son por una parte el Estado y por la otra la voluntad de las partes.

La arbitrabilidad o no del litigio como la denomina Jorge Alberto Silva (2) tiene pues a la ley como primera limitante y como segunda a los tratados internacionales.

Las partes de un contrato pueden acordar someter las eventuales diferencias que surjan por la ejecución del contrato, en el clausulado del mismo o bien con posterioridad.

Al hacerlo pueden establecer que cualquier problema será susceptible de arbitrase o bien excluir algún tipo de conflicto, materializándose así la segunda fuente de limitantes tal como lo señalamos anteriormente.

(1) "Arbitraje comercial internacional" - Rubén B. Santos - Fundación de Cultura Universitaria - Montevideo 1988 - p. 118.

(2) "Arbitraje comercial internacional en México" - Pereznieto Editores - México 1994 - p. 83.

Será preciso que al darse el conflicto y someter el caso al Tribunal Arbitral, se precisen los puntos sobre los que el árbitro se pronuncie.

Habida cuenta que la esencia del arbitraje es la voluntad de las partes, no debe quedar a la interpretación del árbitro algún tema a considerar, pues si lo hiciere o bien si tratare en exceso al mismo o no se ocupase de alguno de ellos cometería el llamado "exceso de poder".

En efecto la doctrina establece con claridad los fenómenos de los "ultra petita", de "extra petita" o de "minus o infra petita" como límites del actuar arbitral.

En las ocasiones en que tribunales internacionales se han ocupado de estos temas, ha prevalecido la tendencia a considerar no ejecutables los primeros pero sí al tercero, salvo que la legislación interna del país en donde se pretende ejecutar el laudo, lo rechace.

Todo lo dicho nos enfatiza que al someter un caso a este mecanismo alterno de solución de controversias, debemos ser puntillosos de definir los asuntos a tratar, bien desde el momento de consignar la cláusula arbitral o al celebrar el pacto comisorio.

De apegarnos a esta preocupación dependerá que el "Acta de Misión" o también llamada "Terms of reference" reflejen con fidelidad las inquietudes de las partes.

Una meta o propósito que los árbitros deben siempre tener en cuenta y que ha sido subrayada a través de la práctica de instituciones fomentadoras del arbitraje comercial como la CCI, es que el laudo sea ejecutable por las autoridades nacionales en donde vaya a tener lugar.

De aquí la insistencia en cuidar otros aspectos.

Pasemos ahora a:

B). La designación de los árbitros.

Empezaré por puntualizar que este tema está condicionado por el hecho de si se trata de un arbitraje público o privado así como si en este segundo supuesto, acudimos a un juez jurisdiccional que puede eventualmente fungir como árbitro, o a un centro administrador de arbitrajes o se constituye un tribunal ad-hoc.

En el primero de los casos existen tribunales permanentes como el Tribunal Internacional de Arbitraje de la Haya o bien se crean a propósito para conocer del caso en cuestión.

Sobre este punto México ha tenido una experiencia no muy alentadora en varios problemas que sometió a este tipo de tribunales como fueron los de "El Fondo Piadoso de las Californias", el de la "Isla de la Pasión o Cliperton" y el de "El Chamizal".

En cuanto al privado ya consignamos la situación existente en México en cuanto un juez jurisdiccional pueda a petición de parte, actuar como árbitro.

Desde hace tiempo han surgido centros administradores de arbitrajes y su esencia se remonta a la Edad Media cuando los comerciantes se agrupaban temporalmente durante las ferias o bien en especialidades de trabajo como sucedía con las llamadas Ligas y atendían las controversias entre sus agremiados.

De ahí que sea propio que las cámaras de comercio tengan a su cargo ocuparse del arbitraje.

Las más connotadas son entre otras la Cámara Internacional de Comercio de París, creadora de la Corte de Arbitraje Internacional (CAI) y de la Corte de Arbitraje de la propia Cámara; la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), la American Arbitration Association (AAA), el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), etc.

En tercer término tenemos aquéllos que surgen al amparo de un contrato o convenio que los previene y que por naturaleza, su vida es efímera.

Será pertinente advertir que el arbitraje puede rendirse por un árbitro o por un grupo colegiado compuesto generalmente por tres o cinco miembros.

En las Reglas de Conciliación y Arbitraje de la CCI vigentes desde 1988 se contempla que conforme lo decidan las partes podrá haber "un árbitro único" (Art. 30) o bien tres árbitros (Art. 40).

Cabe ahora preguntarnos si existe una lista de elementos que condicionen el nombramiento de los árbitros.

Es lógico que podamos responder que hay elementos mínimos comunes a todos como son los de honorabilidad, capacidad, conocimientos de la disciplina en general de que se trate dándose además que se prefiera a quien sea primeramente jurista y por supuesto que conozca la especialidad de la profesión o ciencia que se trate. Por sabido, no se insiste que el árbitro debe ser independiente de las partes, pero es el elemento que define el carácter de tal.

C). Sede e idioma del arbitraje.

Cabe indagar por qué la determinación de la sede del arbitraje es tema digno de ser considerado.

Dado que se busca por las partes contar con las facilidades necesarias para que los árbitros trabajen bien y tengan acceso a los medios técnicos más útiles, es lógico que se deberá escoger una sede que disponga de estas facilidades.

Estimo que bastará una oficina que cuente con las principales pudiendo ser como en muchos casos, la del Presidente del Tribunal.

Otro elemento básico es tomar en cuenta el sistema legal de la sede. El conocimiento de esta situación es de gran importancia máxime cuando el contrato involucre partes sujetas a sistemas legales diversos pese a que se seleccione uno como aplicable.

Esta selección de sede estará vinculada necesariamente al idioma en que se maneje el arbitraje; hay un sinfín de detalles que surgen en la práctica que pueden constituir un camino fácil en el andar del proceso o por lo contrario, piedras que provoquen tropezones y dificultades al caso.

Se recomienda pues que las partes, al convenir la cláusula arbitral, especifiquen con cuidado y atención entre otras cosas, el número de árbitros, la sede y el idioma en que los mismos trabajarán.

La preocupación de las partes de que en caso dado, los laudos tengan eficacia se fincará en la certeza que den estos eslabones de la cadena.

D). El tema de la ley aplicable presenta sus interrogantes.

En efecto será necesario tener bien claro que en un caso concreto pueden concurrir varios ordenamientos legales ya que puede suceder que:

- 1.- Sea uno el que rijan la celebración del contrato.
- 2.- Otro el que se refiera al fondo del asunto.
- 3.- Uno distinto que regule el procedimiento del arbitraje.
- 4.- Y se tenga que acudir a normas del lugar de la sede, ante la ausencia de previsiones suficientes.

A esto debemos añadir que la aplicación o ejecución del laudo tendrá que sujetarse al orden legal del país en el que tenga su sede la parte que resulte condenada.

E). Toca ahora referirnos a la Ejecución del Laudo.

Con todo lo dicho aceptaremos que los árbitros deben tener en consideración, al dictarlo tanto las cláusulas del Contrato, como las disposiciones legales aplicables al procedimiento y al fondo del problema.

La convergencia de la globalización económica, de la apertura de mercados merced a la Unión Europea, al TLCAN, a las negociaciones múltiples con el resto de países de América, las aproximaciones comerciales con los países asiáticos y demás actividades similares, provocarán el florecimiento de las actividades comerciales a lo largo y a lo ancho del mundo.

Con ello surgirán necesariamente conflictos, discrepancias y deficiencias en la aplicación de los contratos que los industriales, comerciantes y prestadores de servicios elaboren.

Por ello la fijación de líneas de conducta claras y objetivas, serán fundamentales para aprovechar las oportunidades que los nuevos mercados ofrezcan y esto vale por igual para el acuerdo en sí como para la solución de los conflictos que surjan.

II.- Los Principios de la UNIDROIT y el Arbitraje Comercial.

Para comprender mejor esta aproximación que existe entre los Principios UNIDROIT y el mecanismo de solución de controversias anteriormente considerado, debemos formular alguna consideración previa.

El texto en comento no constituye por esencia, un Código contractual ni pretende ser un instrumento absoluto que comprenda todo el universo de elementos que se presentan en las negociaciones comerciales ni mucho menos aspira a su regulación completa.

Como bien dice el Preámbulo al establecer los propósitos de los Principios:

“Estos Principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales”.

Asimismo que:

“Los Principios constituyen un conjunto de normas de derecho contractual comunes a diversos ordenamientos jurídicos, mejor adaptadas a las exigencias del comercio internacional”.

Por ende hay temas que sólo son mencionados o tangencialmente abordados como sucede con la solución posible a las controversias inter-partes.

Esto de ninguna manera significa que se ignore o menosprecie el asunto; por lo contrario se tiene bien presente como lo acredita el Comentario 4.a. del Preámbulo cuando expresamente sugiere que:

“Cuando las partes deseen adoptar los Principios como el derecho aplicable a su contrato, es aconsejable combinar la adopción de los Principios con un acuerdo de arbitraje”.

Más adelante en el Comentario 6, al establecer que los Principios pueden estimarse como un medio para complementar instrumentos internacionales, sostiene que:

“Hasta ahora, pertenecía en cada caso a los jueces y a los árbitros buscar tales principios y criterios autónomos para interpretar e integrar los instrumentos internacionales sobre la base de un estudio comparado de las soluciones adoptadas en los diferentes ordena-

mientos jurídicos nacionales. Los Principios podrían facilitar considerablemente esta tarea”.

Habida cuenta de lo dicho, cabe ahora analizar con esta óptica, qué comprenden los Principios sobre solución de conflictos y en particular sobre el arbitraje.

La certeza del lugar relevante que el arbitraje ocupa en los Principios como ya advertimos, viene a ser confirmada en el Artículo 1.10 y en sus comentarios que al ocuparse de las “Definiciones” nos advierte que la palabra “Tribunal” incluye al arbitral y a continuación comenta expresamente que:

“La importancia de los Principios para solucionar controversias por medio del arbitraje ya ha sido puesta de relieve...”

De forma más específica, el Capítulo 7, se ocupa expresamente del arbitraje al considerar el incumplimiento de las obligaciones contractuales.

La definición que se establece del término en cuestión es de una gran amplitud por lo que en la práctica, será objeto sin duda, de consideración en un futuro caso de arbitraje.

En efecto se considera como incumplimiento no solamente la falta de ejecución de las obligaciones contraídas sino también el cumplimiento defectuoso o tardío.

A través de las cuatro secciones en que se divide el Capítulo compuesto de artículos, se proporcionan tanto disposiciones generales, como derechos derivados del incumplimiento, particularmente el resarcimiento al que se le dedica la sección 4 y se fijan pautas para la terminación del contrato.

Su conocimiento cabal será de gran utilidad sin duda para quien actúe como árbitro en un caso concreto sujeto a las reglas pues le brindará criterios que le guiarán en diversos temas, algunos de los cuales llaman la atención por sus matices que le imprimen cierta novedad a los conceptos tradicionales.

Así podemos consignar la definición de la fuerza mayor y el acotamiento que se hace sobre su aplicación y efectos.

Es de señalarse también por su importancia, la prevención que se establece en los comentarios sobre su debida interpretación en relación con la “Excesiva onerosidad” (“Hardship”) de la que se ocupa el Capítulo 6, sección 2 (ver Art. 7.2.4.).

Sin embargo la aportación más original a nuestro entender está contenida en el Artículo 7.2.4. al contemplar que un Tribunal comprendiendo como ya se dijo, también a los arbitrales, pueda resolver no solo que el obligado cumpla con lo debido sino también que pague una multa y que sea cubierta directamente a su contraparte.

Debemos aclarar que el texto en español dice “pena”, pero en realidad se refiere a una multa por lo que sustituimos a nuestro riesgo, el término.

Se distingue en el párrafo 2 del Artículo comentado, que la multa será independiente de los daños y perjuicios pactados.

Como se ve, este precepto ofrece muchos puntos para comentar pero nada más nos detendremos por ahora en lo que concierne al arbitraje.

Tradicionalmente se le ha negado a los árbitros tal facultad que siendo en su esencia una sanción, se le ha reservado al poder público.

Por lo tanto es discutible su aceptación en un caso concreto.

En el comentario 6 al propio Artículo, los autores se ocupan de esta prevención y afirman que:

“Penas impuestas por árbitros”

Como el Artículo 1.10 establece que la palabra “tribunal” incluye también a los tribunales arbitrales, surge la cuestión de si los árbitros también tienen la facultad de imponer penas.

Mientras que la mayoría de los ordenamientos jurídicos pareciera negar dicha atribución a los árbitros, algunas legislaciones modernas y la práctica judicial más reciente la han reconocido. Esta solución encuentra apoyo en los Principios, y se relaciona con la importancia creciente del arbitraje como medio alternativo para la solución de controversias, especialmente en el comercio internacional. Como la ejecución de una penalidad impuesta por los árbitros sólo puede ser llevada a cabo por los jueces, o con la aquiescencia de ellos, ésta supervisión judicial funciona

como prevención contra cualquier tipo de abuso en el que puedan incurrir los árbitros”.

En nuestra opinión no es procedente esta facultad, pues no solamente se presta a múltiples confusiones desvirtuando a la institución del arbitraje, sino abre las puertas a serias desviaciones y abusos que atentarían contra el mismo.

Llama la atención por otra parte, la amplitud que se le da al derecho del reclamante para exigir no sólo el cumplimiento sino la reparación, el reemplazo y cualquier otra forma de subsanar la prestación defectuosa (Art. 7.2.3.).

Cuando se trate de un incumplimiento liso y llano, se consagra el derecho del afectado para reclamar el resarcimiento, que desde luego no está reñido con otras reclamaciones tales como “...subsanación del incumplimiento” (SIC), “admisión de error”, “publicación en periódicos”, etc.

A continuación en el Artículo 7.4.2. se precisa que el afectado tendrá el derecho a la reparación integral del daño aun cuando éste pueda ser no pecuniario como pasare por ejemplo con el sufrimiento moral y la angustia emocional.

La importancia del derecho al resarcimiento es indudable, de ahí que se abunde sobre el tema del daño, llegándose inclusive a consagrar una facultad discrecional a favor de los árbitros, para que fijen el monto del resarcimiento según su criterio cuando no pueda establecerse con certeza, su monto o cuantía.

Ciertamente que este precepto 7.4.3. confirma la convicción que tuvieron los autores de las reglas, para afianzar al arbitraje comercial como el medio idóneo para resolver los conflictos derivados de su aplicación.

Podríamos consignar otros criterios más que aparecen en este Capítulo 7 de gran utilidad para el futuro árbitro, pero dado que también en otros hay cosas dignas de mención, pasaremos a tratarlos.

Merece un comentario especial de nuestra parte:

El Artículo 3.17 que se refiere a los efectos retroactivos que se pueden considerar ante la nulidad de un contrato, admite ciertas excepciones que son mencionadas en el Comentario primero que se formula al precepto.

Expresamente se consigna que pese a la citada anulación, hay ciertas disposiciones del contrato que pueden subsistir, entre las que se encuentra la cláusula arbitral.

La autonomía de dicha cláusula constituye como bien dicen los profesores L. Craig, W. Park y J. Paulson:

“un concepto angular del arbitraje internacional” (3)

Múltiples autores se han ocupado de analizar la validez de la afirmación anterior destacando entre ellos el Juez Stephen Schewel, quien habiendo revisado el tema desde varios ángulos tales como el teórico, el práctico y el académico, confirma que habiendo dotado de jurisdicción a los árbitros, ésta subsiste aún para juzgar si dicho contrato es válido o no.

Los autores citados proporcionan casos juzgados en tribunales franceses, suizos, ingleses y otros que se han pronunciado de esta manera.

Esto explica que la Corte de Comercio Internacional haya consagrado en el Art. 8, párrafo 4 el principio de la autonomía cuando establece que:

“Efectos del Convenio de Arbitraje

...

4. Salvo estipulación en contrario, la posible nulidad o inexistencia de un contrato no implica la incompetencia del árbitro si este admite la validez del Convenio de Arbitraje. Continúa siendo competente, incluso en caso de inexistencia o de nulidad del contrato, para determinar los derechos respectivos de las partes y pronunciarse sobre sus demandas y conclusiones”. (4)

En este orden de ideas, se da que en otros preceptos o reglas se le da al arbitraje el tratamiento adecuado al establecer por ejemplo que siendo la esencia de los contratos la concurrencia de la voluntad de las partes, habrá sin embargo que respetar ciertas formalidades que las leyes nacionales o internacionales prevengan, dándose el ejemplo de aquellas referentes a la aceptación expresa y por escrito de someterse al arbitraje.

(3) “International Chamber of Commerce Arbitration”. Oceana P. 1991, p. 65.

(4) “Reglamento de Conciliación y de Arbitraje de la CCI - Publicación N° 447 - junio de 1988 París.

Para concluir esta revisión sobre las Reglas UNIDROIT y el Arbitraje, podríamos decir que contiene no sólo un marco jurídico para la celebración de Contratos Comerciales Internacionales sino criterios y luces para quien se ocupe en el futuro de actos regidos por los mismos.

Es más me atrevería a sostener que aún en conflictos diversos pueden resultar de gran utilidad al haberse inspirado en la práctica más reciente fundada en principios ancestrales del derecho común.

A QUESTÃO PREVIA NA PROBLEMATICA INTERNACIONAL DO COMUMMENTE CHAMADO CONFLITO DE LEIS

Carlos FERNANDES *
Director del I.H.L.A.D.I.

1. O estudo da *questão prévia* na problemática internacional do conflito de leis *exige* o conhecimento de certo número de pressupostos sem os quais não será possível encontrar uma solução para aquela *questão prévia*.

Quer dizer que teremos de conhecer algumas soluções de questões que sem dúvida são também prévias à da *questão prévia* título deste artigo, até porque ainda há quem honestamente discuta a validade da autonomização deste problema na problemática do chamado DIP.

2. Antes de mais, notaremos que, para não nos encontrarmos numa situação absurda, ou de bêco sem saída, teremos de admitir que o *Homem social* e o *Direito* são *indissociáveis*, como terão de sê-lo a *personalidade humana* e a *personalidade jurídica*.

É uma ideia que levou milénios a fixar, mas que, hoje, é não só aceite como mesmo dominante, estando consagrada, expressamente, quer no C. Civil português de 1966 (v. artigos 66, 68 e 69) quer na Constituição portuguesa de 1976 (v. artigos 1, 16, 25 e 26), com projecções anteriores ao nascimento e posteriores ao falecimento do indivíduo (v. artigos 71 nº 1, 952 e 2033 do C. Civil).

3. De facto, os seres humanos no seu conjunto formam uma *comunidade universal*, unitária, que nada tem que ver com fronteiras raciais ou estatais, isto é, a *Humanidade*, que exige, para a sua existência, permanência, e normal realização das respectivas finalidades, *regulamentação própria e adequada*, e, por conseguinte, potencialmente diferente daquela que é peculiar às *comunidades estatais plurais e paritárias*, que naquela necessariamente se integram -é a *unicidade do género humano*,

(*) Embaixador aposentado, que tem sido professor de DIP na Universidade Internacional de Lisboa, de que foi um dos fundadores.

disperso por uma pluralidade e diversidade estatal ou entidades equiparadas- e daqui os conceitos básicos de *bem comum*, *direitos fundamentais do Homem*, *princípios gerais de Direito*, e, como corolário lógico-jurídico, *Direito internacional*.

O Homem, embora integrado politicamente em várias entidades comunitárias, não é contudo *integralmente* absorvido por nenhuma delas, mantendo *sempre* a sua individualidade, e, por isso, qualquer pessoa física, incluindo até o *apátrida*, é ao mesmo tempo membro de uma comunidade estatal ou equiparada e da internacional, e, como consequência, *sujeito* de Direito estatal ou interno e de Direito internacional.

4. Tudo isto impõe, como corolário lógico-jurídico, que o indivíduo tem de ser considerado *pessoa humana e pessoa jurídica* (sujeito de direitos e deveres) tanto interna como internacionalmente, *seja qual for o sistema que reja a sua conduta*, e não apenas *objecto personalizável*, como, a meu ver sem fundamento teórico ou prático, têm defendido os chamados dualistas ou pluralistas cultores da *teoria da originariedade ou exclusividade das ordens jurídicas estatais ou paritárias e da internacional* (Marinoni, Perassi, Ago, Morelli, etc.) (1), pois o primeiro dos direitos essenciais da pessoa humana, porque *originário, permanente e mesmo irrenunciável* (2), sem o qual nenhum outro direito ou dever jurídico pode ser-lhe atribuído, é precisamente a *susceptibilidade de direitos e deveres*, que é no que consiste a *sua personalidade ou capacidade jurídica abstracta*.

É, aliás, o que se quis consagrar expressamente com o disposto nos citados artigos 66, 68 e 69 do C. Civil português actual, *não distinguindo entre nacionais e não nacionais ou estrangeiros*. No mesmo sentido vai o artigo VI da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948.

Assim, para a ordem jurídica portuguesa, a personalidade jurídica *acompanha sempre* a personalidade humana, desde o princípio até ao fim (nascimento e morte), e, como já notámos, com projecções anteriores ao nascimento e posteriores à morte, constituindo isto, *para nós*, um *princípio imperativo de valor universal*.

(1) V. Carlos Fernandes, *Da Natureza e Função das Normas de Conflito de Leis*. Coimbra Editora. Coimbra, 1992. Neste trabalho, que é a nossa tese de licenciatura em 1946-1947, e de que agora se fez uma reimpressão, fazemos uma crítica à referida escola, que designámos por moderna teoria nacionalista italiana para a distinguir da de Mancini.

(2) V. artigo 69 do C. Civil.

5. Esta construção *monista personalista do Direito* permite resolver sem dificuldade as relações de sistemas jurídicos estatais ou paritários entre si e destes com o sistema internacional, sendo a única capaz de dar soluções satisfatórias à problemática jurídica internacional, quer quanto às relações internacionais ou interestatais *jure imperii* (que costumam ser designadas de Direito internacional) quer quanto às de *carácter privado* (entre Estados *apenas jure administrationis ou gestionis*, só entre indivíduos ou pessoas colectivas, ou mesmo entre estes sujeitos de Direito e os Estados), a reger pelo Direito privado, internacionalmente, quer de origem internacional directa (resultante de costumes ou de convenções internacionais) quer estatal o interna, *na falta ou insuficiência* de regulamentação internacional que as abranja.

6. Reiterando o que já acentuámos noutras publicações, as limitações da capacidade humana, os desejos de satisfazer as mais diversas necessidades, as preocupações de comércio, solidariedade, cultura, e até a guerra, aliadas às mais completas facilidades técnicas de comunicação de toda a ordem e em toda a parte, fazem com que os homens vivam hoje em permanente, intenso, e, praticamente, imediato contacto (3).

Isto leva a que, nos domínios de dada ordem jurídica (Estados ou entidades equiparadas), vivam ou actuem pessoas das mais variadas nacionalidades, com o mesmo ou diferente domicílio, dando, assim, lugar a factos e relações que se prendem com mais de uma ordem jurídica realidade a que, durante muito tempo e bem, se designou por *quaestiones mixtae* (4).

Daqui decorre a questão de saber que preceitos jurídicos aplicar às mais diversas situações *juridicamente relevantes* que ultrapassem os domínios exclusivos de determinada ordem jurídica: os nacionais ou os estrangeiros?; uns ou os outros, conforme o caso?; os princípios da *territorialidade* ou os da *pessoalidade das leis*?

De facto, quando, por algum dos seus diversos elementos, uma relação se encontra conectada com duas ou mais ordens jurídicas, temos uma

(3) V., designadamente, *da Natureza e Função das Normas de Conflito de Leis*, ob. cit., e *Lições de Direito Internacional Privado*, ob. cit....

(4) Foi no século XIX, a partir de J. Story, que se passou a adoptar a designação de Direito internacional privado (*Private International Law*).

situação que, *normalmente*, ultrapassa os domínios exclusivos de cada uma dessas ordens jurídicas, tendo assim *carácter internacional*, ou, como algumas preferem dizer, *superestatal*, e, conseqüentemente, qualquer das ordens jurídicas em conexão pode ser considerada *em concorrência com as outras* para o efeito de regular, no todo ou em parte, o facto ou relação em causa. Mas, como não poderá ser regulada por todas elas ao mesmo tempo, teremos de encontrar *critérios de opção* por uma ou por outra dessas ordens jurídicas, consoante o caso concreto *sub judice*.

Por exemplo, quando um polaco contrata com um português, em Lisboa e perante notário, uma prestação a executar em Paris, põe-se o problema de saber como determinar a capacidade contratual dos contraentes, a forma do acto contratual, a substância do contrato, etc., etc.

É esta a problemática correntemente designada por *conflito de leis*, que é, obviamente, resultante da existência de *situações pluriconectadas e do facto de as normas materiais das diversas ordens jurídicas serem, em princípio, diferentes*.

7. A estas situações pluriconectadas chamam alguns autores, no seguimento de Wengler, *heterogéneas*, designando por *homogéneas* as situações uniconectadas. No entanto, creio que a designação dos estatutários *-quaestiones mixtae-* ainda é a mais adequada, atendendo à natureza desta problemática, embora a designação de DIP esteja agora internacionalmente consagrada.

Realmente, as ordens jurídicas não andam em luta a disputar entre si a *competência* para a resolução das questões pluriconectadas, já que os chamados *conflitos de leis* são de lógica jurídica ou política legislativa e sempre vistos, *activamente*, pelo prisma da *lex fori* e por esta resolvidos, quer, *directamente*, pelos seus próprios preceitos, quer, *indirectamente*, através de preceitos estrangeiros. Mas, a lei ou ordem jurídica estrangeira só *intervém* por acção da *remissão* que para ela faz a *lex fori* e na restrita medida em que a faz, tendo assim, na resolução daqueles chamados conflitos de leis materiais ou nos das próprias normas de conflito, um papel *passivo*.

Esta noção é fundamental para entender a problemática da *questão prévia* em situações pluriconectadas, como veremos a seguir.

8. É para nós portugueses um privilégio podermos contar com o disposto no artigo 15 do C. Civil em vigor (5).

Com efeito, por força do disposto neste artigo, só podemos aplicar da lei estrangeira aquilo que corresponda à categoria jurídica prevista na norma de conflitos portuguesa *em aplicação*. Assim, segundo o sistema português de conflitos, o conflito de qualificações leva a que da lei estrangeira para que se remeteu, só se aplique, *no caso concreto*, o preceito ou preceitos previstos na norma portuguesa de conflitos e *não os outros que resultem da qualificação estrangeira*.

Como notámos a pags. 240 e seguintes das nossas Lições de Direito Internacional Privado (6), com a redacção esforçada mas inteligível que tem, o que quer efectivamente dizer o referido artigo 15 do C. Civil português? isto é, qual é a finalidade ou *função imediata deste preceito* no sistema português de DIP? Parece-me que, depois de estudado cuidadosamente, a ninguém ficarão dúvidas de que tal finalidade ou função consiste na *delimitação do âmbito de aplicação da lei estrangeira*: da lei estrangeira para que se remete (ordem jurídica) apenas são aplicáveis (*para efeitos do foro*) os preceitos materiais que, quer pela sua natureza quer pela função que tiverem nessa lei estrangeira (ordem jurídica), integram o regime jurídico do instituto (não instituição) previsto (visado, diz o texto legal) na regra de conflitos aplicanda. Ficam assim claramente fixados, de *antemão*, os parâmetros de aplicação (*ou competência*) da lei estrangeira para efeitos de aplicação de dada norma de conflitos do foro; isto é: será da interpretação da norma de conflitos em jogo que resultará o limite ou campo de aplicação da lei estrangeira, ou seja, é a norma de conflitos portuguesa que fixa (prevê ou visa) os parâmetros de aplicação dos preceitos estrangeiros, e, obviamente, não a lei estrangeira (ordem jurídica) para que a lei portuguesa (*lex fori*) remeter (7).

Por conseguinte, a lei estrangeira só é considerada aplicável com referência às categorias jurídicas referidas na respectiva norma de con-

(5) C. Civil, artigo 15: "A competência atribuída a uma lei abrange somente as normas que, pelo seu conteúdo e pela função que têm nessa lei, integram o regime do instituto visado na regra de conflitos".

(6) V. ob cit.

(7) V. Carlos Fernandes, *Lições de DIP*, ob. cit., pag. 241.

tos portuguesa, e nada mais. E o sentido, âmbito ou objecto dessas categorias jurídicas é o constante da norma de conflitos, ou seja, da lei portuguesa ou *lex fori*, embora eventualmente alargado em relação ao seu conteúdo no direito interno. Isto é o que, directa e imediatamente, resulta da interpretação e aplicação do referido artigo 15 do C. Civil; mas, *como corolário lógico* dessa finalidade ou função imediata, decorre que é a lei portuguesa (*lex fori*), através da interpretação da respectiva norma de conflitos, que faz a qualificação, ou, se se preferir, *a qualificação relevante* (8).

9. Portanto, a determinação do *conteúdo* da remissão para a lei estrangeira é o problema fundamental do DIP.

A questão consiste essencialmente em saber se, quando uma lei remete para outra lei mas estrangeira, o faz para a ordem jurídica estrangeira como tal, embora com limites, ou apenas para certa ou certas das suas normas e com que conteúdo.

A tese dominante vai no sentido de que a remissão é de uma ordem jurídica para outra ordem jurídica como tal, mas subsiste uma corrente contrária que, pretendendo basear-se no sistema estatutário medieval, é seguida, entre outros, por A. Ehrenzweig, defendendo ser a remissão, nos dias de hoje, tal como aconteceria no sistema teórico medieval, *apenas para dado preceito jurídico estrangeiro*, com excepção da transferência total de competências nos casos de "*renvoi*" - "*deference to a foreign sovereign*"-.

No entanto, se atentarmos bem na questão, verificaremos que a remissão feita para o direito estrangeiro através da norma de conflitos do foro tem de ter, *necessariamente*, em consideração a ordem jurídica estrangeira como tal e *não apenas um sector ou preceito da mesma*; porém, o *conteúdo da remissão* ou "*mandato*" que, através da sua norma de conflitos, uma ordem jurídica dá à ordem jurídica estrangeira, *não é total nem em branco*, mas sim concreto e limitado, *específico* para regular a situação *sub judice* que não entendeu conveniente regular directamente através dos seus próprios preceitos, e *nada mais*. E, mesmo quanto a esta situação jurídica, no pressuposto de que os resultados da aplicação do preceito jurídico estrangeiro que considerou adequado (*compe-*

(8) V. Carlos Fernandes, *Lições de DIP*, ob. cit., pag. 41, *in fine*.

tente) não serão contrários aos princípios ético-jurídicos fundamentais que informam a ordem jurídica remetente (ou "*mandante*"), antes os considerando perfeitamente harmónicos, a ponto de considerar a aplicação da lei estrangeira como mais adequada àquela situação jurídica (dados os seus elementos de conexão) do que seria a aplicação de um preceito interno nacional equivalente. Só assim se compreende e justifica o recurs ao direito estrangeiro em vez do nacional (v. artigo 22 do C. Civil português actual) (9).

Obviamente, não há aqui mandato nenhum no verdadeiro sentido desta categoria jurídica, pois os Estados (ordens jurídicas) são soberanos e paritários, não dando nem recebendo ordens ou instruções uns em relação aos outros (só os princípios de Direito internacional ou universal lhes são superiores).

Não teria sentido remeter só para parte da ordem jurídica estrangeira, já que, se assim fosse, nunca mais sairíamos de dificuldades para determinar o preceito estrangeiro concretamente aplicável, uma vez que não pode fazer-se a interpretação de preceitos jurídicos estrangeiros se não se tomar a respectiva ordem jurídica como tal (10), como não se entenderia a disposto no artigo 15 e no nº 2 do artigo 22 do C. Civil.

Assim, a *remissão* é feita de ordem jurídica para ordem jurídica, e não de certo preceito de uma *exclusivamente* para preceito concreto da outra, como alguns defendem, mas o "*mandato*" (a competência) é *específica*, de conteúdo definido e bem limitado.

Como referimos nas nossas Lições de DIP citadas, se a remissão não fosse de uma ordem jurídica para outra ordem jurídica como tais, isto é, como sistemas jurídicos autónomos na sua globalidade, seriam incompreensíveis os termos dessa remissão, ou seja, o *conteúdo* ou âmbito do "*mandato*" (competência) conferido à ordem jurídica estrangeira, já que este é determinado pela *interpretação* de uma e de outra ordem jurídica; e, no nosso sistema de DIP, não se entenderia o disposto expressamente

(9) V. artigo 22 do C. Civil português actual: "1. Não são aplicáveis os preceitos da lei estrangeira indicados pela norma de conflitos, quando essa aplicação envolva ofensa dos princípios fundamentais da ordem pública internacional do Estado Português. 2. ...".

(10) V. artigo 23 do C. Civil: "1. A lei estrangeira é interpretada dentro do sistema a que pertence e de acordo com as regras interpretativas nele fixadas. 2. ...".

nos artigos 20 (11) e 22, quer ainda, e sobretudo, nos artigos 15 3 23 do C. Civil (12).

Como notámos nas mesmas Lições de DIP, a comparação com a construção teórico-prática dos estatutários medievais não é correcta, uma vez que a problemática da remissão para o direito estrangeiro era, nessa altura, completamente diferente.

Na verdade, como na construção doutrinal do DIP medieval *não havia pluralidade de normas de conflito*, o que era divergente, e, assim, objecto de conflito eventual, eram apenas as leis materiais das diversas comunidades (cidades), e como consequência necessária, a *remissão de competência* para o direito estrangeiro só podia ser para aplicar os respectivos preceitos materiais (*referência material*), nunca para aplicar as suas normas de conflito (*referência global*), dado que estas eram únicas e tinham validade de carácter universal, *sendo portanto impossíveis os conflitos de normas de conflito*. Isto acontece mais ou menos assim nas Federações de Estados, como, por exemplo, nos USA, e daqui a visão parcial que muitos autores americanos têm do problema.

“Resumindo: a remissão é pois uma transmissão de competência limitada ao caso sub judice e à categoria ou categorias jurídicas objecto da norma de conflitos, mas feita de uma ordem jurídica para outra ordem jurídica e não só para preceitos concretos desta”.

“Se podem aplicar-se apenas certos preceitos materiais da ordem jurídica estrangeira ou também as normas de conflito respectivas, é outra questão, que tem a ver com o âmbito ou finalidade concreta da competência reconhecida à ordem jurídica estrangeira por aquela remissão (naquele caso concreto)” (13).

(11) Artigo 20: “1. Quando, em razão da nacionalidade de certa pessoa, for competente a lei de um Estado em que coexistam diferentes sistemas legislativos locais, é o direito interno desse Estado que fixa em cada caso o sistema aplicável. 2. Na falta de normas de direito internacional, recorre-se ao direito internacional privado do mesmo Estado, e, se este não bastar, considera-se como lei pessoal do interessado a lei da sua residência habitual. 3. Se a legislação competente constituir uma ordem jurídica territorialmente unitária, mas nela vigorarem diversos sistemas de normas para diferentes categorias de pessoas, observa-se à sempre o estabelecido nessa legislação quanto ao conflito de sistemas”.

(12) V. Lições de DIP, ob. cit., pag. 205-206.

(13) V. Carlos Fernandes, Lições de DIP, ob. cit., pags. 207-208.

Esta remissão para o direito estrangeiro é assim *uma remissão sem recepção* (é de competência), e, ao contrário da tese dos seguidores da moderna escola nacionalista italiana, já referida *supra*, considera a lei estrangeira como estrangeira no caso concreto e não como nacional, *conversão* que, segundo aquela teoria italiana, resultaria do chamamento que a *lex fori* faz do preceito estrangeiro.

E como interpretar a lei estrangeira *competente*? É o que vamos ver a seguir.

10. A lei portuguesa, pelo artigo 23 do C. Civil, impõe que a lei estrangeira seja interpretada dentro do sistema a que pertence e de acordo com as regras interpretativas nele fixadas. É uma orientação aposta à da tese da *recepção material de Pacchioni* (14), e é, a nosso ver, a tese doutrinariamente correcta.

Como regulam questões de carácter internacional, as normas de conflito de leis põem em contacto os diversos sistemas de DIP, e, por conseguinte, os diversos *métodos* ou sistemas de resolução dos chamados conflitos de leis, podendo, no entanto, afirmar-se que todos eles reconhecem como categorias fundamentais de conexão as *personas*, os *bens*, os *factos* e o *processo*, embora divergindo frequentemente quer quanto ao *elemento de conexão relevante* (v. gr., estatuto pessoal conectado com a nacionalidade ou com o domicílio e residência habitual; os imóveis conectados com o lugar da sua situação ou com a pessoa que deles for titular; a sucessão de imóveis conectada com a lei da nacionalidade do de *cujus* ou com a do lugar da situação dos respectivos imóveis; etc.) quer quanto ao *conteúdo* das categorias jurídicas.

Desta divergência de sistemas de conflito de leis e de conteúdo das normas materiais resultam vários problemas, tais como: *conflitos de conexão* ou de normas de conflito de leis (quer positivos quer negativos); *conflitos de qualificação*, motivados pelas divergências de leis materiais ou internas, ou seja, do conteúdo das categorias jurídicas; problemas de *ordem pública internacional*, resultantes estes da falta essencial de comunidade do direito material ou interno; etc.

(14) V. Carlos Fernandes, Lições de DIP, ob. cit., pags. 192 e segs.

É óbvio que não vamos tratar agora de apontar soluções para todas estas questões, mas, se alguém tiver a curiosidade de saber o que pensamos sobre elas, poderá consultar as minhas *Lições de DIP*, ob. cit. *supra* e *infra*. Vamos sim ver qual a incidência da interpretação das normas na resolução da *questão prévia* em DIP.

Já acima notámos, embora superficialmente, que, no nosso sistema de DIP, a *remissão* para o direito estrangeiro *não era* uma remissão com recepção, mas sim *sem recepção*, ou de *competência*, isto é, a norma estrangeira aplicanda será aplicada como estrangeira e não como lei nacionalizada, quer à *Pacchioni* quer à *Ago e Morelli*.

A interpretação da lei é não só o essencial mas também o mais difícil problema da aplicação do Direito. E se isto é assim em Direito nacional, mais difícil é ainda quando temos de interpretar o Direito estrangeiro, já que temos de interpretá-lo dentro do sistema a que pertence e ao abrigo dos princípios de interpretação desse Direito (v. artigo 23 do C. Civil). E deve ter-se em conta que um dos princípios elementares de DIP é o de que a lei a aplicar deve ter ligação com o facto ou relação a regular (só em casos extremos, insolúveis ao abrigo deste princípio fundamental, se terá de proceder de modo diferente, aplicando nestes casos, em geral, a lei material ou interna do foro).

Por outro lado, não poderá descurar-se que a norma de conflitos tem a peculiaridade da *especificidade*, ou seja, não é a mesma para todas as categorias jurídicas, diferindo precisamente consoante se têm em consideração as pessoas, as coisas, móveis e imóveis, os actos e factos ou o foro, como já acima referimos.

Ora, esta especificidade da norma resulta da *delimitação* do seu objecto ou categoria jurídica, ou seja, do âmbito de aplicação da norma. E o que liga factos ou relações de determinada categoria jurídica a certa lei é o *elemento de conexão* a que a norma de conflitos dá *relevância*, dependendo a escolha da conexão dos interesses a que o respectivo legislador tenha querido dar quer *exclusividade* quer apenas *preferência*. Porém, não obstante ser a conexão função dos interesses a proteger, o critério legislativo não poderá deixar de ter em conta a finalidade essencial do DIP, ou seja, a *harmonia* interna e internacional das decisões, com vista à segurança, previsibilidade ou certeza jurídicas.

Interpretar a lei estrangeira pelos critérios de interpretação da lei nacional poderia levar ao absurdo, já que interpretar é determinar o sentido e alcance dum preceito dentro do sistema a que pertence, pois pode ter sentido bem diferente se visto por um prisma alheio.

11. Já acima lembrámos que a norma de conflitos tem como função ou finalidade imediata evitar ou dirimir conflitos de leis através de um método peculiar, que consiste na *escolha* ou determinação da *lei material mais adequada* para regular o facto ou relação (no caso concreto, a *questão sub judice*), quer seja nacional quer estrangeira. É, portanto, uma *norma formal*, por oposição a normas materiais, regulando estas directamente os factos ou relações e aquelas não.

Ora, tal como as *normas materiais*, a norma formal que é a norma de conflitos, salvo disposição em contrário, deve ser também interpretada através dos métodos e princípios de interpretação do sistema a que pertence, e não de outro. Com efeito, o C. Civil português, ao estipular que a interpretação da lei estrangeira tem de fazer-se entro do sistema a que pertence e de acordo com as regras interpretativas nele fixadas (v. artigo 23 n.º 1), dá-nos a orientação a seguir, já que não se entenderia uma disposição para a lei portuguesa e outra oposta para a lei estrangeira.

Pois bem, não sendo a norma de conflitos *exclusivamente* interna, já que, embora interna quanto à fonte de produção jurídica ou normativa, ela tem uma *função de carácter internacional*, e por isso a designamos, como muitos outros, por *norma interna internacionalmente relevante*, é lógico que o conteúdo das categorias jurídicas, que constituem o seu objecto ou âmbito de aplicação, *não coincida sempre* com o das categorias equivalentes das normas *exclusivamente* internas; isto é, que o sentido e alcance das categorias jurídicas referidas na norma de conflitos não sejam, *exclusivamente*, os das categorias equivalentes no direito interno ou material do mesmo sistema ou ordem jurídica: o que se verifica, v. gr., com a categoria *casamento*, a qual, em direito material ou exclusivamente interno, é apenas monogâmico, e, em DIP, pode ser também poligâmico, sendo portanto a categoria casamento um género com duas espécies, e não uma única espécie (v. artigo 25, 31, 49, 52, 55, 56, 2033, e, 1577, 1601 e 1628 do C. Civil português).

Mas, embora a interpretação possa ser extensiva, ela não pode estender-se até chegar à *desnaturação dos conceitos* tal como eles são entendidos em direito material ou interno. Isto quer dizer que na nossa categoria casamento poderá caber. *em DIP*, o casamento poligâmico, mas nunca o casamento entre homossexuais (se fosse o caso concreto, teria de intervir aqui a excepção de ordem pública, para o afastar).

É neste sentido que eu interpreto o artigo 15 do C. Civil, como já acima expusemos.

12. Outro elemento estrutural da norma de conflitos, como aliás de toda a norma, é o *comando* ou *mandado normativo* (*jussum*) que, como já notámos, tanto pode implicar a aplicação do direito nacional como a do direito estrangeiro, e, quanto a este, imediatamente o respectivo direito material ou aquele que a ordem jurídica estrangeira competente designar, quer dizer, sem possibilidade ou com possibilidade eventual de devolução ou retorno (v. artigos 16, 17, 18 e 19 do C. Civil).

Isto tem claramente que ver com a questão de saber o que é que a norma de conflitos tem em vista ao reconhecer competência ao direito estrangeiro: se apenas uma *referência material* ou se uma *referência global*.

Ora, será precisamente da interpretação da norma de conflitos reme-tente que se concluirá pela aplicação exclusiva de preceitos materiais ou internos da ordem jurídica estrangeira ou, inclusivamente, pela aplicação da respectiva ou respectivas normas de conflito, e, no que concerne os preceitos materiais, dentro dos parâmetros bem limitados pelo disposto nos artigos 15 e 22 do C. Civil.

Depois destas considerações prévias, vejamos então, especificamente, como se estrutura e resolve a *questão prévia* em DIP.

13. A *questão prévia* surge como *incidental e prejudicial* em relação a determinada questão principal que toma aquela como *condicionante* da produção de certo efeito jurídico.

Acontece que, tal como na generalidade das questões, também aqui o problema fulcral reside em saber como determinar ou delimitar o respectivo objecto ou âmbito, ou seja, de que é que se trata realmente: se de uma verdadeira questão de *choice of law* (agora de conflitos), embora enxerta-

da no processo de aplicação da norma interna ou material aplicável à questão principal segundo as regras de conflito de foro, ou de realidade muito diferente, como, v. g., de problemática de *direitos adquiridos*, ou, pura e simplesmente, de uma *projectão* da interpretação da norma material aplicável à causa ou *questão principal*.

A solução será corolário da resposta a toda esta problemática, o que implicará que ela terá de ser prévia e devidamente equacionada.

Ora, os autores divergem substancialmente a este respeito, como adiante veremos, tornando esta *questão prévia* num dos problemas para que não se vislumbra a curto prazo uma harmonização de orientações. Por sua vez, as legislações, quer porque não considerem a questão digna de ser autonomizada quer porque a considerem ainda muito confusa e polémica, têm recusado elaborar a respeito da mesma, incluindo a própria legislação portuguesa, não obstante ter consagrado no C. Civil um admirável e bastante completo sistema de DIP. O direito convencional, por seu lado, também a tem descurado, limitando-se a aflorá-la levemente e de forma apenas indirecta no artigo 12 da Convenção da Haia nº XXVI, de 14 de Março de 1978, que trata do reconhecimento da validade do casamento, ao dispor: "Les règles de ce chapitre s'appliquent même si la question de la reconnaissance de la validité du mariage doit être tranchée, à titre incident (*as an incidental question*, no texto inglês, *questão prévia*, em português), dans le contexte d'une autre question. Toutefois, ces règles peuvent ne pas être appliquées lorsque cette autre question est régie, d'après les règles de conflits de lois du for, par le droit d'un État non contractant".

A regra geral a que este artigo convencional se refere consta do artigo 9º da Convenção, o qual dispõe que o casamento que for validamente concluído segundo o direito do Estado da celebração, ou que posteriormente for considerado válido por esse direito, será também considerado válido em todos os Estados contratantes, de acordo com o disposto no respectivo capítulo (salvo obstáculo de ordem pública internacional -artigo 14- e impedimentos do artigo 11: casamento anterior, parentesco em linha recta ou colateral em 2º grau, falta de idade núbil, incapacidade mental para manifestar validamente a vontade, falta de vontade real).

O sentido da primeira parte do artigo 12 citado é o de regular a *questão prévia da validade do casamento* pela lei aplicável à respectiva celebração; no entanto, na parte final do artigo, refere-se *indirectamente* aquela *questão prévia* como tendo solução através do mecanismo conflitual, permitindo exceptuar a aplicação da regra constante da primeira parte do mesmo artigo 12, quando a *questão principal* for regulada, segundo as regras de conflito de foro, pelo direito material de um Estado não contratante.

A nosso ver, *apenas* se teve aqui em consideração a questão prévia da validade do casamento *para efeitos do direito de família*, como seria natural numa convenção relativa ao reconhecimento da validade do casamento.

Não adianta portanto praticamente nada para equacionar e resolver a problemática da questão prévia, como adiante melhor esclarecemos.

14. Foi *Melchior* quem primeiro elaborou sobre a individualização da problemática da *questão prévia em DIP*, num estudo de 1932, onde utilizou a expressão *Vorfrage*, que já *Zitelmann* usara em 1912 e *Lewald* em 1931, incluindo-a numa problemática de conflito de leis, não obstante o facto de ela surgir como *problema incidental* no decorrer do processo normal de interpretação e aplicação da *norma material*, considerada competente segundo a *lex fori*, a determinada causa ou *questão principal*. Logo em 1934, *Wengler* teorizou a questão como sendo de resolver com recurso à aplicação da norma de conflitos da ordem jurídica a que pertença a norma material aplicável à questão principal, *embora fazendo-lhe algumas excepções*. Contudo, mais tarde, e claramente a partir de 1966 (15), reviu a sua orientação, entendendo agora que a solução deveria ser encontrada tendo em consideração a interpretação dos conceitos jurídicos prejudiciais (averiguação do conteúdo do conceito prejudicial), e já não, como o fizera antes, na esteira de *Melchior*, e o fazem ainda hoje os continuadores deste, sem excluir mesmo *Batiffol*, através da determinação da lei competente, a decidir segundo uma regra de conflitos, ora de foro ora

da ordem jurídica de que fizer parte a regra material aplicável à questão principal, consoante os casos *sub judice*.

Pode dizer-se que esta é ainda hoje a orientação doutrinal mais seguida, se bem que ninguém se entenda quanto às excepções que formulam à aplicação de uma ou de outra norma de conflitos. O que significa que este problema carece de melhor equacionamento, e está longe de ser considerado como resolvido.

15. Em Portugal, foi *Azevedo Moreira* quem mais longamente se dedicou a esta problemática, num extenso e excelente trabalho, felizmente publicado, em 1968 (16), em que discorda da nova orientação de *Wengler*, sob quem, aliás, estudou na Alemanha como bolseiro português.

Vamos fazer-lhe a larga referência que merece, já que nele demonstra profundos e seguros conhecimentos de toda a problemática do DIP, o que é raríssimo entre nós.

No seu livro, *Azevedo Moreira* expõe criticamente a concepção *processualista* e a *conflitual* que ele defende, e que cuidadosamente tentou elaborar, dedicando tempo e cuidado à exposição e crítica da nova orientação de *Wengler*, se bem que para a afastar, embora, a meu ver, sem o conseguir.

Criticando *Wengler* por este considerar a questão prévia como um incidente de *conteúdo substantivo* e por assim lhe dar um âmbito excessivamente amplo, *Azevedo Moreira* entende que antes de chegar à interpretação do que é, v. gr., *filho ilegítimo* ou *cônjuge em questão prévia*, terá de resolver-se o problema de saber como chegar à lei competente para decidir se certo homem é *filho ilegítimo* ou *cônjuge* de certa mulher (ou o inverso, claro), e, por isso, reduz a *questão prévia* a um ponto bastante restrito, qual é o *resíduo conflitual*, que se resolveria por uma opção entre dois sistemas de DIP (17) (ora o do foro, ora o da causa).

Para *Azevedo Moreira*, a questão prejudicial englobaria os seguintes momentos ou sub-questões:

(15) V. *Wengler*, Nouvelle Reflexions sur les Questions Préalables, in *Revue Critique de DIP*, 1966, pags. 165 a 215.

(16) V. F. *Azevedo Moreira*, *Da Questão Prévia em DIP*, Centro de Direito Comparado da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1968.

(17) V. ob. cit., pag. 41.

a) uma análise preliminar do conceito prejudicial de que resulta a classificação tripartida a que *Wengler* se refere (conceitos de facto, conceitos jurídicos auxiliares e conceitos jurídicos em sentido restrito), mas somente os conceitos jurídicos restritos, em virtude da autonomia material do seu conteúdo, poderão levantar uma questão prejudicial, o que permitirá formular a pergunta inserta na alínea seguinte;

b) se a questão é materialmente autónoma, pode ser disciplinada por outra lei que não aquela que directamente a suscita; há assim que escolher o sistema de conflitos que vai designar essa lei: o sistema do foro ou o da ordem jurídica que decide a questão principal?;

c) resolvido o problema do direito de conflitos competente, a designação da lei material aplicável pode, no entanto, originar, acidentalmente, um *problema de transmissão ou de retorno de competência*;

d) concretizada esta designação, torna-se necessário descobrir a norma ou grupo de normas materiais que vão ser efectivamente aplicadas, o que pode desenvolver um *conflito de qualificações*;

e) resolvido o conflito e aplicadas aquelas normas, é indispensável valorar o resultado através dos critérios do conceito prejudicial de quadro que ele se destina a preencher: é uma questão de equivalência ou de “*predestinação*” material de conteúdos jurídicos, que só pode ser decidida por interpretação da norma onde se insere o conceito quadro;

f) finalmente, é ainda possível a intervenção restritiva da *ordem pública* na valoração atrás referida: a aplicação da lei estrangeira pode na verdade colidir, em termos gerais, com esta cláusula exceptiva (18).

Segundo *Azevedo Moreira*, teria sido esta análise que escapou a *Wengler*, e, desta forma, a *questão prévia* reduzir-se-ia à alínea b) acima referida, surgindo num determinado momento e com uma finalidade precisa, e só em atenção a esta finalidade é que a questão prévia seria um problema verdadeiramente específico em DIP. Como *Wengler* a define, seria impossível garantir-lhe tal especificidade (19).

Não vamos mencionar as referências e as críticas que *Azevedo Moreira* faz a outros autores que têm escrito sobre a matéria, desde *Zitelmann*, *Melchior*, *Hoffmeyer*, *Rigaux*, *Kegel*, *Grauslich*, *Neuhaus*, *Lewald*, *Maury*, *Nussbaunn*, *Robertson*, *Niederer*, etc., até *Cortes Rosa e Baptista Machado* (20).

Criticando mesmo a expressão *questão prévia* (*Vorfrage*) por não individualizar bem o problema conflitual, *Azevedo Moreira*, continuando na crítica, diz que *incidental* é toda a problemática que envolve a *questão prejudicial*, enquanto que a *prévia* se revela dentro desta como uma simples escolha do instrumento técnico que há-de individualizar os conteúdos de direito estrangeiro chamados a preencher o conceito de quadro (21). Critica igualmente as designações da *questão prejudicial* ou de *questões preliminares ou incidentais*, mas, como nenhuma das inovadas é feliz, continua a usar a expressão tradicional de *questão prévia*, embora, como *problema específico do direito de conflitos*, surja no momento de aplicação de uma lei material estrangeira a uma questão de direito (chamada principal, condicionada ou dependente) que, por seu turno, levanta uma outra questão (prejudicial, incidental ou condicionante), a que se encontra ligada por um vínculo de subordinação lógico-jurídica. Surge neste momento a questão de saber se o direito de conflitos competente para indicar a lei que há-de resolver o segundo destes problemas é o do foro ou o do ordenamento jurídico que rege a questão principal. Tratar-se-ia portanto de saber se a questão prejudicial deverá ser objecto de uma *conexão autónoma*, isto é, segundo a *lex formalis fori*, ou de uma *conexão subordinada*, de harmonia com a *lex formalis causae* (22).

Azevedo Moreira afasta a ideia de estarmos aqui perante um problema de conflito de normas de conflito, ou de lacuna do sistema de colisão (23).

E conclui a sua exposição desta problemática nestes termos: “Podemos portanto concluir que a questão prévia se configura como um problema de interpretação que, incidindo sobre o sentido com que há-de valer a regra de conflitos do foro susceptível de ser aplicada à questão incidental,

(19) V. ob. cit., pag. 43.

(18) V. ob. cit., pag. 41-42.

(20) V. ob. cit., pag. 50 a 58.

(21) V. ob. cit., pag. 60.

(22) V. ob. cit., pag. 61-71.

(23) *Ibidem*.

depende da medida em que nesse sistema de conflitos tenha encontrado acolhimento o valor ou interesse da *harmonia internacional das decisões*. Dessa análise poderá assim depreender-se que o direito de conflitos interno, atendendo à localização da questão condicionante, preferirá deferir a sua disciplina conflitual ao sistema do ordenamento que a exige; mas pode igualmente acontecer que pouco ou nenhum relevo atribua a essa circunstância, o que significará que se revelaram infundadas as dúvidas quanto à aplicação efectiva da norma de conflitos do foro" (24).

Perante isto, Azevedo Moreira refere os verdadeiros e os falsos casos de questão prévia (25), e indica como pressupostos da verdadeira os seguintes:

a) aplicação do *direito material estrangeiro* à questão dependente da principal (Dicey-Morris, Ferrer Correia, Cortes Rosa, Neuhaus, Migliazza, etc.), porque a inexistência deste pressuposto conduz necessariamente à confusão num único sistema da *lex formalis fori* e da *lex formalis causae*, o que destruiria a *alternativa indispensável* para equacionar o problema -também não existiria quando à questão incidental e à principal for aplicável o direito material do foro, ou quando à principal for aplicável o direito material do foro e à incidental, *se considerada autonomamente*, o direito material estrangeiro, ou simplesmente quando a questão de direito condicionada estiver submetida à *lex materialis fori*- (26);

b) existência de uma questão prejudicial (uma questão parcial de certo tipo, caracterizada pelo *quid* específico da autonomia material) -aqui, *a priori*, não se poderia afastar a aplicação do direito estrangeiro de conflitos, enquanto que nestas questões parciais em geral (*Teilfragen*) só o direito de conflitos do foro pode ser aplicado, pois são consideradas parte constitutiva da questão principal ou dependente, apresentando-se assim a *título principal* e não como meros incidentes perante o órgão de aplicação do direito (o que pode acontecer, por política legislativa, é que o direito do foro tenha regras de conflito diferentes para a questão parcial e para a principal, dando-lhe portanto autonomia conflitual)"- (27).

(24) V. ob. cit., pag. 71.

(25) V. ob. cit., pag. 73.

(26) V. ob. cit., pags. 74-75.

(27) V. ob. cit., pag. 77.

"Pode portanto dizer-se que as questões parciais em que se decompõe a *Haupfrage* são sempre directamente subsumíveis à previsão de uma norma do sistema de conflitos do foro, o que necessariamente exclui, a seu respeito, um problema de questão prévia" (28). O mesmo já não acontece com as questões prejudiciais que não são por ela absorvidas: "As questões prejudiciais não são (ao contrário das *Teilfragen*) questão principal, apenas a fundamentam, e não podem portanto ser imediatamente (isto é, sem uma indagação preliminar) subsumíveis a qualquer norma de conflitos do foro" (29). "O que se exige é que essa *Teilfrage* se integre numa verdadeira questão prejudicial, que se apresente desse modo como autónoma perante a questão principal" (30).

Segundo Azevedo Moreira, quaisquer outros pressupostos são irrelevantes (31).

16. Depois desta exposição bastante longa, verificamos que, para Azevedo Moreira, a problemática da questão prévia não tem por finalidade resolver a questão materialmente, ou seja, *directamente*, limitando-se apenas, no desenrolar da meada prejudicial, a indicar uma opção quanto à norma de conflitos a aplicar-lhe. Depois, seguir-se-ia a interpretação e aplicação do direito estrangeiro competente e, ainda, a valoração do resultado a que se tivesse chegado através dos critérios do conceito de quadro da norma principal.

Assim, a *questão prejudicial* não constituiria, *por si*, qualquer problema específico em DIP: "é um incidente geral que se revela formalmente tal como em processo e cuja particularidade na nossa disciplina consiste em poder levantar, além de outros, os dois problemas distintos de que estamos tratando" (32) -*questão prévia conflitual e substituição*-, englobados ambos por muitos na *questão prévia*, tais como Nussbaum, Baptista Machado, etc. Só a questão prévia, nos termos em que a define, teria realmente especificidade em DIP, e por isso defende o seu tratamento separado do da substituição.

(28) V. ob. cit., pag. 77.

(29) *Ibidem*.

(30) V. ob. cit., pag. 78.

(31) V. ob. cit., pag. 78-79.

(32) V. ob. cit., pag. 104-105.

Na tese dos que defendem, em princípio, a resolução da *questão prévia* através da regra de conflitos do sistema da *lex materialis causae*, admitem-se, segundo Azevedo Moreira, quatro ordens de excepções:

a) casos em que o sistema de conflitos do foro *não dá prevalência à harmonia internacional das decisões*;

b) casos em que a lei *aplicável* à questão principal *não seria efectivamente aplicada* se o litígio tivesse de ser julgado por tribunal do Estado da *lex causae* (estava a ser aplicada pelo Estado do foro *sem querer sê-lo*);

c) casos em que, a pedido das partes, o tribunal do foro se pronunciar *definitivamente* sobre a questão incidental (pressupondo que, além da matéria e da hierarquia, o tribunal tinha competência internacional), isto é, com carácter de *caso julgado*;

d) casos em que, por virtude de uma conexão de sentido entre as duas questões de direito, a ambas se estenda a *autoridade de caso julgado* (33).

17. Impõe-se agora fazer uma análise crítica e procurar encontrar soluções.

Antes de mais, reiteramos a nossa apreciação pelo excelente trabalho de Azevedo Moreira. No entanto, tal como Nussbaum e, obviamente, Wengler, duvidamos da utilidade prática de toda a sua notável elaboração conflitual, que, afinal, leva a novos e sucessivos problemas de DIP, como ele claramente reconhece, numa fileira teoricamente interminável.

Por outro lado, as delimitações do âmbito da *questão prévia* a uma nova operação conflitual (opção por uma norma de conflitos do foro ou do sistema da *lex materialis causae*) é tão arbitrária como qualquer outra, e resta saber se, ao contrário das aparências, a *especificação* feita por Azevedo Moreira tem algum interesse prático.

Quanto às excepções que Azevedo Moreira formula à sua concepção, temos de reconhecer que elas são muito vagas ou genéricas, salvo as duas últimas, sendo muito difícil aplicá-las, prestando-se a uma discussão sem fim.

Tal como outros, também não confundimos a *questão prévia* com as *qualificações* e a *devolução* em DIP, já que estas pressupõem a não determinação da lei material competente, enquanto a *questão prévia pressupõe esta já determinada*; demais, a *devolução* só actua em casos de conflito negativo de normas de conflito, ao passo que a *questão prévia* tanto pode surgir num caso como no outro.

Também entendemos que não se confunde com a problemática dos *direitos adquiridos*. Com efeito, entendemos que a problemática dos direitos adquiridos no estrangeiro é autónoma em relação à do conflito de leis, a não ser quando se estiver perante situações jurídicas de carácter internacional na sua constituição, modificação ou extinção, e, mesmo aqui, com excepções à *normal* aplicação das regras de conflito. Mas, não será a *questão prévia*, apesar de tudo, um problema de reconhecimento ou não dos direitos adquiridos consubstanciados na respectiva situação jurídica incidental prévia? Veremos que não, ou mais precisamente, *não inteiramente*: antes de mais, os interesses a tutelar num caso e noutro não são sempre os mesmos, ou seja: no reconhecimento dos direitos adquiridos, tomam-se *sempre* em conta os *efeitos específicos* da situação jurídica em causa, enquanto que, na *questão prévia*, a respectiva situação jurídica *pode apenas condicionar* a produção de certos efeitos jurídicos em relação a outra situação jurídica (condicionada, em atenção à primeira, que é condicionante).

Para melhor entendermos este problema e não andarmos a construir no ar, formulemos um exemplo concreto, que pode ser o que estudámos nas nossas Lições de DIP (34).

Um galego falece *ab intestato* em Lisboa, onde residia há bastantes anos com a sua segunda mulher, *grega*, e os *filhos espanhóis, um deles menor*, havidos pelo *de cujus* de matrimónio válido anterior com uma espanhola, deixando vastos bens em Portugal; o agora falecido, depois de enviuvar no México, onde então residia, casara na cidade do México, em segundas núpcias, com uma *grega, só civilmente* e em regime de comunhão de bens, vindo posteriormente a residir em Lisboa, onde fez reconhecer este segundo casamento como casamento para efeitos dos direitos de família (v. artigos 49 e 50 do C. Civil português).

(33) V. ob. cit., pag. 271 a 292.

(34) V. Carlos Fernandes, *Lições de DIP*, ob. cit., pag. 272 e segs.

Ora, nos termos do disposto no artigo 62 do mesmo C. Civil, esta sucessão *mortis causa* é regulada pela lei interna ou material sucessória espanhola, por ser espanhola a nacionalidade do *de cujus* no momento do seu falecimento, abrindo-se em Lisboa (artigo 2031 do C. Civil). A *viúva é grega* e os filhos do falecido *espanhois*, embora nascidos no México. Vieram todos habilitar-se à herança *sujeita a inventário* no competente tribunal de Lisboa, entendendo-se que a *viúva* é teoricamente herdeira legitimária do marido em concorrência com os enteados.

Temos assim *directamente sub judice* uma *causa sucessória* (questão principal), a regular no foro português pela lei material espanhola competente no quadro do respectivo instituto sucessório.

Mas, como o M.P., e depois os outros filhos maiores, vieram impugnar o deferimento da sucessão à *viúva grega* (cônjuge sobrevivente), com o argumento de que o casamento mexicano *apenas civil* não teria eficácia, já que a lei grega o não admitia (até há pouco, a legislação grega exigia efectivamente *casamento religioso ortodoxo* para todos os gregos dentro ou fora da Grécia), teria de decidir-se, *previamente*, se a *viúva grega* é realmente *viúva*, ou seja, se é ou não herdeira do *de cujus*, e, para tanto, se o *casamento civil mexicano* é ou não considerado válido e eficaz, *para efeitos da lei sucessória espanhola* que regula a sucessão (questão incidental prévia ou prejudicial em relação à referida questão principal).

O problema reside assim em saber por que preceitos é que se pode aferir a validade ou eficácia daquele casamento mexicano, *para efeitos desta sucessão* e não em absoluto, uma vez que a situação jurídica de *casada* ou de *cônjuge sobrevivente* é *condicionante*, prejudicial e prévia, da situação jurídica da *herdeira legitimária*, que constitui a *questão principal ou condicionada*. Há aqui uma *situação jurídica preexistente* (de família) que repercute sobre outra situação jurídica de *natureza diferente* (de sucessão), condicionando a existência ou regularidade desta à existência e regularidade da outra, devido, *exclusivamente*, ao facto de o preceito regulador da última remeter para a primeira, como *pressuposto ou condição sine qua non* da própria existência daquela, quer no todo quer apenas em parte.

Segundo o DIP português (*lex fori*), a sucessão *mortis causa* é regulada pela lei pessoal do *de cujus* (artigo 62 do C. Civil), mas a *forma do*

casamento é regulada pela lei do lugar da sua celebração (artigo 50 do C. Civil).

Na hipótese em estudo, Portugal já reconheceu mesmo o referido casamento civil mexicano como casamento válido e eficaz em Portugal para os efeitos peculiares do direito de família.

Como decidir então? Conforme as doutrinas, teríamos uma dualidade ou até pluralidade de soluções, a saber: A e B.

A- Dentro da orientação que considera o problema como de determinação da lei competente, nas variantes *lex formalis causae* ou *lex formalis fori*, teríamos:

a) pela aplicação da regra de conflitos do foro (aqui a portuguesa), que, de acordo com artigo 50 do C. Civil, manda regular a forma do casamento pela lei do Estado da celebração, considerando o *casamento civil ou religioso como mera forma de contrato matrimonial*, isto é, pela lei mexicana material? -se fosse de aplicar aqui a regra de conflitos do foro, a lei mexicana que regulou o casamento era a competente e, por consequência, este seria válido e eficaz, existindo assim *cônjuge sobrevivente* a herdar legitimariamente-;

b) pela aplicação da regra de conflitos espanhola (do sistema da *lex causae*)? -se fosse de aplicar a regra de conflitos do país a que pertence a lei material reguladora da causa sucessória (questão principal), tudo dependeria do que ela dispusesse, mas supondo que conferia à lei grega a determinação da capacidade matrimonial dos gregos, mesmo no estrangeiro, e que considerava o casamento civil ou religioso (aqui ortodoxo) como substância e forma no acto de casamento de gregos (exigindo-o religioso ortodoxo), o casamento mexicano (válido no México) seria irrelevante ou ineficaz em Espanha, e, como corolário, *não haveria cônjuge sobrevivente herdeiro legítimo do de cujus* (isto, obviamente, se o casamento *para efeitos sucessórios* fosse considerado em Espanha tal qual como em direito de família)-.

B - Dentro da orientação decorrente da última formulação de Wengler, teríamos de aplicar um método diferente para decidir a causa, começando por excluir que os juizes do foro e os do Estado a que pertence a *lex materialis causae* sejam *sempre* obrigados a determinar a lei aplicável à

questão prévia como a determinariam se, em vez de incidental prévia, fosse a questão principal.

Assim, para os que consideram o problema sobretudo como de interpretação da lei material aplicável à questão principal, decorreria da interpretação da lei espanhola sucessória *mortis causa* o sentido e alcance a dar à categoria *cônjuge sobrevivente para efeitos sucessórios*, podendo, pelo menos *a priori*, admitir-se que coincida ou seja algo diferente daquele que a categoria *cônjuge* tem *rigorosamente* em direito de família dentro da ordem jurídica espanhola (quanto à interpretação da lei estrangeira em Portugal, v. artigo 23 do C. Civil já referido *supra* no nº 9).

Na hipótese em estudo, quanto a Portugal, o casamento é válido e eficaz até no direito de família, pois já foi reconhecido como tal, levando qualquer solução contrária de outra lei à invocação da *excepção de ordem pública internacional*, para a afastar.

É por conseguinte discutível a autonomização da questão prévia *como questão residual conflitual* em DIP, assim como a respectiva utilidade prática, parecendo que levanta tantos ou mais problemas do que aqueles que pretende resolver, como veremos.

18. Perante isto, vejamos o sentido das categorias jurídicas.

É próprio de toda a situação jurídica produzir efeitos específicos, peculiares dessa situação, de harmonia com os preceitos jurídicos reguladores da sua constituição, modificação ou extinção. Porém, além dos efeitos específicos, *pode condicionar* outros, isto é: certos efeitos *de outro* instituto jurídico poderão produzir-se *apenas* se se verificar a situação jurídica *condicionante*. Aliás, isto acontece frequentemente, quer em direito civil quer em penal, por exemplo para agravar o crime de morte, ou, quanto ao casamento, filiação real e adoptiva ou parentesco em certo grau civil, para efeitos sucessórios *mortis causa*, etc.

Ora bem. Se, além dos efeitos peculiares do direito de família, o *casamento* e a *filiação*, por força de preceitos reguladores do instituto *sucessório* que os tomam como condicionantes, puderem provocar ou desencadear *efeitos sucessórios*, estes últimos, *porque não cabem especificamente no instituto familiar* mas sim no sucessório, também não terão de ser regulados, *necessariamente, apenas* de harmonia com a regra de conflitos

determinadora da lei competente para regular a respectiva situação jurídica familiar. Na verdade, não é a situação jurídica condicionante que produz efeitos peculiares de outro instituto, sendo ela *apenas condição*, embora *sine qua non*, da produção de certos efeitos jurídicos pela situação jurídica condicionada.

Assim, pelo menos *a priori*, porque se trata de efeitos só produzidos por força de um preceito jurídico próprio de diferente instituto, a situação jurídica condicionante ou prévia, pelo menos no que concerne a produção daqueles efeitos não peculiares da mesma e que só serão produzidos por força da outra situação jurídica que toma aquela como condicionante, *poderá* ser regulada por preceito diferente daquele que seria competente para regular os seus efeitos específicos, isto é: se *certos efeitos* da situação jurídica principal só se produzem se puder verificar-se a situação jurídica referida como condicionante no preceito jurídico regulador da situação jurídica principal, teremos de ver se a categoria jurídica condicionante *pode ter ou não*, para efeitos específicos da situação jurídica condicionada, *conteúdo diferente do que tem no instituto de que faz parte*. Desta forma, no fundo, toda esta problemática da questão prévia poderia consistir em *determinar o conteúdo da categoria jurídica condicionante para efeitos da condicionada*, e se será esta que deverá determinar o âmbito daquela ou não. Isto é, retomando o exemplo concreto acima referido, o que é *essencial* é determinar o conteúdo da categoria *cônjuge sobrevivente para efeitos sucessórios em Espanha* e não, ou não só, *para efeitos específicos do direito de família*. Coincidem ou não? E, se não coincidem, qual é a qualificação a ter em conta? Certamente que não da *lex fori*, como adiante melhor veremos (35).

19. Enquanto *Melchior* e seguidores, incluindo *Wengler* em 1934 e ainda *Azevedo Moreira* (que estruturou o seu trabalho, ob. cit., na esteira da orientação de *Wengler* de 1934, e não da posterior, de 1966, que critica), põem o problema da questão prévia em DIP como sendo de escolha de lei formal aplicável (*lex formalis*), entre uma ou outra regra de conflitos (a do foro ou a estrangeira), e, por isso, o limitam aos casos em que à questão principal seja aplicável direito estrangeiro, *Wengler* (36) e segui-

(35) V. Carlos Fernandes, ob. cit., pags. 227-244.

(36) V. *Revue Critique de DIP*, 1966, pags. 165 a 215.

dores (entre nós, *Baptista Machado* (37) e eu mesmo (38)), vêem-na como decorrendo da interpretação e aplicação da *lex materialis causae* (da questão principal), e, como corolário, incluem nela também os casos em que a *lex materialis causae* seja a lei material do foro.

Foi a partir da teorização de *Melchior* e da de *Wengler* de 1934 que a doutrina, em geral, se orientou, incluindo os grandes autores franceses como *Maury* e *Batiffol*. No entanto, a orientação de *Wengler* tem cada vez mais adeptos, se bem que com alguma *nuance*.

Como já referimos *supra*, os seguidores da orientação de *Melchior* não se entendem quanto às exceções a formular à aplicação da lei de conflitos do sistema da *lex materialis causae*, e nem mesmo as precisões de *Azevedo Moreira* (v. *supra* nº 15) resolvem o problema.

Vejamos, v. gr., como *Batiffol* (39) examina o exemplo referido por *Martin Wolff*: um tribunal alemão tem *sub judice* a questão da validade de uma adopção submetida à lei material inglesa, que a subordina à condição de ausência de *filhos legítimos*. *Batiffol* interroga-se se será de pedir à lei competente segundo o sistema inglês de conflitos (a que pertence a *lex materialis causae*) se o filho que o adoptante tinha aquando da adopção é legítimo ou não. Isto é, quando a *questão principal* é da competência de certa lei, não deverão seguir-se as regras de conflito desta lei ou ordem jurídica para resolver as questões incidentais prévias? -é, como já referimos *supra*, a opinião generalizada, embora fazendo-lhe exceções em favor da *lex fori*, sobre as quais não há unanimidade-.

Batiffol, *hesitante*, responde assim à pergunta que formulou: uma vantagem importante da solução afirmativa seria a de respeitar a lógica interna do direito estrangeiro aplicável à questão principal; mas há um inconveniente correlativo, que é o de sacrificar a harmonia interna das decisões na ordem jurídica do foro, já que a legitimidade do filho seria reconhecida ou negada no Estado do foro consoante o sistema de conflitos da legislação aplicável à questão principal; por outro lado, como poderíamos pretender aplicar a lei inglesa à adopção, declarando esta válida, com o fundamento de que o filho do adoptante não seria legítimo segundo a lei

(37) V. *Lições de DIP*, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 1988, pags. 287 a 316.

(38) V. Carlos Fernandes, *Lições de DIP*, ob. cit., pags. 268 a 287.

(39) V. *Droit Int. Privé*, 7ª edição, L.G.D.G., Paris, 1º vol., pags. 366-367.

designada pela regra de conflitos do foro, quando um juiz inglês, considerando aquele filho como legítimo em virtude da lei designada pela regra de conflitos inglesa, recusaria depois a referida adopção, por inválida?

"C'est pourquoi l'une ou l'autre solution devrait appeler des exceptions qu'il est malaisé de formuler", concluir *Batiffol*.

Como verificamos, *Batiffol* não distingue, aqui, *filiação legítima* para efeitos do direito de família e para o das sucessões *mortis causa*, e, como consequência, não sai de dificuldades. Também não joga com a excepção de ordem pública internacional.

Não há ainda (ou não havia em 1981) jurisprudência francesa sobre esta questão porque, refere *Batiffol*, até agora, nos casos de parentesco necessário à vocação sucessória submetidos à *Cour de Cassation*, a sucessão tem sido regulada pela lei francesa: a hesitação daquele tribunal terá recaído apenas sobre se deveria aplicar-se à questão do parentesco a lei material francesa ou a lei material estrangeira designada pela regra francesa de conflitos (40) -é de reiterar que, para os que inserirem a *questão prévia* na problemática das normas de conflito de leis, como *Batiffol* e o próprio *Azevedo Moreira*, ela só surgiria no caso de a *lex fori* mandar aplicar *direito estrangeiro* à questão principal-.

20. E, então, como sair das dificuldades referidas *supra*?

Pelo método *chamado conflitual* já vimos que não chegamos lá, enquanto que, a partir da orientação de *Wengler* de 1966, não é difícil resolver a problemática da questão prévia em DIP.

Quer *Batiffol*, no exemplo que extraiu de *Wolff*, quer *Azevedo Moreira*, na sua construção doutrinária, não distinguem (ou não evidenciam a *relevância* de tal distinção) os conceitos da questão prévia no instituto de que são peculiares e o que tais conceitos podem ser quando não forem chamados a produzir efeitos jurídicos peculiares ao respectivo instituto, mas apenas a *condicionar ou desencadear* a produção de certo efeito jurídico peculiar de e no seio de um instituto diferente, agora condicionado (auto-condicionado).

Demais, como começámos por referir logo no início deste artigo, a problemática da questão prévia em DIP é praticamente insolúvel se não

(40) V. *Batiffol*, ob. cit., 1º vol., nota 7 ao nº 312-1, pag. 366-367.

nos entendermos sobre o que significa a *remissão* para o direito estrangeiro, já que, realmente, como bem nota Azevedo Moreira, o problema só apresenta dificuldades, ou seria peculiar em DIP, quando a *lex fori* mandar aplicar direito estrangeiro à questão principal (a causa).

Nós pensamos que se poderia assim autonomizar a questão prévia em DIP na hipótese de ser aplicável à causa a *lex materialis* estrangeira. Mas, para se entender melhor o problema e sua eventual solução, há que distinguir as questões prévias constituídas por situações jurídicas internas ou nacionais das internacionais, isto é, as que se constituíram, *exclusivamente*, ao abrigo de uma única ordem jurídica e as que se constituíram *pelo jogo das normas de conflito de leis*, porque, quanto às primeiras, não pode nunca pôr-se um problema de conflito de leis, *nem antes* (respectiva constituição) *nem durante* a sua execução, já que nenhuma outra lei, além daquela ao abrigo da qual se constituíram, poderia ser competente para as regular: assim, quanto a estas, *se forem tomadas na sua validade e eficácia específica*, o que acontecerá normalmente, só um problema de reconhecimento de direitos adquiridos é susceptível de existir; se porém se tratar de *situações internacionais*, poderá também pôr-se um problema de direitos adquiridos, nos termos em que ele é considerado quanto a factos ou relações conectadas com mais de uma ordem jurídica, se, quer pela *lex fori* quer pela *lex materialis causae* forem tomadas na sua validade e eficácia peculiar. Mas, quer quanto a uma quer quanto às outras, põe-se sempre a questão de saber se são tomadas na respectiva *validade e eficácia própria* ou exclusivamente como *factor condicionante* de uma outra e diferente situação, cabendo a resolução deste problema à *interpretação da lex materialis causae* no caso concreto *sub judice*. E, se não forem tomadas na sua validade e eficácia peculiar, mas, *unicamente*, como simples *factor condicionante* de outra situação jurídica, em que nem problema normal de conflito de leis nem problema específico de direitos adquiridos se possa pôr à ordem jurídica da causa, estaremos perante uma problemática específica, a que poderíamos chamar *questão prévia em DIP* (41).

Para um bom número de autores, a questão prévia em DIP existiria pois quando se entendesse:

1º - que uma situação jurídica não constitui problema autónomo em relação à questão principal, mas sim *mero incidente condicionante de*

certo efeito desta (se a questão prévia fosse autónoma, fonte ou razão de ser da questão principal, não constituiria realmente um problema incidental prévio, e, por isso, não poderia ter tratamento separado do da principal, como, v. gr., no caso da validade do casamento em relação ao divórcio, a validade da obrigação em relação à fiança, etc.);

2º - que, quando pelo jogo das regras de conflito de leis do foro, devesse aplicar-se à situação jurídica incidental prévia, *se fosse questão autónoma principal*, lei material diferente da competente para regular a questão principal (se, de facto, fosse a mesma, não haveria divergência de tratamento entre uma e outra ordem jurídica, e, por conseguinte, o problema também não poderia pôr-se).

Nos termos do disposto nos artigos 15 e 22 do C. Civil português, é a *lex fori* que comanda todo o processo de *escolha* e de *aplicação* da norma estrangeira: só dá ou reconhece *determinada competência* à lei estrangeira, reservando-se ainda *fiscalizar* a utilização daquela competência, pois a ordem jurídica estrangeira só poderá actuar com eficácia *dentro do espírito* da ordem jurídica nacional ou remetente.

Ora, quando no nosso sistema, uma lei dá competência à lei estrangeira tem em vista, salvo disposição em contrário, a aplicação da lei material estrangeira competente (v. artigo 16 do C. Civil).

Nós, porém, na esteira de Wengler, entendemos que, não se tratando de um novo problema conflitual em DIP, toda esta pormenorização pouco ou nada adianta para a resolução da questão prévia que surja no seio desta disciplina, a qual, no entanto, pelo facto de surgir através do jogo da norma de conflitos determinadora de lei material aplicável à questão principal, merece ser autonomizada, já que mais não fosse por razões pedagógicas, se bem que, *substancialmente*, o método de solução não divirja essencialmente do aplicado noutras disciplinas, como, v. gr., no direito penal.

21. Quem tiver curiosidade de saber os motivos por que não podemos aceitar o novo jogo de normas de conflitos na questão prévia, quer na metodologia de Melchior quer na de Azevedo Moreira, pode ver as págs. 284 a 287 das nossa *Lições de DIP*, Coimbra Editora, Coimbra, 1994. No entanto, tentamos resumi-los aqui.

(41) V. Carlos Fernandes, *Lições de DIP*, ob. cit., pags. 282-283.

A aplicação da norma de conflitos do foro poderia levar a resultados absurdos para a *lex materialis causae* em aplicação, e não se entende porque é que seria uma regra de conflitos do foro, de *conexão diferente* da que levou à escolha da *lex materialis causae*, a resolver uma questão que *só se põe* porque esta *lex causae* assim o decidiu, enxertando-a na causa, e não tinha com a *lex fori* qualquer conexão, ou, se a tiver tido, já lhe fora dada solução adequada, e, por consequência, apenas um problema de reconhecimento de direitos adquiridos agora surgiria, implicando ou não a invocação da excepção de ordem pública.

Não seria então de resolver o problema pelo recurso a uma norma de conflitos da ordem jurídica da *lex materialis causae*?

Já varificámos pelo exemplo de Wolff tratado por Batiffol que esta solução, embora mais lógica, e, por isso, mais seguida, também não resolve todos os problemas, além de que poderia vir a tornar-se num recurso muito complicado, dada a complexidade da aplicação da regra de conflitos da *lex causae* com os inúmeros problemas dela decorrentes, incluindo os da *eventual devolução* e da invocação da *ordem pública*, como aliás reconhece Azevedo Moreira. Depois, porque a ordem jurídica do foro em aplicação, quando reconheceu competência à ordem jurídica da *lex materialis causae*, não lhe deu carta branca mas antes uma *competência específica* para regular já *directamente* o litígio, não sendo fácil conciliar esta remissão específica de competência com um novo processo de aplicação de novas regras de conflito, agora do sistema da *lex materialis causae*. E, ainda, porque tampouco se entende porque é que seria sempre uma regra de conflitos da *lex materialis causae* a resolver um problema que, ao surgir, pode não ter mantido com ela a menor conexão - seria contra os princípios elementares de DIP-, ou se a tiver tido, também já lhe fora dada solução adequada, pondo-se do mesmo modo um problema de reconhecimento de direitos adquiridos, com as consequências daí resultantes. Mas, finalmente, resta saber se é isso o que a *lex materialis causae* tem em vista ao ser aplicada ao caso concreto *sub judice*, condicionado pela questão prévia, sendo isto o que realmente importa saber.

Parece-nos assim que foi Wengler, em 1966, quem mais correcta e eficazmente equacionou a problemática da questão prévia em DIP, como já acentuámos *supra*.

De facto, só da interpretação da *lex materialis causae* é que resultará o conteúdo da referência por ela feita à situação jurídica condicionante. Isto é, o sentido do conceito incidental, para efeitos da questão principal, é dado pela *lex materialis causae*; quanto à ordem jurídica da *lex formalis fori*, ela terá sempre a defesa da *ordem pública*, com as consequências daí resultantes.

Já notámos (*supra*, nº 18) que as categorias jurídicas podem ter conteúdo diferente consoante a ordem jurídica que as utilize e, dentro da mesma ordem jurídica, conforme o instituto em que são utilizadas - é o que acontece com as categorias *casamento*, *domicílio*, etc. - Isto leva-nos à distinção entre *existência e regularidade de uma situação jurídica*, com o seu eventual reconhecimento como tal, e a mera *relevância condicionante* de uma situação para a produção de certos efeitos diferentes daqueles que são peculiares dessa situação jurídica (42).

Em DIP, a existência e regularidade de uma situação jurídica, *porque de carácter internacional*, resultará do correcto jogo das normas de conflito, a aferir pela ordem jurídica dentro da qual esse eventual reconhecimento irá produzir efeitos. A *mera relevância*, porém, a ter incidência apenas como *factor condicionante* na produção de efeitos peculiares de outra situação jurídica a constituir, *exclusivamente, por força da remissão que um preceito desta faz para a primeira*, decorrerá somente da interpretação da *lex materialis causae sub judice*, e esta interpretação, como não cessamos de reiterar, terá de fazer-se dentro do sistema a que pertence, de acordo com o artigo 23 do C. Civil português, mesmo quanto ao sentido e alcance daquela remissão no caso concreto *sub judice*, quer a lei material aplicanda pertença à ordem jurídica do foro quer seja um preceito interno estrangeiro.

Daqui decorrerá, obviamente, a possibilidade (quer na ordem jurídica da *lex materialis causae*, da questão principal, quer na do foro, no caso de serem diferentes) de se poder decidir a questão prévia de *modo diferente* daquele que resultaria da aplicação da norma de conflitos (de uma ou de outra dessas ordens jurídicas) adequada à situação jurídica que constitui a questão prévia, se esta, em vez de incidental, fosse a questão principal,

(42) V., neste sentido, Baptista Machado, *Lições de DIP*, ob. cit., pags. 309 e segs.

não sendo, por conseguinte, essa decisão necessariamente válida fora do caso concreto *sub judice*.

Nestes termos, do mesmo modo que as decisões sobre questões incidentais em processo não dão lugar a caso julgado (salvo se como tal tiverem sido decididas), assim a *decisão aceite pelo foro* da questão prévia em DIP também não valerá fora da decisão relativa à questão principal, salvo se ali for tomada nos seus efeitos específicos e *como tal reconhecida*.

22. Assim, resumindo tudo o que de pertinente temos dito, poderemos concluir com as considerações a seguir indicadas.

Quem *não partir* da concepção positivista actual das normas de conflito, que *von Waechter* acentuou, pode dedicar-se às mais diversas elucubrações quanto à *resolução teórica* de toda e qualquer questão em DIP, quer real quer meramente idealizada. Mas, quem parta da concepção positivista actual das normas de conflito, *consagrada no sistema português*, de acordo com a qual a remissão feita para outras normas é limitada ao que a respectiva regra de conflitos dispuser no *caso concreto*, e, se for de aplicar direito estrangeiro, *aplicando dele apenas os preceitos relativos à categoria ou categorias jurídicas objecto da norma de conflitos em jogo*, tal como dispõe o artigo 15 do C. Civil português e consideramos ser a boa doutrina, teremos de ater-nos ao que a norma de conflitos indicar no caso concreto *sub judice*.

De facto, como muitas vezes temos reiterado, a competência reconhecida por uma ordem jurídica a outra ordem jurídica é *limitada e específica* em relação ao que a norma de conflitos em aplicação dispuser no caso concreto, e *nada mais*.

Não se dá carta branca à ordem jurídica estrangeira para que eventualmente se remeta, nem se pode alargar *ad libitum* o âmbito ou objecto da regra de conflitos em jogo, mesmo quanto ao direito interno, porque ele é constituído por e limitado à categoria ou categorias jurídicas fixadas nessa regra, *em virtude das quais se escolheu determinada conexão e não outra*.

Por conseguinte, os problemas da questão prévia em DIP, *porque não fazem parte do objecto da norma de conflitos*, ficam excluídos do âmbito da sua aplicação no caso concreto *sub judice*: constituem problemática

que *não cabe* na interpretação e subsequente aplicação da norma de conflitos em jogo, quer quanto ao direito estrangeiro quer quanto ao nacional, nem é legítimo substituir a norma de conflitos em aplicação por qualquer outra, mudando a conexão por ela escolhida, tal como o não é no conflito de qualificações.

Terá, assim, logicamente, de ser a ordem jurídica da *lex materialis causae* e não a da *lex fori* a qualificar as categorias jurídicas da questão prévia, como oportunamente referimos, já que não estamos aqui perante um problema de interpretação da norma de conflitos da *lex fori*.

Por isso, examinando o problema *a posteriori*, parece-nos ser bem menos difícil, do que pareceria *a priori*, a resolução da questão prévia em DIP *no caso concreto*: trata-se, na verdade, de assunto que, por *não constituir questão autónoma*, não encontra no sistema da *lex fori* norma de conflitos apropriada para o resolver (a *lex fori* não deu ou reconheceu competência para tal a outra ordem jurídica nem a reservou para si); portanto, só à ordem jurídica a que pertencer a norma material em aplicação à causa (a *lex materialis causae*) competirá a sua resolução, e, logicamente, resolvê-lo-á de acordo com o sentido e alcance que *ela tiver querido dar* à situação prévia *que entendeu tomar como condicionante no caso concreto*, já que esta surge como *problema incidental* no processo de aplicação da norma material considerada competente pela *lex fori* para determinada causa ou questão principal.

Como acima referimos, é uma *projecção da interpretação da norma interna ou material aplicável à questão principal ou condicionada*, e não um novo problema conflitual a encarar pela *lex fori*.

Não obstante a generalidade dos sistemas de DIP não conterem disposições equivalentes às do artigo 15 do C. Civil português, não deixa de surpreender que o comum dos autores, e mesmo *Azevedo Moreira*, no seu vasto e interessante estudo sobre a questão prévia em DIP, não tenham tomado na devida conta a realidade jurídica a que acabámos de referir-nos, e daí o caminho ínvio que ele também tentou seguir (v. ob. cit., *passim*), pois sair dos parâmetros jurídicos acima indicados é entrar no reino da fantasia, abandonando o direito positivo em aplicação, e, a meu ver, a própria lógica do DIP.

Não se trata portanto, *essencialmente*, de novo problema *conflitual* internacional, ou melhor, de escolha de *uma nova conexão para efeitos da lex fori* -é problema que ela não tomou em consideração no caso concreto *sub judice*, sendo *directamente* para ela uma *res inter alios acta*; a ordem pública internacional da *lex fori* se encarregará de opor um obstáculo à aplicação na sua órbita de qualquer solução final que vier a revelar-se inaceitável para ela (v. artigo 22 do C. Civil português)-.

Por outro lado, quando a *lex materialis causae* for a da *lex fori*, a solução é, *mutatis mutandis*, a mesma, não oferecendo obviamente qualquer dificuldade adicional, antes o contrário (isto para quem, como *Wengler*, alargar a questão prévia em DIP aos casos em que a lei material da causa for a do foro).

As formulações conflituais abstractas, mesmo com a pormenorização cuidada de *Azevedo Moreira*, na prática, nada têm adiantado, já que a solução há-de ser encontrada no caso concreto, sendo, por isso, em princípio, apenas válida quanto a ele.

CLONACION, DERECHOS HUMANOS Y DERECHO INTERNACIONAL

Héctor GROS ESPIELL
Miembro del I.H.L.A.D.I.

I

La clonación constituye un procedimiento basado en la utilización de la ciencia y de los adelantos tecnológicos, ya experimentado en el mundo animal, que referido a la especie humana plantea gravísimos problemas éticos y jurídicos y, en cuanto puede afectar la dignidad y la esencia misma del concepto de persona humana, es capaz de constituir una violación de los derechos de la misma (1).

El Derecho Internacional, del que hoy forma parte esencial el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (2), no es por tanto ajeno al tema. No sólo por la relación existente entre este Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional General, no sólo porque la dignidad es el fundamento común y universal de los Derechos de la persona (3), no sólo porque se refiere e incide en el "status" de un sujeto de Derecho Internacional como es hoy el ser humano, sino porque la normativa internacional ha comenzado a incluir el tema del genoma humano y de la clonación en su temática, como lo demuestran la Convención del Consejo de Europa (4), la resolución de la Comisión de Derechos

(1) Héctor Gros Espiell, *Genética y Derechos Humanos*, en Héctor Gros Espiell, *Derechos Humanos y Vida Internacional*, UNAM, México, 1995. Véase también en: *Essays in Honour of Thomas Buergenthal*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1996 y en *Scritti in Onore de Guido Gerin*, Cedam, Padova, 1996.

(2) Héctor Gros Espiell, *El Derecho Internacional y los Derechos Humanos*, en Héctor Gros Espiell, *Estudios sobre Derechos Humanos*, Vol. I, IIDH, San José, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1985.

(3) Héctor Gros Espiell, *La Idea Actual de los Derechos Humanos*, en *Estudios sobre Derechos Humanos*, Vol. I, cit., pág. 11.

(4) Noëlle Lenoir, *L'Europe, le Droit et la Bioéthique*, en Héctor Gros Espiell, *Amicorum Liber*, Bruylant, Bruxelles, 1997.

Humanos de las Naciones Unidas del 8 de marzo de 1995 (1995/82), las resoluciones de la Organización Mundial de la Salud en especial la del 14 de mayo de 1997 adoptada a la 50a. Asamblea, la resolución de la 93 Conferencia Interparlamentaria de 1995 y el proyecto de Declaración de la Unesco sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de julio de 1997 (5).

Es cierto que el tema, como tantos otros hoy, se sitúa simultáneamente en el Derecho Interno y en el Derecho Internacional. Una de las características actuales de la cuestión de los Derechos Humanos radica en que estos se ubican como materia del Derecho Interno y del Derecho Internacional, en un complejo sistema de relaciones que a veces supone la simultaneidad del tratamiento normativo, otras veces la consideración internacional e interna a efectos de la promoción y defensa genérica de los derechos humanos y otras, en fin, la competencia internacional subsidiaria de la interna para su protección internacional, en vía cuasi jurisdiccional o jurisdiccional (6).

En lo que respecta a la clonación humana, el tema ya ha sido objeto de consideración interna (7) y comienza a ser materia de análisis y regulación internacional (8).

Esta es la razón de la elección del tema de la clonación para este trabajo de reflexión preliminar, que constituye, en realidad, un artículo relativo a un asunto propio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho nuevo y revolucionario en su incidencia en todas las

(5) Project de Declaration Universelle sur le Genome Humain et les Droits de l'Homme, Unesco, BIO-09/CONF.210/5, Paris 25 juillet 1997.

(6) Héctor Gros Espiell, Universalismo y Regionalismo en la Protección Internacional de los Derechos Humanos, en Héctor Gros Espiell, *Derechos Humanos*, IPDH, Editorial Cuzco, Lima, Perú 1991.

(7) Véase, por ejemplo, la carta del Presidente de la República Francesa al Presidente del Comité Consultivo Nacional de Ética del 27 de febrero de 1997 y el dictamen del Comité del 22 de abril de 1997, así como el proyecto de ley enviado al Parlamento del Uruguay en base al dictamen de una Comisión Especial creada por el Poder Ejecutivo para estudiar la cuestión y redactar un ante proyecto de ley, en julio de 1997.

(8) Además de los antecedentes citados en las notas 4 y 5, hay que recordar la Declaración del Director General de la Unesco, Sr. Federico Mayor, de 28 de febrero de 1997 y el dictamen del Comité Internacional de la Unesco, elaborado en base a mi opinión, emitida como Presidente de la Comisión Jurídica del C.I.B. en la carta que dirigí a la Presidente del Comité Sra. Noëlle Lenoir el 5 de mayo de 1997.

ramas de Derecho de Gentes, y que, como decía con razón René Cassin hace ya más de veinte años, posee como una de sus características, una impresionante capacidad expansiva sobre nuevos espacios temáticos (9).

II

El estudio de la clonación y de los Derechos Humanos no puede ser hecho de una manera independiente y separada de la consideración de los problemas que plantean hoy la Bioética (10) y a Genética en su relación la Ética (11) y el Derecho.

Pocas veces como hoy, el tema de la neutralidad ética de la ciencia -de su capacidad de ser un instrumento al servicio del bien y del desarrollo, en la más amplia y justa acepción del concepto, o, por el contrario, de sus posibilidades de utilización para el mal y para la degradación humana, individual y colectiva- se nos presenta con mayor proximidad.

Es por eso que es preciso insistir en la incidencia condicionante de la ética sobre la ciencia, no para limitar o desacelerar la investigación, sino para impedir que la aplicación de la ciencia vaya en detrimento de la esencia de la naturaleza humana, de la dignidad del hombre y natural y consiguientemente, de la humanidad. La ciencia, el deseo de saber y conocer, no pueden ser limitados. La ciencia independiente por naturaleza, no puede estar al servicio del poder. El peligro puede derivar de la aplicación de los nuevos conocimientos en sí mismos. Es impensable y negativo intentar detener la investigación y el conocimiento, porque el saber, el deseo y la voluntad de conocer no puede ser disociado de la naturaleza humana ya que forma parte de su ser (12). Por eso es tan importante que

(9) René Cassin, *Les Droits de l'Homme, Recueil des Cours*, Académie de Droit International, La Haye, Vol. 140, 1974, IV, pág. 344.

(10) Jean-Pierre Changeux, *Penser la Bioéthique: Un Débat Philosophique*, en *Federico Mayor Amicorum Liber*, Bruylant, Bruxelles, 1995; *Droits de l'Homme et Progrès de la Science et de la Technique, Droits de l'Homme et la Bioéthique, Rapport du Secrétaire Général*, E/CN.4/1995A4, 15/XI/94 Nations Unies.

(11) Noëlle Lenoir, *Une Vision Ethique à l'échelle du Monde*, en *Federico Mayor Amicorum Liber*, Bruylant, Bruxelles, 1995; Federico Mayor, *Science et Pouvoir Aujourd'hui et Demain*, en Federico Mayor y Augusto Forti, *Science et Pouvoir*, Unesco, Paris, 1996, págs. 141-177.

(12) François Jacob, *La souris, la mouche et l'homme*, Édition Odile Jacob, Paris, 1997, págs. 233-234.

la aplicación de los conocimientos científicos, respete estos valores humanos y no se haga en función de intereses políticos, como lo hizo el nazismo y el stalinismo. Sólo una concepción democrática, fundada en esos valores humanos, puede evitar la aplicación maligna e inhumana de la tecnología (13).

El respeto de la dignidad individual e integridad de cada ser humano, y como consecuencia de su patrimonio genético, es el criterio determinante que fija inflexiblemente el límite de las aplicaciones de la ciencia en el campo genético (14).

Para encarar estas cuestiones hay que partir de la necesaria relación de la ciencia y de la tecnología con la ética.

La ética ha progresado en la conquista en un área esencial en el mundo de hoy: el de la ciencia y el de la tecnología aplicada.

En sí misma, la ciencia es éticamente neutra. Los comportamientos humanos que ella induce pueden ser orientados hacia el bien como hacia el mal. Y su aplicación concreta, a través de la tecnología, puede igualmente tener un objetivo éticamente admisible o condenable.

La ética no presenta ningún obstáculo a la investigación científica ni al progreso tecnológico. El progreso de las ciencias biológicas y de la tecnología, lo mismo que los descubrimientos y los espectaculares avances de la genética, modificaron ciertos elementos esenciales en la materia y abrieron nuevas perspectivas a los aspectos negativos, impensables ayer -aunque también a otros extremadamente positivos- que pueden conducir a resultados aberrantes para el ser humano, su individualidad, su dignidad y sus derechos.

La bioética aporta una respuesta actual a estas nuevas cuestiones que plantea la biología. La mejor prueba es la perspectiva ética en la cual se enfoca todo lo que toca a la genética humana y, sobre todo, a la protección y a la defensa del genoma humano con respecto a la dignidad y a los

derechos de la persona. Hoy la dimensión ética está necesariamente presente tanto en la reglamentación jurídica interna de esta área como en el examen, aún embrionario, de la cuestión en derecho internacional.

El progreso material debe ir a la par con el desarrollo del sentido moral. El progreso científico debe obedecer a una finalidad ética. Sin este avance paralelo, sin este fundamento ético, no se podrá encarar con optimismo el avenir de la humanidad (15).

Todo esto, es decir los avances actuales y las perspectivas futuras de la genética, unen el cielo y el infierno. Y harán, o podrán hacer, del hombre un ser distinto, en alguno de sus elementos vitales del que hasta ahora ha sido.

Pero hay un principio inmutable e invariable: la dignidad humana, la específica individualidad de cada ser.

Por la afirmación de este principio -y por los derechos de que de él resultan- hay que luchar (16).

Todo análisis de las cuestiones bioéticas y de los temas genéticos, debe partir del carácter propio, individual, específico e irreproducible de cada ser humano.

Por eso dije en mi informe del 12 de septiembre de 1997 al Comité Internacional de Bioética:

«Cada ser humano tiene su propia identidad genética que es única. Tiene derecho al respeto de su dignidad, cualesquiera que fueran sus características genéticas.

Hace falta señalar ésto, para remarcar su alcance ético y humano, su carácter universal y su trascendencia para el futuro de la humanidad y afirmar el carácter único, eminente y entero de la persona humana, inseparable de la idea de dignidad y de derecho» (17).

(13) Gerard Huber, *Déviance Ideologiques et Protection Ethiques*, en Federico Mayor y Augusto Forti, *Science et Pouvoir*, Editions Unesco, Paris, 1996, págs. 115-132.

(14) Genética y Derechos Humanos, cit. en Héctor Gros Espiell, *Derechos Humanos y Vida Internacional*, México 1995, págs. 307-317 y en *Anuario Hispano Luso Americano de Derecho Internacional*, Vol. XII, Madrid, 1995, págs. 203-212.

(15) Héctor Gros Espiell, *Paroles d'Ethique*, Unesco, Comité International de Bioéthique, N° 4, Paris, Janvier, 1997.

(16) Héctor Gros Espiell, *Latinoamérica y la Bioética*, *Journal International de Bioéthique*, N° 1, Vol. 7, Lyon, 1996, pág. 32.

(17) BIO/94/CONF.SHS/611/4.

Y agregué en mi trabajo sobre Biodiversidad, Etica y Derecho:

«La individualidad de cada ser humano y su especificidad propia, emanación y consecuencia de la dignidad del hombre, es un elemento esencial de la diversidad biológica.

La individualidad, fundamento del derecho a ser distinto y a la especificidad propia de cada individuo, son elementos básicos de la biodiversidad referida a la especie humana» (18).

Estos elementos sobre la relación de la genética con la Etica y con el concepto de persona humana, su naturaleza y sus caracteres, su dignidad y sus derechos, son esenciales para comprender el difícil papel que el Derecho -el Interno y el Internacional- debe cumplir a este respecto.

El Derecho no puede suplantar a la Etica, -ya que son dos ordenes normativos distintos, aunque necesariamente vinculados y condicionados recíprocamente-, pero debe fundarse e inspirarse en la Etica y dar una respuesta jurídica a los grandes problemas de nuestra época, entre los que se encuentran los planteados por la genética (19).

Debe encarar prudentemente su papel, con conciencia de que hay espacios de la conducta humana que no deben ser materia de regulación jurídica, pero que hay otros ámbitos que si deben serlo y que el límite entre los dos no es estático ni invariable, sino que depende de la evolución de la civilización y de la cultura, de las necesidades de cada época y de la situación del desarrollo científico y tecnológico.

Pero además es preciso que tenga en cuenta que esta regulación jurídica no debe intentar detener el progreso científico, impidiendo la libre investigación, emanación de un derecho humano esencial, el de expresión del pensamiento, manifestación de la capacidad del ser humano de crear y evolucionar en el marco de la historia sin fin.

(18) *Estudios en Homenaje a César Sepúlveda*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1995.

(19) Héctor Gros Espiell, Etica y Derecho en la Realidad Actual, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, Montevideo 1997.

III

Afirmados estos criterios explicativos preliminares y los fundamentos de la conducción actual de los problemas genéticos por la Bioética y el Derecho Positivo, corresponde ya entrar directamente al tema de la clonación.

El clonaje o clonación puede definirse como el procedimiento artificial o la técnica dirigida a producir seres poseedores en el núcleo de sus células un conjunto de genes idénticos a los del organismo a partir del que el clonaje ha sido realizado (20).

La reproducción sexual produce individuos que son genéticamente diferentes.

La clonación en consecuencia constituye un procedimiento dirigido a producir seres con un núcleo celular integrado por genes idénticos a los del organismo a partir del que la clonación ha sido realizada. Tiene como objetivo lograr, al margen de los fines normales de reproducción sexual, seres genéticamente idénticos.

Su aplicación a animales en los espectaculares casos, iniciados con la clonación de una oveja adulta (Dolly) realizada en Escocia (Reino Unido), había sido precedida por experiencias biológicas de reproducción asexual en los vertebrados, primero en anfibios y luego en mamíferos. La experiencia de Dolly, primera de una serie, constituyó un gran adelanto científico y un triunfo tecnológico, con perspectivas y proyecciones futuras humanas aún difíciles de determinar (21). Pero lo que no plantea, en principio, problemas éticos en los animales, -sin perjuicio de que puede presentar cuestiones complejas respecto del principio de la biodi-

(20) Comité Consultatif National d'Ethique pour les Sciences de la Vie et de la Santé, Réponse au Président de la République au sujet du Clonage reproductif, Paris, 22 avril 1997, p. 5. El *Diccionario de la Real Academia Española*, edición de 1992, incluye el vocablo clonación definiéndolo como acción y efecto de clonar, el verbo clonar, que significa producir clones y la palabra clon. El *Dictionnaire de l'Académie Française*, 9ème édition, Tome I, Paris, 1992 incluye el verbo «cloner» (procéder au clonage) y define el clon (clone) como «ensemble de cellules ou d'individus génétiques issus d'une seule cellule initiale ou d'un individu unique, et possédant le même patrimoine génétique».

(21) Les Réalités, les Fantômes et l'Ethique, *New Scientist*, Londres. Une réincarnation génétique qui modifie les lois de la biologie, *New Scientist*, Londres. Reproducidos en *Le Courrier International*, N° 331, 6-12 marzo 1997, Paris.

versidad general- crea tremendas interrogantes morales en lo que se refiere al ser humano. Estos interrogantes han generado un movimiento universal de repudio y de consternación (22).

Como ha dicho en su ya citado dictamen el Comité Francés de Ética una reproducción asexual dirigida a producir seres humanos genéticamente idénticos, cuyo genoma no dependerá de la "lotería de la herencia", sino de una voluntad del hombre, es un atentado a las características esenciales de la persona humana. Por medio de la procreación un hombre y una mujer engendran conjuntamente una persona con elementos imprevisibles e ineductibles a los de sus progenitores. Se reconoce así -y se protege- su singularidad y su autonomía que son dos elementos esenciales de la condición humana y de su dignidad.

Resulta de esto que el clonaje humano, como método de reproducción, es contrario a la naturaleza de la persona humana, a su carácter único, propio e irreproducible, consecuencia de su individualidad, que es el reflejo y la consecuencia de su dignidad.

La clonación humana aplicada a la reproducción violaría, en efecto, un principio esencial, que los filósofos clásicos llamaban "principio de la individualización", según el cual todos y cada uno de los seres humanos tienen una individualidad propia que los define como personas, es decir como seres únicos e inintercambiables en virtud de su propia especificidad.

No hay duda, que ante la posibilidad de la reproducción humana por medio de la clonación, debe afirmarse su inadmisibilidad ética.

Pero además, jurídicamente, la clonación aplicada a la reproducción humana constituye, lo mismo que ciertas manipulaciones genéticas (23), una violación de los Derechos Humanos, cuya concepción universal, fundada en la idea de la dignidad, ha sido elaborada por la Declaración

(22) Las declaraciones al respecto, de Jefes de Estado y de Gobierno, de científicos, de teólogos, de filósofos y de dirigentes internacionales, condenando la clonación humana, suman centenares. No puede olvidarse la posición condenatoria de la Iglesia Católica (véase Gino Concerti, *L'offense faite à Dieu, II Gionale*, Milano, reproducido en *Le Courrier International*, N° 331, 6-12 de marzo 1997 París).

(23) Claudine Guérin-Marchand, *Les Manipulations Génétiques, Que sais-je?*, Presses Universitaires de France, 1997.

Universal de 1948, confirmada por la Declaración de la Conferencia de Viena de 1993, y que emana de un imponente conjunto normativo de diferente naturaleza (Convenciones, Tratados, Declaraciones y Resoluciones de diferentes órganos de las Naciones Unidas y de diversos organismos especializados del Sistema).

IV

Esta posición inicial de repudio ético y jurídico de la clonación humana debe, sin embargo ser preservada.

La clonación humana referida a la reproducción produciría la identidad genética de dos o más personas. Pero el ser humano no se agota en sus elementos genéticos, como muy bien lo señala el Proyecto de Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos de las Personas y como lo ha declarado la más reciente doctrina (24).

A los elementos diferenciales, especialmente psíquicos y vinculados con la sensibilidad, el pensamiento y la emotividad, se unen las diferencias que resultan de la educación y del medio familiar y social en el cual se forma y desarrolla la personalidad (25). Es por ello que la clonación humana -peligrosa, angustiante e inadmisible en sí misma- no lleva necesariamente, a la identidad absoluta de dos o más personas, sino sólo a su identidad genética. Se acerca peligrosamente a la posibilidad de la identidad total de dos o más personas, pero se induce estrictamente sólo a la identidad genética. Pero aunque pone en crisis y afecta negativamente el principio filosófico de la "individualización", no alcanza, necesariamen-

(24) El artículo 2b del proyecto de «Declaración Universal sobre el genoma humano y los derechos humanos» dice: «esta dignidad» (la de cada individuo) «obligan a no reducir los individuos a sus características genéticas y a respetar su carácter único y su diversidad». Véase a este respecto: Hervé Ponchalel, *L'avenir n'est pas héréditaire*, Débats Belin, Paris 1997; Jean-Yves Nau, *La démocratie des gènes au secours de l'intelligence*, *Le Monde*, Paris, 1 août 1998. Noëlle Lenoir en el Prefacio al libro de Hervé Ponchalel advierte sabiamente contra la tendencia a crear una «religion du gène», una «génomani», inhumana y antidemocrática, diciendo con razón: «Il faut éviter à tous prix de laisser supposer que l'homme serait un simple assemblage de molécules chimiques, car si l'ADN vient à tenir lieu de vision de l'homme, ce réductionnisme triomphant du gène aboutira à une nouvelle catastrophe».

(25) Raymond Daudel, *Ce que la Génétique vous Apprend et Rend Possible*, en Federico Mayor et Augusto Forti, *Science et Pouvoir*, Unesco, 1996, págs. 134-136; François Gros, *Les Secrets du Gène*, Odile Jacob, Paris, 1986.

te, a eliminarlo. De aquí la necesidad de conceptualizar adecuadamente la clonación humana, especialmente en cuanto procedimiento de reproducción y tener clara conciencia de su inadmisibilidad ética y de sus límites.

Hay que relacionar, la clonación, y las investigaciones y técnicas que implica, en primer lugar, con el necesario reconocimiento de la libertad de investigación científica y con la promoción de los esfuerzos creadores del espíritu humano, y con la voluntad de saber y comprender, que están en la esencia de la naturaleza humana, que faltan en la base del progreso científico, sin el cual es imposible concebir un mañana mejor para el individuo y para la humanidad.

La clonación aplicada a la reproducción humana -que es incompatible, repito, con una Ética que se sustenta en la dignidad de la persona, en su naturaleza propia e irreproducible y en los derechos inmanentes a cada individuo-, supone, sin embargo, la utilización de procedimientos y presupuestos científicos y tecnológicos que pueden, debidamente encaminados y llegar a beneficiar al ser humano, a la salud y a los tratamientos médicos. Esto no puede olvidarse. En el equilibrio, difícil pero necesario, entre lo negativo y lo eventualmente positivo, en la aceptación de la preeminencia de la Ética y en su carácter condicionante, pero también en el respeto del progreso científico y tecnológico, debe encontrarse el camino.

Los recientes resultados obtenidos en la clonación animal, generan terroríficas dudas y angustiosas interrogantes. Provocan el repudio respecto de su eventual transposición a los seres humanos en lo que se refiere a su reproducción. Pero, al mismo tiempo, muestran la posibilidad de utilización de adelantos científicos y tecnológicos, que abren perspectivas para la medicina y la salud que todavía hoy no pueden evaluarse en todas sus eventuales posibilidades.

¿Qué puede resultar de esto para la medicina y para el bien? No lo sabemos aún hoy. Pero los caminos no deben cerrarse. Es preciso creer en la Ciencia, conducida por la Ética en una tecnología condicionada y necesariamente respetuosa de los Derechos Humanos y la dignidad de la persona. Hay que aceptar y promover la libre investigación científica y la aplicación tecnológica del progreso científico, siempre que, en el caso de la tecnología, se respeten el bien común y la esencia de la naturaleza humana.

V

En su carta del 20 de marzo de 1997, dirigida a la Presidenta del Comité Internacional de Bioética, Sra. Noëlle Lenoir, el Director General de la Unesco, Sr. Federico Mayor, le solicitó la opinión del Comité respecto de si el "Ante Proyecto de Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los derechos de la persona humana, del 20 de diciembre de 1997 excluye la clonación humana y toda utilización de esta tecnología que iría en violación de la dignidad y de la identidad de cada individuo".

En la reunión de expertos gubernamentales encargado de adoptar el texto final del proyecto de declaración, reunido en julio de 1997, la Sra. Lenoir expresó la opinión del Comité en el sentido que el Ante Proyecto excluía la clonación humana.

En el dictamen que emití en cuanto Presidente de la Comisión Jurídica del Comité Internacional de Bioética, con fecha 5 de mayo de 1997 sostuve esta misma opinión, afirmando que un examen atento del Ante Proyecto confirma este criterio negativo es decir el repudio de la clonación humana.

En primer lugar, el Preámbulo expresa los principios antes desarrollados, de los que resulta la incompatibilidad de la clonación humana con la Ética y con lo que la persona es por su naturaleza, irreproducible, de su dignidad y de su individualidad.

Es útil reproducir las partes pertinentes.

Dice así:

«Reconociendo que:

a) las investigaciones sobre el genoma humano y sus aplicaciones abren inmensas perspectivas para mejorar la salud y el bienestar de los individuos y de la humanidad entera,

b) las aplicaciones de las investigaciones en genética deben sin embargo estar encuadradas para prevenir toda práctica eugénica contraria a la dignidad y a los derechos de la persona humana.

Considerando que los principios relativos al genoma humano y a la protección de la persona humana tienen por base común, en conformidad con el Preámbulo de la Declaración universal de los dere-

chos del hombre, el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables, que constituye el fundamento de la libertad, de la justicia y de la paz en el mundo».

Pero, además, ello resulta expresamente de la parte dispositiva del Proyecto de Declaración de la Unesco, en especial de los artículos 2, 4, 5 y 6, que establecen:

«Artículo 2

- a) El genoma de cada individuo representa su identidad genética propia.
- b) La personalidad de cada uno no puede reducirse a sus solas características genéticas.
- c) Cada uno tiene derecho al respeto de su dignidad y de sus derechos cualesquiera que sean sus características genéticas...

Artículo 4

La protección de la persona humana con respecto a las implicaciones de las investigaciones en biología y en genética tiene por objeto tanto la protección de la integridad de la especie humana, en tanto que valor en sí mismo, como el respeto de la dignidad, la libertad y los derechos de cada uno de sus miembros.

Artículo 5

a) La investigación que es necesaria para el progreso del saber procede de la libertad del pensamiento, sus aplicaciones, especialmente en biología y genética, deben contribuir a aliviar el sufrimiento y a mejorar la salud del individuo y el bienestar de la humanidad.

b) Todo individuo tiene el derecho a beneficiarse del progreso de la biología y de la genética, en el respeto de su dignidad y de sus derechos.

Artículo 6

Ningún avance científico, en el área de la biología y de la genética, puede prevalecer sobre la dignidad y los derechos de la persona humana».

Pueden también citarse al respecto, en igual sentido, los artículos 11 y 12 que dicen:

«Artículo 11

Los Estados garantizan las condiciones intelectuales y materiales propicias al ejercicio de las actividades de investigación sobre el genoma humano, en la medida en que éstas contribuyan al progreso del conocimiento, a la disminución del sufrimiento y al mejoramiento de la salud y el bienestar del individuo y de la humanidad entera.

Artículo 12

Los Estados encuadran las actividades de investigación en el respeto de los principios democráticos, con el fin de garantizar la protección de la dignidad y de los derechos de la persona humana, de la salud pública y del medio ambiente».

Este criterio mío de que el Ante Proyecto de Declaración de la Unesco prohibía la clonación humana, como consecuencia de los principios en que se fundaba, expresamente invocados en su Preámbulo, y de la adecuada interpretación sistemática de sus normas, no fue el resultado de que opinión nacida en el momento de redactar el dictamen, luego de los recientes anuncios sobre la clonación animal y las posibilidades de su extensión y aplicación a los seres humanos. La había sostenido desde mucho antes (26).

VI

Corresponde ahora estudiar como quedó el tema de la clonación en el Proyecto de Declaración Universal sobre el Genoma Humano redactado

(26) Lo expresé al inicio del proceso de redacción del Ante proyecto de Declaración, en el periódico *Sources* de la Unesco (Nº 56, marzo) y en varios estudios anteriores que acompañaron el proceso redaccional del Ante Proyecto de Declaración, entre otros en: *El Proyecto Genoma Humano: Ciencia y Ética* (Instituto de España, Madrid, 1996), en «El Proyecto de Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos de la Persona Humana de la Unesco», *Prisma*, Nº 7, Universidad Católica del Uruguay; Montevideo, 1996, en «El Patrimonio Común de la Humanidad y el Genoma Humano», *Estudios en honor de Thomas Buerghental*, IIDH, San José 1995 y en «Los Derechos Humanos en el Ante Proyecto de Declaración de la Unesco», *Scritti in Onore de Guido Gerin*, Milano 1996.

por el Comité de Expertos Gubernamentales que se reunió del 22 al 25 de julio de 1997 en la Unesco (Doc. BIO-97/Conf. 201/5), para revisar el ante Proyecto.

Este Comité trabajó sobre la base del Ante Proyecto de Declaración elaborado por el Comité Internacional de Bioética y su Comisión Jurídica, en su versión final del 20 de diciembre de 1996.

El Proyecto de Comité de Expertos sigue las líneas generales, el enfoque, los fundamentos y la estructura del ante proyecto, aunque introdujo numerosos cambios y enmiendas.

En lo que respecta a la clonación humana, cuestión a la cual no hacía referencia expresa el Ante Proyecto, aunque se entendió implícita pero claramente la excluía, en el Comité de Expertos se planteó la necesidad política, nacida de una exigencia de la opinión pública, de no omitir una referencia condenatoria a ella. Luego de arduos debates esta fue la opinión que, aunque matizada, prevaleció.

El artículo 11 del Proyecto de Declaración dispone:

«Artículo 11

Las prácticas que son contrarias a la dignidad humana, tales como la clonación con fines de reproducción de seres humanos, no deben ser permitidas. Los Estados y las organizaciones internacionales competentes son invitadas a cooperar con el fin de identificar tales prácticas y a tomar, a nivel nacional o internacional, las medidas que se impongan, en conformidad con los principios enunciados en la presente Declaración».

De tal modo el Proyecto incluyó la directiva de no permitir la clonación humana, por ser contraria a la dignidad.

Mantuvo, además, en el Preámbulo (párrafos 4, 5 y 6) y en la parte dispositiva los artículos que, bajo igual o diversa forma, -y que ya hemos parcialmente citado- permitían en el Ante proyecto afirmar que la clonación, sin ser individualizada con ese nombre, estaba proscripta (arts. 1, 2, 10, 12, 18 y 24).

La nota explicativa sobre este artículo, redactada por la Secretaría en consulta con la Presidenta del Comité Internacional de Bioética, el

Presidente del Comité de Expertos Gubernamentales y el Presidente del Comité de Redacción (BIO-97/CONF.201/5 - Annexe, pág. 8), dice:

«Como consecuencia de la primacía del respeto de los derechos del hombre, el artículo 11 afirma la necesidad de no autorizar prácticas que sean contrarias a la dignidad humana. Cita, como ejemplo, la clonación con fines de reproducción de seres humanos. Esta mención se inscribe en el contexto de toma de conciencia a nivel internacional, especialmente durante la **Quincuagésima Asamblea mundial de la salud**, celebrada en Ginebra, cuya resolución del 14 de mayo de 1997, afirma que *«la utilización de la clonación para reproducir seres humanos no es aceptable en el plano ético»*. El artículo 11 no enumera las prácticas que fueren contrarias a la dignidad humana y delega a la responsabilidad que le incumbe en la materia a los Estados y a las organizaciones internacionales competentes y a la necesidad de una cooperación entre ellas al respecto. Se puede remarcar que la **Declaración se asimila al respecto al artículo 11 a la Declaración de la Conferencia mundial sobre los derechos del hombre del 25 de junio de 1993**; que invita expresamente a los Estados en lo que respecta fundamentalmente a los avances de las ciencias biomédicas y ciencias de la vida *«a cooperar para vigilar que los derechos y la dignidad de la persona humana sean plenamente respetados»*.

VII

Esta Declaración que una vez adoptada por la Conferencia General de la Unesco habrá de integrar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se refiere y remite, al Derecho Internacional Público, al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al Derecho Interno y a la ley (arts. 5, e, 8 y 9).

Ello es lógico y natural porque la Declaración de la Unesco se ha de interpretar y aplicar según el Derecho Internacional Público, del que es parte el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en el marco de las previsiones y los límites de la ley interna en cuanto elemento para proteger y garantizar los derechos y libertades de la persona.

De tal modo, habida cuenta de su naturaleza, esta Declaración pasará a ser una fuente de Derecho Internacional y, como en otros casos muy conocidos, comentados por la doctrina y señalados por la jurisprudencia internacional, podrá llegar a tener una evolución que sobre la base de su fuerza inicial política, intelectual y moral, podrá llegar a tener otra trascendencia si es seguido por la aquiescencia internacional y la práctica de los Estados y de las organizaciones internacionales.

No hay duda alguna de que corresponde a los Estados miembros de la Comunidad Internacional dictar las leyes requeridas para la proscripción jurídica, formal, expresa y precisa, de la clonación en vista de la reproducción humana, con las salvedades antes expuestas. A ellos también compete determinar las consecuencias civiles, penales y administrativas de las violaciones de la interdicción legal.

No puede haber duda que esta actividad legislativa debe estar regida por la prudencia. Una legislación apresurada puede ser peligrosa. En muchas ocasiones puede ser preferible un adecuado desarrollo jurisprudencial, basado en una interpretación, progresista y evolutiva de los textos legales vigentes, que siga acompasadamente los progresos de la doctrina y de la ciencia.

Además no hay que olvidar que no pueden darse pautas generales. En algunos países será necesario legislar. En otros puede ser preferible aplicar las leyes vigentes teniendo en cuenta las nuevas perspectivas científicas y las cuestiones que ellas plantean.

Pero la actividad legislativa interna -o la interpretación jurisprudencial del Derecho Positivo vigente- puede y debe ser promovida e impulsada internacionalmente. Será materia de decisiones de organismos intergubernamentales internacionales, la fijación de los principios y los criterios que es aconsejable que sean adoptados por el Derecho Interno a este respecto. Esta ha de ser en lo inmediato la gran función que puede cumplir el artículo 11 de la Declaración de la Unesco.

La omisión en el establecimiento de la normativa interna -cuando ella sea requerida- o la violación -general o particular- de las pautas internacionales proscriptivas de la clonación humana en su relación con la reproducción, en cuanto supondrían una violación de los Derechos Humanos,

fundados en la dignidad y en la individualidad propia e irreproducible de cada ser humano, podrían llegar a generar una responsabilidad internacional del Estado.

VIII

René-Jean Dupuy, uno de los más grandes internacionalistas de los últimos tiempos, en una página escrita pocos meses antes de su muerte y que fue uno de sus últimos escritos, al hacer el elogio de la obra del Comité Internacional de Bioética de la Unesco, decía que sus miembros cumplían un rol eminente entre los conquistadores:

«Los conquistadores de una ética que pueda equilibrar los conquistadores del saber. No se trata de limitar la libertad de la investigación pues el conocimiento es bueno. Se trata, en una época en que la ciencia y la tecnología relanzan al infinito los fantasmas de Fausto, de vigilar que su aplicación respete siempre la dignidad de la persona. Es indispensable, en efecto, que las normas éticas tengan un valor internacional sino un solo país podría, desconociéndolas, destruir la estructura protectora. Los miembros de este equipo son vigilantes al servicio de la humanidad. Ellos deben, para denunciar los peligros que la amenazan, encender fuegos de las altas cumbres, esos que se ven de lejos» (27).

(27) Allocution du Professeur René-Jean Dupuy, en Cereemonie de Remise du *Héctor Gros Espiell Amicorum Liber*, 4 mars 1994, Bruylant, Bruxelles, 1997, pág. 39.

**EL ACUERDO DE COMPLEMENTACION ECONOMICA
CHILE-MERCOSUR Y SUS ANEXOS: NATURALEZA
JURIDICA Y SU INCORPORACION AL DERECHO
INTERNO CHILENO**

Hugo LLANOS MANSILLA
Miembro del I.H.L.A.D.I.

Luego de la firma por parte de Chile de este acuerdo con los países que integran el Mercado Común del Sur (MERCOSUR), (1) se suscitó en nuestro país un interesante problema jurídico acerca de si debía o no el Presidente de la República someter este tratado a la aprobación del Congreso Nacional.

El gobierno, a través del Ministerio de Relaciones Exteriores manifestaba que, constitucionalmente, no existía obligación del Gobierno de someter este tratado a la aprobación del Poder Legislativo, lo que era rebatido por algunos voceros de la oposición que sostenían la opinión contraria.

El control político que la oposición mantenía en el Senado, no auguraba que el tratado de Chile con los países del MERCOSUR, reuniera los votos necesarios para su aprobación legislativa.

Para clarificar esta situación, examinaremos a continuación las disposiciones constitucionales pertinentes que rigen esta materia.

Aspectos constitucionales

De acuerdo a lo establecido en el artículo 32 N° 17 de la Constitución Política de la República de Chile, son atribuciones especiales del Presidente de la República:

(1) Este Acuerdo fue suscrito por Chile y los Estados Parte del Mercosur el 25 de junio de 1996 y promulgado en nuestro país mediante Decreto Supremo N° 1411, de fecha 30 de septiembre de 1996 y publicado en el Diario Oficial del 4 octubre de 1996.

“Conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales, y llevar a cabo las negociaciones, concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso, conforme a lo prescrito en el artículo 50 N° 1...”

Según lo dispone el artículo 50, son atribuciones exclusivas del Congreso Nacional:

“1) Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley.

Las medidas que el Presidente de la República adopte o los acuerdos que celebre para el cumplimiento de un tratado en vigor no requerirán nueva aprobación del Congreso, a menos de que se trate materias propias de ley.

En el mismo acuerdo aprobatorio de un tratado, podrá el Congreso autorizar al Presidente de la República a fin de que, durante la vigencia de aquél, dicte las disposiciones con fuerza de ley que estime necesarias para su cabal cumplimiento, siendo en tal caso aplicable lo dispuesto en los incisos segundo y siguientes del artículo 61...” (Este artículo 61 se refiere a que el Presidente de la República podrá solicitar autorización al Congreso Nacional para dictar disposiciones con fuerza de ley durante un plazo no superior a un año sobre materias que correspondan al dominio de la ley. Exceptúa, entre otras materias, las comprendidas en las garantías constitucionales).

Los artículos 30 N° 17 y 50 N° 1 citados se refieren a los *Tratados solemnes o formales*, que son aquéllos que en su conclusión contemplan las siguientes etapas: negociación y adopción del texto, firma, aprobación del Poder Legislativo, ratificación y canje o depósito de los instrumentos de ratificación. En estos tratados, el Congreso Nacional debe intervenir, sea para su aprobación o para su rechazo.

En contraposición a estos tratados, tenemos los *Acuerdos en forma simplificada*, o también llamados *tratados informales* o *acuerdos administrativos*.

A diferencia de los tratados formales, el consentimiento del Estado en obligarse se manifiesta mediante la sola firma o el canje de los instrumentos que constituyen el tratado: notas reversales. (2)

Desde la Constitución de 1925, el Ministerio de Relaciones Exteriores ha sostenido que “las atribuciones generales que incumben al Presidente de la República en su calidad de administrador del Estado, Jefe Supremo de la Nación y conductor de las relaciones políticas con los países extranjeros, que él ejerce soberanamente en virtud de las prescripciones constitucionales y legales, pueden servir de marco a tratados internacionales que se ponen en vigencia por la vía administrativa” (3). Esto lo basaba en lo dispuesto en los artículos 24 y 32 N° 17 de dicha Constitución.

La Contraloría no ha mantenido una jurisprudencia uniforme a este respecto (4) ya que en algunos casos dio curso a muchos convenios de esta naturaleza y en otros devolvió sin tramitar los respectivos decretos promulgatorios (5).

El artículo 24 de la Constitución de 1980, al igual que la Constitución de 1925 confía al Presidente de la República el gobierno y la administración del Estado, extendiendo su autoridad “a todo cuanto tienen por objeto la conservación del orden público en el interior y la seguridad externa de la República, de acuerdo con la Constitución y las leyes”.

De conformidad con lo expuesto, el ejercicio de la función ejecutiva, es una atribución del Presidente de la República, entre la que se encuentra el conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales (artículo 32 N° 17), suscribiendo al efecto tratados internacionales.

El instrumento fundamental para el ejercicio de dichas facultades ejecutivas y de gobierno es la potestad reglamentaria (artículo 32 N° 8). En el ejercicio de ésta, sólo hay una limitación: las materias reservadas a la

(2) El artículo 12 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, en la que Chile es Parte, recoge este tipo de tratados.

(3) Ver Memorandum del Director de Asuntos Jurídicos al Señor Ministro de Relaciones Exteriores, N° 549/94, de fecha 31 de mayo de 1994, pág. 11.

(4) Id. pág. 12.

(5) Id.

ley (artículo 60 inciso 1°), con lo que se consagra una nueva y muy amplia potestad reglamentaria al Presidente de la República (6).

Esta potestad genérica incide, a juicio del Ministerio de Relaciones Exteriores, en la interpretación que efectúa de los artículos 24 y 32 N° 8 de la Constitución: sólo los tratados que versen sobre materia de ley requieren aprobación legislativa (7).

Por otra parte, los acuerdos que el Presidente de la República celebre para el cumplimiento de un tratado anterior no requieren de nueva aprobación legislativa, salvo, por cierto, que se trate de materias propias de ley, como lo establece el artículo 50 N° 1 inciso 2 de la Constitución Política.

Los llamados Acuerdos simplificados o Tratados Informales, de acuerdo a las disposiciones constitucionales que hemos señalado, se dividen en:

- a) tratados concluidos en cumplimiento de otro tratado en vigor;
- b) tratados concluidos en cumplimiento de una ley y;
- c) tratados celebrados por el Presidente de la República en uso de su potestad reglamentaria.

La Contraloría General de la República ha mantenido, en general, una interpretación restrictiva y opuesta a la defendida por el Ministerio de Relaciones Exteriores, en el sentido de que, sostiene, que los únicos tratados que no deben ser remitidos al Congreso para su aprobación son aquellos celebrados en cumplimiento de otro en vigor y exige que deben ser sometidos a la aprobación parlamentaria los tratados celebrados por el Presidente de la República en uso de su potestad reglamentaria.

El Tratado de Montevideo de 1980 que establece una zona de libre comercio e instituye la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALADI).

Fue celebrado en agosto de 1980 por los gobiernos de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

(6) Id. pág. 14.

(7) Id. pág. 15.

Este tratado establece entre otros mecanismos, los acuerdos de alcance parcial en los que no participan la totalidad de los países miembros que propenderán a crear las condiciones necesarias para profundizar el proceso de integración regional mediante su progresiva multilateralización (artículo 7). Estos acuerdos parciales pueden ser comerciales, de complementación económica, agropecuarios, de promoción de comercio o adoptar otras modalidades de conformidad al artículo 14 (artículo 8).

El artículo 11, por su parte, señala que los acuerdos de complementación económica tienen como objetivo, entre otros, promover el máximo de aprovechamiento de los factores de producción, estimular la complementación económica, asegurar condiciones equitativas de competencia, facilitar la concurrencia de los productos al mercado internacional e impulsar el desarrollo equilibrado y armónico de los países miembros.

Estos acuerdos se sujetarán a las normas específicas que se establezcan al efecto.

Entre las características de estos acuerdos debemos notar que deberán contener un programa de desgravación arancelaria para el sector o los sectores que abarquen y podrán contemplar la eliminación o reducción de restricciones no arancelarias.

Tratado constitutivo del Mercado Común del SUR (MERCOSUR).

Los textos básicos del MERCOSUR lo constituyen el *Tratado de Asunción* que le dió origen, de fecha 26 de marzo de 1991; el *Protocolo de Brasilia* para la solución de controversias, de 17 de diciembre de 1991 y el *Procolo de Ouro Preto*, sobre la estructura institucional del MERCOSUR, de fecha 17 de diciembre de 1994.

El Tratado de Asunción fue inscrito en la ALADI como *Acuerdo de Complementación Económica N° 18* y en su párrafo 5° señala su vinculación con el Tratado de la ALADI al señalar "que debe ser considerado como un nuevo avance en el esfuerzo tendiente al desarrollo en forma progresiva de la integración de América Latina, conforme al objetivo del Tratado de Montevideo de 1980".

Acuerdos de Complementación económica suscritos por Chile.

Chile, al amparo del Tratado de Montevideo, de 1980, ha procedido a suscribir acuerdos de complementación económica que crean Espacios Económicos Ampliados con los siguientes países miembros de la ALADI: México y Argentina, en 1992; Bolivia y Venezuela, en 1993, Colombia, en 1994 y Ecuador, en 1995.

Ninguno de estos Acuerdos fueron remitidos por el gobierno chileno para su aprobación por el Poder Legislativo, ya que hizo uso del artículo 50 N° 1 inciso segundo de la Constitución Política de 1980 que señala: "Las medidas que el Presidente de la República adopte o los acuerdos que celebre para el cumplimiento de un tratado en vigor no requerirán de nueva aprobación del Congreso, a menos que se trate de materias propias de ley".

El gobierno chileno se basó en la autorización dada por el Tratado de Montevideo -artículo 11- para suscribir estos Acuerdos en el contexto del proceso de integración que él establece, mediante una liberación de gravámenes y restricciones al intercambio comercial de los países signatarios.

Los respectivos decretos promulgatorios (8) fueron cursados por la Contraloría General de la República, sin objeción alguna.

No hubo por otra parte, oposición política alguna por el procedimiento seguido por el gobierno chileno al aprobar estos acuerdos.

Todos los Decretos promulgatorios de los mencionados Acuerdos, se fundamentan:

a) en el *Tratado de Montevideo* que crea la ALADI promulgado por DS. N° 568, de fecha 24 de agosto de 1981, publicado en el D. Of. del 24 de agosto 1981, y

(8) Decretos N° 1569, de fecha 8 de julio de 1991 -D. Of. 8 de julio de 1992; N° 1465, de fecha 12 de noviembre de 1991 -D. Of. 4 de abril de 1992-; N° 402, de fecha 22 de abril de 1993 -D. Of. 30 de junio de 1993-; N° 321, de fecha 6 de abril de 1993 -D. Of. 30 de junio de 1993-; N° 1535, de fecha 15 de diciembre de 1993 -D. Of. 27 de abril de 1994 y N° 1667, de fecha del 28 de diciembre de 1994 -D. Of. 18 de mayo de 1995-.

b) en la *Resolución N° 2* de fecha 12 de agosto de 1980, del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores de ALADI, publicada en el D. Of. de fecha 23 de febrero de 1981, que estableció las normas básicas y de procedimiento que regulan la celebración de acuerdos de alcance parcial en los que no participan la totalidad de los miembros del Tratado de Montevideo.

¿Qué compromisos jurídicos adquirió Chile en virtud de estos acuerdos de complementación económica, que tienen como fundamento el Tratado de la ALADI?

Si tomamos, por ejemplo, el Acuerdo de Complementación Económica suscrito con Argentina, el 2 de agosto de 1991, leemos que su ámbito de aplicación, como lo señala el artículo 2, "comprenderá el desarrollo gradual y equilibrado, entre otras, de las siguientes materias"

- a) facilitación del comercio recíproco y preferencias arancelarias;
- b) normas de acceso a los mercados y prácticas leales de competencia;
- c) normas de pago y crédito;
- d) complementación económica y
- e) integración física".

Los países signatarios se otorgan preferencias arancelarias, que incluyen gravámenes, esto es, derechos aduaneros y cualquier otros recargos de efectos equivalentes, sean de carácter fiscal, monetario, cambiario o de cualquier otra naturaleza que incidan sobre importaciones. Se eliminan las restricciones que comprenden toda medida de carácter administrativo, financiero, cambiario o de cualquier naturaleza, mediante la que un país signatario impida o dificulte, por decisión unilateral, sus importaciones.

Hay medidas de complementación económica -artículo 16 y siguientes- de integración física -artículos 16 y siguientes-, de incorporación del reglamento bilateral para el tránsito de productos de origen vegetal entre ambos países que, a lo menos.

En el Acuerdo suscrito con México, el objetivo es intensificar las relaciones económicas y comerciales entre ambos países, por medio de una liberación total de gravámenes y restricciones a las respectivas importaciones.

Acuerdo de Complementación Económica Chile-MERCOSUR y sus Anexos; el Protocolo sobre Integración Física; el Protocolo de Adhesión a la "Declaración sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR", y el Protocolo por el cual se sustituyen los números 48 a 57 del Acuerdo de Complementación Económica Chile-MERCOSUR (ACE N° 35).

Todos estos textos internacionales fueron adoptados por Chile y los Estados Parte del Mercado Común del Sur -MERCOSUR-, el 25 de junio de 1996 (9).

El Acuerdo de Complementación Económica fue celebrado al amparo del Tratado de Montevideo y de la Resolución N° 2 del Consejo de Ministros de la ALADI, de la misma manera que Chile lo había hecho con los Acuerdos de Complementación Económica referidos más arriba.

Sin embargo, y debido a la importancia de este Acuerdo, unido al hecho de que suscribieron otros Protocolos, la aprobación de todos estos instrumentos legales suscitó una encendida polémica jurídica, impregnada de elementos políticos.

La primera actitud adoptada por el Ministerio de Relaciones Exteriores respecto a este Acuerdo de Complementación fue la de declarar que él no sería remitido al Congreso Nacional para su aprobación, ya que este instrumento recaía en aquellos acuerdos administrativos, propios de la potestad reglamentaria del Presidente de la República.

Frente a este predicamento del gobierno de Chile, se plantearon las siguientes impugnaciones legales:

a) El MERCOSUR es un acuerdo que modifica los aranceles de Chile con respecto a los países signatarios. Los aranceles, para todo efecto legal, son impuestos, los que, a su vez, son inequívocamente materia de ley. En consecuencia, todo acuerdo internacional que versa sobre materias de ley debe ser aprobado por el Congreso Nacional, según lo dispone el artículo 50 N° 1 de la Constitución.

Se agrega que los aranceles son impuestos externos, fiscalizados por el Servicio de Aduanas. Son impuestos, porque se deben al fisco por el solo

(9) Ver nota N° 1.

hecho de la actividad de importar una mercancía, sin exigir a cambio un servicio o contraprestación como ocurre con las tarifas.

Anteriormente, se expresa, los aranceles se establecían administrativamente por Decreto Supremo. Este régimen se modificó con la Constitución de 1980. Así se consideró expresamente en el informe técnico de la ley 18.525, de 1986.

b) Los acuerdos o medidas que procuren el cumplimiento de otros tratados anteriores no deben ser sometidos al Congreso, a menos que se refieran a materias propias del dominio legal. En esta última hipótesis, dicho acuerdo se reputa como un nuevo tratado y se debe solicitar su aprobación por el Congreso Nacional. Así se desprende del artículo 50 N° 1, especialmente de su inciso segundo, cuando señala expresamente dicha obligación del Jefe del Estado.

Así, los desgravámenes arancelarios que se incluyen en la asociación de Chile con el MERCOSUR son materia de ley y no pueden recibir el trato de mero cumplimiento de un tratado anterior. Constituye así un nuevo tratado que requiere la aprobación parlamentaria.

c) El MERCOSUR constituye una realidad internacional enteramente nueva y diferente de ALADI, tanto desde un punto de vista jurídico, como económico, lo que hace imposible admitir que se pueda desprender que bajo el tratado ALADI el Presidente de la República tiene la facultad para determinar, a su sola firma, la asociación de Chile al MERCOSUR.

d) Resulta un contrasentido que el Ejecutivo no requiera la aprobación del Congreso Nacional en este caso, cuando lo hace constantemente para otras materias de menor importancia, como lo son los acuerdos de cooperación turística, de exención del requisito de visa, de facilidades de personal diplomático, de cooperación científica y técnica. Si se requiere la aprobación de menor relevancia como éstas, un mínimo de rigor y respeto institucional obliga al Ejecutivo a requerir la aprobación de este tratado al Congreso Nacional (10).

(10) Intervención del Senador Sr. Larrain. Sesión N° 45 del Senado, especial, de fecha 3 de abril de 1996.

Se da, asimismo, otro argumento favorable a la aprobación parlamentaria: se podría esgrimir que frente al tratado ALADI u otro en esta materia ha existido una delegación de facultades en favor del Presidente de la República, con el objeto de que dicte un decreto con fuerza de ley para efectos de la implementación del tratado, como lo dispone también el inciso tercero del número 1) del artículo 50. Pero si se está en presencia de una delegación de facultades de acuerdo con la misma norma, ésta debe entenderse con respecto a lo señalado en los incisos segundo y siguientes del artículo 61, que establecen expresamente esta autorización, tratándose de materias que versen, entre otras cosas, sobre las garantías constitucionales. Y el N° 20 del artículo 19, que se refieren a tributos e impuestos, está contenido en el Capítulo III de la Constitución, que trata precisamente de las garantías constitucionales. Por lo tanto, tampoco se estaría en presencia de una delegación de facultades en favor del Presidente de la República, porque expresamente en el artículo 61 de la Constitución están exceptuadas las materias referidas a las garantías constitucionales, como las que establece el artículo 19 N° 20.

En consecuencia, cuando se modifican los aranceles se estaría en presencia de una modificación de impuestos o tributos, que son materia de ley, que requiere la aprobación del Congreso Nacional y no se aplica la excepción de complementación de un tratado anterior. Tampoco en esta materia procede la delegación de facultades que se está en presencia de una materia indelegable (11).

Lo que contribuyó principalmente a la argumentación de los opositores a la tesis sostenida por el gobierno en cuanto al mecanismo para poner en práctica el tratado de asociación de Chile con el MERCOSUR, fue que un tratado de la importancia de éste no podía asimilarse a un mero tratado de implementación de la ALADI, ya que "tarde o temprano aquel tratado, por sus características económicas y políticas, implicará el traspaso de soberanía a órganos supranacionales, la armonización de la legislación chilena a la de otros países y la creación de una distante pero poderosa burocracia internacional" (12).

(11) Intervención del diputado don Andrés Chadwick. Cámara de Diputados. Sesión N° 61, de fecha 3 de abril de 1996.

(12) Diputado Teodoro Ribera: Ratificación parlamentaria. Diario El Mercurio, de fecha 15 de junio de 1996.

Lo cierto es que el Tratado suscrito por Chile lo único que hace es otorgar preferencias para determinados bienes.

Como lo aclaró el Ministro de Economía Sr. García (13) "cada vez que se modifican impuestos y aranceles el Ejecutivo está obligado a iniciar un trámite legislativo... Hay que establecer con toda claridad que nuestro Acuerdo de Libre Comercio con MERCOSUR no implicará modificar los aranceles en Chile que seguirán siendo del 11% parejo, tal cual lo son actualmente. Lo que se va a modificar son las preferencias que otorgamos dentro del Convenio de ALADI a los países miembros del MERCOSUR... El Acuerdo ALADI es exclusivamente eso: preferencias otorgadas y recibidas y parte de ellas incluyen cuotas".

Más adelante explicó el Ministro que "Donde se establecen las preferencias y cuotas no es en el Acuerdo con el MERCOSUR, sino en el de la ALADI, que es el que aprobó el Congreso, porque se estableció la posibilidad de otorgar preferencias. Pero al mismo tiempo estableció la posibilidad de modificar esas preferencias. Ello lo demuestra el hecho de que en los últimos cinco años hemos firmado seis acuerdos comerciales en el contexto de la ALADI, modificando las preferencias, sin que haya pasado ninguno por el Parlamento y habiendo sido todos ellos ratificados por la Contraloría" (14).

En todo caso, y como lo afirmó el Ministro de Relaciones Exteriores (15), "el Acuerdo de Asociación de Chile es un acuerdo de complementación económica de alcance parcial, dentro del marco de la ALADI, que no es convenido entre todos los países de la ALADI, sino entre algunos. Por lo tanto, nosotros no somos partes del tratado del MERCOSUR, no estamos firmando un nuevo tratado..."

Por qué finalmente, el Gobierno de Chile optó por remitir al Congreso para su aprobación, el tratado que comentamos?

Una de las razones fue una razón política: la necesidad de que un tratado de esta importancia, y que afectaba a tantos sectores del país, tuviera el necesario respaldo nacional manifestado a través de su aprobación por el Poder Legislativo.

(13) Sesión N° 61 de la Cámara de Diputados, de fecha 3 de abril de 1996, pág. 13.

(14) Id. pág. 14.

(15) Id. pág. 27.

Además, a diferencia de los tratados de complementación económica suscrito con los países latinoamericanos arriba mencionados, se pensó que éstos terminan en un plazo no muy largo, cuando se satisfacen los objetivos propuestos, en tanto que con el acuerdo con el MERCOSUR, éste, al ser un proceso dinámico que va alcanzando etapas posteriores de una mayor integración, no prevé un plazo de término como los tratados antes mencionados.

Otro problema que se suscitó fue con uno de los dos protocolos que se incorporaron al Acuerdo de Asociación.

Con el primero, el referente a la Integración física, al ser éste un documento meramente declarativo -los compromisos que señala sobre inversiones son sólo indicativos-, no suscitaba dudas jurídicas sobre si requería o no aprobación legislativa.

El segundo "Protocolo sobre Adhesión a la Declaración sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR", sí que suscitaba tales dudas, al establecer "que la plena vigencia de las instituciones democráticas es condición esencial para la cooperación en el ámbito del Tratado de Asunción, sus Protocolos y demás actos subsidiarios"; y "que toda alteración del orden democrático constituye un obstáculo inaceptable para la continuidad del proceso de integración en curso respecto al estado miembro afectado".

De acuerdo a lo anterior, de ocurrir una ruptura o amenaza de ruptura del orden democrático en un Estado miembro las Partes procederán a efectuar consultas con el Estado miembro afectado. De resultar éstas infructuosas, se considerarán la aplicación de las medidas pertinentes que podrán abarcar desde la suspensión del derecho de participación en los foros del MERCOSUR hasta la suspensión de los derechos y obligaciones emergentes de las normas del MERCOSUR y de acuerdos celebrados entre cada una de las Partes y el Estado donde haya ocurrido la ruptura del orden democrático".

La obligación que asume Chile en virtud de este compromiso en el orden internacional, que afecta al manejo de su soberanía en el manejo de sus relaciones exteriores, sí que requiere de un respaldo del poder legislativo, por lo que estimo apropiado que se haya sometido este Protocolo a la aprobación del Congreso Nacional.

Los órganos establecidos en el Acuerdo de Complementación Económica Chile-MERCOSUR.

De acuerdo a lo que establece el artículo 46, la administración y evaluación del Acuerdo estará a cargo de una *Comisión Administradora* integrada por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, a través de la Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales y el Grupo Mercado Común del MERCOSUR.

La Comisión Administradora adoptará sus decisiones por consenso. Sus funciones están señaladas en el artículo 47, debiendo velar por el cumplimiento de las disposiciones del Acuerdo y de sus Protocolos adicionales y Anexos.

Dicha Comisión, mediante Reglamento aprobado en su primera reunión, en octubre de 1996, y de acuerdo con su artículo 7, acordó adoptar resoluciones y también Protocolos, si la importancia o la naturaleza de las materias contenidas en las resoluciones así lo requiere, de conformidad con el artículo 57 del Acuerdo.

Chile, al no ser Estado Parte del MERCOSUR, no participa en los órganos decisorios de éste, por lo que no interviene en la adopción de sus acuerdos. Participa sí, con los Estados que integran el MERCOSUR, para conformar una Zona de Libre Comercio en un plazo de 10 años a través de un Programa de Liberación Comercial que se aplicará a los productos originarios de los territorios de las Partes del Acuerdo.

El tratado suscrito por Chile no integra la normativa interna del MERCOSUR. Es un acuerdo externo a éste que crea sus órganos propios y prevé mecanismos de solución de controversias (artículo 22).

Por lo tanto, no se aplican a Chile los mecanismos de incorporación de la normativa del MERCOSUR a los ordenamientos jurídicos nacionales de los cuatro Estados Parte de este sistema regional.

Incorporación al ordenamiento jurídico chileno de la normativa que emana del Acuerdo de Complementación Económica Chile-MERCOSUR.

¿Cómo se incorporan a nuestra normativa nacional los acuerdos adoptados por la Comisión Administradora del Acuerdo de Complementación Económica?

Para responder a esta pregunta, debemos distinguir entre las *Resoluciones* y los *Protocolos*.

Las Resoluciones aprobadas por la Comisión Administradora no requieren de un mecanismo de incorporación al ordenamiento jurídico nacional, ya que sus materias se refieren a la propia marcha interna de la Comisión, obligándola sólo a ésta. Así, por ejemplo, la Resolución N° 1/96 del 22 de octubre de 1996 se refiere al propio Reglamento de la Comisión Administradora.

El artículo 7 del Reglamento de la Comisión señala en su párrafo 2 que "Cuando la importancia o naturaleza de las materias contenidas en una Resolución así lo requieran, deberán ser formalizadas mediante protocolo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57 del Acuerdo".

Hasta la fecha (16) se han adoptado 7 protocolos, los que han sido suscritos por los Embajadores de Chile y de los países miembros ante la ALADI:

¿Estos protocolos, que son tratados, deben obtener la aprobación del Poder Legislativo?

Aquí podrían surgir nuevos problemas de interpretación entre el Ministerio de Relaciones Exteriores y la Contraloría General de la República.

El criterio que debería imperar, a mi juicio, dependerá del contenido de cada protocolo.

En efecto, si un protocolo modificara lo establecido en el Acuerdo de Complementación Económica, constituiría por cierto un nuevo tratado

(16) 2 de octubre de 1997.

que requeriría de la aprobación del Congreso Nacional, de acuerdo a lo establecido en nuestra Constitución Política (artículo 50 N° 1, inciso 1).

Si, por el contrario, el Protocolo se limita a cumplir con lo dispuesto en dicho Acuerdo (Art. 50 N° 1 inciso 2° de la Constitución Política), bastaría para que rigiera en Chile que el Presidente de la República dictara un Decreto Supremo promulgatorio y lo publicara en el Diario Oficial. Así cada Protocolo adquiriría plena vigencia legal en nuestro país.

Muchas veces, la misma terminología utilizada en los protocolos induce a confusión. Así, algunos protocolos utilizan la expresión "modificar" un determinado literal del Acuerdo, induciendo a pensar que se está en presencia de un tratado que lo modifica (17). De aquí la necesidad de ser más cuidadoso en la fraseología empleada, si la intención de las Partes, ha sido por cierto, no introducir modificaciones al Acuerdo de Complementación Económica.

Esperamos que en este acelerado proceso de integración, que vive Latinoamérica, cuya naturaleza misma demanda una creciente dinámica, la Contraloría General busque flexibilizar su criterio sobre el particular.

Por otra parte, las amplias facultades dadas a la Comisión Administradora del Acuerdo en comento, y la naturaleza misma del proceso de integración, justifican que, en la medida de lo posible, los protocolos adoptados omitieran, en su tramitación, la aprobación legislativa.

(17) Ejemplo: Primer Protocolo Adicional de fecha 4 de diciembre de 1996.

LA RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTISTA AEREO EN LA UNION EUROPEA

Enrique MAPELLI
Miembro del I.H.L.A.D.I.

SUMARIO

- 1.- Introducción.**
- 2.- Legislación aeronáutica comunitaria**
- 3.- El Reglamento (CE) de 9 de octubre de 1997. Su objetivo.**
- 4.- Justificación del Reglamento.**
- 5.- Prescripciones fundamentales del Reglamento.**
- 6.- Prescripciones adjetivas.**
- 7.- La responsabilidad en el Tiempo.**
- 8.- Conclusiones.**

1.- Introducción

Desde el inicio de la navegación aérea y, como consecuencia de ello, del transporte aéreo, las dos cuestiones que mayor atención han recibido de los legisladores, de la doctrina y, en lo que se refiere concretamente al transporte, de la jurisprudencia, han sido el uso del espacio aéreo y la responsabilidad del transportista en los supuestos de incumplimiento contractual.

Internacionalmente, el uso del espacio aéreo se regula, de manera sistemática, por primera vez, en el Convenio de Navegación aérea firmado en París el 13 de octubre de 1919. En su artículo primero atribuye la completa y exclusiva soberanía de los Estados, sobre el espacio aéreo situado encima de sus territorios. Este Convenio permaneció vigente hasta que fué firmado en Chicago el 7 de diciembre de 1944 el Convenio sobre Aviación Civil Internacional que llevó su nombre. Su artículo primero establece análoga declaración (1).

En lo referente a la aludida responsabilidad civil del transportista derivada del incumplimiento de sus obligaciones contractuales, la primera regulación internacional se contiene en el denominado Convenio de Varsovia para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional ultimado el 12 de octubre de 1929 (2). Este Convenio, desde su promulgación, tuvo una muy amplia aceptación internacional y, pese a las modificaciones que por medio de diversos Protocolos en su texto se han introducido y a la inaplicación que, con variadas razones, padece, puede decirse, aunque con no mucho entusiasmo, que se encuentra en vigor.

Sin perjuicio de lo que más adelante se expone y como presupuesto de ello, la responsabilidad del porteador aéreo, tarea central del presente trabajo, se encuentra regulada por los siguientes textos y acuerdos:

(1) El artículo 80 del Convenio de Chicago dispone que "cada Estado contratante se compromete, tan pronto como entre en vigor el presente Convenio, a notificar la denuncia de la Convención sobre la Reglamentación de la Navegación Aérea, suscrita en París el 13 de octubre de 1919, o de la Convención sobre Aviación Comercial suscrita en la Habana el 20 de febrero de 1928, si es parte de una u otra. El presente Convenio reemplaza, entre los Estados contratantes, las Convenciones de París y de la Habana anteriormente citadas".

(2) El Convenio de Varsovia de 1929 fué ratificado por España el 31 de enero de 1930 y publicado en la *Gaceta de Madrid* en su número 233 correspondiente al día 21 de agosto de 1931.

a) Internacionalmente, por el citado Convenio de Varsovia de 12 de octubre de 1929.

b) Dentro del ámbito de la Unión Europea -materia concreta del trabajo- por el Reglamento (CE) n° 2027/97 del Consejo de 9 de octubre de 1997 sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente (3).

c) Acuerdo de Compañías aéreas con la Administración de Aviación Civil de un Estado, como es el supuesto que ofrece el acuerdo firmado el 4 de mayo de 1966 en Montreal concertado con la Administración Aeronáutica de los Estados Unidos y las Compañías aéreas tanto domésticas como internacionales.

d) Las leyes internas de los Estados. En España aún rige la Ley de 21 de julio de 1960 que todavía no ha sido sustituida por otra más adecuada a la realidad presente no obstante los proyectos elaborados para una nueva legislación (4).

Dice Blanco Gaspar (5) que el futuro del Derecho internacional aparece marcado por la influencia de la sociedad en evolución, la economía, el orden mundial y en definitiva -a pesar de sus imperfecciones, y su posible evolución por zonas-, la mundialización, que terminaría por consagrar el Derecho internacional como Derecho clásico devolviéndolo a su concepto de "ius gentium", es decir, de Derecho de instituciones no homologadas, que pueden preverse que subsista, o vuelva a tener razón de ser, en el nuevo entramado jurídico del que solo podemos saber que será supranacional, al extrapolar lo ya existente.

(3) Este Reglamento aparece publicado en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* del día 17 de octubre de 1997. Según su artículo 8 entra en vigor un año después de esta publicación o sea el día 18 de octubre de 1998.

(4) La Disposición Final 1ª de la Ley orgánica 1/1986, de 8 de enero (B.O.E. de 12 de enero) establecía que el Gobierno deberá someter a las Cortes Generales en el plazo de un año desde su promulgación, un proyecto de Ley actualizando la legislación sobre navegación aérea de 21 de julio de 1960, así como la legislación penal contenida en la Ley 209/1964 de 24 de diciembre, Penal y Procesal de la navegación aérea. Es evidente que el plazo concedido al gobierno ha sido ampliamente incumplido.

(5) Blanco Gaspar, V. *Derecho Internacional, Comunidad y Unión Europea*. Madrid, 1986, p. 193.

Todo ello es perfectamente válido para el Derecho Aeronáutico y, más aún, para el problema que nos ocupa que es el de responsabilidad del transportista aéreo. Por ello, aún adelantándonos a futuras consideraciones, puede inicialmente opinarse que el establecimiento de regulaciones por zonas -Unión Europea, Norteamérica, países Asiáticos- no responde al principio de internacionalidad que es básico en esta disciplina (6).

2.- Legislación aeronáutica comunitaria

La legislación de la Comunidad Europea, hoy Unión, se inició en relación con el transporte aéreo con relativo retraso. Sus disposiciones, además de la forzada clasificación en Reglamentos y Directivas, pudiéramos también clasificarlos en sustanciales y accesorias.

Son sustanciales los tres Reglamentos que integran el llamado comúnmente "tercer paquete". Estos Reglamentos suponen el arribo a la política de liberación en el transporte aéreo, que ya tenía su precedente en los Estados Unidos y que ha venido a llamarse, con total incorrección, "desregulación del transporte". El transporte aéreo no ha quedado ni podía quedar "desregulado".

Los propios Reglamentos son ya una regulación, aunque fruto de un proceso de liberalización. Quizás esta palabra tenga su entronque con las tradicionales cinco libertades del aire consagradas en el Convenio de Chicago de 1944.

Los Reglamentos integrantes del llamado "tercer paquete", son los siguientes:

a) Reglamento (CEE) n° 2.407/92 del Consejo de 23 de julio de 1992, sobre la Concesión de licencias a las Compañías aéreas.

(6) Ningún medio de transporte -dice Tapia Salinas, L. *Derecho Aeronáutico* Barcelona 1993, p. 12- posee un carácter tan francamente internacional como la aeronave. Son pocos los Estados en los que pueden cubrirse grandes distancias sin franquear sus fronteras. En estas condiciones es absolutamente preciso la existencia de una legislación internacional uniforme so pena de hacerse perder su principal característica: la rapidez. Esta afirmación dirigida a la aeronave es fácilmente trasladable a todos los aspectos que ofrece el Derecho Aeronáutico.

b) Reglamento (CEE) n° 2.408/92 del Consejo, de 23 de julio de 1992, relativo al acceso de las compañías aéreas de la comunidad a las rutas aéreas intracomunitarias.

c) Reglamento (CEE) n° 2.409/92 del Consejo, de 23 de julio de 1992, sobre tarifas y fletes de los servicios aéreos.

Como dice Muñoz Machado (7) en materia de transportes, como en las demás materias, el objetivo que preside la política comunitaria es lograr un mercado común que permita, entre otras cosas, la reducción de costes al mínimo, supresión de costes injustificados, etc. Como finalidad primordial, lo que se pretende conseguir, por lo tanto, es una competencia libre y leal entre las diferentes empresas y medios de transporte.

Alcanzados estos fines mediante estos tres Reglamentos que hemos citado y que rotulamos como sustanciales, se establecen otros accesorios que configuran determinados aspectos del contrato de transporte.

Entre ellos los siguientes:

a) Reglamento (CEE) n° 295/91 del Consejo, de 4 de febrero de 1991, por el que se establecen normas comunes relativas a un sistema de compensación por denegación de embarque en el transporte aéreo regular.

Este Reglamento, que se encuentra en trance de ser sustituido por otro más adecuado a las circunstancias actuales, se refiere al famoso y temido -temido por los usuarios- "over-booking".

b) Reglamento (CEE) n° 2.027 del Consejo, de 9 de octubre de 1997, sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente.

Este es el Reglamento que merece especialmente nuestra atención y que se contrae a la responsabilidad del transportista en los supuestos en que el contrato de transporte no haya sido ejecutado satisfactoriamente.

3.- El Reglamento (CE) de 9 de octubre de 1997. Su objetivo.

Este Reglamento, como de su propio rótulo se deduce, se refiere a la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente. Puede

(7) Muñoz Machado, S. *Código de Derecho Comunitario europeo*. Madrid 1988, Editorial Civitas, p. 1082.

decirse que el mismo es una consecuencia más de la crisis por la que ha venido atravesando en los últimos años el Convenio de Varsovia de 12 de octubre de 1929 que durante un largo espacio de tiempo ha venido gobernando esta materia internacionalmente.

El Convenio de Varsovia de 1929 consagró como principio la limitación de la responsabilidad por parte del transportista aéreo. Estas limitaciones y, concretamente, la determinación de su límite, han sido las causas de los varios proyectos, algunos de ellos consagrados en Protocolos que se encuentran en vigor, que en su totalidad han venido a denominarse en la doctrina como "Sistema de Varsovia". Este sistema entra en crisis y el legislador europeo se aparta decididamente del mismo promulgando su Reglamento que, en definitiva, obedece a principios inspiradores de legislaciones en otros territorios.

Dice Bueno Arús (8) que el efecto directo de las normas comunitarias, al que se refirió por primera vez la Sentencia "Van Gend-Loos" de 5 de febrero de 1963, "significa que las reglas de Derecho comunitario deben desplegar la plenitud de sus efectos de una manera uniforme en todos los Estados miembros a partir de su entrada en vigor y durante toda la duración de su validez" (Sentencia "Sinmental" de 9 de marzo de 1978). El efecto directo, con arreglo a las dos sentencias mencionadas, comporta las siguientes consecuencias:

a) Las normas comunitarias no necesitan ser transpuestas o traducidas a normas de Derecho interno, sino que son directamente aplicables desde que sean promulgadas en el "Diario oficial de las Comunidades". b) Las normas comunitarias son fuente inmediata de derechos y obligaciones para todos aquéllos a quienes conciernen, sean Estados miembros o particulares, que sean partes de relaciones jurídicas derivadas de Derecho Comunitario. c) Las normas comunitarias pueden ser directamente invocables por los particulares ante los órganos jurisdiccionales de los Estados, que tienen la obligación de aplicarlas. Ello es consecuencia de que los sujetos del Derecho comunitario (a diferencia de lo que ocurre en el Derecho internacional clásico) son tanto los Estados miembros como los ciudadanos.

(8) Bueno Arús, F. "Características del ordenamiento jurídico comunitario", en *Iniciación al estudio del Derecho Comunitario Europeo*, Consejo General del Poder Judicial. Madrid 1984, pp. 107 y 108.

Al tratarse, pues, de un Reglamento y, según dispone su artículo 8, el mismo se encuentra en vigor desde el día 18 de octubre de 1998 es decir después de transcurrido un año desde su publicación en el "Diario oficial de las Comunidades Europeas", publicación que tuvo lugar el día 17 de octubre de 1997.

La mera lectura de los Considerandos del Reglamento que sirven de explicación a los preceptos que en el mismo se establecen, explican la razón de que no se haya remitido la materia a una Directiva. Los Estados de la Unión se segregan radicalmente del "sistema de Varsovia" y han de hacerlo sin diferencias entre unos y otros y respondiendo a normas perfectamente iguales. Se pregunta Mattera (9), ¿en qué casos podría la Comisión verse abocada a descartar la utilización de la directiva y a considerar que el reglamento es más apropiado?. Y se contesta que así ocurrirá, en particular, cuando, habida cuenta del objetivo perseguido en el marco de los trabajos de armonización, resulta más adecuado establecer disposiciones precisas y detalladas que formen un conjunto coherente que no deje al legislador nacional margen discrecional alguno, o así mismo, cuando la normativa comunitaria cree derechos para los particulares.

4.- Justificación del Reglamento

Las razones que han impulsado al legislador comunitario a la promulgación de este Reglamento de 17 de octubre de 1997 se encuentran suficientemente expuestas en los considerandos preliminares del mismo; a los que pueden añadirse algunas más. Sintemáticamente son las siguientes:

a) Dentro del ámbito comunitario terminar con la fragmentación padecida por el Convenio de Varsovia de 1929 no solo en lo que se refiere a la aplicación de su texto original o a los diferentes Protocolos que lo modifican parcialmente, sino en cuanto a su aplicación al convertir en las monedas respectivas los módulos establecidos en el Convenio.

Independientemente de lo establecido en esta norma internacional, algunos Estados o, simplemente, algunas Compañías aéreas vienen regu-

(9) Mattera, A. *El mercado único europeo. Sus reglas de funcionamiento*. Traducción al español de Zarpico C.V. Editorial Civitas. Madrid 1991, p. 212.

lando un régimen de responsabilidades aeronáuticas no concordante entre sí y que contribuyen a la definitiva ruptura de la internacionalidad alcanzada en 1929. El Reglamento aplica un sistema uniforme dentro de su ámbito (10).

b) El Convenio de Varsovia de 1929 establece las indemnizaciones correspondientes (art. 22.4) en franco francés, integrado por sesenta y cinco miligramos y medio de oro con la ley de novecientas milésimas de fino. La conversión de este módulo a la divisa correspondiente ha dado lugar a controversias e interpretaciones con finales muy dispares. El Reglamento pone fin a estas dudas ya que las indemnizaciones se fijan en Derechos Especiales de giro. Definido como está el DEG por el Fondo Monetario Internacional y conocido en cada momento su valor, la fijación concreta de la indemnización que en cada supuesto haya de ser abonada no puede dar lugar a las discrepancias que se suscitan con el llamado "franco oro Poncare" al que anteriormente nos hemos referido.

c) Se establece una más amplia protección del usuario del transporte aéreo ya que, abandonado el criterio de limitación de la responsabilidad del transportista, la reparación de los daños que aquél pueda experimentar puede ser íntegra.

d) No sólo no se actualizan los límites de responsabilidad sino que, en la nueva regulación, desaparecen. El tercer considerando estima que "el límite de responsabilidad que establece el Convenio de Varsovia es demasiado bajo en relación con los niveles económicos y sociales actuales".

e) El Reglamento se aplica tanto en el transporte internacional como en el nacional, interno o doméstico. Esta innovación debe ser decididamente aplaudida ya que pone fin a la enojosa diferencia entre unos pasajeros y otros.

(10) En la obra de Areal Ludeña, S. titulada *La responsabilidad del fabricante de aeronave en los Estados Unidos. Estudio del Derecho Internacional Privado* (Universidad Carlos III, Madrid 1997, pp. 29 y ss) se hace una exposición muy detallada y certera de la evolución sufrida por el régimen de responsabilidad en el transporte aéreo. "¿Cuál es el futuro del Protocolo de Guatemala y, sobre todo de la presente situación que presenta el tráfico aéreo a nivel mundial? - se pregunta. Sin duda alguna, la respuesta pasa por la actitud que tomen los Estados Unidos. Así, si ratifican el Protocolo, se consolidaría una situación semejante a la que existió con la Convención de Varsovia". El Protocolo de Guatemala de 1971 no ha entrado en vigor y pese a ser el intento más serio de modificación del "sistema Varsovia" puede preverse que no alcanzará vigencia nunca.

Hasta ahora podía darse el caso en que una misma aeronave y en un mismo trayecto viajase pasajeros con tratamiento jurídico diferente ya que se consideraba como vuelo internacional el de una persona embarcada en el exterior y que, ya en el país de escala, continuase su vuelo hasta el destino final. Este último tramo se hace entre puntos enclavados en el mismo Estado aunque en virtud de un billete de pasaje de carácter internacional. A este pasajero le era aplicado el Convenio de Varsovia de 1929 mientras que los que inician el viaje en el último segmento se gobernarían por la ley nacional correspondiente.

La disposición de hacer aplicable el Reglamento tanto en los vuelos nacionales como en los internacionales por otro lado pone fin a que, en relación con los nacionales, en cada país fuesen aplicables normas que en muchos casos resultan muy diferentes (11).

5. Prescripciones fundamentales del Reglamento

En el somero estudio del Reglamento que llevamos a cabo pueden distinguirse disposiciones fundamentales del mismo y disposiciones adjetivas. Unas y otras revisten un carácter de profunda originalidad y suponen el rompimiento con las leyes hasta ahora vigentes.

Puede opinarse que este Reglamento de la Unión Europea de 1997 ha de influir poderosamente en el texto internacional que la organización de la Aviación Civil Internacional tiene en estudio.

Weber (12) nos dice en relación con dicho estudio que la enorme mayoría de las delegaciones al periodo de sesiones del Comité Jurídico opinó que la creación de un convenio único que consolidara el sistema

(11) En España deja, en lo que se refiere a la responsabilidad del transportista, de tener aplicación la Ley sobre Navegación Aérea de 21 de julio de 1960. Esta Ley preceptuaba el principio de la responsabilidad objetiva vigente para el transporte doméstico, sistema diferente al establecido en el Convenio de Varsovia de 1929 para el transporte internacional. El artículo 120 de la citada Ley, dice: "La razón de indemnizar tiene su base objetiva en el accidente o daño y procederá, hasta los límites de responsabilidad que en este capítulo se establecen, en cualquier supuesto, incluso en el de accidente fortuito y aun cuando el transportista, operador o sus empleados justifiquen que obraron con la debida diligencia".

(12) Weber, L. "Proyecto de Convenio para consolidar y modernizar elementos del Sistema de Varsovia", en *Revista de la OACI*, Volumen 52, n° 8, octubre 1997, p. 5.

complejo actual sería preferible a crear otro Protocolo de enmienda. Esto último conduciría a un virtual laberinto de protocolos y otros instrumentos complementarios o de enmienda de lo que resultaría una situación inconveniente.

Por otro lado, según de Torres Sananjo (13) cabría decir, en cuanto a la legislación sobre navegación y transporte aéreo, que las instituciones de la Unión Europea se han desarrollado como respuestas organizativas concretas a los problemas de cada momento. Por ello es difícil establecer un organigrama claro y estable de todas ellas, de sus programas y de sus competencias.

Las trascendentales regulaciones del Reglamento de 1997 que, en su sustancia, pueden ser calificadas de originales, son las siguientes:

a) Pone fin a la limitación de responsabilidad del transportista aéreo en los supuestos de incumplimiento contractual. Desde 1929 en que fué firmado el Convenio de Varsovia la limitación de responsabilidad, que tanta literatura jurídica ha engendrado, ha sido el fundamento de todo el sistema de la responsabilidad. Ha de tenerse en cuenta que ello -el "instituto de la limitación de responsabilidad", según se le ha llamado- opera no solo en el transporte aéreo sino en el que se lleva a cabo por mar, por carretera y por ferrocarril.

En estos otros modos rige la limitación en el transporte internacional mientras que en el doméstico la legislación española solo lo establece para el transporte aéreo.

Según Vasquez Rocha (14) el sistema de Varsovia, tan equilibrado y que llegó a tener aceptación casi universal, comenzó a resquebrajarse desde hace algunas décadas, básicamente porque los EE.UU. y luego otros países consideraron que el límite de responsabilidad de 1929, a pesar de haberse expresado en oro, en ese entonces el patrón de todas las monedas, había llegado a ser verdaderamente irisorio, por no corresponder al nivel de vida de sus propios ciudadanos ni a las reales consecuen-

cias económicas de una muerte accidental. Esta disconformidad se reflejó, por ejemplo, en algunas decisiones de los jueces de los EE.UU. que, repetidamente, interpretaron el Convenio para no tener en cuenta el límite de responsabilidad en él establecido. Básicamente el esfuerzo de los abogados se encaminó a demostrar que el transportista había incurrido en "wilful misconduct", o sea, en falta inexcusable, que por lo tanto lleva a una responsabilidad ilimitada, o mejor hasta la concurrencia de los perjuicios que se demuestren en el juicio (15).

El Reglamento de 1997 termina dentro de su ámbito de aplicación, con los límites de responsabilidad vigentes durante cerca de 75 años. No es aventurado predecir que, en el sistema que la OACI sea capaz de establecer en su día, se seguirá el mismo principio.

El artículo 3.1a) del Reglamento establece que la responsabilidad de una compañía aérea comunitaria por los daños sufridos en caso de muerte, herida o cualquier lesión corporal por un pasajero en caso de accidente, no estará sujeta a ningún límite financiero sea legal, convencional o contractual.

El texto de este artículo, fundamental en la nueva regulación comunitaria, requiere determinadas aclaraciones, a saber:

a') Se habla de "daños sufridos" lo que, en principio, parece excluir de su regulación los "perjuicios", es decir las ganancias que haya dejado de obtener el acreedor (artículo 1.105 del Código Civil). En otros preceptos el Reglamento emplea el término "perjuicio" como por ejemplo, en los artículos 1.3.2., 3.3 y 5.1 lo que hace suponer cierta confusión del legislador comunitario o una defectuosa traducción; más aún, en el artículo 4.a) se refiere a "daños y perjuicios". A nuestro entender -en todo caso- no cabe interpretarse la exclusión del término "perjuicio" como una privación por parte del pasajero de su reparación, sino que la misma, de pro-

(15) Juglart refiriéndose a los diversos niveles de vida en relación con límites de responsabilidad dice: "Les pays en voie de développement: il s'agit de pays qui n'ont pas le niveau de richesse de la France, des Etats-Unis ou de l'Australie."

Par conséquent, compte tenu du faible niveau de vie de la population en général, les indemnités prévues par les textes en droit aérien apparaissent suffisantes; sans doute il existe dans ces pays des individus très fortunés mais, précisément, il s'agit alors d'une fortune acquise; or, l'indemnisation se fonde sur le revenu dont on est privé par l'accident; or, l'accident n'a pas de prise sur la fortune acquise". (Michel de Juglart, *Traité de Droit Aérien*, Paris 1989, T. Y. p. 1107).

(13) de Torres Sananjo, S. *Guía para acceder a Europa*. Aguilar Airtel, Madrid 1995, p. 6.

(14) Vasquez Rocha, E. "Los nuevos acuerdos IATA sobre responsabilidad civil en el transporte de pasajeros". En *Revista Brasileira de Direito Aeroespacial*. Río de Janeiro, n° 73. XI-1997-II-1998, p. 50.

ceder, seguiría los cauces del derecho común ajeno a los que en el Reglamento se establece.

b') La responsabilidad regulada en el Reglamento se refiere a la lesión "corporal" que pueda sufrir el pasajero. El Convenio de Varsovia de 1929, que no cabe duda debe ser considerado como antecedente internacional del Reglamento, declaraba la responsabilidad del porteador respecto del "daño ocasionado", tanto en caso de muerte, herida o cualquier otra lesión corporal (artículo 17) como del "daño" ocasionado por retrasos (art. 19).

Du Pontavice (16) estima que en el derecho francés la fórmula "lesión corporal" cubre todo daño personal cualquiera que haya sufrido la víctima en su calidad de persona humana, además de todo perjuicio causado en su patrimonio.

El concreto término de "lesión corporal" frente al de "daño" al que se refería el Convenio de Varsovia abre la duda en lo que respecta al "daño moral" y al que pudiera ser denominado "daño psicológico", duda que es más tenue en lo que atañe a este último, sí es que se admite la diferenciación entre uno y otro.

Martínez Calcerrada (17) estima que por daños morales habrá de entenderse categorías anidadas en la esfera del intimismo de la persona, y que, por ontología, no es posible que emerjan al exterior, aunque sea factible que, habida cuenta la ocurrencia de los hechos (en definitiva, la conducta ilícita del autor responsable) se puede integrar el sufrimiento o esencia de dicho daño moral, incluso, por el seguimiento empírico de las reacciones, voliciones, sentimientos o instintos que cualquier persona puede padecer al haber sido víctima de una conducta transgresora, fundamento posterior de su reclamación por daños morales. En esta idea cabe comprender aspectos tan difusos para su perceptibilidad jurídica, pero, sin lugar a dudas, de general acaecimiento y comprensión dentro del medio social.

El citado autor menciona como ejemplo de ello, la forma de sufri-

(16) Juglart, M. *Traité de Droit Aérien*. T. 1, 2ª edición puesta al día por Du Pontavice, E., Dutheil de la Rochère, J. y Miller, G. Paris 1984.

(17) Martínez Calcerrada, L. *La responsabilidad civil profesional (De los teleinformadores, auditores de cuentas, periodistas, arquitectos-peritos, médicos peritos y de los peritos judiciales en general)*. Colex, Madrid 1996, p. 64.

mientos y dolores físicos o síquicos que haya padecido la víctima a consecuencia del hecho ilícito; cualquier frustración quebranto o ruptura en los sentimientos, lazos o afectos, por naturaleza o sangre que se dan entre personas allegadas fundamentalmente por vínculos paternos, cuando, a consecuencia del hecho ilícito, se ve una de ellas privada temporal o definitivamente de la presencia o convivencia con la persona directamente dañada por dicho ilícito, o por la situación deficitaria o de auténtica orfandad en que se pueden quedar ciertas personas por las lesiones o por la muerte de sus parientes más cercanos.

Consentino (18) estima que no cualquier incumplimiento contractual puede generar un perjuicio indemnizable. Es necesario que medie en el caso una lesión espiritual que menoscabe valores esenciales tales como los afectos familiares, el honor, la integridad física y la libertad individual.

Visto el término "lesión corporal" empleado en el Reglamento, puede estimarse que de la regulación del mismo queda excluido el "daño moral". No tan clara puede resultar la exclusión del "daño psicológico", entendiendo por el mismo la pérdida de facultades de la persona que, sin que su físico externo ofrezca lesión alguna, ha quedado mermada en sus facultades y potencias habituales. El padecimiento de un "daño síquico" puede imposibilitar a la persona para el ejercicio de sus actividades profesionales y afectarle en el modo de sus relaciones de tal forma que sea más sensible que una mera herida o aún que la pérdida de algún miembro. Parece, pues, a nuestro juicio, que, establecida la barrera entre el "daño moral" y el "daño síquico", este último debe quedar enmarcado en la protección del Reglamento de 1997.

b') La responsabilidad se establece por los hechos sufridos "en caso de accidente". La Ley sobre Navegación Aérea de 21 de julio de 1960 rotula su artículo XIII: "De la responsabilidad en caso de accidente". Sin embargo, de la redacción de su artículo 115 se deduce que el régimen de responsabilidad establecido no se concreta tan solo al estricto concepto de "accidente" ya que se refiere al daño que sufran los pasajeros "a bordo de

(18) Consentino, E. "El daño moral en el campo del transporte aéreo". *Revista Brasileira de Direito Aeroespacial*. n° 73. Río de Janeiro XI-1997-III, 1998, p. 78.

la aeronave y por acción de la misma, o como consecuencia de las operaciones de embarque y desembarque". Análogo es el sentido del artículo 17 del Convenio de Varsovia de 1929.

La Real Academia Española (19) define el accidente como el suceso eventual que altera el orden regular de las cosas o el suceso eventual o acción del que involuntariamente resulta daño para las personas o las cosas.

Aeronáuticamente se distingue entre accidente, incidente grave e incidente leve. La Organización de la Aviación Civil Internacional (OACI) (20) facilita una muy extensa definición de accidente considerándolo como todo suceso, relacionado con la utilización de una aeronave, que ocurre dentro del período comprendido entre el momento en que una persona entra a bordo de la misma, con la intención de realizar un vuelo y el momento en que todas las personas han desembarcado, durante el cual sufra determinadas lesiones o la aeronave sufra daños o roturas estructurales de cierta consideración o desaparezca. La definición de referencia detalla todas estas circunstancias.

El legislador español, también en base a la investigación, ha definido los accidentes en el Real Decreto 389/1998, de 13 marzo. Este Real Decreto se dicta en cumplimiento de la Directiva 94/56/CE, de 21 de noviembre del Consejo de la Unión Europea: Se dice que es accidente todo suceso relacionado con la utilización de la aeronave, que tenga lugar en el período comprendido entre el momento en que una persona entra a bordo con la intención de realizar un vuelo y el momento en que todas las personas que hayan entrado en el aparato con esa intención hayan desembarcado y durante el cual se hayan producido lesiones mortales o graves o la aeronave haya sufrido daños o roturas estructurales cuya consideración se define.

Por nuestra parte hemos de entender que el accidente a que se refiere la definición del Reglamento de 1997 es un concepto amplio y en el

mismo ha de comprenderse todo suceso, hecho o acaecimiento, ajeno a la voluntad del pasajero, que durante su permanencia en la aeronave o momentos previos o posteriores le ocasiona un daño o perjuicio.

b) Se establece una responsabilidad objetiva cuantificada. El artículo 3 del Reglamento establece que, con respecto a cualquier daño y hasta un importe en ecus de 100.000 DEG, las compañías aéreas comunitarias no podrán excluir o limitar sus responsabilidades demostrando que ellas y sus agentes adoptaron todas las medidas necesarias para evitar el perjuicio o que resultó imposible adoptar dichas medidas. Nos encontramos ante una responsabilidad objetiva análoga a la definida en el artículo 120 de la Ley de 21 de julio de 1960 y dispar a la establecida en el Convenio de Varsovia de 1929 cuyo artículo 20 dispone que el porteador no será responsable si prueba que él ha tomado todas las medidas para evitar el daño o que les fué imposibles tomarlas.

De este precepto se deduce que formulada una demanda en solicitud del pago de una cantidad superior a las 100.000 DEG el transportista, en cuanto al exceso sobre esa cifra podrá probar la inexistencia de culpa por su parte. Si la probanza prosperase podrá liberarse en cuanto al exceso referido.

Tan solo el Reglamento admite la limitación dentro del marco de los 100.000 DEG si se probara que el perjuicio fué causado por negligencia del pasajero lesionado o fallecido o éste contribuyó aquél. Se observa que, en este precepto (art. 3.3), se habla de "perjuicio" y no de "daños" y que, como es lógico, la carga de la prueba corresponde a la compañía aérea la que, si consigue aportar probanza suficiente, pueda verse excusada de responsabilidad "total o parcialmente". Es obvio que la valoración de la prueba, así como el grado de negligencia y de proporción en que la misma incide en la atenuación o exclusión de responsabilidad quedan al arbitrio del juzgador competente.

En caso de concurrencia de culpa por ambas partes, (perjudicado y transportista) la solución es variable, pues mientras para unas legislaciones se compensa la una con la otra, graduándose, en definitiva, el resultado según la mayor o menor gravedad de cada uno; para otras, desde el momento en que existe culpa por parte del perjudicado, se aplica al transportista como causa de exención:

(19) *Diccionario de la Lengua Española*. Real Academia Española, Madrid 1992, p. 14, 3ª columna.

(20) El Anexo 13 de los que complementan el Convenio de Chicago de 1944 regula la investigación de accidentes.

1º Si el hecho del perjudicado es efectivamente la causa del daño, no en el sentido de causa única, pero sí al menos en el sentido de causa inicial.

2º Que no exista intervención alguna imputable al transportista; y

3º Que haya una relación suficiente de continuidad de causa a efecto (21).

c) Anticipo. El establecimiento de un anticipo a favor de la parte perjudicada constituye una innovación que ha sido objeto de elaboraciones muy discutidas. El texto promulgado difiere del proyecto de Reglamento que, en su día, fué hecho público y desde luego lo mejora al matizar la radical protección que se pretendía otorgar al pasajero o a sus causahabientes.

Sin demora y, en cualquier caso, en un plazo de quince días siguientes a la determinación de la identidad de la persona física con derecho a indemnizaciones -dice el artículo 5- la compañía aérea comunitaria abonará los anticipos necesarios para cubrir las necesidades económicas inmediatas, de forma proporcional a los perjuicios (otra vez se habla de perjuicios). Los anticipos no serán inferiores en ecus a 15.000 DEG por pasajero en caso de muerte. El pago del anticipo no supondrá el reconocimiento de la responsabilidad y podrá compensarse con arreglo a la responsabilidad de la compañía aérea, pero no será reembolsable, salvo que se pruebe la exoneración de responsabilidad, al probarse, con posterioridad, que la persona que recibió el anticipo fué causante o contribuyó al daño (aquí es daño) por negligencia o era una persona sin derecho a indemnización.

El punto clave de este precepto radica en determinar quién sea la persona con derecho a ser indemnizada. En el supuesto de lesiones ello, en principio, no ofrecerá dificultad ya que será el propio lesionado. Y decimos en principio ya que, al tratarse de un menor o de un incapacitado, la determinación ya revestiría mayor inconveniente. Pero estos obstáculos son importantes en el supuesto de fallecimiento del pasajero. Es muy aventurado para una compañía aérea señalar la identidad de una persona

o personas con derecho a ser compensadas. Ello supone el examen de las disposiciones testamentarias y de las circunstancias personales y económicas no solo del fallecido sino de aquéllos que aspiran a la indemnización. Por tanto en el texto promulgado se dice que el plazo de quince días se computará a partir de "la determinación de la identidad de la persona física con derecho a indemnización". También hay que tener en cuenta que si en esta selección se incurre en error, el transportista tiene derecho al reembolso de lo satisfecho como anticipo.

A nuestro juicio, este artículo, en su redacción definitiva, que es la vigente, ha mejorado de manera muy importante en lo que se refiere a los anticipos. No obstante ha de tenerse en cuenta la incapacidad jurisdiccional de las compañías aéreas para hacer definiciones de derecho. Puede pensarse que, en muchos casos y cuando se trate de fallecimientos, la institución del anticipo no será operable ya que, concluidas las fijaciones de derechos lo que procederá es el abono complejo de la indemnización que corresponda en su integridad.

6.- Prescripciones adjetivas

Además de los aspectos fundamentales del Reglamento de 1997 a los que acabamos de aludir y que suponen un cambio radical en todo el sistema indemnizatorio en el transporte aéreo, pueden señalarse otros puntos que también están revestidos de importancia:

a) Las disposiciones sobre responsabilidad, su montante objetivo o mínimo y el anticipo deben incluirse en las condiciones de transporte de las Compañías aéreas comunitarias. A estos efectos deberá darse cumplimiento a la Ley 7/1998 de 13 de abril sobre condiciones generales de la contratación (22). Esta Ley da transposición a la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993. Establece que las cláusulas generales de contratación reunirán los requisitos de concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa y simultáneamente a la conclusión del contrato.

(22) También son de tener en cuenta los preceptos de la Ley 26/1984 de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios algunos de los cuales son redactados de nuevo en esta Ley 7/1998.

(21) Vid. Tapias Salinas, L. *Derecho Aeronáutico* Barcelona 1993, p. 622.

No pueden olvidarse los problemas que se presentan ante las nuevas prácticas observadas por las Compañías aéreas en cuanto al llamado "billete electrónico". Según él el viajero puede viajar sin billete careciendo el pacto de soporte en papel; se trata de una imagen electrónica del billete tradicional, que se emite y almacena en una base de datos, y que puede ser visto, consultado, cambiado y reembolsado desde terminales de ordenador habilitadas para ese fin (23).

En cuanto a los avisos que deben constar en los billetes de vuelo, hay que recordar lo regulado en otro Reglamento comunitario sobre el sistema de compensación por denegación de embarque en el transporte aéreo.

El propio Reglamento de 1998 admite la posibilidad de que exista un equivalente al billete de transporte, si bien que la información aludida ha de ser redactada "de forma clara e inteligible" coincidiendo en ello con la Ley 7/1998 aludidas.

b) Previa solicitud habrá de facilitarse información adecuada sobre el régimen de responsabilidad establecido y ello tanto en las agencias de las Compañías aéreas comunitarias, en las agencias de viaje, en los mostradores de facturación y en los puntos de venta.

Recordamos que el artículo 5.1 de la Ley de 7/1998 de abril dispone que "no podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas".

En el caso del transporte aéreo, la incorporación al contrato del régimen sobre responsabilidad viene establecida por el Reglamento que, eso sí, requiere que el pasajero sea debidamente informado tanto mediante el resumen que se incorpora al billete o "en el equivalente al mismo", como por el texto completo que, si lo requiere, ha de serle facilitado.

c) Se disponen ciertas medidas aplicables a las compañías que, aunque establecidas fuera de la comunidad, operen hacia, desde o dentro de ella.

(23) Como ventajas del "billete electrónico", también llamado "ticketeess", alegan que pueden ser adquiridos durante las 24 horas de los siete días de la semana, sin desplazamiento, mediante una simple llamada, sin riesgo alguno de pérdida, olvido u robo.

Cuando estas Compañías no apliquen el Reglamento de 1997 deberán informar "clara y expresamente de ello a sus pasajeros en el momento de la compra del billete en las agencias de las compañías, en las agencias de viaje y en los mostradores de facturación situados en el territorio de un Estado miembro". Estas Compañías deberán facilitar a los pasajeros un impreso en el que precisen cuales son sus condiciones sobre responsabilidad.

El Convenio de Varsovia de 1929 establece (art. 8,9) que en los billetes deberá constar la indicación de que el transporte queda sometido al régimen de responsabilidad establecido en el propio Convenio. Pues bien, a efecto del aviso que deberán facilitar las Compañías no comunitarias, el Reglamento de 1997 declara que el "hecho de que no solo figure en el billete o en un equivalente al mismo, un límite de responsabilidad no constituye una información suficiente".

Comentando este precepto, dice Morales (24) que su contenido es lo suficientemente contundente como para disuadir a las Compañías aéreas no comunitarias de mantener unas normas de responsabilidad que se aparten de las del Reglamento si quieren seguir transportando pasajeros a, desde o dentro de la Unión Europea. Como se puede ver la misma norma comunitaria va a tener un importante impacto no solo entre las Compañías aéreas comunitarias sino también en las de los terceros países, de forma relevante lógicamente en las compañías latinoamericanas que vienen a Europa (25).

d) La redacción del artículo 4 del Reglamento 1997 no puede, en modo alguno, ser calificado de afortunada. Ninguna disposición del mismo "implicara que una compañía aérea comunitaria sea la única parte responsable del pago de daños y perjuicios; tampoco limitará los derechos de una compañía aérea comunitaria a solicitar una contribución o indemnización a cualquier otra parte de conformidad con la normativa aplicable".

(24) Morales, J.R. "El Reglamento de la Unión Europea sobre responsabilidad en las Compañías aéreas". En *AITAL, Boletín Informativo de la Asociación Internacional de Transporte Aéreo Latinoamericano*, n° 39, Santa Fé de Bogotá, Noviembre-Diciembre 1997, p. 13.

(25) Esta última observación referente a las Compañías aéreas latinoamericanas se debe, sin duda, a que las mismas atendidas al "Sistema de Varsovia" satisfacen, en caso de siniestro, sumas muy inferiores a las establecidas para las Compañías aéreas comunitarias.

En el contrato de viaje combinado se produce la confluencia de la prestación de diversos servicios de transporte, alojamiento y otros de índole turístico (26) siendo preciso delimitar la responsabilidad de los organizadores como de los detallistas quienes, según el artículo 11 de la Ley 21/1995 de 6 de julio reguladora de estos viajes, responderán frente al consumidor en función de las obligaciones que les corresponda por su ámbito respectivo de gestión del viaje combinado, del correcto cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, con independencia de que éstas las deban ejecutar ellos mismos u otros prestadores de servicio, y sin perjuicio del derecho de los organizadores y detallistas a actuar contra dichos prestadores de servicio. La responsabilidad será solidaria cuando concurren conjuntamente en el contrato diferentes organizadores o detallistas, cualquiera que sea su clase y las relaciones que existan entre ellos. Opina de La Haza Díaz (27) que para la ejecución del viaje combinado la agencia de viajes necesita subcontratar con diferentes empresas y que por tanto las relaciones que se generan entre la agencia que organiza el viaje combinado y la empresa que presta el servicio turístico no inciden de ninguna manera en el vínculo que relaciona a dicha agencia con el consumidor pues éste permanece ajeno a las mismas. El derecho que éste tiene y que deriva del contrato principal o de viaje combinado queda inalterable frente a su contraparte, que es, en todo caso, la agencia de viajes, aunque el subcontrato sea una relación que se origina precisamente para que esta parte pueda cumplir sus obligaciones.

A estos efectos debe tenerse en cuenta que el transporte es uno de los elementos integrantes del "viaje combinado", al que reiterativamente hace mención la citada Ley de 6 de julio de 1995 y la Directiva de la que emana. Baste señalar que entre las cláusulas que deben figurar en el contrato escrito figura la de "los medios, características y categorías de los transportes que se vayan a utilizar" (28).

(26) En el artículo de la Ley 21/1995 de 6 de Julio reguladora de los viajes combinados se definen los mismos, aunque de forma muy poco técnica y clara, siendo ello transcrito del artículo 2 de la Directiva del Consejo 90/314/CEE de 13 de Junio de 1990 relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados.

(27) Vid: De la Haza Díaz, P. *El Contrato de viaje combinado*, Madrid 1997, p. 90.

(28) Vid: Apartado c) del artículo 4 de la Ley 21/1995 de 6 de Julio y apartado a) del artículo 3 de la Directiva del Consejo de 13 de Junio de 1990.

En cuanto a la prestación del transporte aéreo, dentro de un "viaje combinado", al problema que, en su caso, pudiera presentarse respecto de responsabilidad por incumplimiento del contrato, queda resuelto tanto en la citada Ley como en la Directiva comunitaria. Dice el punto 3 del artículo 11 de la primera que "el resarcimiento de los daños que resulten del incumplimiento o de la mala ejecución de las prestaciones incluidos en el viaje combinado quedará limitado con arreglo a lo previsto en los convenios internacionales reguladores de dichas prestaciones" (29).

Esta posibilidad de limitación de responsabilidad de las Agencias no es unanimemente aceptada desde un punto de vista doctrinal. De la Haza Díaz (30) estima que en una Ley que se dirige a proteger al consumidor o cliente de la agencia en un contrato de viaje combinado, la regulación de las posibles limitaciones de la responsabilidad de la agencia no puede ser calificada más que de absurda, por lo contradictorio con la finalidad de la misma; hasta el punto de que dicha regulación interpretada textualmente, puede dejar en letra muerta el resto de la normativa sobre contratos de viajes combinados.

La precedente apreciación, al menos en lo que se refiere al transporte aéreo, puede resultar un tanto exagerado ya que una cosa es la limitación de responsabilidad y otra la exoneración de la misma. Y ello independientemente de las normas establecidas en la Unión Europea que vienen a derogar la dicha limitación de responsabilidad en el ámbito de las empresas pertenecientes a los países comunitarios.

7.- La responsabilidad en el tiempo

Hemos venido tratando de las prescripciones del Reglamento de 1997 en lo referente al "quantum" de las indemnizaciones, prescripciones que son fundamentales y que suponen un giro fundamental en relación con la legislación internacional vigente y con la Ley española de 1960. En lo referente al período de tiempo durante el cual operan las disposiciones del Reglamento en cuanto a la responsabilidad del transportista se dice que "el accidente que haya causado el perjuicio haya ocurrido a bordo de una

(29) Este artículo de la Ley es correlativo al párrafo 2 del artículo 5 de la Directiva.

(30) De la Haza Díaz, P. *El Contrato de viaje combinado*, Madrid 1997, p. 242.

aeronave o en el curso de cualquiera de las operaciones de embarque y desembarque". El legislador comunitario utiliza la misma fórmula que el Convenio de Varsovia de 1929 (art. 17) y que la Ley española de 1960 (art. 115). Este mimetismo tiene sus ventajas e inconvenientes. Ventajas, por cuanto no se diversifica una materia tan necesitada siempre de unificación; inconveniente, ya que la repetida fórmula delimitando la frontera de la responsabilidad del transportista arrastra las dudas y diversas interpretaciones que la práctica ha venido ofreciendo, no aportando alguna solución que las evite.

Fijar cuando el pasajero se encuentra a bordo de la aeronave no ofrece una especial dificultad. En cambio, sí pueden presentarse dudas en cuanto a la concreción de las operaciones de embarque y desembarque.

Por nuestra parte opinamos (31) que el transportista no extenderá su responsabilidad aeronáutica, es decir la regulada por el Reglamento, más allá de los momentos en que el pasajero, bajo sus indicaciones y sin que la respectiva voluntad del individuo altere los canales de movimiento, se dirija a la aeronave o la abandone. Estos momentos serán diferentes según la estructura de cada aeropuerto y según sean los controles y sistemas de despacho que también, en cada caso, se encuentren establecidos. Pudiera decirse que, en un momento determinado, nace la responsabilidad aeronáutica y este momento coincide con aquél en que el pasajero deja de moverse libremente y lo hace bajo precisas prescripciones del transportista, bien establecidas automáticamente bien por la actuación de sus agentes (32).

8.- Conclusiones

a) El Reglamento (CE) nº 2027/97, dada su propia naturaleza, es directamente aplicable en el seno de los Estados miembros, teniendo efecto

(31) Vid: Mapelli, E. "Responsabilidad del transportista aéreo durante operaciones de embarque y desembarque". *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares*, Vol. III, Curso 1993-94, pp. 201 y ss.

(32) En todo caso para determinar si un suceso encuadra en las operaciones de embarque o desembarque, resulta indispensable el examen de sus precisas y concretas circunstancias y, entre ellas, la estructura del aeropuerto en cuestión y de sus sistemas y canales. La jurisprudencia es abundante y de ella resulta difícil extraer definiciones genéricas ya que sus resultados atienden a dichas circunstancias de hecho.

directo sin requerir, para ello, una actividad normativa complementaria de los órganos estatales (33).

b) El Reglamento es aplicable a las compañías aéreas comunitarias entendiéndose como tal a todas las empresas de transporte aéreo que posean una licencia de explotación válida concedida por un Estado miembro de conformidad con el reglamento aplicable de la comunidad.

Sin embargo, se contienen algunas disposiciones que obligará a las Compañías aéreas establecidas fuera de la Comunidad que operan hacia, desde o dentro de la Comunidad.

Respecto de las Compañías aéreas comunitarias el Reglamento será aplicable a cualquier línea que operen sea internacional, intracomunitaria o doméstica.

En el Reglamento quedan sin regular determinadas cuestiones que seguirán, según proceda, gobernándose por el Convenio de Varsovia de 1929 o por la Ley española de 1960 (34).

c) El Reglamento pone punto final a la limitación de responsabilidad de que gozaban los transportistas aéreos e introduce, hasta una cifra determinada, su responsabilidad objetiva.

d) El Reglamento supone un anticipo, dentro del área europea comunitaria, del nuevo sistema que se anuncia como internacional y que, precisamente por ello, habrá de ser de muy larga elaboración y, en su día, de difícil aceptación por los Estados cuya evolución social y económica dista mucho todavía de ser paralela al sector que propugna las nuevas normas.

(33) Pérez González, M. ("Derecho comunitario y derecho interno", en *El Derecho de la comunidad europea*. Universidad Menéndez Pelayo, 1982, p. 100) sobre la aplicación directa dice que así lo ha destacado repetidamente el Tribunal de Justicia respecto, por ejemplo, del reglamento, el cual "en razón de su misma naturaleza y de su función en el sistema de las fuentes de Derecho Comunitario, produce efectos inmediatos y es, como tal, apto para otorgar a los particulares derechos que las jurisdicciones nacionales tienen la obligación de proteger".

(34) Si bien el principio general del reparto de competencias entre comunidad y Estados miembros permite la intervención de los Estados miembros mientras la Comunidad no ejercite su competencia en una materia concreta, en una serie de sectores el Tribunal de Justicia ha afirmado la existencia de un régimen de exclusividad de la competencia en favor de la Comunidad, independientemente de su ejercicio o no por la misma (Vid: Iberia, Líneas Aéreas de España, Asesoría Jurídica, *El transporte aéreo en la CEE*, Madrid 1989, p. 16).

LA PROTECCION INTERNACIONAL DE LOS DESPLAZADOS INTERNOS*

Alfredo H. RIZZO ROMANO
Director del I.H.L.A.D.I.

Indice

- I.- Proemio.**
- II.- Regulación jurídica de los desplazados internos.**
- III.- Derechos y obligaciones de los desplazados internos.**
- IV.- Obligaciones internacionales de los Estados y otros sujetos del
DIP.**
- V.- Protección Jurídica internacional de los desplazados internos.**
- VI.- Conclusiones y recomendaciones**

* Comunicación presentada en el XX Congreso del I.H.L.A.D.I.

Capítulo I.- Proemio.

La movilidad de los individuos y grupos humanos ha producido, desde el comienzo de la historia, desplazamientos individuales, familiares, de grandes colectividades, migraciones masivas que Arnold TOYNBEE denominaba con el término germánico "Völkerwanderungs", de uno a otros países o dentro de los diversos Estados miembros de la comunidad internacional, por un espectro muy amplio de motivaciones, inter alia: económicas, políticas, culturales, étnicas y religiosas.

Podríamos decir que el desplazamiento constante es -todavía- una tendencia innata del ser humano, que busca -como es lógico- el mejoramiento de su situación, un "habitat" más digno, escapar a los peligros y encontrar -en suma- una "tierra prometida" donde asentarse y convertirla así -sedentariamente- en la Patria (tierra de los padres) donde vivirá en el futuro, con sus familiares y allegados, organizándose jurídicamente, y dando -incluso- la vida misma, por ese asentamiento en el que encuentra la debida y necesaria protección para prosperar.

Así se formaron los Estados que, junto a las religiones, constituyen los grupos humanos más perennes, que superan los milenios y aventajan a cualquier otra organización, donde priven intereses crematísticos, por más importantes que sean.

Es que la trascendencia del fin ético del Estado o la superioridad del espíritu sobre la materia y una vida superior después de la muerte, confieren a estas dos entidades (Estado e Iglesias Universales) una neta superioridad sobre cualquier otra construcción humana cuya finalidad sea la de un mero lucro.

Por eso el Estado, con sus cinco sustratos esenciales: 1) Material o territorio; 2) Jurídico o gobierno; 3) Biológico o poblacional 4) Autonomico o gobierno; y 5) Etico o finalidad de bien común, es tan superior a los entes transnacionales y otras organizaciones que carecen de tal fin ético (1).

(1) Rizzo Romano, Alfredo H.: *Derecho Internacional Público*, 3ª Edición, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1994, p. 80.

Cuando el estado conviene -en forma expresa o tácita- con otros Estados y demás sujetos de la comunidad, reglas jurídicas para la mutua convivencia, estamos en presencia del Derecho Internacional Público, al que interesan tales desplazamientos humanos en la medida que pongan en peligro la paz y la seguridad internacional y no se transgredan las reglas básicas del derecho humanitarios que pueden dar lugar a lo que desde antiguo se llamaron "intervenciones de humanidad" (2).

Pero también incumbe, de forma prioritaria, a los Estados civilizados garantizar a sus propios ciudadanos y a los demás grupos humanos, cualquier desplazamiento interno que no signifique transgredir normas y poner en peligro bienes supremos reconocidos en la legislación respectiva.

Por eso concurren en la materia "sub studeo" -y en ocasiones pueden llegar a colisionar- normas de derecho interno y de derecho internacional (comunitario o humanitario).

En una nueva disciplina que se denomina Polemología se estudia y comprueba que en los 98 años de este siglo que termina, sólo hubo 10 días sin guerras internas o internacionales.

La actual situación en regiones y Repúblicas que integraron la ex Yugoslavia y en naciones próximas, en Estados africanos, asiáticos y americanos donde estos desplazamientos han originado graves violaciones a regulaciones jurídicas internas e internacionales que afectan -como afirma el profesor SYQUIA (3) a nada menos que 25 millones de desplazados internos y 13 millones de refugiados, vale decir un conjunto de 40 millones de personas, en la clarísima ponencia presentada ante este Congreso, me impulsaron a presentar esta comunicación como un simple y humilde complemento de tan elevado trabajo, producido por un doble colega de la International Law Association (I.L.A.) y de nuestro Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional (IHLADI), cuyos quilates valoro debidamente.

(2) *Idem*, p. 512 a 519.

(3) Syquia, Enrique P.: "La protección internacional de los desplazados internos", ponencia para el XX Congreso del IHLADI, p. 4.

En la Oficina Regional para el Sur de América Latina (Buenos Aires) del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), mi distinguido ex alumno Osvaldo BASTIDA me ha proporcionado un material de excepcional valor que comprende dos gruesos volúmenes de "Aproximaciones a la situación de los desplazados en el Perú" (vol. I) y "Estudio de identificación de pequeños proyectos de generación de ingresos con familias desplazadas por violencia política". Huancayo e Ica, Perú (vol. II), publicados por esa Oficina del ACNUR, la Comisión Andina de Juristas y la Comisión Episcopal de Acción Social (4).

Ante este grave problema que aqueja a la República del Perú, se le une el no menos grave y similar de Colombia, sobre el que contamos con los amplios y detallados informes de Mercedes ASSORATI y la Veeduría Internacional al "éxodo en el sur de Bolívar" de muy reciente fecha (16 al 31 de Julio 1998), con intervención del ACNUR, Organismos No Gubernamentales y las Embajadas del Canadá y Suiza (5).

Esto -dado el carácter hispano-luso-americano y filipino de nuestro instituto- para no señalar más de los desplazamientos internos que requieren protección jurídica en la región; sin contar con el movimiento brasileño de los "sin tierra", que amenaza propagarse por la Argentina, Paraguay y Uruguay, así como otras migraciones poblacionales en México.

Limitándonos a los casos del Perú y Colombia, respecto del primer país, el entonces Representante personal del ACNUR para el Sur de América Latina, Mohammed BENAMAR expresó en la "Presentación" de esa compilación -con mucha precisión- que: "Las personas obligadas a abandonar sus hogares por la violencia, aún permaneciendo en el interior del territorio nacional, pueden encontrarse en una situación similar a la de los refugiados que buscan asilo en el exterior, en particular en los países fronterizos".

(4) Lima, marzo 1993, ACNUR-CAS y Lima, Mayo 1994, convenio de cooperación CAS-CEAS, respectivamente.

(5) Assorati, Mercedes: *Informe interno sobre visita al Sur de Bolívar (16 al 19/7/1998)*. Buenos Aires, 1998 y Boletín n° 24, Julio 16 al 31 de 1998 ACNUR: *Veeduría Internacional a Exodo en el Sur de Bolívar (Colombia)*, Buenos Aires, 1998.

Desde el fin de la primera guerra mundial la comunidad internacional había previsto instrumentos jurídicos que permitían proteger a los refugiados. Hoy en día se encuentran, bien definidos, en la Convención de 1951 y su Protocolo Adicional de 1967 supervisado por el ACNUR.

No es así para las personas desplazadas en el interior de su país, aún cuando la historia contemporánea nos recuerda regularmente la aparición de tales grupos que necesitan la ayuda humanitaria internacional. Teniendo en cuenta la similitud de la situación de las personas desplazadas internas y de los refugiados, generalmente la "mirada humanitaria" se dirige al ACNUR que no puede tomar iniciativa alguna en favor de aquéllos sin una decisión del Secretario General de las Naciones Unidas, de la Asamblea General de la ONU o de su Consejo Económico y Social. Han habido, por supuesto, precedentes en que el ACNUR fue invitado a prestar su asistencia, como fuera el caso de Sudán en 1972.

Después de varios años la situación de las personas desplazadas en el interior del Perú ha sido objeto de diferentes evaluaciones y sin ninguna duda, constituye un ejemplo de convergencia de opiniones en la medida que tanto las autoridades nacionales, como numerosas agencias internacionales, inter-gubernamentales y no-gubernamentales, estiman que una acción humanitaria en favor de las personas desplazadas peruanas podría constituirse en un factor determinante para la paz social.

El ACNUR había realizado desde 1991, diferentes sondeos y gestiones necesarias referidos a la situación de las personas desplazadas en el interior del Perú, en el marco de unas estrategias de prevención, que trata de evitar que personas de esa categoría huyan de su país para refugiarse en el extranjero en búsqueda de auxilio y de protección.

Las autoridades peruanas han manifestado claramente su interés por obtener una cooperación humanitaria internacional, eliminando así el principal obstáculo: consideraciones de soberanía nacional.

Precisamente como consecuencia de solicitudes reiteradas del Gobierno peruano, el Secretario General de la ONU designó en enero de 1994, al PNUD para asumir la responsabilidad de cualquier programa relativo a este tema, en cooperación estrecha con las otras agencias de las Naciones Unidas.

A la espera de una estrategia inter-agencias, el ACNUR solicitó a la Comisión Andina de Juristas actualizar los datos que nos permitieron imaginar un escenario en forma de proyecto piloto en dos provincias reuniendo todos los criterios de ejecución.

El primer volumen del presente documento -originalmente de carácter estrictamente interno- fue sometido al ACNUR en marzo de 1993 por la Comisión Andina de Juristas a quien agradecemos vivamente por su constante colaboración. El segundo volumen que complementa el trabajo realizado en el primero fue concluido en Mayo de 1994. La II jornada sobre Refugiados y Desplazados en el Sur de América Latina (15-17 de noviembre de 1994) es una oportunidad para presentar el documento a los participantes, siendo conscientes que tal escenario exige un reajuste a las realidades más recientes.

Pero cualquiera sea la forma en que se manifieste un gesto de solidaridad humanitaria en favor de las personas desplazadas del Perú, sólo la cooperación inter agencias, como siempre lo recordara la señora Sadako OGATA, Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Refugiados, podría canalizar una verdadera y positiva acción internacional...”.

La actuación de un movimiento guerrillero como “Sendero Luminoso” y la actuación muy dura de las fuerzas armadas y de seguridad, cursaron en una pobre e indefensa población civil, la necesidad imperiosa, para salvar su vida y bienes, de tales desplazamientos internos a sitios o “santuarios” urbanos de refugio, como Lima, Ica y Huancayo.

Esta situación que -felizmente- parece haber sido superada, tras la detención del jefe senderista Abigail GUZMAN y otros dirigentes, afectó a cientos de miles de ciudadanos peruanos.

En esta Nación no existe estatuto interno que reconozca a los desplazados internos, la condición de beneficiarios de regímenes especiales de asistencia o protección.

Por ente, se debió recurrir a las normas generales sobre derechos humanos y las propias del Derecho Internacional Humanitario.

Respecto a las primeras, Perú es parte del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos y del Protocolo Facultativo anexo, así como de la Convención Americana de derechos Humanos (Pacto de San José de

Costa Rica), habiendo aceptado la competencia contenciosa de la Corte Interamericana.

Asimismo, esta Nación ratificó la Convención sobre los Refugiados (1951) y su Protocolo Ampliatorio (1967).

También es parte en los convenios de Ginebra y con respecto a los Protocolos Adicionales I y II estos fueron aprobados pero están aún sin ratificación legal.

El Estado Peruano no ha declarado oficialmente que el Derecho Internacional Humanitario debe aplicarse al conflicto en estudio, que se desarrolló desde 1980.

En cuanto al derecho interno el art. 105 de la Constitución de 1979 de tal Nación, concede a los textos internacionales aprobados por el Congreso, fuerza de normas supremas.

También se establecen garantías constitucionales como el habeas corpus y el amparo.

El art. 231 de la misma concede autorización al gobierno, como excepción para adoptar medidas que afecten los derechos a la libertad personal, tránsito, inviolabilidad de domicilio y libre reunión, cuando concurren circunstancias que pongan en grave riesgo la seguridad ciudadana.

Esta Constitución fue revisada quince años después.

Para la lucha contra Sendero Luminoso se dictó la ley 24.150 (1985) autorizando la formación de Comandos Políticos Militares, “...con atribuciones de gobierno sobre la población civil...”.

En esta querida Nación hispano americana, la acción de la Iglesia Católica, a través de instituciones como la Comisión Episcopal de Acción Social (CEAS), y CARITAS (inter alia) ha revestido fundamental importancia, en defensa y a favor de los desplazados internos.

Esta Iglesia Universal y Sujeto de Derecho Internacional Público, también actúa a través de la O.A.A.S.A. (Oficina Arquidiocesana de Acción Social) y de la Coordinadora de Trabajo Andina (COTANDINA).

La violencia en el Perú llegó a extenderse a casi el cincuenta por ciento de su territorio.

Instituciones como CARITAS ayudaron muchísimo a estos desplazados, al igual que el Comité Internacional de la Cruz Roja, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y muchos otros organismos de benéfica actuación humanitaria.

Con la derrota del grupo terrorista dirigida por Abigail GUZMAN, este grave problema socio-político-económico de los desplazados internos, tiende a solucionarse.

Ahora el problema subsiste -y desde hace varias décadas- en la hermana República de Colombia.

Diversos grupos guerrilleros y el grave flagelo del narcotráfico, sumieron en una difícil situación a millones de pacíficos ciudadanos.

En las obras aludidas en la nota nº 5 se informa con detalle el éxodo masivo en el sur de Bolívar, ante amenazas de los paramilitares, que afectaron a miles de campesinos (6).

Ante ello tomaron intervención el ACNUR, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la Cruz Roja Española, Delegados de las Embajadas de Suiza y Canadá y las Brigadas Internacionales de Paz.

La Universidad Colombiana de La Paz fue ocupada por los desplazados, y ante la gravedad del problema el Presidente de la República debió reunirse con Alcaldes locales, el Ministro del Interior y el Defensor del Pueblo en la Ciudad de Cartagena de Indias.

Otros graves hechos -con desplazamientos de pueblos enteros, hambre generalizada y epidemias, además de hechos violentos- tuvieron lugar en la zona del río Magdalena medio.

Lo mismo sucedió en la región Noroeste de Antioquia.

El experto peruano Diego GARCIA S. del grupo de trabajo de la ONU sobre Desapariciones Forzadas, el 17/7/98 denunció que Colombia registraba el mayor número de casos de desapariciones, responsabilizando a las fuerzas paramilitares y al terrorismo de Estado.

Los desplazados en Colombia pasan del millón (24/7/98) (7).

La reciente reunión del nuevo Presidente de Colombia con Jefes de la Guerrilla, llevó algunas esperanzas, pero los hechos recientes demuestran que no será sencillo terminar con estos flagelos.

En Brasil los desplazamientos del movimiento de los "Sin Tierra" pueden producir graves consecuencias.

Capítulo II.- Regulación Jurídica de los desplazados internos.

Poco podemos añadir a lo expuesto por el Profesor Syquia en su ponencia.

El Documento E/CN 4/1992/23, p. 5 de la ONU, en el Informe Analítico del Secretario General de la Organización mundial, se refiere a "Las personas que han sido obligadas a huir de su hogar repentina e inesperadamente en un gran número, como resultado de un conflicto armado, disensiones internas, violaciones sistemáticas de los derechos humanos o desastres naturales o provocados por el hombre y que se encuentran dentro del territorio de su propio país".

Esta definición ha sido criticada en la 68ª Conferencia de la International Law Association (ILA), celebrada en Tapei del 24 al 31 de mayo de 1998, y el Comité Internacional sobre Desplazados Internos de tal institución, en tres aspectos:

- 1) La huida del hogar en forma repentina e inesperada, pues algunas causas que provocan los desplazamientos, pueden tener carácter continuo;
- 2) La calificación de la huida de seres humanos con la frase "en gran número", pues excluye actos individuales o de pequeños grupos, que deben ser objeto de protección, por aplicación analógica de la Convención sobre Refugiados (1951) que se refiere a "cualquier persona";
- 3) La calificación de las huidas por "desastres naturales o provocados por el hombre", ya que éstos caen "dentro de los derechos sociales y eco-

(6) Diario *El Espectador*, Bogotá 17/7/98.

(7) Boletín Nº 24 ACNUR, Bs. As. "Veeduría Internacional a Exodo en el Sur de Bolívar", p. 17, Bs. As. 1998, mimeografiado.

nómicos" de tales desplazados (bajo exclusiva jurisdicción y protección de los respectivos gobiernos).

En este último punto disentimos -respetuosamente- con la crítica de la I.L.A., porque los Estados en que se producen tales "desastres naturales o provocados por el hombre" (pensemos en Chernobyl, donde la ex URSS pese a todo su poderío de aquel entonces necesitó de ayuda internacional, o en un atentado en Itaipú o Yacyretá o en la destrucción de una represa en la India por efectos de un microseísmo, etc.); pueden estar impedidos de prestar la debida asistencia a quienes se desplazan internamente como resultado de tales desastres, o incluso, pudiendo prestar esa asistencia, pueden estar interesados en no prestarla, por existir una manifiesta hostilidad a un determinado grupo étnico o por razones políticas o religiosas (piénsese en los kurdos dentro de Iraq).

La amplitud de la definición de la O.N.U. prevé asistencia humanitaria, en tales supuestos de no difícil concreción; por lo tanto, para nosotros "desplazados internos" son personas o grupos de personas que han sido obligadas a huir o salir de su hogar o lugar de su residencia habitual, como resultado de conflictos armados, disensiones internas, desastres naturales o provocados por el hombre, violencia generalizada o violaciones sistemáticas de los derechos humanos; y que no han cruzado el límite internacional de un Estado, reconocido internamente.

La "lex loci" determina que el Estado donde se producen tales desplazamientos es el que debe protegerlos y asistirlos.

No obstante puede ocurrir: 1) Que el mismo Estado y/o sus agentes, sean los causantes de los desplazamientos internos; 2) Que el Estado no esté dispuesto a proteger y asistir a sus ciudadanos por razones políticas, económicas, étnicas, religiosas, etc.; 3) Que el Estado sea el causante de la violación de los derechos humanos (casos de "terrorismo estatal"); o 4) Que no esté en capacidad fáctica de proteger y asistir a los desplazados internos.

En estos cuatro supuestos, desde el punto de vista del Derecho Internacional Humanitario, del Derecho de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Público General, estas personas físicas son consideradas como refugiados "de facto" y comprendidos en el Derecho de los

Refugiados, de allí que pueda y deba intervenir el ACNUR; sin perjuicio de la responsabilidad de los Estados nacionales donde se producen tales desplazamientos.

Así lo ha reconocido la Organización de las Naciones Unidas en el Documento E/CN 4/1996/52 Add. 2, pág. 5.

Ante ello se torna necesario, como bien afirma el Prof. SYQUIA, establecer un estandar mínimo de derechos y obligaciones hacia los Estados y Comunidad Internacional, de los desplazados internos.

Capítulo III.- Derechos y Obligaciones de los desplazados internos.

En la ciudad de Buenos Aires, entre los días 22 al 24 de Agosto de 1995, tuvo lugar un importante "Seminario sobre Derecho de Refugiados en el Sur de América Latina: armonización legislativa y de procedimiento", con los auspicios de los Ministerios de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto y del Interior de la República Argentina, organizado por la Oficina Regional para el Sur de América Latina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.

Sus conclusiones fueron publicadas en la Colección "Estudios Internacionales" del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile (8).

En tal Seminario expuso sobre el tema "Los Desplazados Internos: situación jurídica y propuesta de acción", el Director Adjunto de la Comisión Andina de Juristas, Francisco J. EGUIGUREN P. (9).

Este autor pone de manifiesto que "la azarosa e inestable historia política latinoamericana, propició que en nuestro continente (desde el siglo pasado) se desarrollaran tanto al nivel de la práctica como de las convenciones internacionales, la institución del asilo, como un mecanismo de protección para las personas que padecían persecución política..." Más tarde, al ser el continente receptor de personas provenientes de áreas europeas en conflicto, se produjo el fenómeno del refugio.

(8) Compiladora Jeannette Irigoien Barrenne, Santiago de Chile, 1996, 327 págs. y anexos.

(9) *Op. cit.* ps. 29 a 35.

Desde la década del 70 tuvieron lugar conflictos armados internos en el área centroamericana (Nicaragua, El Salvador, Honduras, Guatemala), y ellos produjeron movimientos masivos de personas (en general pobres y marginados).

En el Perú llegaron a ser 600.000 los desplazados y en Colombia se habla de 650.000 ó 1.000.000 de individuos.

“Desplazado interno” es, para este autor: “Toda persona que se ha visto forzada a migrar dentro del territorio nacional, abandonando su localidad de residencia o sus actividades económicas habituales, porque su vida, integridad física o libertad han sido vulneradas o se encuentran amenazadas, debido a la existencia de cualquiera de las siguientes situaciones causadas por el hombre: conflicto armado interno, disturbios o tensiones interiores, violencia generalizada, violaciones masivas de los derechos humanos u otras circunstancias emanadas de las situaciones anteriores que puedan alterar o alteren drásticamente el orden público”.

Esta definición se asemeja a la nuestra, salvo el agregado final y la mención del “orden público”, que el autor ha tomado “Declaración de Cartagena de Indias” (Colombia) del 22 de noviembre de 1984, ampliando el concepto de refugiado.

Resulta indudable que la situación del desplazado interno es más grave y desventajosa que la del refugiado externo, por la defectuosa regulación del instituto referido al primer caso, las interferencias nacionales, los mayores riesgos que corren (el caso de Camboya y el Khmer Rojo viene a nuestra memoria) y el no siempre solidario apoyo de la Comunidad Internacional.

Entre los derechos de los desplazados internos consideramos los siguientes:

- 1) Conservar intactas sus libertades y seguridades personales;
- 2) Serles proporcionados documentos de identidad personal, en forma gratuita;
- 3) Ser convenientemente indemnizados por la pérdida de sus bienes;
- 4) Recibir vivienda y alimentación adecuada;

- 5) Recibir servicios sociales y protección médica;
- 6) Recibir nuevas tierras si debieron abonar las propias;
- 7) Un adecuado resguardo de los derechos humanos, en iguales condiciones al resto de la población (en especial el derecho a la reunificación familiar);
- 8) Conservar sus costumbres ancestrales, idioma y religión;
- 9) Gozar de los mismos derechos y garantías del resto de la población;
- 10) Como civiles, ante un eventual conflicto internacional, gozan de la protección de la Cuarta Convención de Ginebra (1949) y su Protocolo I (1977).

Entre sus obligaciones se encuentran:

- 1) Prestar -en igualdad de condiciones con el resto de la población- todos los servicios en situaciones de emergencia (lucha contra grandes siniestros y similares);
- 2) Ser convocados en los Estados que tienen régimen de Servicio militar obligatorio, en igualdad de circunstancias al resto de la población;
- 3) Deber de lealtad a las legítimas autoridades del Estado;
- 4) Cumplir con las mismas obligaciones del resto de la población, que sean compatibles con su condición de “desplazados internos”;
- 5) Abstenerse de causar molestias innecesarias al resto de la población;
- 6) Abstenerse de producir daños en los bienes muebles o inmuebles ajenos;
- 7) Abstenerse de reuniones masivas innecesarias en los medios urbanos, que paralicen o causen graves problemas en las actividades ciudadanas;
- 8) Designar delegados o autoridades propias que puedan tratar con los funcionarios estatales los problemas que se susciten;
- 9) Desplazarse en orden, por los lugares públicos, y no causar daños en los sitios itinerarios o de acampamento;
- 10) Respetar todas las normas de derecho interno compatibles con su condición y accionar ambulatorio.

Este decálogo -y el anterior- serán considerados como “estandar mínimo de derechos y obligaciones de los desplazados internos”.

Capítulo IV.- Obligaciones internacionales de los Estados y de otros Sujetos del Derecho Internacional Público.

Coincidimos plenamente con el Prof. SYQUIA en que “el deber y la obligación básica del Estado es asistir y proteger a sus ciudadanos y nacionales”.

Ello ocurre a través de las normas de su derecho interno.

Estas leyes no deben entrar en conflicto con las del derecho internacional general, regional o bilateral, así como con el derecho de los tratados (Convención de Viena 1969) el derecho de los derechos humanos o el derecho internacional humanitario.

En materia de derecho internacional convencional -como muy bien apunta el Prof. SYQUIA- juegan los principios “*pacta sunt servanda bona fide*” y “*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*”.

En forma similar a la Constitución de la República de Filipinas (1987, artículo II, Sección 2) la Constitución Argentina después de la reforma de 1994, establece en su artículo 75 inciso 22 que “... Los tratados y concordatos tiene jerarquía superior a las leyes”; y agrega que: “La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación de la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios en los derechos y garantías por ellos reconocidos. Solo podrán ser denunciados en su caso, por el Poder

Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional...”

Los Estados nacionales de América Latina, en su inmensa mayoría han ratificado legalmente la Convención Interamericana de Derechos Humanos (1969), lo mismo acontece en Africa con la Carta Africana de Derechos Humanos (1981).

Europa fue pionera con la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (1950).

Aun con anterioridad (1948) dentro de la Organización de las Naciones Unidas, se suscribió la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Una inmensa mayoría de los Estados civilizados que integran la Comunidad Internacional, han ratificado estos pactos humanitarios que -en forma directa o indirecta- consagran obligaciones internacionales respecto de los desplazados internos.

Los organismos internacionales de carácter regional o universal, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Organización de Estados Americanos, la Organización de las Naciones Unidas, a través de Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), tienen -conforme sus respectivos Estatutos- obligación de actuar con celeridad y eficacia ante las denuncias individuales o colectivas de los desplazados internos.

Si el problema de estos últimos se incrementa, las Naciones Unidas tendrán que designar un Alto Comisionado para los Desplazados Internos.

Capítulo V.- Protección Jurídica Internacional de los Desplazados Internos.

El Estado como sujeto del derecho interno y del derecho internacional está obligado a proteger y asistir a todos los habitantes del mismo, a través de sus autoridades “*de iure*” o “*de facto*”, como ya se ha dicho.

En esta materia rigen diversas reglas jurídicas:

1) El Estado donde se producen los desplazamientos internos, de magnitud y con transgresión de norma elementales del derecho interno e internacional, conforme las definiciones que se dieron "ut supra", como entidad soberana (la soberanía o sustrato autonómico es, junto al territorio o sustrato material, el gobierno o sustrato jurídico, la población o sustrato biológico y el orden ético o finalidad de bien común, conforme nuestra posición un elemento esencial del Estado) (10) deberá asistir a todos y cada uno de tales desplazados, proporcionándoles las protecciones y asistencias que se reseñaron anteriormente, sin perjuicio a las obligaciones que a ellos les compete.

En principio, mientras esto se produzca, la comunidad internacional se abstendrá de intervenir (11) no vulnerándose el sustrato autonómico de tal Estado.

2) En circunstancias especiales en resguardo de la vida y otros derechos fundamentales de los desplazados internos, tal entidad soberana podrá requerir ayuda e intervención a organismos mundiales o regionales, u organizaciones no gubernamentales especializadas (ejemplo ONU, OEA o Cruz Roja), las que actuarán con el consenso estatal.

3) En casos extremos y circunstancias similares, en que pelagra la vida, se transgredan abiertamente estos derechos fundamentales y humanitarios, cuando la ayuda requerida por los desplazados internos no es prestada por el Estado donde se desplazan, ni éste permite la actuación de los organismos consignados en el punto anterior; la comunidad internacional, a través de la Organización de las Naciones Unidas, cuando se ponga en peligro la "paz y seguridad internacional", a través del Consejo de Seguridad podrá intervenir en el territorio del Estado donde se produzcan los hechos (arts. 24, 25 y ccs. de la Carta de la ONU).

Es evidente que el sustrato autonómico, sin el fundamento ético del Estado, y transgrediéndose el elemento jurídico, no podrá regir independientemente.

Ya en el siglo XIX los internacionalistas establecieron el concepto de "intervenciones de humanidad", en resguardo de los derechos fundamentales de muchos pueblos cristianos que dentro del Imperio Otomano recibían un trato cruel e inhumano.

Este Imperio estaba regido, en forma casi teocrática, por el Derecho Islámico, que desprotegía a los no musulmanes.

Las masacres de 1839 contra los griegos y el levantamiento del Príncipe Ypsylanti motivaron la intervención de países europeos.

Estas "intervenciones de humanidad", constituyen excepciones al principio general de soberanía y competencia ilimitada del Estado en su propio territorio.

El distinguido ponente Dr. SYQUIA ha dejado sentado con precisión en un trabajo anterior a la ponencia "sub studeo" que: "Hay una aceptación universal de la inviolabilidad de los derechos humanos y ello ha conducido a la preeminencia de los derechos humanos y del humanitarismo, tanto que es ahora aceptado que en ciertos casos, el Estado tiene que ceder ante el individuo, y la soberanía del Estado tiene que someterse a las exigencias de la humanidad (12).

Veamos ahora la escasa normativa aplicable en estos casos.

En 1972 el ACNUR, ante la crisis de los desplazados en Sudán, fue "invitado a prestar su asistencia".

El 5 de abril de 1991 el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, dictó la Resolución 688, extendiendo la protección internacional a los desplazados internos kurdos en Iraq.

A partir de este caso existen diversas Resoluciones dictadas en protección de los desplazados internos.

El caso de los kurdos de Iraq no resulta paradigmático, pues tras sus persecuciones y desplazamientos, se esconde un verdadero problema político, consistente en la formación de un Estado independiente que, bajo el nombre de Kurdistán, comprende a los integrantes de esta etnia, dis-

(10) Rizzo Romano, Alfredo H.: *Op. cit.*, en notas (1) y (2), ps. 115 a 136.

(11) *Idem*; p. 152 y sgtes.

(12) Syquia, Enrique P. en su contribución al "*Liber Amicorum*" en homenaje al Embajador Dr. Héctor Gros Espiell, p. 1554.

persos en Iraq, Turquía, Armenia e Irán, en una zona de alrededor de 150.000 kilómetros cuadrados, poblada por 10 millones de kurdos.

En otras resoluciones del C.S. se establecieron "zonas de seguridad", "corredores seguros", "corredores humanitarios" o "áreas seguras", para los desplazamientos internos; también se han establecido órganos jurisdiccionales para juzgar los crímenes y violaciones del derecho internacional y del derecho humanitario.

En julio de 1998 quedó constituido, en la reunión de Roma, el Tribunal Internacional que juzgará estos crímenes contra la humanidad.

Otros órganos de la ONU que se han ocupado de estos temas son -inter alios-: la Asamblea General, la Organización Mundial de la Salud, el Consejo Económico y Social, la UNICEF y la FAO, que han aportado ayuda importante a los desplazados internos, especialmente en el área africana.

También la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) cumple un rol preponderante en la asistencia y protección de casi 40 millones de refugiados y desplazados, mientras no se cree -como propiciamos- una dependencia especial para estos últimos.

En el orden de los organismos no gubernamentales (O.N.G.) sujetos del Derecho Internacional que siguiendo a Johan Galtung denominamos I.N.G.O.S. (Internationals Non Governmentals Organizations) (13) no podemos dejar de mencionar al Comité Internacional de la Cruz Roja (C.I.C.R.) que actúa en virtud de lo dispuesto en la Convención de Ginebra (1949) y los Protocolos Adicionales I y II (1977) (14).

Otras entidades similares son la Media Luna Roja Internacional, las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y las Federaciones respectivas, así como muchas otras entidades de la Iglesia Católica y otras Confesiones Religiosas, como las mencionadas "ut supra" (casos del Perú y Colombia).

En el orden regional intervienen organismos como la OEA, el Consejo de Europa y la Organización de la Unidad Africana.

(13) Rizzo Romano, Alfredo H.: *op. cit.* en notas (1) y ccs. p. 815.

(14) *Idem* ps. 536 a 557.

Capítulo VI.- Conclusiones y recomendaciones.

I) El problema de los desplazados internos por la magnitud de los seres humanos afectados, reviste el doble carácter de humanitario interno e internacional.

II) Aunque el Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (Anexo de la Resolución 428 - V - AG., del 14/12/1950) no prevé en forma expresa la intervención de este funcionario internacional, en los casos de "desplazamientos internos" (artículos 6 a 8), la práctica basada en el art. 9 del mismo, que lo habilita para "... emprender cualquier otra actividad adicional que pueda prescribir la Asamblea General...", resulta conveniente y necesaria.

III) Compete a los Estados nacionales la responsabilidad primaria respecto a la protección, asistencia y bienestar de los "desplazados internos".

IV) La salvaguarda de los derechos fundamentales de tales desplazados, cuando el Estado al que pertenecen no los protege debidamente, requieren el apoyo y ayuda de la O.N.U.

V) Tal protección será prestada, a solicitud de las autoridades "de iure" o "de facto" de dicho Estado o -incluso- en defecto o contra la opinión de las mismas.

VI) Resulta conveniente que el IHLADI propicie la creación, con funciones específicas, de una Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Desplazados Internos (ACNUDI), con su correspondiente Estatuto o la ampliación de las atribuciones del ACNUR, modificándose su carta.

VII) Además, aprovechando que este año se festeja el cincuentenario de la Declaración Universal de Derechos Humanos (10/12/1948), resultaría conveniente que el XX Congreso del IHLADI indique la conveniencia de que la O.N.U., como ya lo hizo por la Convención del 28/7/1951 para los Refugiados (Protocolo del 31/1/67) y para los Apátridas (28/9/1954 y 30/8/1961); establezca una Convención similar sobre el Estatuto de los Desplazados Internos.

VIII) Resultaría conveniente que -en forma previa- la Asamblea General de la O.N.U., por medio de una Resolución defina con exactitud el concepto de "Desplazados Internos"; no obstante, lo que surge del

Documento E/CN.4/1992/23 de la O.N.U. al que nos referimos en el Capítulo II, de nuestra particular propuesta definitiva, la del Profesor SYQUIA y la del Licenciado EGUIGUREN.

AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN EL MERCOSUR Y EN LOS PAISES ASOCIADOS

Amalia URIONDO DE MARTINOLI
Asociado del I.H.L.A.D.I.

SUMARIO

I.- CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

II.- PANORAMA LEGISLATIVO

1. Competencia judicial internacional

A) Dimensión institucional

B) Dimensión convencional

C) Dimensión autónoma

2. Derecho aplicable

A) Dimensión convencional

B) Dimensión autónoma

3. Viabilidad del acogimiento de la autonomía de la voluntad en materia contractual

III.- REGIMEN DE BIENES EN EL MATRIMONIO

1. Determinación de la ley aplicable

A) Dimensión convencional

B) Dimensión autónoma

2. Calificación del punto de conexión

3. Conflicto móvil

4. Forma del acto y publicidad

5. A modo de conclusiones

IV.- PROPUESTAS

I.- CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

El trabajo está dedicado a investigar el grado de aceptación de la autonomía de la voluntad como criterio atributivo de competencia judicial internacional y de derecho aplicable por los instrumentos del Mercosur, la red convencional que envuelve a sus Estados miembros con los países asociados y por las normas de fuente interna. Esta inquietud responde a la necesidad de brindar respuestas a los particulares, por cuanto la entrada en vigor del Protocolo de Ouro Preto (1) y con el propósito de fortalecer el proceso de integración de América Latina, acorde al principio del regionalismo abierto, el Mercosur firma el 25 de junio de 1996 -en Potrero de Funes, Provincia de San Luis, República Argentina- los Acuerdos de Complementación Económica con Bolivia y Chile para la creación en el plazo máximo de 10 años de una Zona de Libre Comercio. Su objetivo es profundizar las relaciones económicas y comerciales mediante un paulatino crecimiento de intercambios exteriores.

Los Títulos XIV y XII respectivamente, están dirigidos a consolidar la integración física, pues compromete a los Estados signatarios a facilitar, "el tránsito de personas y la circulación de bienes, promover el comercio entre las Partes Contratantes y en dirección a terceros mercados" (arts. 34; 32 y 33). A su vez, sabemos que el Mercosur implica la "libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países que lo constituyen" y que la conclusión de los Acuerdos amplía el espacio económico integrado.

La situación descripta provoca el nacimiento de relaciones jurídicas entre particulares y la preocupación por solucionar los eventuales conflictos que las mismas pueden suscitar. Entre ellas privilegiamos el contrato y el régimen económico del matrimonio por ser relaciones en donde subyace el principio de la autonomía de la voluntad.

El contrato, porque es la herramienta que instrumenta y más claramente refleja el tráfico mercantil internacional. El régimen patrimonial matrimonial, porque es previsible el traslado de personas dentro del espa-

(1) El Protocolo de Ouro Preto fue aprobado legislativamente por: Argentina (Ley 24.560, del 20/9/95); Paraguay, (Ley 596/95 del 15/6/95) y Uruguay (Ley 16.712 del 1/9/95). Entró en vigencia el 15 de diciembre de 1995 luego de treinta días de depositado el tercer instrumento de ratificación en la Cancillería paraguaya.

cio integrado y este hecho pone en relieve la existencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos interesados en su regulación. Es precisamente en estas materias en donde el D.I.Pr. adquiere un rol protagónico en orden a dilucidar la competencia judicial internacional y el derecho aplicable.

La ausencia de un convenio que comprenda a todos los países comprometidos nos obliga a recurrir a las codificaciones americanas y a las fuentes internas, a fin de destacar las simetrías y asimetrías más significativas que revela el panorama legislativo de la región.

II.- PANORAMA LEGISLATIVO

La estructura jurídica del nuevo escenario regional presenta las siguientes aristas: una de ellas es el Protocolo de Buenos Aires de 1994 (2) que hasta la fecha vincula a tres de los socios del Mercosur, la otra línea une a Bolivia, Brasil y Chile mediante el Código Bustamante de 1928; la tercera, la configura los Tratados de Montevideo de 1940 que ligán a Argentina, Paraguay y Uruguay y la última, la marca los Tratados de Montevideo de 1889 que además de los tres países anteriores suma a Bolivia.

Estas codificaciones incorporan soluciones diferentes sobre la autonomía de la voluntad y esta divergencia puede originar conflictos a la hora de resolver las cuestiones mencionadas.

1. Competencia judicial internacional.

A) Dimensión institucional.

El Protocolo de Buenos Aires consagra en forma amplia la autonomía de la voluntad para elegir la competencia judicial internacional en materia contractual civil o comercial, excluyendo de modo expreso los "acuer-

(2) El Protocolo de Buenos Aires, Mercosur/CMC/Dec. 1/94, ha sido aprobado por: Argentina (Ley 24.669, B.O. 2/8/96); Brasil (D. Legislativo 129 del 5/10/95, DOU 5/10/96) y Paraguay (Ley 597/95, pub. 15/6/95) que depositaron sus respectivos instrumentos de ratificación el 31/10/96; el 7/5/96 y el 12/5/95.

dos en el ámbito del derecho de familia y sucesorio" (art. 2). Por ende, sus comentarios se circunscriben a lo allí expresado.

Establece como regla general la prórroga de jurisdicción, expresa o tácita, que puede realizarse en el momento de la celebración del contrato, durante su vigencia o una vez surgido el litigio (art. 5).

La elección de jurisdicción está condicionada a que se cumplan los siguientes requisitos:

- a) que por lo menos una de las partes del contrato tenga su domicilio o sede social en un Estado Parte;
- b) que el acuerdo sea formulado por escrito;
- c) que el tribunal elegido pertenezca a un Estado Parte;
- d) que exista una conexión razonable según las normas de jurisdicción del Protocolo, y;
- e) que no haya sido obtenida en forma abusiva (arts. 1 y 4).

En ausencia de acuerdo el demandante dispone de tres opciones alternativas: litigar en el foro del lugar de cumplimiento del contrato; plantear la cuestión en el foro general del domicilio del demandado; o ante los tribunales de su propio domicilio o sede social cuando demostrare que cumplió con su prestación (art. 7).

A los efectos de despejar cualquier duda acerca de la determinación de las conexiones "lugar de cumplimiento del contrato" y "domicilio del demandado", los arts. 8 y 9, establecen una serie de pautas para guiar al intérprete que abrevan en los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y 1940 (arts. 34 y 38) y en la Convención Interamericana de Montevideo de 1979 sobre domicilio de las personas físicas en el Derecho internacional privado. El Protocolo se aleja de este último convenio por cuanto no recoge la última hipótesis del "lugar donde se encontrare" (art. 2) (3).

(3) Protocolo: Art. 9: "...se entenderá por domicilio del demandado:

"a) Cuando se trate de personas físicas:

1. Su residencia habitual;

2. Subsidiariamente el centro principal de sus negocios;

En ausencia de estas circunstancias, el lugar donde se encontrare la simple residencia".

B) Dimensión convencional.

Vimos ya que Uruguay queda todavía fuera de este marco normativo, por eso cualquier problema que se plantee con motivo de un contrato que tienda sus hilos a Argentina y/o Paraguay la fuente a consultar será el Tratado de Montevideo de 1940. Mientras que si es Bolivia el país con el cual éste estreche también sus vínculos, interviene el firmado en 1889. Este convenio se distancia del instrumento del Mercosur pues nada dice respecto a la autonomía de la voluntad.

El Título XIV contiene una serie de disposiciones que determinan el juez internacionalmente competente para distintas materias entre las que no figura la contractual, siendo necesario aplicar el criterio del paralelismo, consecuentemente, será competente el juez del país cuyo derecho rija el contrato, o sea el del lugar donde éste debe cumplirse. Se establece para las acciones personales el foro concurrente del domicilio del demandado (art. 56).

Es posible advertir un avance en las soluciones del **Tratado de 1940**, ya que admite la prórroga territorial de jurisdicción bajo las condiciones siguientes:

- a) que se trate de derechos personales patrimoniales;
- b) que la prórroga se verifique una vez promovida la acción;
- c) que el demandado exprese su voluntad en forma positiva y no ficta; es decir que pueda ser deducida fehacientemente de su conducta procesal (art. 56).

Al igual que el anterior este convenio coincide con el Protocolo al establecer alternativamente el foro del domicilio del demandado, aunque difieren en su calificación. El de 1889 delega a la ley del país de la residencia definir cuando ésta constituye domicilio (art. 5). En cambio, el de 1940 opta por una norma material al incorporar supuestos similares a los receptados por el Protocolo con algunas diferencias: añade el elemento subjetivo a la residencia habitual, y ante la ausencia de dicho elemento, considera que el domicilio civil de la persona física se encuentra en la residencia habitual del grupo familiar -cónyuge y los hijos menores o incapaces-, siendo necesario que la misma conviva si sólo se considera alguno de ellos (art. 5).

La elección de jurisdicción es también la primera regla de competencia consagrada por el **Código Bustamante** cuyo art. 318 admite la sumisión expresa y la tácita, siempre que uno de los litigantes por lo menos sea nacional del Estado contratante a que el juez pertenezca o tenga en él su domicilio y salvo el derecho local contrario.

En defecto de elección, será juez competente para el ejercicio de acciones personales el del lugar de cumplimiento de la obligación, o el del domicilio del demandado y subsidiariamente el de su residencia (art. 323).

Cuando se trata de determinar en cada caso dónde está el domicilio del demandado, se sigue la teoría de la ley territorial. En consecuencia, será la ley del país en el cual el interesado invoca tener un domicilio la encargada de resolver el concepto, adquisición, pérdida y recuperación del domicilio general y especial de las personas naturales o jurídicas (art. 22).

La lectura de estas disposiciones permite vislumbrar que no existen en la materia diferencias sustanciales, puesto que la mayoría reconoce -con algunas condiciones- la autonomía de la voluntad. Pero no ocurre lo mismo con los casos vinculados a Bolivia pues el convenio que nos guía prefiere no pronunciarse sobre este fundamento.

C) Dimensión autónoma.

Las normas de fuente interna de los países, reflejan también posiciones antagónicas al tiempo de permitir a las partes elegir el tribunal competente para conocer y resolver sus diferencias. Examinaremos, aunque sea de modo somero, las reglas respectivas.

Argentina.

El CPCCN recepta en forma amplia la prórroga de competencia territorial a favor de jueces o árbitros que actúen fuera de la República, siempre que:

- a) se trate de asuntos patrimoniales de índole internacional;
- b) casos en que la jurisdicción argentina no sea exclusiva;
- c) cuando la prórroga no esté prohibida por ley.

En orden a delimitar los alcances del acuerdo de las partes, nuestros tribunales entienden que la sumisión expresa debe resultar clara en la designación del juez extranjero y no cabe deducirla de la designación por las partes de un determinado derecho para regir un contrato. De este modo fundamentó su decisión la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en la causa "**Nefrón S.A. c/ Gambro Sales A.B., s/Ordinario**", al rechazar el argumento del Juez de Primera Instancia que pretendió inferir de los términos de la cláusula "el presente contrato se regirá en todos sus aspectos por las leyes suecas", la sujeción del contrato no sólo a las normas sustanciales sino también a las de orden procesal que sobre jurisdicción establecieran dichas leyes. A juicio del Tribunal de alzada no hubo manifestación explícita de sometimiento al juez extranjero de carácter inequívoco, pues lo convenido se refiere al problema de la ley aplicable (4).

Si el acuerdo es posterior a la iniciación de la demanda, el consentimiento es requerido cuando la causa se promueve ante jueces distintos a los indicados como jurisdicción concurrente. Así lo expresó la Corte Suprema de Justicia en la causa "**Tomás Sastre c/ Filiberto Narciso Bibiloni y otro**" (5). El conflicto de jurisdicción internacional se planteó por un accidente automovilístico acaecido en Punta del Este. El actor inicia las acciones por daños y perjuicios en nuestro país. Los demandados, domiciliados en Bs. As., opusieron la excepción de incompetencia de jurisdicción por cuanto ellos no habían admitido voluntariamente la prórroga, acorde a lo exigido por el último párrafo del art. 56 del Tratado de D. Civil I. de Montevideo de 1940.

La Corte juzgó que el actor había ejercido la opción conferida por el citado artículo -de entablar las acciones personales ante los jueces del domicilio del demandado- pues eran los objetivamente competentes y, consecuentemente, no correspondía el consentimiento exigido en caso de prórroga.

(4) Caso comentado por María Elsa Uzal en *Rev. del D. Comercial y de las Obligaciones*, 1998, p. 969.

(5) Fallos 274-455, ED 24-1.

Bolivia

El Código de Procedimiento Civil (6) determina las reglas de competencia en materia contractual, "fuera de los casos de prórroga expresa o tácita de que trata el art. 24 de la Ley de Organización Judicial". En las demandas por acciones personales serán alternativamente competentes: a) el juez del domicilio del demandado, b) el del lugar donde debe cumplirse la obligación, o c) donde fue suscrito el contrato (art. 10, inc. 2).

Se entiende que una persona individual tiene su domicilio en el lugar de su residencia principal o, en su defecto, donde ejerce su actividad principal (C. Civ., art. 24).

Brasil

Se advierte cierta disparidad entre lo dispuesto por la legislación y la inclinación de la doctrina. Mientras que la primera no recepta la autonomía de la voluntad como criterio atributivo de competencia internacional, la doctrina manifiesta una tendencia favorable a ella (7). El Código de Proceso Civil (8) atribuye competencia a la autoridad judicial brasileña cuando:

- a) el demandado, sin importar su nacionalidad, se domicilia en Brasil;
- b) una obligación haya de ser cumplida en Brasil;
- c) la acción se origine en hecho o acto ocurrido en Brasil.

Se define el domicilio civil de una persona natural como el lugar donde establece su residencia con ánimo definitivo (art. 31).

El Código Civil y el Decreto Ley N° 4657 del 4 de septiembre de 1942, denominado Ley de Introducción al Código Civil (LICC), tampoco reconocen el aludido criterio (art. 12) (9).

(6) Decreto ley N° 12.760 de 6 de agosto de 1975.

(7) VALLADAO, Haroldo Texeiro, *Derecho internacional privado. Introducción y parte general*, Editorial Trillas, México, D.F., 1987, p. 436 y ss.

(8) Ley 5869 de 11 de enero de 1973.

(9) La doctrina unánimemente entiende que la LICC, a pesar de estar anexada al Código Civil su aplicación no se restringe a esta área, sino que extiende su imperio a todos los códigos y demás disposiciones legislativas sin importar que su naturaleza sea pública o privada.

Chile

La primera regla de competencia contenida en la legislación de Chile es reconocer la validez de los pactos celebrados en ese país o en el extranjero, en virtud de los cuales se someten las controversias derivadas de contratos internacionales al conocimiento de tribunales foráneos, sean ordinarios o arbitrales (Decreto Ley N° 2349 (10), art. 1). En el mismo sentido se pronuncia la jurisprudencia chilena.

Paraguay

El Código Procesal Civil de la República de Paraguay (11), en el Capítulo I del Libro I, art. 3, establece: "La competencia atribuida a los jueces y tribunales es improrrogable. Exceptúase la competencia territorial, que podrá ser prorrogada por conformidad de partes, pero no en favor de jueces extranjeros, salvo lo establecido en leyes especiales".

Ahora bien, si relacionamos esta disposición con el art. 6 del Título Preliminar del Código Civil (12), sería factible aplicar analógicamente las disposiciones del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 (art. 56), para considerar competentes a los tribunales paraguayos cuando su derecho resulte aplicable al contrato o cuando el demandado se encuentre domiciliado en el país, si bien no se podría extender la última hipótesis de la prórroga territorial de competencia después de promovida la acción.

Se entiende que el demandado tiene su domicilio real en el asiento principal de su residencia o de sus negocios (art. 52). Recordemos que Paraguay ratificó la Convención Interamericana de Montevideo de 1979 sobre domicilio de las personas físicas, que utiliza estas dos conexiones en el orden de prelación de los criterios objetivos (art. 2).

(10) Publicado en el Diario Oficial de 28 de octubre de 1978.

(11) Ley 1337, del 4/11/1988.

(12) Código Civil, Art. 6: "Los jueces no pueden dejar de juzgar en caso de silencio, obscuridad o insuficiencia de las leyes. Si una cuestión no puede resolverse por las palabras ni el espíritu de los preceptos de este Código, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos o materias análogas y, en su defecto, se acudirá a los principios generales del derecho", Ley N° 1183, entró en vigencia el 1° de enero de 1987.

Uruguay

Las normas de Derecho internacional privado contenidas en el Apéndice del título final del Código Civil (13), rechazan de modo categórico el principio de la autonomía de la voluntad al expresar: "Las reglas de competencia legislativa y judicial determinadas en este título, no pueden ser modificadas por voluntad de las partes. Esta sólo podrá actuar dentro del margen que le confiera la ley competente" (art. 2403).

El primer párrafo del art. 2401 aplica el paralelismo, pues declara competentes para conocer en los juicios a que dan lugar los contratos internacionales, a los jueces del "Estado a cuya ley corresponde el conocimiento de tales relaciones". Este criterio atributivo nos conduce al art. 2399 que selecciona la ley del lugar de su cumplimiento, por consiguiente, será el juez de ese Estado el que deba intervenir. Seguidamente, se prevé también la posibilidad de accionar, a opción del demandante, ante los jueces del país del domicilio del demandado.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia uruguaya se pronuncian de manera coincidente con esta solución legal (14).

El mismo texto normativo define el domicilio a través del elemento objetivo de la residencia, "acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella" (art. 24). Esta calificación difiere de la contenida en la Convención Interamericana de Montevideo de 1979 sobre domicilio de las personas físicas que integra el orden jurídico uruguayo y prescinde de dicho elemento subjetivo.

2. Derecho aplicable.

Siguiendo el cuadro comparativo anterior, procuraremos destejer la red que envuelve a este Mercosur ampliado hacia Bolivia y Chile como Zona de Libre Comercio. Vamos a señalar, entonces, las asimetrías que presentan los distintos sistemas jurídicos:

(13) Ley N° 10.084, del 3/12/41.

(14) Ver FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *La autonomía de la voluntad en la contratación internacional*, FCU, Montevideo, 1991, p. 64 y ss. Aunque se alzan voces disidentes sobre el punto: HARGAIN, Daniel-MIHAI, Gabriel, *Régimen Jurídico de la Contratación Mercantil Internacional en el Mercosur*, Editor Julio César Faira, Montevideo 1993, p. 51.

A. Dimensión convencional.

a) Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889-1940.

Cuando nos referimos a la admisión de la autonomía de la voluntad en el sector de la competencia internacional, vimos que el convenio de 1889 prefiere guardar silencio, mientras que el Protocolo Adicional de 1940 rechaza en forma categórica el aludido criterio, al expresar: "la ley aplicable según los respectivos Tratados, no pueden ser modificadas por voluntad de las partes, salvo en la medida en que lo autorice dicha ley" (art. 5).

Los dos tratados se inclinan preferentemente a favor de la ley del lugar de cumplimiento para regir todo cuanto concierne a los contratos (arts. 33 y 37), estableciendo, además, rígidas presunciones para localizar dicho lugar (arts. 34 y 38). La intención es clara, se procura evitar que las partes eludan la aplicación de estas "reglas verdaderamente materiales" (15).

El primero de ellos, sólo hace una concesión a la ley del lugar de celebración para regular la permuta sobre cosas situadas en distintos lugares, cuando no coinciden los domicilios de los contratantes (art. 35). Más generoso es el de 1940, porque somete a dicha ley los actos y contratos que al tiempo de ser celebrados no pueda determinarse por las reglas subsidiarias el lugar de cumplimiento (art. 40).

El Tratado de 1889, privilegia la *lex causae* en orden a decidir la necesidad de que los contratos se hagan por escrito y la calidad del documento correspondiente (art. 32). La aceptación de la máxima *locus regit actum* está limitada a los instrumentos públicos, por cuanto los privados deben conformarse a la ley del lugar del cumplimiento (art. 39). Esta solución la atempera el Tratado de 1940, al delegar a la ley del lugar en donde se celebran los actos jurídicos la reglamentación de la forma exigida por la ley de fondo (art. 36).

Para determinar la capacidad de las personas físicas, ambos convenios coinciden en designar aplicable la ley de su domicilio (art. 1).

(15) OPERTTI BADAN, Didier-FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *Contratos Comerciales Internacionales. Últimos desarrollos teórico-positivos en el ámbito internacional*, Fundación Cultura Universitaria, Montevideo 1997, p. 18.

b) Código Bustamante

El Código otorga gran relevancia a la autonomía respecto a la categoría de leyes denominadas voluntarias o de orden privado, cuya aplicación depende de la "expresión, interpretación o presunción de la voluntad de las partes o de alguna de ellas" (art. 3, ap. III). Las reglas para determinar la ley aplicable a los contratos están contenidas en los arts. 185 y 186. Si bien no encontramos una fórmula que consagre la autonomía de la voluntad tal como lo expresa el derecho contractual contemporáneo, ésta está plenamente reconocida por la doctrina chilena, pues considera que ante la falta de manifestación de las partes, el Código manda aplicar las disposiciones consignadas para casos especiales (16).

En los contratos de adhesión, la carencia de la voluntad expresa o tácita de las partes conduce a aplicar la ley del que los ofrece o prepara. Para los contratos no reglamentados por el Código se aplicará, en primer término, la ley personal común a los contratantes y, en su defecto, la del lugar de la celebración.

Tampoco existe una norma que establezca la forma de los actos jurídicos ni una referencia específica a la regla *locus regit actum*. Sin embargo, respecto a la necesidad de otorgar escritura o documento público para la eficacia de determinados convenios y a la de hacerlos constar por escrito la acepta limitadamente, ya que aplica simultáneamente la ley del lugar con contrato y la de su ejecución (art. 180). Sin embargo, existe una clara recepción de la ley territorial para regir la forma de los contratos y actos mercantiles (art. 240).

Con relación a la capacidad de las personas individuales, el art. 27 dispone que se rige por su ley personal, siendo necesario dilucidar qué se entiende por ley personal. No encontramos una respuesta definitiva sobre la cuestión, sino una solución ecléctica entre las del domicilio, las de la nacionalidad o las que haya adoptado o adopte en adelante cada Estado contratante (art. 7).

(16) GUZMAN LATORRE, Diego, ob. cit., p. 526.

B) Dimensión autónoma

En cuanto al derecho interno de los países del bloque regional, una decidida postura en contra de la admisión de la autonomía de la voluntad la encontramos en la legislación uruguaya (Apéndice del C. Civil, art. 2403), solución respaldada por la mayoría de la doctrina jusprivatista internacional y seguida unánimemente por la práctica jurisprudencial de ese país (17).

Las soluciones establecidas en materia contractual siguen la huella del Tratado de Derecho Civil de 1889, tanto en la elección de la ley del lugar de cumplimiento para regir la existencia, naturaleza, validez y efectos de los actos jurídicos, como en la remisión a las reglas de interpretación contenidas en los artículos 34 a 38 inclusive (art. 2399).

En igual sentido se orienta el Código Civil del Paraguay al regir la formación, prueba, validez y efectos de los actos jurídicos que hubieren de ser ejecutados en su territorio, a las leyes de la República sea cual fuere el lugar de celebración (art. 297). De este modo se reafirma la solución territorial consagrada en el Título Preliminar para juzgar la validez o nulidad de los actos a cumplirse en ese país respecto a la capacidad e incapacidad para adquirir derechos, el objeto del acto y los vicios sustanciales que éste pueda contener, cualquiera fuere el domicilio de los otorgantes (art. 14).

La forma de los actos jurídicos, públicos o privados, está regulada por la ley del lugar de celebración, salvo las relativas a los actos otorgados en el extranjero ante funcionarios diplomáticos o consulares que se someterán a las prescripciones del Código (art. 23).

Posición ésta diametralmente opuesta a la adoptada por la LICC de Brasil -que no se refirió a la autonomía de la voluntad- cuando expresa que para calificar y regir las obligaciones se aplica la ley del país donde fueron constituidas (art. 9). Tratándose de obligaciones derivadas de un contrato celebrado a distancia, el segundo apartado dispone que la obli-

(17) FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, cita a los siguientes autores: Cachón y Sienna Carrió, *Derecho Internacional Privado*, Montevideo 1901; Varela, *Apuntes de Derecho Internacional Privado*, Montevideo, 1911, p. 1974; Alfonsín, *Régimen Internacional de los Contratos*, Montevideo, 1950; Vargas Guillemete, *Codificación Nacional del Derecho Internacional Privado*, Montevideo, 1943; ob. cit. p. 64.

gación contractual se reputa constituida en el lugar en que resida el proponente. Esta norma remite al art. 1087 del Código Civil que establece como lugar de celebración del contrato el del lugar en que fue propuesto, al momento de su respectiva aceptación (art. 1086).

El rechazo del sistema legal brasileño a la posibilidad de las partes de elegir la ley aplicable al contrato, se reflejó en la respuesta negativa que el gobierno de Brasil proporcionó al cuestionario sobre la contratación internacional, elaborado por la OEA y remitido a los Estados Miembros a fin de preparar la CIDIP V (18).

Si las obligaciones están destinadas a cumplirse en territorio brasileño y la ley impone alguna formalidad especial, ésta deberá ser observada sin perjuicio de admitir las peculiaridades de la ley extranjera relativas a los requisitos extrínsecos del acto (art. 9, ap. 1). Es preciso señalar que, si bien la norma revela cierta armonía con la receptada por el art. 36 del Tratado de D. Civ. I. de Montevideo de 1940 al someter a la ley del lugar de ejecución las formas esenciales del contrato, esa ley no rige necesariamente la sustancia del contrato.

En el otro extremo se encuentra Argentina, en donde la mayoría de la doctrina se muestra partidaria de la autonomía de las partes para escoger el derecho aplicable al contrato internacional (19), encontrando eco en la actividad de los tribunales nacionales que, en diferentes causas, aplican este criterio para regir las relaciones contractuales entre ellas (20).

Nuestras reglas designan el lugar de cumplimiento como conexión relevante para elegir la ley aplicable a la validez, naturaleza y obligacio-

(18) Cuestionario de la OEA sobre contratación internacional previo a la CIDIP V, ver OPERTTI BADAN-FRESNEDO DE AGUIRRE, ob. cit. p. 92.

(19) BOGGIANO, Antonio, *Derecho Internacional Privado*, 3º Ed., T. II, Abeledo-Perrot, Bs. As. 1991, ps. 255 y ss.; *Contratos Internacionales*, Depalma, 2º Ed., Bs. As. 1995, p. 23; GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia*, Depalma, 4º Ed., Bs. As. 1982, ps. 198 y ss.; KALLER DE ORCHANSKY, Berta, *Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado*, Ed. Plus Ultra, Bs. As. 1991, p. 351; NAJURIETA, María Susana, *Apogeo y revisión de la autonomía en contratos internacionales*, La Ley, 1986-A-1006.

(20) Entre otros decisorios mencionamos los siguientes: Juzgado de Paz 46, Cap. Fed. "Estudios Espíndola c. Bollati, Cristóbal Juan", El Derecho 33-26; CNCom. Sala E, "Deutsches Reisebüro c. Speter Armando s/Ordinario", El Derecho 12/4/84; CSJ de la Nación, "Gobierno de la República del Perú c. S.I.F.A.R., Soc. Ind. finan. Argentina s. incumplimiento del contrato", Fallos 236-404, La Ley 15/6/95; C. nac. de Apelaciones en lo Comercial, sala E, "Banco de Río Negro y Neuquén c. independencia Transportes Internacionales S.A.", El Derecho 97-604.

nes de los contratos con contacto argentino y, si tenemos presente que las partes pueden designar dicho lugar, por consiguiente, están facultadas para seleccionar el derecho aplicable a su contrato internacional (arts. 1209, 1210 y 1212).

La regla *locus regit actum* se aplica a las formas y solemnidades de los actos jurídicos (arts. 12 y 950), con excepción de los contratos celebrados en país extranjero para transferir derechos reales o constituir hipotecas sobre inmuebles situados en Argentina, los que deberán constar en instrumento público debidamente legalizados (arts. 1211 y 3129).

La capacidad de las personas físicas se reglamenta por la ley del domicilio (C. Civ., arts. 6, 7, 8 y 948; Brasil, LICC, art. 7; Paraguay, art. 11; Uruguay, art. 2393).

El mismo criterio sigue el sistema jurídico chileno, que otorga un amplio reconocimiento a la autonomía de la voluntad -C. Civ. art. 16.2 y con mayor claridad el C. Comercio art. 113 (21)-. El principio es ratificado por el Preámbulo del Decreto Ley N° 2349 (22), cuando expresa que constituye una práctica comercial generalizada que en los contratos internacionales celebrados entre particulares "se inserten estipulaciones en virtud de las cuales se les sujeta a determinada legislación extranjera". En igual sentido se pronuncia la jurisprudencia al reconocer como regla general, la libertad de elección de la ley que va a regir los contratos internacionales. Conviene anotar que no existe desacuerdo entre estas disposiciones y las contenidas en el Código Bustamante, ambos consagran el respeto a la voluntad expresa o tácita de las partes (art. 185).

Ahora bien, cabe señalar un distanciamiento con la solución legal argentina, pues, en la medida que las partes no hubiesen elegido la ley

(21) C. Civ., art. 16, inc. 2: "Esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos otorgados válidamente en país extraño. C. Comercio, art. 113: "Todos los actos concernientes a la ejecución de los contratos celebrados en país extranjero y cumplidos en Chile, son regidos por la ley chilena, en conformidad a lo que se prescribe en el inciso final del art. 16 del Código Civil. Así la entrega y pago, la moneda en que éste deba hacerse, las medidas de toda especie, los recibos y su forma, las responsabilidades que imponen la falta de cumplimiento o el cumplimiento imperfecto o tardío, y cualquiera otro acto relativo a la mera ejecución del contrato, deberán arreglarse a las disposiciones de la República, a menos que los contratantes hubieren acordado otra cosa" (el resaltado es nuestro).

(22) Publicado en el Diario Oficial de 28 de octubre de 1978.

aplicable, somete íntegramente los requisitos de validez de los actos o contratos otorgados en país extranjero, tanto internos como externos, sea que el acto vaya o no a producir efecto en Chile, ya se trate de bienes situados dentro o fuera del país, a la ley del lugar de celebración (art. 16, inc. 2). Aunque a renglón seguido aclara, que los efectos de los contratos otorgados en país extraño que deban cumplirse en Chile, "se arreglarán a las leyes chilenas" (art. 16, inc. 3).

Se establecen dos excepciones a ley del lugar de celebración. La primera se relaciona con el estado y capacidad de la persona, puesto que si en el acuerdo interviene un chileno y el acto ha de producir los efectos en su país, se rigen por la ley patria, conforme a lo dispuesto por el art. 15, N° 1 del C. Civ. La norma anterior reviste carácter unilateral al sujetar a la ley territorial el estatuto personal de los que habiten el suelo chileno.

La segunda excepción está referida a la forma de los actos jurídicos. Las leyes positivas de Chile no contienen una regla general que afirme el principio de la *locus regit actum*. A pesar de este silencio normativo, la doctrina y jurisprudencia consideran aplicable a la forma de los actos la ley del lugar de celebración, menos lo relativo a la validez probatoria frente a la exigencia de observar la formalidad de instrumento público para las pruebas que han de rendirse y producir efecto en Chile (art. 18).

Mayor dificultad suscita el sistema jurídico boliviano, porque si bien el Código Civil (23) reconoce libertad a las partes para determinar el contenido de los contratos (art. 454), no contiene propiamente una norma que proporcione una pauta para decidir la ley aplicable a los efectos del contrato. Por otro lado, cabe destacar que rigen coetáneamente dos legislaciones internacionales -Tratados de Montevideo de 1889 y Código Bustamante- que sobre la materia comprobamos que receptan sistemas opuestos.

Se admite la aplicación de la ley del lugar de celebración, para regular la forma de los documentos públicos otorgados en país extranjero siempre que se hallen debidamente legalizados. En cambio, todo instrumento de boliviano hecho en país extranjero ante agentes diplomáticos o consulares de la República, será válido si ha sido otorgado conforme a las leyes bolivianas (art. 1249).

(23) Promulgado el 6 de agosto de 1975 y vigente desde el 2 de abril de 1976.

3. Viabilidad del acogimiento de la autonomía de la voluntad en materia contractual.

La complejidad que presenta el sistema de Derecho Internacional Privado vigente en la región, genera la necesidad de buscar las respuestas adecuadas. A tal fin, considero que podemos distinguir los objetivos inmediatos de aquéllos que pueden llevarse a cabo en un plazo mayor.

En orden a satisfacer los primeros, sería conveniente que los Estados Partes y asociados emprendan la tarea de armonizar sus legislaciones en el sentido de admitir la autonomía de la voluntad. Esta propuesta halla sustento en los siguientes principios básicos:

a) Libertad de elección de la parte contratante; libertad de negociación y elaboración del contrato (24).

b) La autonomía de la voluntad permite conocer desde el momento de la celebración del contrato y sin sorpresas ulteriores, cuáles son las leyes que van a regir la relación obligatoria;

c) La recepción de los criterios de "buena fe", de la "equidad" y de la "igualdad", en la interpretación de la contratación interna e internacional (25);

d) Agazapado y al acecho siempre se encontrará al "orden público internacional" para corregir cualquier "violación concreta, grave y manifiesta" a las normas y principios esenciales en los que "cada Estado asiente su individualidad jurídica" (26);

e) Las normas imperativas del foro y de los Estados con los cuales el contrato tenga vínculos estrechos actúan también como límites al juego de la autonomía de la voluntad, traduciendo el interés de los Estados de equilibrar las fuerzas en la negociación cuando una de las partes posea mayor potencia económica o posición en el mercado (27);

(24) ALVAREZ GONZALEZ, Santiago, *Condiciones generales en la contratación internacional*, Ed. La Ley, Madrid 1992, p. 22, cita de Operti Badán-Fresnedo de Aguirre, ob. cit., p. 56.

(25) La observancia de las exigencias impuestas por la equidad para resolver el caso concreto, frente a las posibles dificultades originadas por la aplicación simultánea de diversas leyes a los diferentes aspectos de una misma relación jurídica, es un postulado ya recogido por la Convención sobre Normas Generales (art. 9).

(26) Conforme a la Declaración hecha por Uruguay al firmar la mencionada Convención.

(27) ALTERINI, Atilio Aníbal, *Los contratos de consumo*, La Ley, 1993-E-1058.

f) La justicia y la seguridad jurídica -armonizados previamente- son los valores sobre los que se sustentaría la solución del caso concreto;

g) La formación de un incipiente "orden público" del Mercosur emanado de unos valores culturales compartidos, más allá del que mencionamos en el punto d), basado en la igualdad; las libertades fundamentales; la solidaridad que significa sacrificar lo individual en pos de la integración; la protección de los derechos humanos y la cooperación internacional; constituyen un standard mínimo superior a tener en cuenta en cualquier emprendimiento legislativo.

Asimismo, corresponde tener presente que "la autonomía de la voluntad" ha sido reconocida en el marco jurídico de la Comunidad Europea como criterio rector de la hermenéutica contractual -Convención de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (28)- y así también en el ámbito americano -Convención de México de 1994 sobre derecho aplicable a los contratos internacionales (29)-.

Desde otra perspectiva, se han formulado distintas vías de solución: una de ellas destaca la posibilidad de contar con una regulación mínima en la región, a través de la ratificación o aprobación por parte de los integrantes del Mercosur de la Convención de México de 1994 (30).

Esta sugerencia despierta opiniones doctrinarias adversas, al delegar en el tribunal la tarea de individualizar el derecho que tenga la relación más estrecha con el contrato, cuando las partes no hubieren ejercido la autonomía conflictual (art. 9). Se pone el acento en la inseguridad que produce entre los contratantes una solución que sólo remite a "todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato", sin incorporar índices de localización concretos para determinar la "relación más estrecha" -tomando así distancia del Convenio de Roma- que permitan

(28) La Convención de Roma estrictamente no es derecho comunitario pero obedece a una función integradora, conf. FERNANDEZ ROSAS, José C.- SANCHEZ LORENZO, Sixto, *Curso de Derecho Internacional Privado*, 3ª Ed. Civitas, Madrid, 1996, p. 161.

(29) La Convención ha sido ratificada por México y Venezuela según estado actual de ratificación, firma y adhesiones (actualización al día 28/6/1998).

(30) NOODT TAQUELA, María Blanca, Mercosur-Unión Europea: Cuestiones de derecho internacional privado, *Revista de Derecho del Mercosur*, Año 2, N° 3, junio de 1998, p. 22.

guiar al intérprete en esa labor integradora (31), a la vez que restringe en mayor medida la "previsibilidad" (32) en el tráfico económico internacional. Se configura así, la segunda alternativa de emprender la elaboración de una fuente sobre el régimen de los contratos para el Mercosur (33).

La tercera opción, propone iniciar un Protocolo específico para el Mercosur, complementario de la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales (34).

En cuanto a los objetivos a mediano plazo, luego de analizar los caminos presentados y sin desvirtuar por ello la postura asumida anteriormente, considero atendible la opinión del Dr. Boggiano (35) que llama la atención sobre el espíritu de regionalismo abierto que impregna los emprendimientos de integración y, en ese sentido, aconseja la prudencia de esperar los resultados de la vida de la Convención de México -en vigor por la ratificación de dos países- con el propósito de consultar los índices que proporcione la jurisprudencia de los Estados por él vinculados, para esclarecer definitivamente si su texto permite o no un uso desorbitado por parte de los operadores jurídicos del mismo.

El objetivo no es duplicar esfuerzos, sino por el contrario, nutrirnos de ellos mediante un "aprovechamiento subregional de su producción jurídica

(31) CIURO CALDANI, Miguel Angel, *El Derecho Internacional Privado ante los procesos de integración-Con especial referencia a la Unión Europea y al Mercosur*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1998, p. 73.

(32) HERBERT, Ronald, Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales, *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado*, Montevideo 1994, p. 56.

(33) CIURO CALDANI, Miguel Angel, ob. cit., p. 115; DREYZIN DE KLOR, Adriana, *El Mercosur. Generador de una nueva fuente de derecho internacional privado*, Ed. Zavallá, Buenos Aires, 1997, p. 282.

(34) OPERTTI BADAN, Didier - FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, ob. cit., p. 62; SANTOS BELANDRO, Rubén, *El Derecho aplicable a los contratos internacionales. Con especial referencia al contrato de transferencia de tecnología*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1996, p. 132; URIONDO DE MARTINOLI, Amalia, *Simetrías y asimetrías en materia contractual*, relato presentado en el V Encuentro de Especialistas en el Mercosur, Rosario 28 al 30 de agosto de 1997.

(35) BOGGIANO, Antonio, conferencia sobre "El Mercosur y la contratación internacional", dictada en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba el día 12 de junio de 1998.

ca", "siempre que se demuestren satisfactorios" (36) y de este modo limar las asimetrías jurídicas a fin de afianzar el proceso de integración.

III.- REGIMEN DE BIENES EN EL MATRIMONIO

Si en materia contractual advertimos numerosas desigualdades sobre el tratamiento jurídico que la región brinda a su regulación, similar panorama presenta la cuestión de reconocer a los cónyuges la posibilidad de pactar convenciones relativas a su régimen económico matrimonial. Seguiremos el cuadro comparativo anterior que nos dirige en primer lugar, a las normas convencionales compartidas y, posteriormente, a las pertenecientes a cada ordenamiento nacional en orden a dilucidar las siguientes cuestiones:

1. Determinación de la ley aplicable.

A. Dimensión convencional

a) Tratados de Derecho Civil internacional de Montevideo de 1889-1940.

El Tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1889 se refiere a las capitulaciones matrimoniales en el Título XI, cuyo art. 40 dispone que "Las capitulaciones matrimoniales rigen las relaciones de los esposos respecto de los bienes que tengan al tiempo de celebrarlas y de los que adquieran posteriormente...". Goldschmidt considera que la disposición "sólo tiene el valor de una cláusula de orden público" en la que subyace la obligación para los países ratificantes de admitir la licitud de las mismas (37).

Si los cónyuges no exteriorizan su voluntad, las relaciones patrimoniales se rigen por la ley del domicilio conyugal acordado antes de la celebración del matrimonio (art. 41). Este punto de conexión guarda corres-

(36) FERNANDEZ ARROYO, Diego, *La Codificación del Derecho Internacional Privado en América Latina. Ambitos de producción jurídica y orientaciones metodológicas*, Ed. Beramar, Madrid, 1993, ps. 278 y 281.

(37) GOLDSCHMIDT, Werner, ob. cit., N° 260, p. 309.

pondencia con la calificación que del domicilio conyugal efectúa el convenio al principio del articulado (art. 8).

La última disposición consagra la inmutabilidad del régimen, por cuanto el cambio de domicilio no altera el derecho aplicable a las relaciones de los esposos sobre los bienes, ya sean éstos adquiridos antes o después del cambio (art. 43).

De acuerdo a las reformas introducidas en 1940, se somete a la ley del primer domicilio conyugal las convenciones matrimoniales y las relaciones de los esposos respecto a los bienes en todo lo que, sobre materia de estricto carácter real, no esté prohibido por la ley del lugar de situación de los mismos (art. 16). Se afirma el principio de unidad y permanencia, los bienes muebles e inmuebles son regulados por el derecho del primer domicilio conyugal sin que la variación de éste incida en la determinación de la ley aplicable a los bienes adquiridos antes o después del cambio, y ya sea que se hayan o no celebrado convenciones matrimoniales (art. 17).

b) Código Bustamante

Una solución afín a la inmutabilidad del sistema, se desprende del Código Bustamante que sujeta al contrato sobre bienes en ocasión del matrimonio a la ley personal común de los contrayentes, aplicando subsidiariamente la ley del primer domicilio conyugal. A falta de estipulación, las mismas leyes determinarán el régimen legal supletorio conforme al orden establecido precedentemente (art. 187).

El artículo siguiente prohíbe celebrar capitulaciones durante el matrimonio, modificarlas o alterar el régimen de bienes por cambios de nacionalidad o domicilio posteriores al mismo. Nos enfrentamos a una norma de orden público internacional que apriorísticamente descarta la eventual aplicación del derecho extranjero (art. 188).

El mismo carácter reviste el precepto que exige que las capitulaciones matrimoniales se realicen en forma solemne (art. 189).

B. Dimensión autónoma

Argentina

Es de destacar que no existe discordancia entre el sistema jurídico interno y convencional argentino, habida cuenta que el art. 163 del Código Civil reproduce literalmente el art. 16 del Tratado de 1940. En consecuencia, delega a la ley del primer domicilio conyugal decidir si los cónyuges pueden o no regular sus relaciones económicas mediante pacto, así como el contenido del mismo, restando eficacia al cambio de la conexión. Consecuentemente, se reconoce a los esposos la facultad de fijar de común acuerdo el lugar de residencia de la familia (art. 200).

En la evolución que ha experimentado la doctrina nacional sobre la conveniencia de adoptar en el orden interno la separación de bienes como régimen convencional, podemos mencionar dos hitos que puntualizan posiciones totalmente opuestas:

En 1967, el despacho de la mayoría de las Terceras Jornadas de Derecho Civil -realizadas en la ciudad de Tucumán- se pronunció en contra de la admisión de este sistema. El cambio se produce en 1987, cuando las Undécimas Jornadas -Buenos Aires- reconocieron a los futuros cónyuges la posibilidad de acordar capitulaciones matrimoniales para regular sus relaciones patrimoniales y las relaciones de los cónyuges con terceros. En defecto de pacto, se aplicará un régimen legal supletorio (38).

Cabe señalar que nuestro sistema jurídico prevé la separación de bienes como supuesto de excepción en ciertos casos, por ejemplo: el de interdicción, el de mala administración o concurso del marido y el de ausencia con presunción de fallecimiento (C. Civ. art. 1290 y 1294; Ley 14.394, art. 26).

En otro orden de ideas, corresponde advertir la marcada diferencia que existe entre la conexión elegida para determinar ley aplicable a las rela-

ciones patrimoniales del matrimonio y el criterio atributivo de competencia judicial internacional, ya que las acciones referentes a los efectos del matrimonio deberán iniciarse ante el juez del "último domicilio conyugal efectivo o ante el juez del domicilio del cónyuge demandado" (art. 227) (39). Esta disparidad de criterios se manifiesta también respecto a las relaciones personales de los cónyuges, cuya regulación cae bajo la órbita de la ley del lugar donde los mismos viven de consumo, constituyendo la mutabilidad el régimen fijado (art. 162).

Bolivia

El Código de Familia consagra el régimen de comunidad de gananciales que se constituye entre los cónyuges a partir de la celebración del matrimonio. Se proscribe la libertad de los contrayentes de escoger el sistema que más les convenga, por cuanto la comunidad de gananciales está regulado por la ley, "no pudiendo renunciarse ni modificarse por convenios particulares, bajo pena de nulidad" (arts. 101 y 102) (40).

Brasil

El Código Civil declara la licitud de las convenciones acordadas por los contrayentes antes de la celebración del matrimonio, siendo nulas las que no se otorgaren en escritura pública o las que no fueren seguidas de la celebración del matrimonio (art. 256).

La Ley de Introducción al Código Civil incorpora la norma de conflicto que somete el régimen de bienes en el matrimonio, legal o convencional, a la ley del país en donde los cónyuges tuvieron su domicilio, en caso que fuere diverso se aplicará la ley del primer domicilio conyugal (art. 7, ap. 4).

(38) SCHWARTZMANN, Mirtha Alicia, propone dos sistemas convencionales: el de comunidad convencional y el de separación de bienes, cuya modificación sólo será posible previa aprobación judicial, después de transcurridos por lo menos dos años desde su vigencia, siempre que se demostrare la necesidad de su mutación y con la debida publicidad, *Una propuesta de modificación del régimen patrimonial del matrimonio: convenciones en un sistema legal opcional*, LL 1988-E-1005.

(39) RADZYMINSKI, Alejandro, señala al respecto que el legislador "no confirió ninguna relevancia" a la conexión del primer domicilio conyugal al formular la norma de jurisdicción internacional en la materia, provocando un "desequilibrio estructural del sistema de conflicto argentino", *La ley aplicable a los efectos patrimoniales del matrimonio en el Derecho Internacional Privado Argentino*, El Derecho, 8 y 9 de marzo de 1994.

(40) Promulgado por Decreto-Ley N° 10426 de 27 de agosto de 1972, con las modificaciones introducidas por el Decreto-Ley N° 14849 de 24 de agosto de 1976 y las enmiendas y correcciones efectuadas por la Ley N° 996 de 4 de abril de 1988.

Chile

Conforme a las reformas introducidas al Código Civil de Chile por el Decreto Ley N° 328 y la Ley N° 5.521, los cónyuges pueden pactar separación total de bienes y sustraerse al régimen de comunidad, bajo la condición de subinscribir las capitulaciones al margen de la respectiva inscripción matrimonial al tiempo de efectuar aquél o dentro de los 30 días siguientes (art. 1716).

Paraguay

La Ley N° 1/92 de la Reforma Parcial del Código Civil reconoce a los cónyuges la facultad de estipular el régimen patrimonial del matrimonio mediante capitulaciones que se ajusten a las disposiciones de la ley (art. 23). En defecto de pactos o si éstos fuesen nulos o anulados, los cónyuges quedarán sujetos al régimen de la comunidad de gananciales bajo administración conjunta (art. 24). Se exige para la validez de las capitulaciones, la formalidad de escritura pública cuya copia auténtica se hará constar en el acta de matrimonio respectivo (art. 26).

Una primera lectura conduciría a afirmar una amplia recepción de la autonomía de la voluntad, no obstante, es preciso relacionar la cuestión con otras disposiciones del mismo cuerpo legal. Una de ellas se refiere a la forma de los actos jurídicos públicos o privados, exigiéndose que el contrato nupcial cumpla las formalidades establecidas por la ley del lugar de su celebración para que produzca efectos en el país (art. 23). La otra se relaciona con los inmuebles dentro del régimen de bienes del matrimonio, que no se gobiernan por el contrato sino por la ley del lugar donde están situados (art. 16).

La mutabilidad del régimen legal de los bienes entre los cónyuges es admitida por el art. 5 de la Ley de matrimonio civil del 2 de diciembre de 1898 (41).

Uruguay

El Libro I del Código Civil, bajo el Título "De los derechos y obligaciones entre marido y mujer" dispone que: "Por el hecho del matrimonio

(41) SILVA ALONSO, Ramón, *Derecho Internacional Privado*, Parte Especial, Editora Intercontinental, Asunción, 1995, p. 194.

se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges, y toma el marido la administración de los bienes de la mujer..." (art. 130), figurando al pie de esta disposición como normas correlativas los arts. 1938, 1950 y 2397.

La primera de ellas, faculta a los contrayentes a realizar las convenciones especiales que juzguen convenientes, siempre que sean pactadas antes de la celebración del matrimonio y que no se opongan a las buenas costumbres. Si bien se sanciona con la pena de nulidad las capitulaciones acordadas después de la celebración del matrimonio, éstas podrán comprender los bienes adquiridos posteriormente por los cónyuges (art. 1942).

La formalidad de la escritura pública dependerá del valor de los bienes aportados por los cónyuges (500 Unidades Reajustables), o de la constitución de derechos sobre bienes raíces. Fuera de los casos mencionados, bastará para la validez que las capitulaciones consten por escritura privada firmada por las partes y tres testigos domiciliados en el Departamento (art. 1943, conf. Ley 16.603/1994).

Se estatuye la irrevocabilidad de las convenciones. Estas no podrán modificarse, alterarse o destruirse ni aún con el consentimiento de las personas que intervinieron en su otorgamiento, a partir del día de la celebración del matrimonio (art. 1944).

El artículo 1950 integra el Capítulo II intitulado "De la sociedad legal", que somete a la sociedad que se verifica por el simple hecho del matrimonio a las reglas establecidas en las siete Secciones subsiguientes.

El art. 2397 -contenido en el Apéndice del título final- consagra la inmutabilidad del régimen al sujetar las relaciones de bienes entre los esposos a la ley del Estado del primer domicilio matrimonial.

2. Calificación del punto de conexión.

La segunda cuestión a tener en cuenta es ¿qué se entiende por primer domicilio conyugal?

El *Tratado de 1889* considera que el domicilio de los cónyuges es el que tiene constituido el matrimonio. En su defecto, se reputa como tal el del marido (art. 8).

Si bien el **Tratado de Montevideo de 1940** mantiene la numeración y la aplicación subsidiaria del domicilio del marido del convenio anterior, elige definir el domicilio conyugal como "el lugar en donde viven de consumo". La fórmula empleada para la conexión subsidiaria es estricta, no introduce pauta alguna que contribuya a precisarla temporalmente, como podría ser por ejemplo: "el domicilio del marido al tiempo de la celebración" o bien "al tiempo del inicio de la vida matrimonial".

Habida cuenta que esta calificación importa un trato discriminatorio para la mujer, choca frontalmente con el principio de igualdad jurídica de los cónyuges consagrado por las declaraciones, tratados y convenios sobre Derechos Humanos a los que nuestra Carta Fundamental les ha otorgado rango constitucional (42). Cabe también señalar el riesgo que implica facilitarle al marido la posibilidad de defraudar a la mujer mediante una modificación maliciosa de la conexión que solo de él depende.

El **Código Bustamante** dispone que: "El domicilio legal del jefe de familia se extiende a la mujer y a los hijos no emancipados..." siempre que la legislación personal de aquellos a quienes se atribuye el domicilio de otro no disponga lo contrario (art. 24). Es decir que prevalecería una disposición diversa de la ley de la nacionalidad o del domicilio o de la residencia de las personas mencionadas que diese autonomía a sus respectivos domicilios (43).

Desde la óptica **argentina**, podemos precisar temporalmente la conexión "primer domicilio conyugal" a la luz de las conclusiones de las Quintas Jornadas de Derecho Civil, en donde se resolvió que puede presumirse *iuris tantum* que el primer domicilio conyugal está en "el primer lugar en el que después de la celebración del matrimonio, los cónyuges residen de manera habitual, de consumo" (Rosario 1971, Recomendación, punto 3).

(42) Entre otras podemos mencionar las siguientes: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, art. 2; Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, arts. 17 y 24; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 23; Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer de 1979.

(43) VALLADAO, Haroldo Texeiro, *Derecho internacional privado. Introducción y parte general*, Editorial Trillas, México, D.F., 1987, p. 407.

Para la determinación del domicilio de los cónyuges en **Bolivia**, es necesario relacionar las normas del C. Civil con las del Código de Familia. En efecto, ateniéndonos a las mencionadas en primer lugar, el domicilio de los cónyuges se halla en el lugar del domicilio matrimonial (art. 26). Su correcta aplicación depende de la armonización con el contenido del art. 97 de la ley específica, que estatuye que los esposos "están obligados a convivir en el domicilio conyugal "elegido por ambos", consecuentemente, el domicilio matrimonial es el elegido por ambos cónyuges.

El sistema jurídico **brasileño** repitió, solamente, la parte principal del artículo 24 del Código Bustamante al considerar que el domicilio legal del jefe de familia se extiende a la mujer y a los hijos no emancipados (LICC, art. 7). A su vez, el Código Civil dispone que la mujer casada tiene por domicilio el del marido (Parágr. único, art. 36).

La legislación **chilena** considera que el domicilio de la mujer casada, no divorciada, sigue el domicilio del marido mientras éste reside en Chile (C. Civ., art. 71). A su vez, el art. 14 establece el sistema de territorialidad de la ley para regular las relaciones jurídicas ejecutadas por habitantes de la República, cualquiera que sea su nacionalidad o domicilio. Se entiende que una persona habita en el país cuando se encuentra físicamente dentro de los límites especiales que cubre el Estado.

Conforme a la Ley N° 1/92 de la Reforma Parcial del Código Civil **paraguayo**, se califica el domicilio conyugal como "el lugar en que por acuerdo de ambos cónyuges éstos hacen vida en común, y en el cual ambos gozan de autoridad propia y consideraciones iguales" (art. 14). Por su lado, el Código Civil dispone que dicha conexión será establecida o cambiada de común acuerdo entre marido y mujer (art. 155).

En el mismo sentido se orienta la Ley 10.783 de **Uruguay** sobre los Derechos Civiles de la Mujer al establecer que el domicilio conyugal se fijará de común acuerdo por los cónyuges (art. 9).

Cabe traer a colación, que estos dos países se encuentran vinculados por la Convención Interamericana de Montevideo de 1979 sobre domicilio de las personas físicas, que entiende por domicilio conyugal el lugar donde los cónyuges vivan de consuno. Ello sin perjuicio del derecho de cada cónyuge de constituir domicilio por separado (art. 4).

3. Conflicto móvil

La tercera cuestión se relaciona con la petrificación del régimen derivado de la conexión al primer domicilio conyugal que aseguran, por ejemplo, el Tratado de Montevideo de 1940 (art. 17) y la legislación argentina (art. 163). En efecto, las disposiciones niegan efecto alguno al cambio de domicilio sobre "la ley competente para regir las relaciones de los esposos en cuanto a los bienes, ya sean adquiridos antes o después del cambio".

De lo expuesto surge que si los cónyuges hubieran celebrado una convención matrimonial de separación de bienes en Uruguay, y con posterioridad trasladan su domicilio a nuestro país, como la norma dispone reconocer los alcances extraterritoriales de las capitulaciones matrimoniales que consagran el sistema de separación, éste continuaría rigiendo los bienes que en el futuro adquieran en Argentina (44).

El conflicto móvil resultante del traslado del domicilio conyugal, lógicamente repercute en materia sucesoria, circunstancia en la que se podría discutir si un bien es propio de uno de los cónyuges o ganancial, cuanto evaluar si la convención matrimonial que acepta el régimen de separación total de bienes contraviene o no nuestro orden público internacional (45).

Este caso fue resuelto por la Cámara Nacional Civil que aceptó la competencia internacional argentina en relación con un bien inmueble situado en el país. La validez de las capitulaciones en la sucesión, respecto del bien adquirido e inscripto a nombre del causante, se resolvió mediante la aplicación de oficio del derecho uruguayo, según lo estipulado por el Protocolo Adicional del Tratado de Montevideo de 1940 y por la Convención Interamericana de 1979 sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (arts. 2). Además de los inconvenientes prácticos que genera la resolución de casos similares, nuevamente será preciso recurrir a esta última Convención a los efectos de paliar las consecuencias contradictorias que puede desencadenar la aplicación de una pluralidad de

(44) Conf. FASSI, Santiago - BOSSERT, Gustavo, *Sociedad conyugal*, Ed. Astrea, Bs. As., t. I, p. 73; ZANNONI, Eduardo, *Derecho Civil-Derecho de Familia*, 2º ed. Astrea, Bs. As., 1989, T. I, p. 415.

(45) Estas cuestiones fueron analizadas en detalle por la CNCiv., sala I, el 20 de abril de 1995, en la causa "M.S. s/sucesión ab-intestato", El Derecho, 162-593.

leyes a una misma relación jurídica, situación que hará necesaria una posterior adaptación para alcanzar una solución coherente o razonable (art. 9).

Así planteadas las cosas, estimo que la inmutabilidad espacial y temporal del régimen que surge del "primer domicilio conyugal" puede traer aparejado un distanciamiento de la ley con la cual la vida matrimonial guarde algún tipo de conexión. Por eso me pregunto:

¿Tiene sentido que el régimen económico del matrimonio se rija por un derecho tan alejado de la realidad?

La solución receptada peca actualmente de una falta de adecuación a la evolución experimentada por el Derecho comparado que, a través de la autonomía conflictual, otorga la posibilidad a los cónyuges de elegir entre varias leyes aquella que más les convenga, a fin de concederle validez a los pactos por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico del matrimonio.

Ilustran esta técnica, entre otros, el Derecho internacional privado español después de la reforma operada por la ley 11/1990 que permite optar entre las leyes siguientes: la que rija los efectos del matrimonio, la de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento (art. 9.3); la Ley Federal Suiza de 1987 declara la prioridad del derecho elegido por los esposos, cuya selección podrá recaer en el derecho del Estado en el que ambos estén o estarán domiciliados tras la celebración del matrimonio, o el derecho del Estado de la nacionalidad de alguno de ellos (art. 52); y la Ley italiana de 1995 al expresar que los cónyuges pueden convenir por escrito que sus relaciones patrimoniales se rijan por la ley del Estado del que al menos uno sea nacional o en el que resida (art. 30.1).

En este sentido, la Convención de La Haya de 1978 sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales constituye un claro ejemplo, pues permite que los cónyuges designen antes del matrimonio la ley a la cual someterán el conjunto de sus bienes (art. 3) (46).

(46) La Convención ha sido ratificada por Francia, Luxemburgo y los Países Bajos, según el cuadro de ratificaciones del 2 de marzo de 1998. El art. 3 autoriza a optar entre las leyes siguientes: la del Estado de la nacionalidad de uno de los cónyuges; la del Estado en donde uno de los cónyuges tenga su residencia habitual o la del primer Estado en cuyo territorio uno de los cónyuges establezca una nueva residencia habitual después del matrimonio.

Se trata de buscar una conexión que implique mayor proximidad con la vida matrimonial, elegir la ley del país con el que, según las circunstancias, ésta presente los lazos más estrechos (47). Sin perjuicio de acompañar dicho principio con una serie de presunciones que permitan localizar ese país, dispensando a los cónyuges, terceros interesados e intérpretes, un margen razonable de previsibilidad y claridad.

La idea es facilitar el camino para lograr la armonía con el sistema que rige las relaciones personales, sin que ello importe descuidar los derechos de terceros que puedan contratar respecto de los bienes que pertenecen a alguno de los cónyuges. Por eso, para evitar este riesgo, habrá que prever cláusulas de garantía que los protejan frente a cambios maliciosos del domicilio conyugal. De ahí la importancia que reviste regular la forma y el régimen de publicidad de las convenciones matrimoniales.

Desde el ángulo de mira de los sistemas jurídicos de los países integrados, es dable advertir que la legislación chilena resuelve expresamente el conflicto móvil a través del art. 135, inc. 2 del Código Civil, cuando establece que los matrimonios celebrados en país extranjero se mirarán como separados de bienes siempre que cumplan los siguientes requisitos:

- 1) Que los cónyuges pasen a domiciliarse en Chile;
- 2) Que en conformidad a las leyes bajo cuyo imperio se casaron no haya habido entre ellos sociedad de bienes.

En suma, exige que concurren tres condiciones: matrimonio celebrado en el extranjero; que pasen a domiciliarse en Chile; y que no haya habido entre ellos sociedad de bienes según las leyes bajo cuyo imperio se casaron.

La norma plantea dos cuestiones a resolver: ¿qué se entiende por "leyes bajo cuyo imperio se casaron"? y la otra, ¿cuál es el alcance de la expresión "sociedad de bienes"?

(47) GONZALEZ CAMPOS, Julio y otros, *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, 6ª edición revisada, EUROLEX, Madrid, 1995, p. 349. La Convención de La Haya de 1978, elige este criterio como conexión subsidiaria cuando los cónyuges no han designado el derecho aplicable a su régimen matrimonial ni celebrado contrato de matrimonio y hayan fracasado las conexiones del régimen legal (art. 4, in fine); ver el análisis de la Convención en NAJURIETA, María Susana, *La Convención de La Haya sobre regímenes matrimoniales y la reforma del derecho internacional privado de fuente interna*, LL, 1984-D-1316.

Respecto al primer interrogante, la doctrina y jurisprudencia interpretan que la conexión se refiere a las disposiciones de derecho interno del país de celebración del matrimonio, excluyendo sus reglas de conflicto. En cuanto al segundo, se considera que se refiere a la sociedad de bienes entre los cónyuges que es una comunidad de ganancias (48).

No obstante los requisitos mencionados, la doctrina amplía el encuadre de esta norma a los matrimonios de extranjeros casados fuera de Chile que no constituyen domicilio en dicho país (49). Ahora bien, de acuerdo a las modificaciones introducidas al Código Civil (art. 135, inc. 2) por la Ley 18.802 de 9 de junio de 1989, todos los casados en país extranjero con posterioridad al 9 de setiembre -fecha de entrada en vigencia de esta ley- se mirarán como separados de bienes, a excepción de:

- a) Los casados en país extranjero que pacten la sociedad conyugal en el acto de inscribir su matrimonio en el Registro de la Primera Sección de la comuna de Santiago y siempre que se deje constancia de ello en dicha inscripción; y
- b) Los chilenos casados en el extranjero por cuanto los sigue la ley chilena en lo relativo a las obligaciones y derechos que emanan de las relaciones de familia respecto de su cónyuge chileno, conforme al art. 15 N° 2 del Código Civil, que no ha sido modificado por esa ley.

Similar postura adopta la legislación uruguaya, pues considera que los matrimonios celebrados en el extranjero y que pasen a domiciliarse en la República se mirarán como separados de bienes, siempre que, en conformidad a las leyes bajo cuyo imperio se casaron no haya habido entre ellos sociedad de bienes (art. 130).

Del análisis comparativo de las fuentes internas de los países comprometidos en el proceso de integración surge que, salvo los sistemas jurídicos argentino (C. Civ., arts. 1217 a 1219) y boliviano (C. de F. Arts. 101 y 102) que limitan la posibilidad de celebrar convenciones matrimoniales,

(48) GUZMAN LATORRE, Diego, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 488 y ss.

(49) GUZMAN LATORRE, Diego, ob. cit., p. 499.

los derechos de los otros socios facultan a los contrayentes a estipular el régimen patrimonial (50).

4. Forma del acto y publicidad.

La última cuestión a tratar se refiere a la forma de las capitulaciones matrimoniales. Como el Tratado de Montevideo carece de una previsión específica, habrá de acudirse a la regla general sobre la forma de los actos jurídicos contenida en el Título correspondiente (art. 36). Será, entonces, la ley del primer domicilio conyugal la que exija o no una forma determinada, delegando a la *lex loci* la reglamentación de la forma exigida en el supuesto que se hayan otorgado en un país diferente (51).

Dijimos ya, que la legislación argentina reproduce la norma convencional, consecuentemente, si el primer domicilio conyugal se localiza en Brasil, Paraguay o Uruguay dichos pactos deberán constar en escritura pública que constituye la formalidad especial prevista por sus respectivas legislaciones (Brasil, C. Civ., art. 256 parágr. únic.; Paraguay, Ley N° 1/92, art. 26 y Uruguay, C. Civ., art. 1943). La exigencia de esta forma solemne persigue establecer "niveles razonables de certeza acerca de la fecha de otorgamiento y de la identidad de las partes" (52).

Estrechamente vinculada a la forma de las capitulaciones matrimoniales es la relativa a su publicidad que persigue un doble objetivo: proteger el interés de los esposos y los derechos de terceros. Recordemos que el Tratado de Montevideo de 1940 confía a la ley de cada Estado la organización de los medios de publicidad de los actos jurídicos (art. 36). De modo que corresponde a la ley del país de registro indicar las modalidades en que puede llevarse a cabo la publicidad registral (53).

(50) Código Civil de los Estados Unidos de Brasil de 1916, art. 256; Código Civil chileno tras las modificaciones de la Ley N° 5.521, arts. 1715 y 1720; Código Civil de Paraguay de 1987, arts. 203, 204 y 205 y Código Civil de Uruguay de 1868, arts. 1938, 1942, 1943 y 1944.

(51) GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia*, 4ª edición, Depalma, Bs. As., 1985, N° 227, p. 256; PALLARES, Beatriz, *Derecho Internacional Privado Matrimonial*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1988, p. 95.

(52) AGUILAR NAVARRO, Mariano, *Lecciones de Derecho Civil Internacional Español*, segunda edición, Sección de Publicaciones, Universidad Complutense, Madrid, 1983, p. 246.

(53) Sobre el régimen de publicidad de la economía del matrimonio ver PERROT, Celina Ana, *Régimen económico del matrimonio. Autonomía de la voluntad. Otro sistema de regulación*, LL, 1989-E-914.

Las legislaciones de los países asociados revelan también diferencias en los sistemas adoptados para proteger los intereses de terceros, así vemos que:

- El derecho brasileño requiere que los acuerdos matrimoniales sean inscriptos en un libro especial que debe llevar el registro de inmuebles del domicilio conyugal, para que éstos sean oponibles a terceros (C. Civ., art. 261);

- El Código Civil chileno exige, bajo apercibimiento de nulidad, que las capitulaciones se subinscriban al margen de la respectiva inscripción matrimonial al tiempo de efectuar aquél o dentro de los treinta días siguientes a la celebración del matrimonio (art. 1716);

- Para que las capitulaciones matrimoniales tengan efecto contra terceros, la legislación nacional de Paraguay prevé su posterior inscripción en la sección respectiva de los Registros Públicos (Ley N° 1/92, art. 27);

- La ley 15.514 del 29/12/1983 de Uruguay manda inscribir dichos acuerdos en el Registro Nacional de Actos Personales (Sección Regímenes Matrimoniales, art. 30);

- En sentido inverso se manifiesta la regla de Derecho internacional privado argentina que, a pesar de tomar en consideración las convenciones otorgadas en el extranjero, no instaura un régimen de publicidad que permita resguardar los derechos de terceros.

5. A modo de conclusiones.

A la luz de lo expuesto, puede desprenderse que la inmutabilidad del régimen patrimonial del matrimonio recogido por las normas de fuente convencional e interna argentina, con el agravante que ésta limita la posibilidad de regular contractualmente el régimen de bienes en el matrimonio, constituyen vallas a la libre circulación de las personas en el nuevo espacio económico.

La certeza jurídica de los cónyuges y de los terceros disminuye, pues de suscitarse un conflicto móvil por el cambio del domicilio conyugal a otro país, habrá de apelarse a una norma ajena a los tribunales ante los cuales se ventila la causa.

Es de señalar finalmente, que la evolución de la sociedad reclama la transformación del sistema jurídico en orden a favorecer el juego de la autonomía de la voluntad con el debido resguardo y protección no sólo de los cónyuges sino también de terceros. Por ello, la posible solución imaginable es proceder a armonizar las legislaciones en esta área para lograr el fortalecimiento del proceso de integración, cumpliendo así el compromiso asumido por los Estados contratantes en virtud del art. 1º del Tratado de Asunción.

En el Décimo Cuarto Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (A.A.D.I.) y Décimo Congreso Argentino de Derecho Internacional "Dr. Manuel Vieira" realizado en la Universidad de Mendoza los días 25, 26 y 27 de setiembre de 1997, la Sección de Derecho Internacional Privado de esta Asociación luego del debate sobre el tema "Régimen de bienes en el matrimonio" formuló las siguientes recomendaciones y propuestas:

- 1) Se recomienda atenuar el principio de la inmutabilidad del régimen patrimonial de bienes del matrimonio bajo condiciones que otorguen seguridad y previsibilidad a los derechos de los cónyuges y de terceros.
- 2) Se recomienda admitir la autonomía de la voluntad en sentido material y conflictual en la regulación del régimen patrimonial del matrimonio en el Derecho internacional privado de fuente interna y convencional bajo condiciones que otorguen seguridad y previsibilidad a los derechos de los cónyuges y los terceros.
- 3) La admisión de la autonomía de la voluntad en el ámbito matrimonial deberá ser acompañada de adecuadas medidas de publicidad y registración que resguarden los derechos de terceros.
- 4) Las convenciones deberán adecuarse también para adquirir la debida efectividad a las formalidades exigidas para la transmisión de los bienes por la ley del lugar de situación.

IV.- PROPUESTAS

La disparidad legislativa y jurisprudencial de los Estados involucrados en el movimiento integrativo en orden a admitir el juego de la autonomía

de la voluntad, conlleva la necesidad de emprender la armonización jurídica, ya sea a través de la coordinación de las reglas de fuente interna o mediante instrumentos que otorguen un marco de previsibilidad y seguridad jurídica a los verdaderos destinatarios de la integración.

Plasmar jurídicamente la autonomía de la voluntad en materia contractual y en el régimen de bienes en el matrimonio, conduciría a despejar toda incertidumbre, proporcionando a las partes y al operador jurídico reglas claras que lógicamente repercutirán en la actividad de los tribunales nacionales.

En este sentido, resulta sumamente ilustrativo la afirmación de que la autonomía de la voluntad "edifica la libertad y la responsabilidad"... "En casos con elementos extranjeros, conviene la preeminencia de la decisión voluntaria de las partes antes que la tutela estatal..." (54).

El derecho debe ir a la par de las transformaciones que se van produciendo en el escenario regional, por lo que resulta imperioso que la libertad de circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, se complete con un conjunto de normas destinadas a remover los obstáculos que erigen las asimetrías señaladas.

El espacio ahora integrado es una Unión Aduanera, por eso, si pretendemos evolucionar hacia grados superiores de integración, despejar la incerteza respecto a la ley aplicable a estas relaciones jurídicas constituye un aporte para garantizar la vigencia de la paz en la cohesión económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina.

(54) SANCHEZ LORENZO, Sixto. *Postmodernismo y Derecho Internacional Privado*, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. XLVI-1994, N° 2, Madrid 1995, p. 572.

NOTICIAS BIBLIOGRAFICAS

NOTICIAS BIBLIOGRAFICAS

Anuario Argentino de Derecho Internacional, vol. VII (1996-1997).
Asociación Argentina de Derecho Internacional, Córdoba, 1997, 332
págs.

Con el propósito de dar a conocer sus actividades y divulgar los trabajos científicos de sus miembros, así como otras contribuciones de interés en el ámbito del Derecho Internacional y las Relaciones Internacionales, la Asociación Argentina de Derecho Internacional viene publicando desde 1983 su Anuario, que en esta ocasión cuenta con las aportaciones doctrinales de José A. DE YTURRIAGA: "Acuerdo de 1995 sobre Conservación y Ordenación de las Poblaciones de Peces Transzonales y Altamente Migratorias"; Sergio MARCHISIO: "El desarrollo sostenible en el Derecho comunitario europeo del medio ambiente"; Araceli MANGAS MARTIN: "Unión Europea y Mercosur: Perspectiva jurídico-institucional y política"; Antonio REMIRO BROTONS: "No intervención versus injerencia humanitaria y principio democrático"; Héctor GROS ESPIELL: "Naturaleza jurídica del Tratado de Asunción y de sus Protocolos"; Francisco VILLAGRAN KRAMER: "La Comisión de Derecho Internacional y la responsabilidad internacional por crímenes internacionales"; José JUSTE RUIZ: "La entrada en vigor del Convenio de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar y los intereses españoles"; José Manuel PELAEZ MARON: "El derecho de los pueblos a disponer de su tiempo histórico"; Anahí PRIOTTI: "Dimensiones actuales del uso de la fuerza en las relaciones internacionales; legitimidad y restricciones establecidas por el Derecho internacional humanitario"; Margarita BADENES CASINO: "La progresiva consolidación de la pesca responsable en el Derecho internacional"; Nelson Daniel MARCIONNI: "Opiniones consultivas de la Corte Internacional de Justicia"; y Ernesto J. REY CARO: "La solución de controversias en el Mercosur".

Además, este tomo se completa con la relación sistematizada de los convenios internacionales aprobados por la República Argentina en el

período comprendido entre el 1 de mayo de 1994 y el 30 de septiembre de 1996; la habitual sección de reseñas bibliográficas y una nota necrológica en honor del fallecido profesor uruguayo y destacado miembro del IHLADI, Manuel A. Vieira.

Rubén Carnerero Castilla

Anuario Argentino de Derecho Internacional, vol. VIII (1998)
Asociación Argentina de Derecho Internacional, Córdoba, 1998, 274 págs.

Con la edición del volumen VIII, correspondiente al año 1998, el *Anuario Argentino de Derecho Internacional* rompe en su decimoquinto aniversario con la periodicidad bienal que ha mantenido desde el volumen IV (1990-1991) hasta el volumen VII (1996-1997). Es de esperar que la consolidación en las próximas entregas del carácter anual de esta publicación confirme la grata noticia que supone su nueva frecuencia y el consiguiente incremento de las aportaciones doctrinales que ofrece, de cuyo alto nivel científico son prueba los trabajos aparecidos en este número bajo la firma de Alberto J. LLEONART AMSELEM: «Cuestiones científicas y prácticas en Derecho Internacional y ciencias afines»; Mariano J. AZNAR GOMEZ: «El control de legalidad de la acción del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en el ámbito del capítulo VII de la Carta»; Beatriz PALLARES: «Derecho matrimonial patrimonial»; Guillermo Miguel FIGARI: «Argentina y el Mercosur en un sistema global»; Noemí Beatriz MELLADO: «Los sectores sociales y el Mercosur»; Julián HERMIDA: «Desechos espaciales»; Zlata DRNAS DE CLEMENT: «Concepto y elementos jurídicos del desarrollo sostenible»; José Roberto PEREZ SALOM: «Mundialización y globalización en la lucha internacional contra la desertificación: El caso de América Latina y el Caribe»; y Ernesto J. REY CARO: «El dominio y jurisdicción de la Nación y de las provincias sobre la pesca en la Ley 24.922».

Como de costumbre, el *Anuario* también incluye una enumeración de los convenios internacionales aprobados por la República Argentina en el período transcurrido desde el 1 de octubre de 1996 hasta el 30 de junio de 1998, debidamente clasificados en 25 categorías según la materia a la que se refieren; y la sección dedicada a las notas bibliográficas en la que, además de la reseña de numerosas obras sobre Derecho Internacional Público y Privado, abundan los comentarios relativos a monografías que estudian diversos aspectos de los procesos de integración americano y europeo.

Rubén Carnerero Castilla

Anuario de Derecho Internacional, vol. XIV. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra. Pamplona, 1998, 1167 págs.

El *Anuario* correspondiente a 1998, realizado por el Departamento de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra, contiene en su sección doctrinal los siguientes estudios: «La protección de los mamíferos marinos en el mar Mediterráneo», por Valentín BOU FRANCH; «La evolución de los principios jurídicos que rigen la explotación de los recursos económicos de los fondos marinos y del alta mar, retorno a la soberanía», por Ignacio FORCADA BARONA; «La contribución del Derecho internacional del medio ambiente al desarrollo del Derecho internacional contemporáneo», por Cesáreo GUTIERREZ ESPADA; «El régimen jurídico de los tratados concluidos por las organizaciones internacionales con personas privadas», por Antonio MARIN LOPEZ; «Las redes transeuropeas: balance actual y perspectivas de futuro», por Juan José MARTIN ARRIBAS; «Applying Humanitarian Law to Non-International Armed conflicts», por George MOUSOURAKIS; «Aproximación conceptual al Derecho internacional público», por Ramón PANIAGUA REDONDO; «La actualización de las disposiciones que rigen el estatuto consultivo de las organizaciones no gubernamentales en las Naciones Unidas», por Xavier PONS RAFOLS; «La Corte Internacional de Justicia y las competencias del Consejo de

Seguridad en el ámbito del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales", por Pilar POZO SERRANO; "Los derechos del pueblo kurdo. Un ejemplo de los límites de la declaración de los derechos", por Consuelo RAMON CHORNET; "Los Acuerdos de Paz como documentos para la resolución de conflictos intraestatales", por Enmanuel ROUCOUNAS; "Estudio sobre el comentario general número 24 del Comité de Derechos Humanos", por Ana SALADO OSUNA; "El proyecto Lugar-Hamilton de reforma del sistema de sanciones económicas internacionales de los EE.UU.: una llamada al pragmatismo y la moderación", por Javier ZAMORA CABOT.

Incluye este mismo número, en su sección de notas los trabajos "El comercio internacional de desechos y la protección del medio ambiente", por Pablo CUBEL SANCHEZ; "Internet para internacionalistas", por Miguel GARCIA GARCIA-REVILLO; "La regulación internacional de la seguridad de la Biotecnología", por José Roberto PEREZ-SALOM; "Comentarios sobre la negociación y la adopción de los tratados bilaterales y multilaterales restringidos", por Rafael CASADO RAIGON, y dentro del apartado referido al estudio de la jurisprudencia, los siguientes trabajos: "La aportación del asunto Gabeikovo-Nagymaros al Derecho internacional del medio ambiente", por Angel RODRIGO HERNANDEZ" y "El principio "non bis in idem" y su tratamiento en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos: Caso Layza Tamayo", por Carolina LOAYZA y Nicolás DE PIEROLA. Cierra este volumen con la práctica española en materia de tratados internacionales y las resoluciones adoptadas por el Consejo de Seguridad en el año de referencia.

Eugenio Pérez de Francisco

CARNERERO CASTILLA, Rubén: *El régimen jurídico de la navegación por la zona económica exclusiva*. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1999, 312 págs.

La libertad de navegación por la zona económica exclusiva, que la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del mar reconoce a

los buques de todos los Estados, no puede entenderse como un derecho absoluto al que deban supeditarse las actividades que, en aplicación de dicha Convención, pueden llevar a cabo el Estado ribereño y el resto de los Estados en dicha zona. Por el contrario, el paso de las embarcaciones extranjeras está sometido a ciertas restricciones impuestas por la seguridad de la navegación marina, las competencias atribuidas a algunos Estados para combatir determinadas actividades ilícitas, la navegación de las demás embarcaciones y, fundamentalmente, por el ejercicio de los derechos del Estado ribereño en esa zona, así como por las medidas que adopte para salvaguardar sus legítimos intereses en la misma. Precisamente, el objeto de la presente monografía es el análisis de las previsiones establecidas en la Convención para lograr el equilibrio entre los intereses enfrentados de las distintas partes y, sobre todo, el estudio del fundamento y alcance de las mencionadas limitaciones, aunque con especial referencia a aquéllas, de carácter convencional o derivadas de las respectivas legislaciones internas, que tienen su origen en el ejercicio de los derechos soberanos de los Estados ribereños sobre los recursos naturales que se encuentran en este espacio (tanto los que les corresponden en virtud del régimen de la zona económica exclusiva como los establecidos en la regulación de la plataforma continental) y de la jurisdicción que disfrutan en relación con el establecimiento y la utilización de islas artificiales, instalaciones y estructuras, la investigación científica marina y la protección del medio ambiente marino.

El libro se cierra con un anexo bibliográfico y otro en el que se enumeran, clasificadas por países, las múltiples normas nacionales citadas en el texto.

Prometeo Cerezo de Diego

CIURO CALDANI, Miguel Angel: *El Derecho Internacional Privado ante los procesos de integración. Con especial referencia a la Unión Europea y el Mercosur*. Fundación para las Investigaciones Jurídicas. Rosario, 1998, 115 págs.

El objeto de la presente monografía coincide con el de la ponencia presentada por el autor en el XX Congreso del IHLADI, celebrado en septiembre de 1998 en Manila (Filipinas), que fue debatida en la III Comisión y sobre la base de la cual el plenario adoptó las conclusiones pertinentes. La finalidad fundamental de ambos trabajos consiste en el análisis de cómo pueden afectar y cómo deberían afectar al Derecho internacional privado los procesos de integración que están teniendo lugar en el ámbito de la Unión Europea y el Mercosur, dividiéndose su desarrollo en dos partes. En la Parte General se examinan las relaciones del Derecho Internacional Privado con la integración y la forma en que ésta incide en aquél en lo que atañe a cuestiones tales como el concepto del mismo; su autonomía material, científica, legislativa, judicial, académica y pedagógica; sus fuentes formales; su ámbito activo y pasivo de aplicación espacial y temporal; los problemas generales de fondo (calificaciones, cuestión previa, fraude de ley, reenvío, calidad del Derecho extranjero y orden público) o procesales (jurisdicción y transposición procesal) que plantea; o el funcionamiento de sus normas, es decir, el reconocimiento, interpretación, determinación, elaboración y aplicación de las mismas. Mientras que la Parte Especial se centra en el estudio del régimen de los contratos y de la jurisdicción y transposición procesal en los ámbitos específicos de la Unión Europea y del Mercosur, para llegar a la conclusión de que, en una visión de conjunto "la experiencia europea evidencia que el Derecho Internacional Privado puede encarar el fenómeno de integración a través de una estrategia que apunte de modo principal a la dinamización del mercado mediante el régimen de los contratos y a la disminución de las fronteras estatales a través de la fácil transposición procesal".

Rubén Carnerero Castilla

CONSEJO ARGENTINO PARA LAS RELACIONES INTERNACIONALES: *Antártida y el Sistema del Tratado Antártico. Evolución histórica y política. Intereses Argentinos. Protocolo sobre el medio ambiente*. Ediciones Manantial. Buenos Aires, 1996, 126 págs.

La constitución de un Comité de Estudios Antárticos en el seno del Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales es enteramente lógica si tenemos en cuenta los importantes intereses que la República Argentina tiene en la región. Los trabajos científicos de este Comité - compuesto por prestigiosos juristas y marinos argentinos, algunos de ellos, como su presidente, miembros asimismo del IHLADI- consisten principalmente en la celebración de reuniones de seminario y jornadas de actualización y difusión de conocimientos, cuyas conclusiones son posteriormente publicadas para su difusión en el ámbito académico y docente y en los medios de comunicación. Fruto de la actividad investigadora colectiva del Comité durante 1993 es este libro, en el que, sobre la base de las contribuciones escritas u orales de sus miembros, se examinan los principales acontecimientos en la historia de la Antártida y el Sistema del Tratado Antártico y su relación con el contexto internacional; los intereses y los objetivos argentinos en relación con la Antártida y el Sistema del Tratado Antártico; las actividades científicas desarrolladas por Argentina en el continente; los presupuestos financieros que las Partes Consultivas en el Tratado Antártico destinan a actividades en la zona y los aspectos positivos, discutibles y negativos que presenta el Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del medio Ambiente, firmado en Madrid el 4 de octubre de 1991, cuyo análisis a fondo llevó a cabo el Comité en 1992 y que, junto a sus Anexos, aparece reproducido en el primero de los dos apéndices con que concluye esta obra, mientras que en el segundo se da cuenta del estado de las adhesiones y ratificaciones del Tratado Antártico y los instrumentos a él vinculados.

Rubén Carnerero Castilla

CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo: *El TLC: Controversias, soluciones y otros temas conexos*. McGraw-Hill, México, 1997, 178 págs.

El Tratado de Libre Comercio para América del Norte ha dado lugar a una numerosa y variada literatura jurídica. A todas esas obras viene a unirse la presente, en la que el autor ha elegido como objeto de estudio las disposiciones del mencionado Tratado que regulan los múltiples y diversos sistemas establecidos para prevenir, conocer y, en su caso, resolver las controversias que puedan surgir como consecuencia de su aplicación o de la omisión de tal aplicación. Reflejando las características y alcance de tales mecanismos de solución de controversias, el libro está estructurado en tres partes. En la primera se analizan esquemáticamente las disposiciones aplicables con carácter general al arreglo de las diferencias que puedan enfrentar a las Partes en el Tratado y aquellas otras relativas a la revisión de las decisiones sobre prácticas desleales. En la segunda se lleva a cabo el examen de los mecanismos particulares previstos para la solución de controversias surgidas en el sector agropecuario, las relativas a las inversiones, las relacionadas con los servicios financieros y la inversión en servicios financieros, las que tienen que ver con la entrada temporal de hombres de negocios y las que afectan al ámbito de la propiedad intelectual, así como la recomendación de recurrir a otras opciones para la solución de controversias comerciales. Y en la tercera parte se estudian los acuerdos paralelos sobre cooperación laboral y cooperación medioambiental adoptados por razones fundamentalmente políticas, derivadas del cambio de gobierno estadounidense, tras la firma de Tratado, dado que instauran mecanismos especiales para resolver los conflictos que se pueden plantear. El libro concluye con una referencia a otras cuestiones que tienen una conexión directa o indirecta con el problema de la solución de controversias y se cierra con los Anexos, la bibliografía y la enumeración de las fuentes utilizadas.

Rubén Carnerero Castilla

FERNANDEZ SOLA, Natividad: *El pensamiento internacionalista del profesor Miaja de la Muela. Su contribución al Derecho internacional público y al Derecho europeo*. Mira Editores, Zaragoza, 1999, 337 págs.

No resulta frecuente que la obra científica de un profesor universitario sea objeto de estudio en una monografía dedicada en su integridad a exponer y analizar sus aportaciones a la disciplina que cultivó, pues para hacerse acreedor a semejante honor es necesario, entre otras virtudes, contar con una importante producción científica que se caracterice por su calidad, relevancia, variedad e influencia. Este es el caso de D. Adolfo Miaja de la Muela (1908-1981), que fue Asociado fundador del IHLADI, alcanzando la condición de Miembro en el II Congreso del Instituto (Sao Paulo, 1953), a quien la autora del presente trabajo rinde un merecido tributo póstumo, que se suma al reconocimiento que le dispensaron en vida los sesenta y tres autores participantes en la obra colectiva *Estudios de Derecho Internacional* (Madrid, 1979, Tecnos, 2 vol., 1189 págs.), editada en su homenaje.

En este libro se examinan, en su contexto histórico, político, científico y personal, las más destacadas contribuciones del profesor Miaja de la Muela a la ciencia del Derecho internacional público, clasificadas en cinco epígrafes, según la materia sobre la que versan. El primero de ellos es el relativo al concepto y caracteres del Derecho internacional público, su fundamentación y sus fuentes, con especial referencia a la Escuela española de Derecho internacional del siglo XVI. En el segundo, relativo a la subjetividad internacional, se abordan cuestiones tales como la protección internacional de los derechos humanos y los derechos de los pueblos. El tercero está dedicado a la solución pacífica de las controversias internacionales, al Tribunal Internacional de Justicia y al Derecho internacional bélico; el cuarto trata sobre el Derecho internacional económico y, en particular, sobre la protección de las inversiones extranjeras, las sociedades multinacionales y el Nuevo Orden Económico Internacional. Y, por fin, el quinto se centra en la problemática suscitada por las organizaciones internacionales de Europa occidental y el proceso de integración europea. A estos epígrafes les siguen las conclusiones, en las que la auto-

ra subraya la continuidad, altura y profundidad de los trabajos científicos del profesor Miaja de la Muela. Cerrándose el libro con un índice de la jurisprudencia citada.

Rubén Carnerero Castilla

GONZALEZ CAMPOS, Julio D.; SANCHEZ RODRIGUEZ, Luis I. y ANDRES SAENZ DE SANTA MARIA, Paz: *Curso de Derecho Internacional Público*. 6ª ed. Civitas, Madrid, 1998, 961 págs.

Los trascendentales cambios experimentados por la comunidad internacional en los últimos años han tenido repercusiones inevitables en el Derecho internacional. Esta razón ha llevado a los autores de la presente obra -catedráticos de Derecho internacional en las universidades Autónoma de Madrid, Complutense de Madrid y de Oviedo, respectivamente- a publicar una nueva edición de la misma, revisando, actualizando y completando sus contenidos. Entre las novedades que presenta esta última entrega cabe destacar la inclusión de un nuevo capítulo dedicado al estudio de los órganos del Estado para las relaciones internacionales y la reestructuración de algunos otros.

En este manual, enfocado hacia los dos ámbitos fundamentales del quehacer académico: el docente, pues está destinado principalmente a servir como libro de apoyo en las clases de la Licenciatura española de Derecho; y el científico, al que contribuye con importantes aportaciones teóricas, eludiendo, no obstante, lo que de estériles tienen la mayoría de las polémicas doctrinales, se lleva a cabo un análisis dinámico del ordenamiento internacional que no se limita a exponer la regulación contenida en sus normas, sino que examina también la forma en que las aplican -o las incumplen- los Estados vinculados por las mismas, buscando el equilibrio entre el examen de dichas disposiciones internacionales, el de

la práctica estatal y el de las opiniones de los autores, con el objeto de proporcionar una visión global de los distintos problemas abordados.

Además, para facilitar la profundización en su estudio, este Curso se abre con sendas relaciones de las fuentes de conocimiento de la práctica internacional (repertorios, colecciones de tratados y colecciones de jurisprudencia) y de la doctrina científica más relevante sobre Derecho internacional público; y se cierra con varios índices: uno de las materias examinadas, otro de las decisiones de los órganos judiciales o arbitrales internacionales y de los tribunales españoles a las que se hace referencia en el texto, un tercero de los tratados internacionales y las normas internas españolas citadas y, por último, una lista alfabética de los autores que figuran en la bibliografía aportada al final de cada capítulo.

Prometeo Cerezo de Diego

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS:
Revista IIDH. vol. 24 (julio-diciembre, 1996). San José de Costa Rica, 1996. 523 págs.

Cualquier publicación que, como la presente, se dedique en su integridad a estudiar las repercusiones de la impunidad que disfrutaban los autores o presuntos autores -directos o indirectos, por acción u omisión- de graves crímenes de guerra o de lesa humanidad, consistentes en la violación masiva y sistemática de los más elementales derechos humanos, y a los esfuerzos para superarla, siempre constituye una buena noticia, en la misma medida que se ha de lamentar que semejantes atrocidades no hayan pasado definitivamente a la historia y continúen perpetrándose actualmente en distintas áreas del planeta. Por este motivo hay que dar la bienvenida a los trabajos de Martín ABREGU: "La tutela judicial del derecho a la verdad en la Argentina"; Perfecto Andrés IBÁÑEZ: "La impunidad no es sólo cuestión de hecho. Sobre la persecución en España de los crímenes de la dictadura militar argentina"; César LANDA ARROYO: "Límites constitucionales de la ley de amnistía peruana"; Elizabeth

ODIO BENITO: "El Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia - Justicia para la paz-"; Felipe MICHELINI: "El largo camino de la verdad"; Margaret POPKIN: "Guatemala's national reconciliation law: Combatting impunity or continuing it?"; y Wilder TAYLER: "La problemática de la impunidad y su tratamiento en las Naciones Unidas -Notas para la reflexión-", que integran la sección doctrinal de este número de la revista semestral del IIDH, pues todos ellos se ocupan, con carácter general o en relación con el oprobio padecido por la población de un Estado en concreto, de algún aspecto de este problema.

Igualmente, el comentario sobre la práctica de los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos incluye el estudio de Douglass CASSEL: "Lecciones de las Américas: Lineamientos para una respuesta internacional ante la amnistía de atrocidades"; y en la sección *Amicus Curiae* se publican el memorial en Derecho del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y el Centre for Justice and International Law (CEJIL) presentado en la causa n° 27.472 seguida en Argentina por la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, contra el periodista Eduardo Gabriel Kimel, quien fue acusado y condenado por injuriar en un trabajo periodístico sobre la "Masacre de Los Palotinos" al Juez Federal que investigó el asesinato de tres sacerdotes y dos seminaristas de la mencionada orden religiosa, tras el que se hallaba la sombra del terrorismo de Estado; y el memorial en Derecho presentado por la Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala en la acción de inconstitucionalidad contra los artículos 5, 6 y 11 de la Ley de reconciliación nacional.

Cierra el volumen la crónica de la actividad de la Corte y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el período que va de julio a diciembre de 1996 y la de la práctica americana ante las Naciones Unidas en materia de derechos humanos correspondiente al primer semestre del mismo año.

Rubén Carnerero Castilla

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS: *Revista IIDH*, vol. 25 (enero-junio, 1997). San José de Costa Rica, 1997. 474 págs.

Las contribuciones doctrinales recogidas en este número de la Revista del IIDH se dividen en dos grupos: por un lado, las de Kai AMBOS: "Defensa penal ante el Tribunal de la ONU para la antigua Yugoslavia"; Felipe GONZALEZ: "El control internacional de las Organizaciones No-Gubernamentales"; y Pedro NIKKEN: "Los derechos humanos en la guerra y en la paz de Centroamérica", abordan temas de interés general no directamente vinculados con alguno de los asuntos que han conocido la Comisión o la Corte Interamericanas de Derechos Humanos; mientras que, por otro lado, las de León Carlos ARSLANIAN: "La jurisdicción militar en la opinión de la Corte Interamericana de Justicia: Caso Genie Lacayo"; Marisol MOLESTINA: "La sentencia de reparaciones del caso Aloeboetoe y otros: un punto de vista antropológico"; y Diego RODRIGUEZ PINZON: "Presumption of veracity, nonappearance, and default in the individual complaint procedure of the Inter-American System on Human Rights", comentan algunos aspectos relevantes de las decisiones de los mencionados órganos de la O.E.A. encargados de la salvaguardia de los derechos humanos.

Además, la sección *Amicus Curiae* está dedicada en esta ocasión al memorial en Derecho presentado ante la Honorable Corte Constitucional de Colombia en el asunto Brigadier Roper y otros, tutela n° T-116.357, relativo al interesante tema de los desplazados internos, que fue objeto de estudio durante el último Congreso del IHLADI, aunque en este caso centrado en la problemática particular que plantea en Colombia. Cerrándose el volumen con las habituales secciones sobre la intensa actividad desarrollada por la Corte y la Comisión en el primer semestre de 1997 y sobre la práctica convencional y extraconvencional de las Naciones Unidas en la materia durante el segundo semestre de 1996, con especial referencia a los países iberoamericanos.

Rubén Carnerero Castilla

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS:
Revista IIDH. Vol. 26 (julio-diciembre, 1997). San José de Costa Rica,
 1997, 665 págs.

El número 26 de la presente edición del Instituto contiene, en su formato habitual, los siguientes apartados. Dentro de su sección doctrinal: "O legado da Declaração de 1948 e o futuro da proteção internacional dos direitos humanos", por Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE; "El derecho indígena frente al espejo de América Latina", por María Magdalena GOMEZ RIVERA; "Los derechos indígenas en el sistema internacional: un sujeto en construcción", por Rodolfo STAVENHAGEN; "El derecho a la participación política de los pueblos indígenas", por Carlos M. AYALA CORAO. En el apartado referente a la práctica de los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, se incluye el estudio: "Los pueblos indígenas: jurisprudencia del sistema interamericano de protección de los derechos humanos", por Ariel DULITZKY. Cierra este número con las secciones referidas a las actividades de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, correspondiente al período comprendido entre los meses de julio-diciembre de 1997, así como de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del mismo período y la reseña de la actividad de la práctica Interamericana en materia de Derechos Humanos del primer semestre de 1997 de Naciones Unidas.

Eugenio Pérez de Francisco

Investigación y Docencia, Vol. 31. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, 1998, 151 págs.

La revista que ahora reseñamos comienza, en su apartado doctrinal con las siguientes colaboraciones: "La clonación, su significado y su relación con los cambios de los paradigmas sociológicos", por Juan José BENTO-

NILLA; "Bases para el régimen de los contratos en el Mercosur", "El derecho a la vida y la discriminación económica y tecnológica", "Fernando el Católico y la cultura jurídica argentina", "La evolución desde el libro y el diario a la televisión y la computación, la estructura internacional y las fuentes de las normas", "Las posibilidades de relación entre la Argentina y Filipinas, una vía en la superación de la globalización", "Las ramas del mundo jurídico en la postmodernidad (las ramas del mundo jurídico en tiempos de la "crisis de la materia") y "Meditaciones sobre las fuentes de las normas", todas estas colaboraciones gracias a Miguel Angel CIURO CALDANI; asimismo, la colaboración "Derecho Internacional Privado para las pequeñas y medianas empresas de Rosario", colaboración conjunta de Miguel Angel CIURO CALDANI, Alfredo M. SOTO, Jorge STAHLI, Norberto RODRIGUEZ, Walter BIRCHMEYER, Andrea A. STRAZIUSO y Felipe Juan AMORNINO. La segunda parte de la revista, está dedicada a la Jornada sobre el Derecho y el Arte, organizada por el Instituto de Estudios Interdisciplinarios y Documentación Jurídica del Colegio de Abogados de Rosario, celebrada el pasado 11 de diciembre de 1998, en la que además de la participación de distintas personalidades en el acto inaugural, entre la que destacamos "El Derecho y el Arte", por Miguel Angel CIURO CALDANI, se presentaron las siguientes disertaciones o comunicaciones: "El derecho de autor en la obra artística", por Noemí Lidia NICOLAU, "La libertad en el derecho a la expresión", por Florencia LOCELSON, "Algunas reflexiones acerca de la pintura y el Derecho", por Miguel BALLESTEROS, "Filosofía y Arte", por Ariel ALVAREZ GARDIOL, "Notas elementales sobre la aplicación de la crítica de arte a la investigación jurídica", por Dámaso Javier VICENTE-BLANCO, "La persona, las normas y los derechos humanos en la literatura de ciencia ficción", por Mariano MORELLI Y "Contenidos jusfilosóficos del género operístico", por Juan José BENTONILA. Cierra el presente número con una sección de reseñas y de noticias.

Eugenio Pérez de Francisco

POLIER SAENZ DE ASTEGUIETA, Antonio Domingo de: *El joven diplomático* (Ed. Facsímil, 1929). Ministerio de Asuntos Exteriores. Secretaría General Técnica. Madrid, 1996, 258 págs.

La edición facsímil del diplomático Porlier, que se acompaña con unos estudios previos, para encuadrar la obra, de Miguel Angel OCHOA BRUN, Carlos M^a GONZALEZ DE HEREDIA Y DE OÑATE y Manuel HERNANDEZ RUIGOMEZ, supone el rescate de una obra jurídica escrita en el primer tercio del siglo XIX y primer manual de aquellos que deseaban formar parte en las representaciones españolas en el exterior, defendiendo el autor la necesaria profesionalización de estos representantes que hasta entonces, habían sido seleccionados fundamentalmente entre la nobleza y el clero, cosa que no se consiguió en España sino a finales del siglo. Para ello, recomienda la lectura de determinadas disciplinas necesarias en la formación del aspirante, el conocimiento de los empleos diplomáticos o de las competencias de la Secretaría de Estado. Pero la obra de Porlier va más allá ya que también aborda cuestiones, entre otras, que serían propias hoy, del Derecho Constitucional (formas de poder), de la Administración pública, del Derecho Penal e incluso, la última parte de su obra, es un manual de Derecho Internacional público y privado, todo ello con vistas a la formación de los aspirantes a diplomáticos de la época.

Eugenio Pérez de Francisco

REY CARO, Ernesto J.: *La solución de controversias en los procesos de integración en América. El Mercosur*. Marcos Lerner Editora. Córdoba, 1998, 119 págs.

El interés del profesor REY CARO por el tema objeto de esta breve monografía, que está plenamente justificado por su indiscutible importancia, ya se puso de manifiesto con la publicación de un artículo sobre el mismo en el volumen VII del *Anuario Argentino de Derecho internacio-*

nal (pp. 279 a 299). Confirmando ese interés, el presente libro está dedicado al estudio de los procedimientos de solución de controversias institucionalizados en el ámbito de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio, la Asociación Latinoamericana de Integración y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, así como al análisis de las reglas de funcionamiento del Tribunal de Justicia del Pacto Andino y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. No obstante, como el propio título da a entender, la parte más importante de sus páginas se consagra al examen de los mecanismos instaurados en el Mercosur, tanto por el Tratado de Asunción de 1991, como por el Protocolo de Brasilia de 1991 (con especial referencia a las reclamaciones formuladas por los particulares) y por el Protocolo de Ouro Preto de 1994; y a los Acuerdos de complementación económica que ha celebrado con Chile y Bolivia.

El libro concluye con un Anexo bibliográfico y un Anexo documental en el que se reproduce el texto de los mencionados Protocolos de Brasilia y de Ouro Preto y del Acuerdo de complementación económica con Chile.

Rubén Carnerero Castilla

REY CARO, Ernesto J.: *Temas de Derecho internacional ambiental*. Marcos Lerner Editora. Córdoba, 1998, 291 págs.

La importancia de la protección y conservación del medio ambiente para los intereses de los Estados y de la comunidad internacional en su conjunto es tan evidente que no resulta preciso destacarla. Como también es obvio que aspectos fundamentales de este problema tienen naturaleza jurídica, pues, para lograr resultados satisfactorios al respecto, resulta imprescindible la prohibición de algunas actividades contaminantes, mediante las correspondientes normas internas e internacionales, y la reglamentación de otras que, a pesar de estar autorizadas, constituyen una amenaza para el ecosistema, con la finalidad de disminuir los efectos perjudiciales derivados de su ejercicio. Esta circunstancia ha dado lugar al

nacimiento del Derecho internacional ambiental, rama del Derecho de Gentes que ha ido engrosando vertiginosamente su contenido mediante una multiplicidad de tratados e instrumentos internacionales y otros desarrollos normativos. La presente obra recopila algunos trabajos sobre la materia anteriormente publicados por el profesor REY CARO en los que aborda cuestiones tales como "La protección internacional del medio ambiente. Realidades y perspectivas"; "La protección y preservación del medio marino en el Derecho Internacional Contemporáneo"; "La protección y preservación del medio marino de los cursos de agua internacionales"; "La conservación de los recursos vivos en la alta mar y las nuevas tendencias de la legislación en América Latina"; publicado en el volumen XII de este Anuario, pp. 99 a 162; "La protección del medio ambiente en la Antártida"; "Reflexiones sobre los medios y procedimientos para la solución de controversias en el Derecho Internacional del Medio Ambiente"; y "Consideraciones sobre un Tribunal internacional del medio ambiente" que, al contrario que las anteriores, es inédita, pues está destinada a publicarse en el *Liber Amicorum* en homenaje al desaparecido profesor uruguayo Manuel A. Vieira.

Rubén Carnerero Castilla

REY CARO, Ernesto J. y MARCIONNI, Nelson D.: *Evolución de las pesquerías en el Derecho internacional. Una perspectiva argentina*. Marcos Lerner Editora. Córdoba, 1998, 253 págs.

Como su propio título indica, los autores, profesores de Derecho internacional Público en la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina), dividen esta obra, en la que abordan los problemas jurídico-internacionales que plantea la explotación de las pesquerías, en dos partes: la primera analiza la evolución del ordenamiento internacional en la materia, desde las primeras formulaciones legales y doctrinales hasta la Conferencia de las Naciones Unidas sobre las poblaciones de peces transzonales y altamente migratorias y el Acuerdo sobre la aplicación de las disposiciones

de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del mar relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y altamente migratorias; pasando por la Conferencia de Codificación de La Haya de 1930, la Conferencia de Ginebra de 1958, la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del mar y, por supuesto, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del mar. En la segunda se exponen las líneas maestras de la política argentina en cuestión de pesquerías, con especial referencia a su práctica legislativa y sin obviar el siempre espinoso tema del reparto de competencias entre el Estado y las provincias con litoral marino.

La obra concluye, a modo de epílogo, con una propuesta de pautas a adoptar por la República de Argentina en relación con los tratados internacionales y la legislación interna sobre la materia, así como respecto a la política de explotación y conservación de los recursos marinos vivos; y se complementa con una serie de útiles e ilustrativos cuadros y gráficos, un anexo documental sobre el grado de apoyo de la Convención de 1982 y los Acuerdos de Aplicación de 1994 y 1995, en el que también se reproduce la reciente ley argentina n° 24.922, de 9 de diciembre de 1997, y, por último, un anexo bibliográfico.

Rubén Carnerero Castilla

RUDA SANTOLARIA, Juan José: *Los sujetos de Derecho Internacional. El caso de la Iglesia Católica y del Estado de la Ciudad del Vaticano*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Lima, 1995, 603 págs.

El papel protagonista que ha venido desempeñando históricamente y que desempeña en la actualidad la Iglesia Católica en las relaciones internacionales es indiscutible. Mayores dificultades plantea, sin embargo, la

cuestión de si disfruta de personalidad jurídica internacional y, en consecuencia, puede ser considerada como sujeto del Derecho internacional. Esta es, precisamente, la tesis defendida en la presente monografía, no sólo respecto a la propia Iglesia Católica, sino también en relación con la Ciudad del Vaticano, de la que se intenta demostrar que constituye un verdadero Estado al reunir, aunque con evidentes peculiaridades, los requisitos exigidos tradicionalmente para calificarla como tal, es decir, un territorio, una población, un gobierno y capacidad para relacionarse con otros sujetos del Derecho internacional, por lo que disfruta de todos los atributos estatales, entre ellos la subjetividad internacional. Para llegar a estas conclusiones, el autor comienza con el estudio de la personalidad jurídica internacional del Estado y de lo que domina "otros sujetos de Derecho Internacional", es decir, las uniones personales y reales de Estados monárquicos, las confederaciones, los Estados federales, los beligerantes e insurgentes, las organizaciones internacionales y la Soberana Orden de Malta; haciendo, a continuación, una referencia al estatuto de la Iglesia Católica y del Estado de la Ciudad del Vaticano a la luz del Derecho Internacional; para concluir con el examen de las relaciones jurídicas entre ambas entidades y las que cada una de ellas mantienen con la comunidad internacional y, en concreto, con el Perú.

Especialmente interesante e ilustrativa resulta, por último, la extensa sección dedicada a los anexos documentales, en la que se reproducen un importante número de textos que datan de distintas épocas históricas, clasificados temáticamente según tengan relevancia general para el trabajo de investigación al que sirven de apoyo o se refieran, en particular, a la Iglesia Católica y la Santa Sede como órgano de gobierno de ésta, a la Ciudad del Vaticano o a las relaciones de ambas con el Perú.

Rubén Carnerero Castilla

TORRES BERNARDEZ, Santiago: *L'intervention dans la procédure de la Cour Internationale de Justice*. Académie de Droit International. Martinus Nijhoff Publishers. The Hague, Boston, London, 1997, 263 págs.

Esta monografía recoge el Curso dictado por el autor, antiguo Greffier (1980-1986) y actual juez *ad hoc* de la Corte Internacional de Justicia, en la Academia de Derecho Internacional de la Haya -que, como es tradicional, también ha sido publicado en el *Recueil des cours* de la Academia, tomo 256, 1995, pp. 193 a 457- durante la sesión de 1995, en el que analizó la institución de la intervención de Estados distintos al demandante y el demandado en los procedimientos sustanciados ante la Corte Internacional de Justicia, posibilidad que resulta admisible siempre que tales Estados tengan intereses jurídicos que puedan verse afectados por la decisión del litigio o en el caso de que sean partes en los tratados que ha de interpretar la Corte para dictar su sentencia. Para llevar a cabo dicho análisis con la profundidad y exhaustividad que merece, la obra responde al siguiente esquema: comenzando con unas consideraciones generales, de carácter introductorio, sobre la intervención en los procedimientos de arreglo judicial de controversias, procede seguidamente al examen de algunas cuestiones básicas, que se inicia con una referencia a las distintas modalidades de intervención previstas por los artículos 62 y 63 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y prosigue con el estudio de sus rasgos comunes, de las condiciones que caracterizan a cada una de ellas, de las distintas cuestiones procedimentales suscitadas por este incidente procesal, del objeto y el fin de la intervención como factores determinantes para la admisibilidad de la misma y de los derechos y obligaciones del Estado interviniente, para terminar con las conclusiones generales del trabajo.

Rubén Carnerero Castilla

VV.AA.: *Alternativas a una política de inmigración*. Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos Ramón Carande. Madrid, 1996, 180 págs.

El Centro de Estudios Superiores "Ramón Carande" de Vicálvaro (Madrid) organizó los días 7 y 8 de mayo de 1994 un ciclo de conferencias que tenían por objeto el estudio de las cuestiones más importantes planteadas por la inmigración de ciudadanos procedentes del exterior de la Unión Europea al espacio configurado en el Tratado de Schengen, con especial referencia a la inmigración de nacionales extracomunitarios a España. En estas Jornadas el análisis de los problemas abordados se llevó a cabo fundamentalmente desde una perspectiva jurídica, si bien junto a las intervenciones de profesores de Derecho internacional se contó con la muy valiosa aportación de expertos en otras ramas científicas como la antropología y la psicología, y la de abogados y políticos, sin que faltase el punto de vista de las asociaciones de inmigrantes. Esta publicación, que cuenta con una presentación a cargo del profesor Roberto MESA, recoge las contribuciones de los distintos participantes divididas, según el tema que tratan, en dos partes. La primera de ellas se refiere a la política de acceso de los extranjeros a España y al territorio de Schengen y en ella se incluyen los artículos de Aurelia ALVAREZ RODRIGUEZ: "Diseño de la política migratoria de España como territorio Schengen"; Mercedes MOYA ESCUDERO "Algunos aspectos de la inadmisión en territorio español de extranjeros procedentes de terceros países"; Elisa PEREZ VERA: "Entrada en España de los nacionales no comunitarios"; Eduard SAGARRA TRIAS: "Factores condicionantes de una política española de inmigración"; y Diego TELLEZ RAMIREZ: "El nuevo espacio europeo: fronteras interiores y exteriores". En la segunda parte, dedicada a la política de integración y a la realización del principio de igualdad entre extranjeros y nacionales, se agrupan los trabajos de Tomás CALVO BUEZAS: "Axiología igualitaria y praxis racista, una esquizofrenia galopante: el caso de los escolares españoles"; José GARCIA MESEGUER: "El desarrollo de una política de integración positiva"; Cristina GORTAZAR ROTAECHE: "Los no comunitarios residentes en la Comunidad Europea"; Abdel HAMID BEYUQUI: "Inmigrantes y política de inmigración en España"; y Pedro J. NOVELIA IZQUIERDO: "Implicaciones de la inmigración extranjera en las ciudades".

Rubén Carnerero Castilla

VV.AA.: *El Derecho internacional privado interamericano en el umbral del siglo XXI*. Sextas Jornadas de Profesores de Derecho internacional privado. Departamento de Derecho internacional público y de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1997, 347 págs.

Durante los días 1 y 2 de diciembre de 1995 se celebraron en Segovia (España) las Sextas Jornadas de Profesores de Derecho internacional privado, dedicadas en esta edición, de forma específica, al análisis y valoración de los logros alcanzados por la codificación del Derecho internacional privado en el ámbito jurídico y geográfico interamericano -principalmente latinoamericano-, así como al estudio de las aportaciones que dichas realizaciones suponen para otros sistemas jurídicos. En la presente obra colectiva se recopilan las ponencias que presentaron en aquel encuentro cualificados expertos de distintas nacionalidades, tales como Erik JAYME: "The Codification of Private International Law in Latin America: Its Indirect Effects in Europe"; Georges A.L. DROZ: "Participation des pays de l'Amerique Latine dans la codification du Droit international privé à la Conférence de La Haye"; Camilo VAZQUEZ BELLO: "La Cooperación civil internacional: las relaciones entre la Unión Europea y la Conferencia de La Haya"; María Blanca NOODT TAQUELA: "Convención interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales"; Pilar BLANCO-MORALES LIMONES: "Protocolo sobre jurisdicción internacional en materia contractual"; Diego P. FERNANDEZ ARROYO: "El Derecho internacional privado en el Mercosur: ¿Hacia un sistema institucional?"; Didier OPERTTI BADAN: "Compatibilidad e interacción de la codificación regional interamericana con los ámbitos de producción jurídica universal y subregional. Balance de los veinte primeros años de la CIDIP"; Leonel PEREZ-NIETO CASTRO: "Las influencias recíprocas entre la codificación interamericana y los sistemas estatales de Derecho internacional privado"; y José Carlos FERNANDEZ ROZAS: "Las relaciones entre España e

Iberoamérica y la codificación internacional del Derecho internacional privado". Además, junto al texto de las ponencias también se transcriben los interesantes coloquios con los que se cerraron cada una de las tres sesiones en las que se dividió el trabajo científico de los congresistas.

Rubén Carnerero Castilla

VV.AA.: *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*. 1996. Tecnos. Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco. 1997, 326 págs.

Como viene siendo tradicional, en esta publicación se editan las conferencias pronunciadas cada verano por distintos profesores de Derecho Internacional Público, Derecho internacional Privado y Relaciones Internacionales en el marco de los Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz que, primero organizados por la Universidad de Valladolid y en la actualidad por la del País Vasco, son los más antiguos de los que se celebran en España sobre estas especialidades. En la edición de 1996 los ponentes de los Cursos y los temas que expusieron fueron los siguientes: Jaime ORAA ORAA: "Derechos humanos, estados de emergencia y Derecho internacional"; Concepción ESCOBAR HERNANDEZ: "Paz y derechos humanos: Una nueva dimensión de las operaciones para el mantenimiento de la paz"; Rafael GRASA HERNANDEZ: "La reestructuración de la teoría de las relaciones internacionales en la posguerra fría: El realismo y el desafío del liberalismo neoconstitucional"; Sixto A. SANCHEZ LORENZO: "Postmodernismo e integración en el Derecho internacional privado de fin de siglo"; Santiago RIPOLL CARULLA: "Principios y normas internacionales sobre seguridad de las instalaciones nucleares"; Aristides ROYO SANCHEZ: "El canal de Panamá: Pasado, presente y futuro"; y Carlos FERNANDEZ DE CASA-

DEVANTE ROMANI: "La acción exterior de las Comunidades Autónomas: Desarrollos recientes".

Rubén Carnerero Castilla

VV.AA.: *Derecho internacional ambiental. Nuevas tendencias*. Marcos Lerner Editora. Córdoba, 1998, 217 págs.

Los problemas jurídico-internacionales que plantea la conservación y preservación del medio ambiente fueron objeto de estudio durante el XIV Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, celebrado en la ciudad de Mendoza en 1997. En aquella reunión, los debates se desarrollaron sobre la base de la ponencia del profesor Ernesto J. REY CARO: "Introducción al Derecho internacional ambiental", quien actuó como relator preparando el documento de trabajo; y fueron enriquecidos por las comunicaciones que, sobre aspectos específicos de la cuestión, presentaron María del LUJAN FLORES: "Derecho internacional ambiental - La obligación de reparar"; Zlata DRNAS DE CLEMENT: "La «diligencia debida» como eje de articulación entre el ilícito internacional y la responsabilidad por las consecuencias perjudiciales producidas por actos no prohibidos por el Derecho internacional"; Graciela R. SALAS: "El Derecho Ambiental y la Antártida"; Nelson Daniel MARCIONNI: "Responsabilidad internacional y uso de energía: Tendencias hacia un principio restrictivo en materia de uso pacífico y de uno prohibitivo del estratégico-militar"; y María Cristina RODRIGUEZ: "Medio ambiente y refugiados: Responsabilidad internacional". Trabajos que aparecen ahora recopilados en la presente obra colectiva.

Rubén Carnerero Castilla

VV.AA.: *Liber Amicorum de Héctor Fix-Zamudio*. Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José, Costa Rica, 1988. Vol. I, 784 págs.

El volumen I del presente *Liber Amicorum* incluye las siguientes colaboraciones: "Las reservas en los Tratados de Derechos Humanos", por Hernán SALGADO PESANTES; "A Regra do Esgotamento dos recursos Internos Revisitada: Desenvolvimento Jurisprudenciais Recentes no Ambito da Proteção Internacional dos Direitos Humanos", por Antônio CANÇADO TRINDADE; "El Concepto de Derechos Fundamentales de la Persona Humana", por Máximo PACHECO GOMEZ; "Educando para la Justicia", por Alirio ABREU BURELLI; "Raíz y horizonte de los Derechos "Sociales" en la Constitución Mexicana, por Sergio GARCIA RAMIREZ; "Responsabilidad del Estado y Responsabilidad Penal Internacional en la Protección Internacional de los Derechos Humanos", por Héctor GROSS ESPIELL; "El Estado Democrático en el Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos", por Rafael NIETO NAVIA; "El Manejo del Pasado y la Cuestión de la Impunidad en la Solución de los Conflictos Armados de El Salvador y Guatemala", por Pedro NIKKEN; "El valor del Derecho y la Jurisprudencia Internacionales de Derechos Humanos en el Derecho y la Justicia Internos: El Ejemplo de Costa Rica", por Rodolfo PIZA ESCALANTE; "El Derecho Interno y los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos", por Alejandro MONTIEL ARGÜELLO; "Perfiles Éticos y Normativos del Derecho Humano a la Paz", por Asdrúbal AGUIAR; "Consideraciones sobre la Convención Americana sobre Derechos Humanos como Tratado Internacional", por Julio A. BARBERIS; "Violencia doméstica y Derechos Humanos", por Rigoberto ESPIRAL IRIAS; "Habeas Corpus y Libertad Individual: su vigencia en una Débil Democracia", por Samuel B. ABAD YUPANQUI; "La Decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Enjuiciamiento Penal Múltiple (Non Bis in Idem) en el caso Loayza Tamayo", por Domingo E. ACEVEDO; "La Garantía de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea", por Luis AGUILAR DE LUQUE; "Sistema Parlamentario. Sistema Presidencialista y Dinámica entre los Poderes del Estado.

Análisis Comparado", por Manuel ARAGON; "El Procedimiento para la Adopción de Enmiendas a la Convención Americana sobre Derechos Humanos", por Jean Michel ARRGHI; "Del amparo Constitucional al Amparo Interamericano como Institutos para la Protección de los Derechos Humanos", por Carlos M. AYALA CORAO; "A Prática Jurídica no Domínio da Proteção Europeia dos Direitos do Homem (a Convenção Europeia dos Direitos do Homem)", por José Alfredo de OLIVEIRA BARACHO; "La O.I.T. y los Derechos Humanos del Trabajador", por Santiago BARAJAS MONTES DE OCA; "Las Decisiones Judiciales como Fuente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos", por Manuel BECERRA RAMIREZ; "Jerarquía y Prelación de Normas en un Sistema Internacional de Derechos Humanos", por Germán J. BIDART CAMPOS; "La Acción de Amparo contra Leyes y demás Actos Normativos en el Derecho Venezolano", por Allan R. BREWER-CARIAS; "Derecho a la Información. Derechos Humanos y Marco Jurídico", por Jorge CARPIZO; "The Inter-American Human Rights System: A Functional Analysis", por Douglass CASSEL; "El Estado de Derecho y los Derechos Humanos en México", por Juventino V. CASTRO Y CASTRO; "La política Exterior de los Estados Unidos y los Derechos Humanos en América Latina", por Rodolfo CERDAS; "Habeas Corpus", por Reinaldo CHALBAUD ZERPA; "A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia", por José Alfonso DA SILVA; "La Crisis del Concepto Político de Constitución en el Estado Social", por Pedro DE VEGA GARCIA; "El Habeas Data y su Desarrollo en el Perú", por Francisco J. EGUIGUREN PRAELI; "Efecto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Formulación del Presupuesto Nacional", por Gonzalo ELIZONDO BREEDY y Fernando FERRARO CASTRO; "Habeas Data: Una aproximación a su problemática y a su posible solución normativa", por Oscar LUJAN FAPPIANO; "Quelques Considérations sur les Droits de L'Homme", por Louis FAVOREU; "Los Nuevos Retos en la Tutela de los Derechos: Las Amenazas del Poder Informático y la Tutela de los Derechos Difusos", por Francisco FERNANDEZ SEGADO; "El Habeas Data y su Configuración Normativa (Con algunas Referencias a la Constitución Peruana de 1993)", por Domingo GARCIA BELAUNDE;

"El Valor Normativo de la Constitución Española de 1978", por Eduardo GARCIA DE ENTERRIA; "Derechos Humanos y Acuerdos de Paz en Guatemala 1997", por Jorge Mario GARCIA LAGUARDIA; "Respeto de los Derechos Humanos e Integración ¿Una Concordancia Asegurada?", "Derechos Humanos: Base-Desenvolvimiento-Cambio", por Adolfo GELSI BIDART; "Irregular Combatants and Prisoner of War Status", por Robert KOGOD GOLDMAN.

Eugenio Pérez de Francisco

VV.AA.: *Liber Amicorum de Héctor Fix-Zamudio*. Secretaría de la Corte interamericana de Derechos Humanos. San José, Costa Rica, 1988. Vol. II, 807 págs.

Continúa el tomo II del *Liber Amicorum* que ahora reseñamos, con los trabajos que se relacionan: "Naturaleza de los Derechos Humanos y su Validez en Derecho Internacional Consuetudinario", por Alonso GOMEZ-ROBLEDO V; "Protección de los Derechos Humanos en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa", por Jesús GONZALEZ PEREZ; "Los efectos de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Derecho Interno", por Oswaldo Alfredo GOZAINI; "Una Diferencia importante: Explicación de la Manera Costarricense de Solucionar Diferencias Políticas", por Carlos José GUTIERREZ; "Jurisdicciones Declarativas de Atribución, Punición y Reparación en los Sistemas Internacionales de Tutela de los Derechos Humanos y del Derecho Humanitario", por Juan de Dios GUTIERREZ BAYLON; "La Tutela Jurisdiccional de los Derechos Prestacionales en el Sistema Interamericano en Relación con las Legislaciones Nacionales", por Rubén HERNANDEZ VALLE; "Diez postulados sobre la Igualdad Jurídica"; "El Proceso Supranacional (El Derecho Procesal Supranacional)", por Juan Carlos HITTERS; "El Control Difuso de la Constitucionalidad de las Leyes en Venezuela", por Humberto J. LA

ROCHE; "La Corte Interamericana de Derechos Humanos a la Luz de las Decisiones de los Organos Políticos de la OEA", por Enrique LAGOS; "El Concepto de Ciudadanía y su Contenido", por Paula Lizano VAN DER LAAT; "La Protección de los Derechos Fundamentales en el Proceso de Integración Europea", por Luis LOPEZ GUERRA; "En búsqueda de un Nuevo Sistema de Procuración de Justicia en México", por Jorge MADRAZO; "A Duty to Investigate under the European Convention on Human Rights", por Paul MAHONEY; "Los Derechos Humanos frente al desarrollo de la Genética Humana", por Víctor M. MARTINEZ BULLE GOYRI; "El Derecho Humano de Acceso a la Justicia", por Mario MELGAR ADALID; "The Cultural Property Dialogue", por John Henry MERRYMAN; "As Relações entre Ordem Internacional e Ordem Interna na Constituição Portuguesa", por Jorge MIRANDA; "La Independencia del Juez, como Derecho Humano", por Luis Paulino MORA MORA; "O Habeas Data Brasileiro e sua Lei Regulamentadora" por José Carlos BARBOSA MOREIRA; "El Cumplimiento de la Sentencia como Manifestación Efectiva del Proceso Justo", por Augusto M. MORELLO; "Soberanía y Derechos Humanos", por César MOYANO BONILLA; "Algunos Aspectos sobre la Igual Protección de la Ley en el Ejercicio de los Derechos en la Constitución Chilena y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos", por Humberto NOGUEIRA ALCALA; "Notas sobre Sociedad Civil y Fuerzas de Seguridad en América Latina en las Décadas de los 80's y los 90's. La Perspectiva de los Derechos Humanos", por Jaime ORDÓÑEZ; "Provisional Measures under the American Convention on Human Rights", por David J. PADILLA; "Un diálogo con Héctor Fix-Zamudio", por José F. PALOMINO MANCHEGO; "The Application of International Principles of State Responsibility by the Inter-American Court of Human Rights", por Jo. M. PASQUALUCCI; "Ética Pública - Ética Privada", por Gregorio PECES-BARBA MARTINEZ; "Estado Constitucional y Generaciones de Derechos Humanos", por Antonio-Enrique PEREZ LUÑO; "El Nuevo Tribunal Europeo de los Derechos Humanos", por Herbert PETZOLD; "Derechos Fundamentales y Relaciones entre Particulares: El Amparo contra Particulares como un Instrumento Procesal para la Defensa de esos Derechos (La Experiencia Costarricense)", por Rodolfo E. PIZA ROCAFORT; "El Debido Proceso

Legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos", por Víctor Manuel RODRIGUEZ RESCIA; "La Configuración de los Derechos Fundamentales en España", por Francisco RUBIO LLORENTE; "La Función Consultiva en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: ¿Crisálida de una Jurisdicción Supra-Constitucional?", por Carlos RUIZ MIGUEL; "Los Derechos Inherentes en la Constitución Colombiana", por Luis Carlos SACHICA APONTE; "Problemas de Absorción de Causas por el Órgano Supremo de Control de Constitucionalidad", por Néstor Pedro SAGÜES; "Globalización e Interdependencia", por Modesto SEARA VASQUEZ; "Pérdida de Oportunidad y Derechos Humanos", por Jonathan SELVADORAY; "La llamada Censura Previa Judicial y el Derecho Constitucional Argentino. Consideraciones a partir de la Constitucionalización de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", por Pedro SERNA; "Juicio Político de Responsabilidad y la Declaración de Procedencia en el Derecho Federal Mexicano", por José Luis SOBERANES FERNANDEZ; "La Prueba Pericial ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", por M^a Auxiliadora SOLANO MONGE; "Reflexiones sobre la Cooperación Jurídica Internacional", por Diego VALADES; "El Ombudsman Latinoamericano", por Leo VALLADARES LANZA; "La Protección de los Derechos Humanos en la Argentina", por Jorge Reinaldo A. VANOSSI; "El Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de la Comisión de Derecho Internacional", por Edmundo VARGAS CARREÑO; "Panorama General de la Jurisdicción Administrativa", por José Luis VAZQUEZ ALFARO; "La Jurisdicción Nacional e Internacional en Latinoamérica. La Defensa de los Derechos Humanos en la Región. Integración Jurisdiccional. Derecho Transnacional. Derecho Comunitario. Papel de los Jueces", por Enrique VESCOVI; "Los Crímenes Internacionales ante las Cortes Penales. Internacionales y de Derechos Humanos", por Francisco VILLAGRAN KRAMER.

Eugenio Pérez de Francisco

VV.AA.: *Extranjería e Inmigración en España y la Unión Europea*. Ed. Concepción ESCOBAR FERNANDEZ. Colección Escuela Diplomática. Madrid, 1998, 170 págs.

Fruto de la colaboración entre la Escuela Diplomática y la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, se celebraron, en febrero de 1997, las segundas Jornadas entre ambas, esta vez dedicadas al problema de la extranjería e inmigración en España y en la Unión Europea, siendo la presente obra fruto de las ponencias y algunas de las comunicaciones presentadas, sobre una estructura básica de tres apartados: el primero en torno a la ponencia "Los estatutos de los extranjeros en España", por Alegría BORRAS RODRIGUEZ y las comunicaciones "Derecho sancionador de extranjería y protección jurisdiccional de los derechos fundamentales", por José Carlos FERNANDEZ ROZAS y "Nuevos entusiasmos" por Antino ROVIRA VIÑAS; una segunda parte iniciada por la ponencia "Práctica española en materia de asilo e inmigración" de Fernando MARIÑO MENENDEZ y "Práctica europea y española en materia de asilo" por Jean-Claude FORGET y, por último, "Extranjería y ciudadanía de la Unión Europea", por Concepción ESCOBAR HERNANDEZ y la comunicación "La política de inmigración del Ministerio del Interior", por Fernando BENZO SAINZ. Termina este ejemplar con dos apéndices, el primer bibliográfico a cargo de Pilar JUAREZ y Soledad TORRECUADRADA y el segundo, una selección de bibliografía sobre la materia.

Eugenio Pérez de Francisco

NOTICIARIO DEL IHLADI

CUADRO DE HONOR DEL IHLADI**PRESIDENTES DE HONOR DE CONGRESO**

Echeverría, Luis (México).

(X Congreso, Guanajuato, 1974).

Herrera Campins, Luis (Venezuela).

(XII Congreso, Mérida, 1980).

Belaúnde Terry, Fernando (Perú).

(XIII Congreso, Lima, 1982).

S.M. el Rey de España D. Juan Carlos I

(XVII Congreso, Cáceres, 1992).

Sampaio, Jorge (Portugal).

(XIX Congreso, Lisboa, 1996).

Estrada, Joseph E. (Filipinas).

(XX Congreso, Manila, 1998).

VICEPRESIDENTES DE HONOR DE CONGRESO

Rabassa, Emilio O. (México).

(X Congreso, Guanajuato, 1974).

Zambrano Velasco, José Eduardo (Venezuela).

(XII Congreso, Mérida, 1980).

Arias Stella, Javier (Perú).

(XIII Congreso, Lima, 1982).

MIEMBROS DE HONOR DE CONGRESO

Oreja Aguirre, Marcelino (España).
(XI Congreso, Madrid-Salamanca, 1977).

Llosa Pautrat, Jorge Guillermo (Perú).
(XIII Congreso, Lima, 1982).

Siazon, Jr., Domingo L. (Filipinas).
(XX Congreso, Manila, 1998).

MIEMBROS DE HONOR DEL INSTITUTO

Fournier Jiménez, Fabio (Costa Rica).

Asociado: Reunión extraordinaria del Consejo Directivo, Coimbra, 1952; Miembro: III Congreso, Quito, 1957; Director del Instituto: 1980-1982; Presidente del Instituto: 1985-1989; Miembro de Honor: XV Congreso, Santo Domingo, 1989.

Truyol y Serra, Antonio (España).

Asociado Fundador: I Congreso, Madrid, 1951; Miembro: XI Congreso, Madrid, 1977; Miembro de Honor: XVII Congreso, Cáceres, 1992.

Syquia, Enrique P. (Filipinas).

Asociado: XII Congreso, Mérida 1980; Miembro: XVI Congreso, Mérida 1991; Director del Instituto: 1992-1994, 1996-1998; Miembro de Honor: XX Congreso, Manila 1998; Presidente del Instituto 1998-2000.

Febres Pobeda, Carlos (Venezuela).

Asociado: IV Congreso, Bogotá, 1962; Miembro: V Congreso, Santiago de Compostela, 1966; Secretario Adjunto del Instituto: 1966-1972; Consejero del Instituto: 1972-1977; Presidente del Instituto: 1980-1982 y 1991-1992; Miembro de Honor: XVI Congreso, Mérida, 1991.

Schacht Aristeguieta, Efraín (Venezuela).

Asociado: III Congreso, Quito 1957; Secretario Adjunto del Instituto: 1957-1962; Miembro: IV Congreso, Bogotá 1962; Consejero del Instituto: 1962-1966; Presidente del Instituto 1967-1968; Consejero del Instituto: 1969-1972, 1977-1979; Director del Instituto: 1982-1985; 1989-1991 y 1992-1994; Miembro de Honor: XX Congreso, Manila 1998.

CONSEJO DIRECTIVO

(1998-2000)

PRESIDENTE:

Enrique P. Syquia (Filipinas).

DIRECTORES:

Alfredo Rizzo Romano (Argentina).
Antônio Cançado Trindade (Brasil).
Rafael Nieto Navia (Colombia).
María Teresa Infante Caffi (Chile).
Rodolfo Ceprián Molina (Ecuador).
Alfredo Martínez Moreno (El Salvador).
José Juste Ruiz (España).
Claudio Sosa Voysest (Perú).
Carlos Fernandes (Portugal).
Felipe Paolillo (Uruguay).

SECRETARIO GENERAL:

Prometeo Cerezo de Diego (España).

XX CONGRESO DEL IHLADI

Breve crónica del XX Congreso del IHLADI

La celebración en 1998 del I Centenario de la Declaración de independencia de Filipinas y el hecho de que este país no hubiera sido todavía sede de un Congreso del Instituto desde su creación en 1951, motivó que la propuesta presentada por el embajador Enrique P. Syquia en el XIX Congreso de Lisboa, de celebrar el siguiente Congreso en Manila en 1998, fuera aceptada por aclamación en la Junta de Miembros.

El embajador Syquia, nombrado Presidente de la Comisión organizadora, designó como miembros de la misma al embajador Rodolfo A. Arizala, al embajador Pacífico A. Castro, al Honorable Salvador Laurel, al Honorable Raúl S. Manglapus, al licenciado Napoleón G. Rama, al embajador Tomás T. Syquia y a la licenciada Teresita C. Vélez, junto con el secretario Chaco G.A. Molina.

Por su parte, la Comisión organizadora nombró al siguiente Comité de Honor del XX Congreso: Presidente, Excmo. Sr. D. Joseph Ejército Estrada, Presidente de la República de Filipinas; Vocales: Hon. Domingo L. Siazon Jr., Ministro de Asuntos Exteriores, Hon. Gemma Cruz-Araneta, Ministra de Turismo, Hon. Salvador H. Laurel, Presidente de la Comisión Centenaria Nacional, Sen. Leticia Ramos Shahani, D. Luis Ramón Quimson KMG, S.E. Jaime L. Cardenal Sin, D.D., Arzobispo de Manila, y S.E. Delfín Colomé, embajador de España.

Los asistentes al Congreso fueron convocados para el domingo 6 de septiembre en el Hotel EDSA Shangri-la, sede del Congreso. Un diligente y sacrificado comité de recepción se encargó de ir trasladando a los congresistas desde el Aeropuerto Internacional hasta el hotel. Por la tarde se inició el registro de los participantes en el salón Dapitan, secretaría del Congreso, y a las 17 horas se celebró una reunión del Consejo Directivo.

El lunes 7 de septiembre, a las 8 horas, los congresistas que lo desearon pudieron asistir en la iglesia de San Francisco de Asís, del distrito de Mandaluyong, a una misa concelebrada por S.E. el Cardenal Jaime L. Sin, D.D., y los PP. Prometeo Cerezo, O.S.A., y Félix Iso, O.F.M. Cap. El Cardenal Sin, a pesar de su avanzada edad y delicado estado de salud, hizo el considerable esfuerzo de pronunciar una larga homilía en castella-

no que fue atentamente seguida por todos los asistentes. El Secretario General, en recuerdo de aquella reunión, hizo entrega al Sr. Cardenal de un facsímil de "Las fundaciones de Santa Teresa de Jesús", cuyo original se conserva en la Real Biblioteca del Monasterio de El Escorial. El Cardenal Sin, gran devoto de la Santa de Avila, agradeció vivamente el regalo.

A las 10 horas, se inició en el salón Borocay del Hotel EDSA la sesión inaugural del XX Congreso bajo la presidencia del Hon. Domingo L. Siazon, Jr., Secretario de Asuntos Exteriores, que ostentaba la representación del Excmo. Sr. D. Joseph Ejército Estrada, Presidente de la República de Filipinas. En dicho acto intervinieron sucesivamente el Secretario General del IHLADI profesor Prometeo Cerezo, el embajador Miguel Angel Espeche Gil, Director del Instituto, el embajador Enrique P. Syquia, Presidente entrante del Instituto y el Hon. Domingo L. Siazon Jr., Ministro de Asuntos Exteriores de la República de Filipinas, que pronunció un extenso e interesante discurso. En el acto se hizo entrega al Hon. Siazon, Jr., del Diploma de Miembro de Honor del Congreso.

Después de una breve pausa, una vez finalizada la sesión inaugural, se celebró una sesión plenaria para la programación de los trabajos científicos y la elección de las mesas de las Comisiones.

Las ponencias presentadas fueron las siguientes: en la I Comisión, "La protección internacional de los desplazados internos", a cargo del profesor Dr. Enrique P. Syquia (Filipinas); en la II Comisión, "La calificación y regulación jurídica de las situaciones de violencia interna", presentada por el profesor Dr. Carlos Jiménez Piernas (España); en la III Comisión, "El Derecho Internacional Privado ante los procesos de integración, con especial referencia a la Unión Europea y al Mercosur", desarrollada por el profesor Dr. Miguel Angel Ciuro Caldani (Argentina); y en la IV Comisión, el profesor Dr. Luis Ignacio Sánchez Rodríguez presentó una comunicación, que oficialmente le había sido encomendada por la Secretaría General, en relación con el Asunto Angel Francisco Breard (Paraguay v. Estados Unidos), cuyo título es el siguiente: "La obligatoriedad y efectividad de las medidas provisionales adoptadas por la Corte Internacional de Justicia: A propósito de la demanda de la República de Paraguay contra los Estados Unidos en el asunto Breard". El nivel de los

debates y la numerosa participación en los mismos fue un fiel reflejo del interés despertado por todas las ponencias.

Los congresistas y acompañantes fuimos objeto de múltiples atenciones durante nuestra estancia en Manila. El lunes, día 7, el Comité de Relaciones Internacionales de la Comisión Nacional para la Conmemoración del Centenario ofreció a todos los asistentes al Congreso una recepción-cena en el Gran Salón Garden del Hotel EDSA. El martes, día 8, la Comisión Nacional para la Conmemoración del Centenario, bajo la Presidencia del Hon. Salvador H. Laurel, invitó a todos los congresistas a una visita a la ciudad histórica de Manila con una agradable cena en un restaurante típico. Durante el tour visitamos la iglesia de San Agustín, construida de 1586 a 1606, en la que se conserva la tumba del fundador de la ciudad de Manila Miguel López de Legazpi, su museo y la Sala de la Capitulación en la que el Gobernador General Fermín Jáudenes firmó la capitulación de Manila a los americanos en 1898. También visitamos el Fuerte de Santiago y el museo de Rizal.

Mención especial merece la excursión realizada el jueves, 10 de septiembre, a *Villa Escudero Plantation Resort Tiaong* (Quezón). En el trayecto nos detuvimos para visitar la iglesia parroquial de San José de las Piñas en donde se encuentra el órgano de bambú, uno de los tesoros nacionales de Filipinas, mundialmente famoso. De los más de mil tubos que componen el órgano, novecientos son de bambú, razón por la cual el sonido del órgano posee un timbre diferente y característico. Este instrumento fue construido por el padre agustino recoleto español, Fray Diego Cera de la Virgen del Carmen, de 1816 a 1821. Dañado seriamente por varios terremotos y el transcurso del tiempo fue reparado en 1975 en Bonn (Alemania) y puesto nuevamente en uso. Sus conciertos anuales del mes de febrero son internacionalmente famosos.

En *Villa Escudero*, una gran plantación de cocos, acomodada también para su utilización turística, fuimos atendidos personalmente por sus propietarios, Don Conrado Escudero y sus hermanas. Múltiples actividades y sorpresas turísticas, como la comida servida dentro del río, que fue patrocinada por la Honorable Gemma Cruz-Araneta, Secretaria de Turismo, y vistosos shows folklóricos y musicales, destacando la disciplinada y excelente rondalla infantil, compuesta por niños de diez a catorce años, hicie-

ron las delicias de todos y dejaron, sin duda, un recuerdo imborrable en los congresistas. En todas las actividades, especialmente este día, contamos con la animación permanente del incansable y polifacético embajador Pacífico Castro. Gracias de parte de todos.

En la Junta de Miembros reunida el sábado día 12 de septiembre, se acordó por aclamación, a propuesta de la Secretaría General, el nombramiento de dos nuevos Miembros de Honor del Instituto, en atención a los relevantes méritos que concurrían en los mismos. El uno fue en favor del Embajador Dr. Enrique P. Syquia, por la excelente realización del XX Congreso, llevado a cabo en un país con la lejanía y las dificultades que presentaba Filipinas, y el otro, en favor del Dr. Efraín Schacht Aristeguieta, ex Ministro de Asuntos Exteriores de Venezuela, por, entre otros méritos, el mantenimiento ininterrumpido durante veinticinco años de la dotación, gestionada ante el gobierno de su país, del Premio "Luis García Arias".

Por último, cabe destacar el eco continuado que las actividades del XX Congreso tuvieron en la prensa filipina (*Manila Bulletin, Philippine Star, Philippine Panorama*, etc.) gracias a la hábil gestión del embajador Enrique P. Syquia y la Comisión organizadora.

En nombre del Instituto, muchas gracias a Filipinas y a los filipinos por su fraternal acogida y las atenciones dispensadas, y la más cordial enhorabuena por el I Centenario de la Declaración de independencia.

Mabuhay ang Pilipinas. Mabuhay ang IHLADI.

Prometeo Cerezo

**MENSAJE DEL PRESIDENTE DE HONOR DEL
XX CONGRESO DEL INSTITUTO HISPANO-LUSO-
AMERICANO Y FILIPINO DE DERECHO INTERNACIONAL,
EXCMO. SR. D. JOSEPH EJERCITO ESTRADA, PRESIDENTE
DE LA REPUBLICA DE FILIPINAS**

MALACAÑAN PALACE (MANILA)

Es una excelente oportunidad que, mientras estamos conmemorando el primer Centenario de nuestra nación, el Instituto Hispano-Luso-Americano-Filipino de Derecho Internacional (IHLADI) celebre su XX Congreso en Manila. El Congreso ha convocado a los mejores y prestigiosos expertos en derecho internacional público y privado, hispanohablantes, de Europa, América Latina y Asia.

El hecho de que sea la primera vez que este Congreso se reúne en Asia da a Filipinas el honor y privilegio de contribuir, con su modesta participación, a la continuidad del proceso intelectual que lleva al desarrollo del derecho de las naciones. Ello nos da, además, la oportunidad única e inestimable de renovar y ampliar nuestra tradicional solidaridad con el Mundo Hispánico al fortalecer el tejido legal de las relaciones internacionales. Por ello, me complazco en actuar como Presidente del Comité de Honor, en Manila.

Al extender mi cordial bienvenida a todos los delegados, quiero expresar mi esperanza de que no solo coronaran con éxito su Congreso, sino que trasladarán a todos nuestros hermanos y hermanas hispánicos los saludos y los deseos de toda la nación Filipina; llevándose consigo recuerdos inolvidables de su estancia en nuestro país. Finalmente, quisiera agradecer a los organizadores el haber elegido Manila como la sede del primer Congreso de IHLADI en Asia.

Viva el IHLADI!

Viva FILIPINAS!

Joseph Ejercito Estrada

DISCURSOS PRONUNCIADOS EN LA SESION INAUGURAL DEL XX CONGRESO DEL INSTITUTO HISPANO-LUSO- AMERICANO Y FILIPINO DE DERECHO INTERNACIONAL

DISCURSO PRONUNCIADO POR EL SECRETARIO GENERAL DEL INSTITUTO HISPANO-LUSO-AMERICANO Y FILIPINO DE DERECHO INTERNACIONAL, PROFESOR DR. PROMETEO CEREZO DE DIEGO

Excmo. Sr. Secretario de Asuntos Exteriores, Hon. Domingo L. Siazon, Jr., Excmo. Sr. Embajador, Miguel A. Espeche Gil, Director del Instituto, Excmo. Sr. Embajador, Dr. Enrique P. Syquia, Presidente entrante del IHLADI, Excmos. Sres. Embajadores, autoridades académicas y civiles, Miembros y Asociados del Instituto, señoras y señores.

Hace ahora cien años que el patriota filipino Emilio Aguinaldo proclamaba, el 12 de junio de 1898, la Declaración de Independencia de Filipinas. Este hecho no solo tendría un alcance y repercusión interna para la nación filipina, sino que conseguiría también un significado y una trascendencia internacional porque, como afirmó el presidente Fidel Ramos en la sesión de apertura de la Conferencia internacional sobre la Revolución Filipina, en agosto de 1996, "dio a luz a la primera república independiente de Asia y sirvió de inspiración a procesos similares en el continente".

En este año, en el que se conmemora el I Centenario de la Declaración de la Independencia de Filipinas y el IV Centenario de la muerte de Felipe II, monarca de cuyo nombre, siendo todavía príncipe de Asturias, recibiría su denominación el archipiélago, el Instituto Hispano-Luso-Americano y Filipino de Derecho Internacional ha querido sumarse a los actos conmemorativos celebrando nuestro XX Congreso en la ciudad de Manila, siendo la primera reunión del Instituto que se celebra en este país. Con este evento el IHLADI quiere fomentar y reforzar los vínculos históricos, culturales, lingüísticos, religiosos y especialmente jurídicos que unen a la Comunidad iberoamericana con Filipinas.

Internacionalistas filipinos, como Jorge Bocobo, Presidente de la Comisión de Codificación de Filipinas, participaron en la fundación del IHLADI en Madrid en 1951. Sin ánimo de hacer una enumeración

exhaustiva de la nómina de ilustres juristas filipinos que han pertenecido al Instituto, puedo citar, además del mencionado Jorge Bocobo, a los doctores Lucas Madambo, Jesús G. Barrera, Roberto Concepción, José P. Bengzon, Manuel Escudero, León María Guerrero, Antonio M. Molina, José B.L. Reyes y Jovito Salonga.

En la actualidad, destacados internacionalistas filipinos mantienen la presencia de este país en el Instituto. Me refiero a los doctores Rodolfo A. Arizala, Pacífico Castro, Alberto Guevara, Salvador H. Laurel, Raúl S. Manglapus, Napoleón G. Rama, Tomás Syquia, Teresita C. Velez y el Presidente de la sección nacional, embajador Enrique P. Syquia.

Aprovecho la ocasión para dar a todos ellos, en nombre del Instituto, las más sinceras gracias por el trabajo que han desarrollado para llevar a cabo este Congreso lo más brillantemente posible. Junto a ellos también queremos agradecer al Excmo. Sr. D. Joseph Estrada, Presidente de la República, el haber aceptado la Presidencia de Honor del Congreso, al Sr. Ministro de Relaciones Exteriores, por haberse dignado presidir esta ceremonia de apertura, al Excmo. Cardenal Jaime Sin, por su participación y fraternal acogida, a la Excmo. Sra. Ministra de Turismo y a cuantas entidades, organismos y personas han contribuido a la feliz realización del mismo.

A continuación, siguiendo la práctica en los discursos de apertura por el Secretario General del Instituto, haré un breve balance de las actividades desarrolladas por la Secretaría desde la celebración del anterior Congreso en Lisboa, en septiembre de 1996. Además de las Circulares informativas enviadas durante 1997 y 1998, hemos realizado la impresión del folleto "Conclusiones y Acuerdos del XIX Congreso", la publicación y envío del volumen XIII del Anuario y la impresión de las ponencias del presente Congreso: I Ponencia "La protección internacional de los desplazados internos", a cargo del prof. Dr. Enrique P. Syquia, Presidente de la Comisión organizadora del Congreso; II Ponencia "La calificación y regulación jurídica internacional de las situaciones de violencia interna", a cargo del español prof. Dr. Carlos Jiménez Piernas; III Ponencia "El Derecho internacional privado ante los procesos de integración, con espe-

cial referencia a la Unión Europea y al MERCOSUR", a cargo del argentino prof. Dr. Miguel Angel Ciuro-Caldani.

A iniciativa de la Secretaría General, con el objeto de "promover el estudio de los problemas de Derecho Internacional que interesen a la Comunidad Hispano-Luso-Americano-Filipina o a alguno o algunos de sus Estados miembros", uno de los fines del Instituto establecido en sus Estatutos (art. 2, f), encomendé al profesor español Dr. Luis Ignacio Sánchez Rodríguez, la preparación de una Comunicación al Congreso sobre el reciente contencioso entre Paraguay y los Estados Unidos de América acerca del asunto Breard, cuyo contenido es no solo de interés para Paraguay, sino para todo el resto de los países iberoamericanos, alguno de cuyos nacionales pueden verse involucrados en situaciones similares. El profesor Sánchez Rodríguez, en un tiempo mínimo, ha llevado a cabo este estudio que, una vez publicado por la Secretaría General, será distribuido a los congresistas como documento oficial de trabajo.

También me corresponde en este momento recordar a los colegas fallecidos desde la celebración del último Congreso, me refiero a los Dres. Horacio Vicioso Soto, de la República Dominicana, Guillermo Trigueros (h), de El Salvador y Luis Cabana, de Venezuela. Para ellos pido una oración y nuestro inolvidable recuerdo. Q.e.p.d.

Finalmente, quiero agradecer públicamente de nuevo, en nombre del Instituto, a todas las entidades y personas, especialmente al Presidente de la Comisión organizadora, embajador Enrique Syquia, y los miembros de la misma, los trabajos y desvelos para llevar a feliz realización este primer Congreso del Instituto en Manila. Que Dios ilumine y guíe nuestros trabajos. Muchas gracias.

**DISCURSO PRONUNCIADO POR EL EMBAJADOR
DR. MIGUEL ANGEL ESPECHE GIL, DIRECTOR DEL
INSTITUTO HISPANO-LUSO-AMERICANO Y FILIPINO DE
DERECHO INTERNACIONAL**

Su Excelencia el señor Ministro de Asuntos Exteriores de la República de Filipinas, Domingo L. Siazón (Hijo), Su Excelencia el señor Embajador Dr. Enrique P. Syquia, Presidente entrante del IHLADI, Su Excelencia Señor Embajador Pacífico Castro, Sus Excelencias señoras y señores Embajadores, Ilmo. Señor Secretario General del IHLADI, autoridades del Gobierno Filipino, colegas Miembros y Asociados del IHLADI, señoras y señores:

Como miembro del Consejo Directivo me cabe el honor, en nombre del Presidente saliente de nuestro Instituto, Embajador Carlos Fernandes, de dar comienzo a nuestras deliberaciones en esta hospitalaria ciudad de Manila, tan lejana en la geografía y tan cercana, espiritual, cultural e históricamente, de las raíces ibéricas de la disciplina que cultivamos en la tradición de la obra señera de Vitoria y de Suárez, basamento primigenio del derecho de gentes contemporáneo.

En primer lugar deseo felicitar -interpretando el sentir del IHLADI- a nuestros anfitriones por el centenario de la Declaración de independencia filipina, celebrado el pasado 12 de junio.

Nos estamos acercando al tercer milenio en cuyo umbral se cumplirá el medio siglo del IHLADI. La realización del Congreso aquí en Manila es como un giro emblemático, cual si agregáramos el listón faltante a la esfera armilar del escudo en el que se representa nuestro mundo espiritual. En términos de cultura jurídica valdría aplicar ahora a nuestro instituto la divisa dada a Sebastián El Cano "*primus circumdedisti me*". Recién hoy, entonces, alcanza vigencia plena la dimensión ecuménica que signa este Congreso. Finalmente cumplimos el sueño de nuestros fundadores cuando crearon el Instituto: lo quisieron ibérico, americano y también filipino.

Confiamos en que la realización de este Congreso, integrado principalmente por hispano parlantes, contribuya a revitalizar nuestras comunes raíces nutricias: la religión, la cultura y la lengua. La tradición hispánica, de la que quedan aquí tantas huellas, impide que nos sintamos extranjeros en estas islas.

Como bien lo acaba de señalar nuestro Secretario General el nombre del país que nos brinda su hospitalidad le fue dado en homenaje a quien sería después el Rey Felipe II. Esto se anuda en el recuerdo a la fundación de una ciudad, allá en la vertiente oriental de la Cordillera de los Andes, a la que se le dio el nombre de Londres para conmemorar las bodas del mismo Príncipe de Asturias con María de Inglaterra y que hoy es un pequeño pueblo en la Catamarca de mis mayores.

La Historia nos hermana en estas coincidencias tan plenas de significado que evocan genuinos actos de globalización; pero de los que difundían valores de civilización auténticos, no como los que sufrimos ahora con la exaltación del becerro de oro al que aludía esta mañana el Cardenal Sin.

El derecho de gentes, nuestra disciplina, hoy se ve sometido a exigencias, desafíos y pruebas cada vez más duros. Estos desafíos demandan esfuerzos crecientes para defender el valor justicia, el imperio del derecho en los avatares de la vida internacional. Hacer prevalecer la justicia, armonizándola con la soberanía, la libertad, el orden, la seguridad jurídica y los derechos humanos, es objetivo de nuestro Instituto. Además de la investigación permanente y de la imaginación creadora para suscitar las virtualidades del derecho en torno a la defensa de los más altos valores de nuestra civilización judeo, grecorromana y cristiana, se nos exigen premiosamente dos virtudes más: la paciencia y la constancia.

Estas virtudes, no siempre recordadas a los juristas, demandan no desanimarse y no cejar en la lucha por el derecho en la clásica y siempre vívida exhortación de Von Ihering.

En este orden de ideas, un problema contemporáneo grave, a menudo ocultado por los medios de comunicación, que se viene acentuando por la crisis financiera global, está llegando a un punto crítico en muchos de los países de nuestra comunidad: me refiero a la deuda externa.

Nuestro Instituto en 1989 cumplió premonitoriamente con su deber en el XV Congreso de Santo Domingo al adelantar una propuesta de encaminamiento jurídico del problema a fin de llevar sus aspectos jurídicos internacionales al Tribunal mundial por medio de un pedido de opinión consultiva a ser formulado por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Esta propuesta viene recibiendo apoyos cada vez más extendidos en los medios académicos, tales como los del Consejo Europeo de Investigaciones Sociales para América Latina (CEISAL) que ya ha realizado seis seminarios especializados con la finalidad de ampliar y profundizar sus bases argumentales. Primero el Parlamento Latinoamericano y luego éste junto con el Parlamento Europeo, reunidos en la Conferencia Interparlamentaria Europa-América Latina, han exhortado a cumplir con la propuesta del Congreso del IHLADI de Santo Domingo. Recientemente la Cámara de Diputados de la República Italiana y la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de Ginebra, en consonancia con similares declaraciones de las Cámaras de Diputados de la República Argentina y de la República Federativa del Brasil, también han manifestado su apoyo a la iniciativa.

Las reiteradas expresiones del Sumo Pontífice y del Consejo Pontificio Justicia y Paz, censurando el carácter usurario de la deuda externa, nos animan a seguir bregando para que la solución del tema sea encaminada a través del derecho de gentes. El llamado eclesial al jubileo atiende al mismo objetivo de justicia y solidaridad.

Los trabajos e iniciativas cuya discusión iniciamos hoy son relevantes para nuestra disciplina. Confiamos, como es tradición en nuestro Instituto, que el resultado del Congreso se traduzca, como lo ha sido desde su fundación, en aportes significativos para el desarrollo del derecho internacional.

A nuestro nuevo Presidente, el Embajador Dr. Enrique Syquia, le auguro el fructífero desempeño que avalan su señorío, capacidad y cultura.

Vaya nuestro agradecimiento también al pueblo filipino, a su Gobierno y a toda la comisión organizadora del XX Congreso por su afable hospitalidad.

Muchas gracias.

**DISCURSO PRONUNCIADO POR EL PRESIDENTE DEL
INSTITUTO HISPANO-LUSO-AMERICANO Y FILIPINO DE DERECHO
INTERNACIONAL, EMBAJADOR DR. ENRIQUE P. SYQUIA**

Excmo. Sr. Ministro de Asuntos Exteriores, Excmo. Sr. Director del Instituto, Sr. Secretario General del Instituto, Miembros y Asociados del IHLADI, Autoridades, Señoras y Señores:

Es un gran honor y placer darles la bienvenida a todos ustedes (miembros e invitados, amigos todos) a este XX Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano-Filipino de Derecho Internacional.

Representa un privilegio y distinción el hecho de que Filipinas haya sido elegida como sede para acoger tan importante evento; siendo el presente año 1998 el que marca el Primer Centenario de la Independencia del pueblo filipino. Es también una coincidencia que por vez primera nuestro Instituto ha venido a Asia en sus casi 50 años de existencia.

Filipinas ha formado parte del Mundo Hispánico durante casi 400 años; de ahí que mucha parte de nuestro carácter y cultura sea de naturaleza hispánica, existiendo, por tanto, un profundo sentimiento fraternal con nuestros hermanos hispánicos. La distancia y el paso del tiempo pueden haber roto los lazos físicos, pero el lazo más importante, el lazo sentimental, todavía persiste entre nosotros, y se mantiene más fuerte que nunca, reafirmandose más y más con Congresos como el de hoy.

Por lo tanto este vigésimo Congreso engloba un gran significado, pues eleva el peso y prestigio de nuestro Instituto en esta parte del mundo. Se espera, sinceramente que sea fructífero, tanto en el fomento del Derecho internacional en esta región, como en conseguir un mayor conocimiento de la cultura española en Filipinas.

El Comité organizador filipino, bajo la supervisión de su Comité de Honor, presidido por nuestro nuevo Presidente Joseph Ejército Estrada, y con la indispensable ayuda de todos sus miembros y amigos, de nuestro Ministro de Asuntos Exteriores, Ministro de Turismo, de la Comisión del Centenario, y especialmente de la Embajada de España, ha elaborado un programa social y cultural que complementa los temas intelectuales de nuestras sesiones. Esperamos que este programa permita a nuestros amigos hispánicos obtener un mejor conocimiento del pueblo filipino.

Finalmente, queremos expresar nuestro más sincero agradecimiento a nuestro equipo de trabajo, bajo la dirección del Secretario del Congreso, Lic. Chaco Molina, miembros y asociados de nuestro Instituto, y particularmente a nuestro brillante y genial Presidente interno, Embajador Miguel Angel Espeche Gil y al incansable y gran amigo Secretario General y Decano de Derecho, Prometeo Cerezo de Diego, a los que tenemos de nuevo en Filipinas. Y, como no, nuestro más profundo agradecimiento a todos aquellos, que con esfuerzo e ilusión han colaborado en hacer que este XX Congreso sea una realidad y un éxito.

Esperamos sinceramente que todos los participantes e invitados, provenientes de todas partes del mundo, hayan encontrado este XX Congreso fructífero y esclarecedor y a la vez disfruten de una agradable y memorable visita.

Como decimos en Filipinas:

Mabuhay! Muchas gracias.

**DISCURSO PRONUNCIADO POR EL MIEMBRO DE HONOR DEL XX CONGRESO DEL INSTITUTO HISPANO-LUSO-AMERICANO Y FILIPINO DE DERECHO INTERNACIONAL, HON. DOMINGO L. SIAZON, JR.,
MINISTRO DE ASUNTOS EXTERIORES
DE LA REPUBLICA DE FILIPINAS**

Senadora Leticia Ramos-Shahani, Excmo. Sr. Embajador Don Enrique Syquia, Distinguidos delegados e invitados, Damas y caballeros:

Buenos días.

Quisiera agradecerles a todos ustedes por haberme invitado a pronunciar el discurso de apertura con ocasión de tan significativo acontecimiento como es este primer día de sesiones de la XX Conferencia del Instituto-Hispano-Luso-Americano y Filipino de Derecho Internacional (IHLADI). Quisiera también agradecer a los organizadores por haber elegido a Filipinas como el lugar de esta vigésima conferencia, que se desarrollará, en su totalidad, en español, el idioma hablado por el mayor número de países en todo el mundo.

Desde su constitución en 1951, el IHLADI ha madurado en lo que es hoy, una organización viable que ha dejado su huella no solo entre países hispano-parlantes sino en el concierto internacional en el que se le respeta por haber elaborado estudios de alto nivel académico sobre derecho internacional. Los objetivos establecidos por los fundadores del IHLADI no eran otros que los de estudiar los problemas del orden jurídico internacional, su doctrina y los lazos especiales que unen a la comunidad hispano-luso-americano-filipina de tal suerte que estos puedan hacer una reflexión colectiva de los problemas propios al mundo ibero-americano y filipino. Todo ello, con miras a poder formular reglas y principios que puedan evolucionar, en su día, en normas positivas de derecho internacional.

Con el devenir de los tiempos, el IHLADI se ha convertido, a mi parecer, en uno de los foros más selectos y más importantes en lo que concierne a la formulación de principios de derecho internacional. Por sus filas han pasado, entre otros, ilustres profesores, diplomáticos, expertos en derecho internacional, altos cargos oficiales y magistrados del Tribunal Internacional de Justicia. El instituto ha convocado diecinueve conferencias en España, Portugal y varios países de Sud América. Ha producido, también, grandes trabajos recogidos en el Anuario -la publicación periódica del IHLADI- que ya va por el número trece. La importancia de esta publicación es tremenda pues a las resoluciones de anteriores conferencias se suman estudios y artículos firmados por sus prestigiosos miembros.

Damas y caballeros debo decirles que es igualmente para mí un placer el saberme rodeado de un grupo tan ilustre y distinguido entre los cuales me siento en casa, pues me encuentro entre embajadores y ministros de asuntos exteriores, abogados en ejercicio y expertos en derecho internacional provenientes del mundo de habla hispana. Digo esto con el conocimiento y la experiencia acumulada de treinta años de ejercicio profesional. Treinta años que me permiten valorar y apreciar tanto la tarea como complejidad del derecho en especial cuando es aplicado a las relaciones entre naciones y pueblos.

Me siento también en casa, valga una vez más la expresión, por que los susodichos vínculos profesionales se ven reforzados por los lazos de her-

mandad que nos unen por nuestra condición de hispanos. Este lazo compartido nace de un conjunto de creencias, carácter y temperamento que nos es común. Mas la mayor contribución ibérica a nuestro ser es la variedad de legados. Uno de estos es el Código Civil de España, fuente fecunda en la que como ustedes saben bebieron los padres del Código Civil de Filipinas. Esta es una de las muchas razones que explican la profunda afinidad de los filipinos para con el mundo ibero-hispano.

Es por lo tanto con el más profundo agradecimiento y orgullo que he aceptado vuestra invitación de dirigirme a tan distinguido y selecto auditorio. Es tanto un honor como una fuente de orgullo para mi país el haber sido elegido sede de la vigésima conferencia del IHLADI. La conferencia de este año cobra un sabor especial pues, por una parte, es la primera vez que somos los anfitriones de tan señalada reunión y, por otra, porque acontece en el año en que nuestro país está celebrando el centenario de su Declaración de Independencia. Nos felicitamos por tenerles tanto como invitados como conciudadanos de la orbe hispana.

En el transcurso de esta conferencia se discutirán temas importantes de gran interés para nuestras naciones y el papel que éstas habrán de desempeñar en una comunidad de naciones en cambio permanente.

Pero esta reunión no se va a limitar a discutir doctrinas y teorías de derecho internacional. Sino que va a constituir una oportunidad para demostrar nuestra determinación para fortalecer y revitalizar los vínculos que nos unen; una oportunidad, también, para recordarnos de nuestro común acervo cultural y legal, y una oportunidad, por último, para reanudar nuestros esfuerzos por construir una sólida fundación que nos permita cimentar las relaciones de cooperación entre los países que representamos.

En tanto en cuanto que esta conferencia nace de unas relaciones histórico-culturales indisolubles, permítanme que comparta con ustedes un ejemplo histórico concreto que nos ayude a comprender el papel del IHLADI hoy en día, su valor y su significado.

Filipinas, como la mayoría de ustedes sabe, es un conglomerado de pueblos que con el paso de los siglos y de modo históricamente significa-

aplicación universal que mantengan a las economías abiertas de tal suerte que se garantice la libre circulación de bienes y servicios entre naciones.

Pero cuando dediquemos tiempo a la discusión de los fundamentos del derecho, no debemos perder de vista -ni por un solo instante- el bienestar de los pueblos, los sujetos reales del derecho. Porque al fin y al cabo, de qué nos vale el derecho si solo está al servicio de la Ley, y vice versa. El derecho debe estar al servicio de los pueblos y como tal debe contribuir a su bienestar.

Por ello es importante que utilicemos el derecho para mejorar el bienestar de todos en el mundo.

En este sentido, Filipinas ha tomado la iniciativa, en el foro de las Naciones Unidas, para que el proyecto de Convención para la Protección de los Derechos de todos los Emigrantes Laborales y los Miembros de sus Familias entre en vigor lo antes posible. Este es un tema que me atrevo a adelantar puede contar con el apoyo de todos los que estamos reunidos aquí. Se trata de la contribución de Filipinas al desarrollo, a nivel global, de una Convención que mejore la situación de los pueblos.

Al igual que con motivo de su primera conferencia reunida en 1951 - con ocasión de la conmemoración del quinto centenario de la Reina Isabel la Católica de España- esta reunión en Manila confirmará que lo que nos une no es un ejercicio de frivolidad sino un esfuerzo significativo que dará paso a nuevas conferencias, publicaciones, e ideas pioneras para el futuro. Como ha sido el caso de anteriores conferencias del IHLADI nos encontraremos en la compañía de ilustres expertos, profesores, miembros de círculos universitarios y diplomáticos de la comunidad ibero-americano-filipina.

**HOMILIA A LOS CONGRESISTAS PRONUNCIADA POR
S.E. EL CARDENAL JAIME L. SIN, D.D., ARZOBISPO DE MANILA,
EN LA MISA CONCELEBRADA EL DÍA 7 DE SEPTIEMBRE DE 1998
EN LA IGLESIA DE SAN FRANCISCO DE ASIS DE MANILA**

Señores caballeros y damas, hermanos y hermanas:

El año 1998 se va acabando y nuestro espíritu enfoca la vida desnudándola en tres grandes eslabones que no pueden romperse sino a condición de causar en esta misma vida una fatal y desgraciada solución de continuidad. Estos eslabones se llaman presente, pasado y futuro, tres tiempos que pueden y deben concatenarse si la vida de un individuo o de una comunidad ha de seguir fiel al destino marcado de Dios.

Los tres tiempos se apoyan y complementan entre sí. El pasado cumple su misión al ser inspiración del presente; el presente la suya al ser punto de partida de los esfuerzos del futuro, y éste llena su destino si, en su fisonomía, conserva los rasgos de la edad que fué. No es buen arquitecto del presente quien destruye y quema todo lo pasado, en lugar de aprovechar los materiales útiles para levantar un nuevo edificio.

Quieren construir una nación nueva, pero de ella desearían excluir todo material que lleve pátina del tiempo. Está bien condenar lo caduco, lo inservible. Está mal condenar lo pasado solo porque lo es.

Nuestro corazón ha sentido el dolor de este derrumbe. Apenas establecida la pasada dominación, se fundaron muchas escuelas. Cuál era la base en que se levantaban? la base era el desdén por todo, es decir, por todo el pasado. Se excluyó de las escuelas el primer concepto del pasado, el precepto más fundamental. Se expulsó a Dios de sus aulas. En adelante el culto había de ser a la materia, a lo de inmediata utilidad. La filosofía había de ser el pragmatismo puro, y así, en vez de rendir homenaje al honor y a la dignidad del hombre -el honor es del alma, y el alma pertenece a Dios, según lo dijo con verdad rotunda Pedro Crespo en *El Alcalde de Zalamea*- en lugar de ese viejo culto la nueva escuela fabricó el becerro de oro que adoraron los israelitas en el desierto.

Hemos llegado a un punto en que el menos observador notará en nuestra sociedad una destacada perversión de valores. Nos ha seducido tanto

el becerro de oro que en nuestros salones "bien" dejamos que reine el palurdo que, con un golpe de audacia o de cinismo, ha logrado, a fuerza de oro, cerrar los ojos del aduanero o del recaudador de impuestos.

"Esa es la vida", exclaman los nuevos beocios.

Sí, esa es la vida que nos han enseñado los nuevos preceptos. Los nuevos preceptos desdeñan la elevación, son incapaces de respirar la atmósfera de las altas luces de Dios. Cuando, como la gallina, no puede volar por encima del corral, culpan al corral de la cortedad de su vuelo. Esa es la vida que nos han dado los nuevos preceptos. De sus banquetes han excluido al único que puede cargar al pan de vitaminas de eternidad y convertir el vino en sangre que da salud y fortaleza.

La vida es, para nosotros, nostalgia de bien, esfuerzo hacia la altura. "No sólo de pan vive el hombre", decía Jesús al tentador. Y así es: no aspiramos a convertir la piedra en pan, sino que buscamos la palabra que es, a la vez, espíritu de verdad y esencia de belleza.

Esa es la vida que nos enseña a vivir la Iglesia y que nosotros que somos instrumentos para redondear la obra de cultura en este pueblo, debemos vivir y diseminar, una cultura que no es solo de pan, sino también de ese espíritu que, al vivificar el cuerpo, lo hace capaz de dotar a la mente y el corazón de ese impulso incontenible que crea un ciudadano más noble porque es más cristiano.

"Ah! -se nos ha arguido- también las escuelas con Dios han producido criminales". No lo niego. El sol, como dijo un jesuita amigo mío, ablanda la cera y endurece el barro. Pero yo pregunto: si las escuelas con Dios han producido criminales, como no los producirían aquellas en cuyas aulas se ha expulsado a Dios? si el ciudadano que sale de las escuelas con Dios sabe que ha de referir sus actos a una instancia superior, qué conducta observará quien ignora la existencia de esa instancia superior?

Estamos pasando por una edad de la que nosotros, los filipinos, no podemos estar orgullosos. Elegiremos gobernantes que morirán combatiendo el crimen y el deshonor. Elegiremos representantes que jurarán y perjurarán acabar con tanta infamia. Quizás acertemos en la elección, y los profesionales de la ilegalidad dejarán de manchar por un tiempo las páginas de los diarios. Pero estad convencidos de que solo se trata de una

tregua. El gobernante no hará más que combatir los efectos y dejará subsistente la causa. La ilicitud no tardará en encontrar un resquicio para burlar la ley. Fijaos en que, para cada nueva ley restrictiva, nace o renace la casta de los burladores.

Tenemos que despertar a la consciencia de que nuestro esfuerzo debe concentrarse en la extinción de la causa. Debe nacer en nosotros la decisión de un sabio retorno a las antiguas fórmulas de la honorabilidad, fundadas en el convencimiento de que el menor de nuestros actos ha de ser referido a una instancia superior. Esta instancia superior no puede ser más que Dios.

Pero, es posible este retorno? Sí, si admitimos francamente que Dios era, en el pasado, un valor positivo, y en el presente y en las edades venideras continuará siendo un valor, en la educación del pueblo, y hoy estamos tocando las consecuencias. Tengo serios motivos para temer que, si hoy no nos apresuramos a reintegrar este valor a su lugar correspondiente, tendremos que esperar otros cincuenta años para conseguir un retorno a la honorabilidad.

Serán vanos nuestros esfuerzos por suprimir el crimen, que es efecto de aquel abandono, mientras no nos decidamos a combatir las causas por medio de este saludable retorno. Ya sé que se necesitan visión y valor para empezar. El camino está sembrado de dificultades; pero para qué ha creado Dios las dificultades sino para que las superen los hombres de visión y de valor? El día en que el pueblo encuentre un hombre de visión y de valor habrá encontrado también el camino de su salvación.

Y el pueblo, el buen pueblo sencillo y humilde, el buen pueblo de los andrajos que no envidian el esplendor de la púrpura, el buen pueblo de los muchos hijos que Dios alimenta y viste como a las aves del cielo y a los lirios del campo, ese buen pueblo la busca con ansia, con pasión, casi con lágrimas en los ojos y casi con amargura en el corazón. Ved como los templos se llenan de fieles los Domingos; contemplad el espectáculo de Baclarán los miércoles y de Quiapo los viernes; ved al pobre sacar del bolsillo la mugrienta pieza de cinco centavos para depositarla en la mano de la monja que se la tiende para dar de comer a sus huérfanos. Ved todo eso, y decidme si no se os humedecen los ojos y, deponiendo vuestro egoísmo, sacais también vuestra cartera para que el pobre niño de los orfeli-

natos, que tal vez no conoce a su padre ni a su madre, tenga un mendrugo que llevarse a la boca o un pedazo de paño para cubrir su desnudez.

Y si ni eso os conmueve, id a esos tugurios donde se incuba el crimen, -Intramuros, Tondo, Singalong... qué importa el nombre geográfico? Id allá donde malviven y malvegetan familias en cuchitriles levantados sobre la endeblidad de secos esteros que rugen su furia en Julio, Agosto, Septiembre, allá veréis que, aunque la miseria las oprime, aunque saben que nadie se acuerda de ellas, os confesarán que, si se resignan a vivir, y a vivir muchas veces de la rapiña y del latrocinio, por compañero el *Balisong* o el *Paltik*, y por consejeros el hambre y la desnudez, os confesarán, digo, que esperan algún día en que se operará un cambio en la sociedad, un cambio en que ansiarán mejorar su suerte.

Qué fortuna, amigos míos! la choza, mal alumbrada, maloliente, está cruzada de alambres de que cuelgan girones de lo que fue ropa; pero la estancia está presidida por una imagen o una cruz fabricada con una hoja de palma del último Domingo de Ramos; y si ante la imagen o la cruz no arde una lámpara votiva en cambio arden varios corazones.

Esos son los símbolos de una esperanza, y esa esperanza no os dice que el pueblo no ha dejado de ser bueno, a pesar de todo, a pesar del olvido en que se le tienen, a pesar del desdén con que se le trata? No os dice que, a pesar de todas las modernas filosofías, a pesar de la expulsión de Dios de las aulas escolares, en las tinieblas de la conciencia popular se halla encendida una lucecita, quíás porque ese pobre pueblo jamás ha pisado los umbrales de la escuela?

Dios, a quien se ha considerado indigno de entrar en esas suntuosas escuelas de cemento, se ha refugiado en esas chozas de nipa porque allí están todavía Marta, María y Lázaro; por allí viven el ciego, el sordo, el mudo y el endemoniado; porque desde la puerta de esas cabañas aún puede decir al centurión: "vete, que tu hijo vive". Y Dios mantiene viva esa lucecita, porque, aunque detesta el crimen, compadece al criminal, llora con el pecador, a quien busca para perdonarle. Y esa lucecita volverá a brillar con luz cegadora.

Pero vigilad! Vigilad como las cinco vírgenes prudentes. Vigilad por que esa lucecita no prenda en la nipa de la pobre choza y se convierta en

incendio. Y vosotros, montaréis guardia, seréis los serenos de Dios, porque vuestro deber estará escrito en vuestro corazón. Vuestra fé "es como el sol ardiente, como la roca firme, inmensa como el mar".

Hermanos y hermanas, véis el panorama del país y el programa de nuestro deber hacia la sociedad. Vosotros sois los semilleros de Cristo en Filipinas, sembrando por doquier la semilla de Cristo; y mientras cae en las almas la pobre semilla, aún regando el surco con nuestras lágrimas y sudores, nuestro espíritu contempla la lejanía del porvenir. Sueña en la mies dorada, en la mies riquísima que la Iglesia habrá de recoger. Dios ponga en nuestros esfuerzos la esperanza y la vida.

**DISCURSO PRONUNCIADO POR EL PRESIDENTE DEL
XX CONGRESO DEL INSTITUTO HISPANO-LUSO-AMERICANO Y
FILIPINO DE DERECHO INTERNACIONAL, EMBAJADOR DR. ENRIQUE
P. SYQUIA, CON OCASION DE LA ENTREGA DE LA MEDALLA DE
HONOR Y EL DIPLOMA DE PRESIDENTE DE HONOR DEL CONGRESO
AL EXCMO. SR. JOSEPH EJERCITO ESTRADA**

11 de septiembre de 1998, Palacio de Malacanang, Manila

Señor Presidente:

En nombre de los directores y miembros del Instituto Hispano-Luso-Americano-Filipino de Derecho Internacional, cumpla con el distinguido honor de hacer entrega a su Excelencia de esta medalla de Honor del IHLADI en la que se inscribe el lema de nuestro Instituto.

Es, así mismo, un gran honor para el que se dirige a usted, el presentar a su excelencia este Diploma que le reconoce como Presidente de Honor del Congreso. Dicho Diploma, debo decir, es entregado solamente a Jefes de Estado. En los cerca de cincuenta años de existencia de nuestro Instituto, ha sido otorgado solamente a cinco Jefes de Estado, entre los que se encuentran su Majestad el Rey de España en 1992 y el Presidente de Portugal cuatro años más tarde.

Como filipino, que soy, me enorgullezco de ser partícipe de esta entrega que carece de precedentes en los anales de la historia. Mi satisfacción es doble dado que esto acontece en el marco de las celebraciones de la Declaración de Independencia de nuestro país y en los primeros meses de su siempre inspiradora y plena de compromiso presidencia.

Desde su constitución en Madrid en 1951, el IHLADI ha mantenido reuniones a lo largo y ancho de la geografía de los países hispano parlantes. La reunión que se celebra estos días en Manila es la primera de su género que se celebra en Asia. Esto, que duda cabe, pone de manifiesto nuestros muchos y ricos vínculos con el orbe hispano.

Por favor acepte señor Presidente esta doble presentación que nos llena a todos en el Instituto de satisfacción y orgullo.

Mis queridos amigos yo les invito a que se sumen a mí a la hora de felicitar al receptor de estas distinciones, su Excelencia Don Joseph Ejército Estrada, Presidente de la República de Filipinas.

CONCLUSIONES APROBADAS SOBRE LAS PONENCIAS Y OTROS ACUERDOS DEL XX CONGRESO DEL IHLADI

CONCLUSIONES DE LA PRIMERA COMISION**LA PROTECCION INTERNACIONAL DE LOS
DESPLAZADOS INTERNOS**

(Ponente: Dr. Enrique P. Syquia. Filipinas)

El XX Congreso del IHLADI:

Teniendo en cuenta que, en palabras del Representante del Secretario General, la solución al problema de los desplazados internos constituye un imperativo de la paz y seguridad internacionales y responde a las necesidades de asistencia humanitaria y protección de los derechos humanos de las personas afectadas, tanto por la gran cantidad de personas que se encuentran en esta situación, como por la desestabilización que provoca el movimiento de poblaciones enteras,

Adopta las siguientes conclusiones:

PRIMERO.- A los efectos de los trabajos de la Comisión, se entiende por "desplazados internos" a la persona o los grupos de personas que - dentro del territorio de un Estado- se han visto obligadas a abandonar su lugar de residencia como consecuencia o por la amenaza grave de un conflicto armado, de una situación de violencia interna, de una violación de los derechos humanos o de catástrofes naturales o producidas por la actividad humana.

SEGUNDO.- Dado que los desplazados internos forman parte de la población del Estado, es a las autoridades del mismo, incluyendo las *de facto*, a quienes corresponde primordialmente la responsabilidad de su protección, asistencia y bienestar, sin más restricciones que aquellas que fueran estrictamente necesarias y también legítimas para superar la situación y en tanto ésta permanezca.

Asimismo compete a dicho Estado facilitar, en cuanto sea posible, las condiciones para el reasentamiento voluntario de los desplazados internos, reponiendo el goce pleno de aquellos derechos cuyo ejercicio hubiera podido ser suspendido.

TERCERO.- En los casos en que el Estado no estuviere dispuesto o no se encontrare en condiciones de otorgar la adecuada atención y protección a sus desplazados internos, los demás Estados y organizaciones internacionales deberán prestarles la requerida atención y protección de conformidad con los principios de solidaridad y cooperación internacionales.

CUARTO.- Las Naciones Unidas, especialmente a través del Representante del Secretario General para los Desplazados Internos y del ACNUR, así como el Comité Internacional de la Cruz Roja, tomarán la iniciativa para prestar protección y asistencia internacional a los desplazados internos, en cooperación con otras organizaciones nacionales, regionales y universales, ya sean gubernamentales o no gubernamentales.

QUINTO.- Se deben continuar y mejorar los esfuerzos que actualmente se vienen realizando por parte de la Comunidad Internacional a través de las organizaciones internacionales. A tal fin, resulta necesario el establecimiento de un régimen jurídico para la protección internacional de los desplazados internos.

SEXTO.- Se deberá garantizar por las autoridades *de iure* y *de facto* el acceso libre y seguro de la ayuda humanitaria internacional a los desplazados internos.

CONCLUSIONES DE LA SEGUNDA COMISION

LA CALIFICACION Y REGULACION JURIDICA DE LAS SITUACIONES DE VIOLENCIA INTERNA

(Ponente: Dr. Carlos Jiménez Piernas. España)

El XX Congreso del IHLADI:

Reafirmando sus anteriores resoluciones y acuerdos relativos a la protección internacional de los derechos humanos, en particular los de sus Congresos decimotercero, decimoséptimo y decimonoveno;

Teniendo en cuenta las tendencias e iniciativas que se han producido en esta materia por parte de la doctrina, así como los trabajos de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas;

Considerando que la paz ha de basarse en el respeto de todos los derechos humanos concebidos como universales e indivisibles, y en particular en la realización del derecho al desarrollo;

Observando que las *situaciones de violencia interna* que padecen muchos Estados conllevan violaciones graves de esos derechos humanos, constituyendo en muchos casos el recurso a la violencia, en sí mismo, otra negación de esos derechos;

Valorando la colaboración de la doctrina en la labor de codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional aplicable a las *situaciones de violencia interna*, y deseando que la Comisión de Derechos Humanos intensifique sus trabajos sobre este tema;

Adopta las siguientes conclusiones:

PRIMERO.- Se entiende como una *situación de violencia interna* aquella en la que, en territorio de un Estado, se produce una inestabilidad motivada por actividades de violencia armada permanente, con cierto grado de organización de las partes o grupos en conflicto y un estado continuado de inseguridad ciudadana. Esta *situación* se distingue jurídicamente tanto de las crisis esporádicas de violencia (tales como disturbios, revueltas y otros actos análogos) como de los conflictos armados sin carácter internacional, conforme al artículo 1 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949.

SEGUNDO.- Toda estrategia mundial en pro del mayor respeto posible de los derechos humanos en *situaciones de violencia interna* consta, preferentemente, de los siguientes elementos:

a) la prevención de esas situaciones mediante el fortalecimiento de la democracia y sus instituciones así como la realización del derecho al desarrollo;

b) la cooperación con los Estados afectados para lograr el restablecimiento de la paz interna, evitando toda injerencia en sus asuntos internos;

c) la mejor determinación de las normas básicas de humanidad que protegen esos derechos mediante el desarrollo del Derecho Internacional en la materia;

d) la enseñanza y difusión de esas normas, así como de sus mecanismos de control y observancia, tarea en la que debe desempeñar un papel relevante el Comité Internacional de la Cruz Roja;

e) la verificación del respeto de esos derechos, a través de mecanismos efectivos internos e internacionales que incluyan sanciones por su incumplimiento.

TERCERO.- El Estado posee una responsabilidad primera y necesaria en la observancia de sus obligaciones en esta materia y le incumbe el deber, en el ámbito de su jurisdicción interna, de perseguir los crímenes cometidos por los órganos del Estado o por los miembros de los grupos armados en *situaciones de violencia interna*.

CUARTO.- La instauración de un Tribunal Penal Internacional permanente una vez que el Estatuto de Roma entre en vigor robustecerá, con su jurisdicción complementaria, los procedimientos institucionales de aplicación de las normas básicas de humanidad bien establecidas, persiguiendo y sancionando las violaciones graves de las mismas también en *situaciones de violencia interna*, de acuerdo con los artículos 5 a 8 de dicho Estatuto.

QUINTO.- La mejor protección de los derechos y libertades fundamentales de la persona en *situaciones de violencia interna* requiere de la convergencia y complementariedad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, mediante un proceso de interacción constitutiva entre el Derecho convencional y el Derecho consuetudinario en la materia que cristalice formalmente gracias a la declaración de un catálogo mínimo de normas básicas de humanidad no sujetas a ninguna excepción y exigibles *erga omnes*, contenidas en una Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas conforme a las competencias que le otorga el artículo 10 de la Carta.

CONCLUSIONES DE LA TERCERA COMISION

EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ANTE LOS PROCESOS DE INTEGRACION, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA UNION EUROPEA Y AL MERCOSUR

(Ponente: Dr. Miguel Angel Ciuro Caldani. Argentina)

El XX Congreso del IHLADI:

Considerando que el desarrollo de los procesos de integración ha condicionado decisivamente el Derecho Internacional de nuestros días, constituyendo uno de sus factores determinantes.

Teniendo en cuenta que en algunos ámbitos jurídicos, señaladamente en la Unión Europea y en cierto modo en el Mercosur, el proceso de integración ha conducido a la elaboración de un Derecho Internacional Privado de la Integración, con características propias.

Considerando que los procesos de integración requieren una modificación sustancial de determinados sectores del Derecho Internacional Privado clásico, siendo significativos los especialmente vinculados a la competencia judicial internacional, la transposición procesal y la ley aplicable a la contratación internacional,

Adopta las siguientes conclusiones:

PRIMERO.- El Derecho Internacional Privado, en sus perspectivas de fondo y procesales, debe adecuarse a los diferentes grados de diversidad entre los países, constituyéndose así con características especiales cuando se desarrollan procesos de integración.

SEGUNDO.- La experiencia de la Unión Europea en materia de Derecho Internacional Privado, apoyada sobre todo en el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil de Bruselas, del 27 de septiembre de 1968 y el Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de Roma del 19 de junio de 1980, ha dado resultados en general satisfactorios con miras a la integración regional en la construcción de un espacio jurídico comunitario.

En el ámbito europeo ha resultado relevante encarar el fenómeno de integración a través de la dinamización del mercado mediante el régimen de los contratos y la disminución de los obstáculos de fronteras estatales con la fácil "transposición procesal".

Esos aportes constituyen modelos que, de acuerdo con las circunstancias, pueden servir en otros procesos integradores latinoamericanos y, en especial en el Mercosur.

TERCERO.- En general los acuerdos relativos al Derecho Internacional Privado que se han firmado y se vienen elaborando en el Mercosur son merecedores de consideración como posibles instrumentos idóneos para el proceso integrador. Es conveniente acentuar los esfuerzos para contar con un régimen de fondo adecuado para las obligaciones contractuales.

CUARTO.- La elaboración de las normas de Derecho Internacional Privado que requieran los procesos de integración americanos deberá tener muy en cuenta el acervo aportado por la codificación interamericana. A tal efecto, la labor realizada por la CIDIP debe ser un punto de referencia obligado.

CONCLUSIONES DE LA CUARTA COMISION

LA OBLIGATORIEDAD Y EFECTIVIDAD DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES ADOPTADAS POR LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA: A PROPOSITO DE LA DEMANDA DE LA REPUBLICA DE PARAGUAY CONTRA LOS ESTADOS UNIDOS EN EL ASUNTO *BREARD* (Ponente: Dr. Luis Ignacio Sánchez Rodríguez. España)

El XX Congreso del IHLADI:

Teniendo en cuenta la ejecución en los Estados Unidos el 17 de abril de 1998 del nacional paraguayo Angel Francisco Breard, pese a la existencia de una *Order (Ordonnance)* de la Corte Internacional de Justicia por la que se pedía al Gobierno norteamericano que el interesado no fuese ejecutado hasta que la Corte no se hubiese pronunciado de forma definitiva sobre la demanda de Paraguay contra los Estados Unidos por presuntas violaciones de la Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares;

Teniendo en cuenta la existencia de normas generalmente reconocidas sobre los derechos fundamentales de carácter procesal de todas las personas;

Considerando el interés esencial de los Estados, de los cuales son nacionales los miembros de este Instituto, en que se respeten en toda circunstancia las garantías procesales tutelares de los derechos de las personas detenidas y procesadas en un Estado extranjero, especialmente en el caso de los emigrantes, contenidas en la Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares,

Adopta las siguientes conclusiones:

PRIMERO.- El incumplimiento por un Estado de medidas provisionales indicadas por la Corte Internacional de Justicia debe generar efectos jurídicos no solo de orden procesal, sino también de naturaleza y contenido diferentes, especialmente cuando dicho incumplimiento implica un efecto tan grave para una parte interesada como es la pérdida de la vida de uno de sus nacionales.

SEGUNDO.- La demanda presentada por Paraguay contra los Estados Unidos en el asunto relativo a la *Convención de Viena sobre relaciones consulares* y, en especial, su solicitud de medidas provisionales decididas por la *Order (Ordonnance)* de 9 de abril de 1998 de la Corte Internacional de Justicia, ofrece a este órgano judicial la oportunidad de aclarar definitivamente la naturaleza, el alcance y el contenido de las medidas provisionales, así como los efectos y consecuencias de su incumplimiento por un Estado.

TERCERO.- La continuación del procedimiento en el caso anteriormente citado resulta del más alto interés no solamente respecto a los derechos de Paraguay que hipotéticamente podrían haber sido violados, sino también en relación a los otros países cuyos nacionales han sido condenados a muerte y están a la espera de la ejecución de las correspondientes sentencias judiciales, sin que conste que las autoridades de los Estados Unidos hayan procedido a la previa aplicación de las disposiciones contenidas en los artículos 5 y 36 de la Convención de Viena de 1963 sobre relaciones consulares.

CUARTO.- Las consideraciones anteriores no solamente se fundamentan, en cuanto al fondo del problema, en las disposiciones citadas, sino también en las normas generales de Derecho Internacional bien establecidas sobre los derechos fundamentales de carácter procesal que deben garantizar un juicio justo y una tutela judicial efectiva.

QUINTO.- Se sugiere a los Estados interesados que adopten las medidas pertinentes para hacer efectivo el agotamiento de los recursos internos del Estado o los Estados receptores como paso previo al ejercicio de la protección diplomática, por la hipotética violación de los derechos de los Estados de envío en la persona de uno o varios de sus nacionales.

COMISIONES DEL XX CONGRESO

Composición de las Mesas

La *Primera Comisión*, sobre "La protección internacional de los desplazados internos", quedó instalada con la Mesa siguiente:

Presidente: Raúl S. MANGLAPUS
Vicepresidente: Claudio Enrique SOSA VOYSEST
Ponente: Enrique P. SYQUIA
Secretario: Frida ARMAS PFIRTER

La *Segunda Comisión*, sobre "La calificación y regulación jurídica de las situaciones de violencia interna", quedó instalada con la Mesa siguiente:

Presidente: Alfredo MARTINEZ MORENO
Vicepresidente: Carlos Alfredo LOPEZ-GUEVARA
Ponente: Carlos JIMENEZ PIERNAS
Secretario: José JUSTE RUIZ

La *Tercera Comisión*, sobre "El Derecho Internacional Privado ante los procesos de integración, con especial referencia a la Unión Europea y al Mercosur", quedó instalada con la Mesa siguiente:

Presidente: León HERRERA ESTEBAN
Vicepresidente: Oswaldo MOLESTINA
Ponente: Miguel Angel CIURO CALDANI
Secretario: José Carlos FERNANDEZ ROZAS

La *Cuarta Comisión*, sobre "La obligatoriedad y efectividad de las medidas provisionales adoptadas por la Corte Internacional de Justicia: A propósito de la demanda de la República de Paraguay contra los Estados Unidos en el asunto *Breard*", quedó instalada con la Mesa siguiente:

Presidente: Calixto ARMAS BAREA
Ponente: Luis Ignacio SANCHEZ RODRIGUEZ
Secretario: Carlos JIMENEZ PIERNAS

OTROS ACUERDOS DEL XX CONGRESO

En la Sesión de Clausura la Junta de Miembros adoptó, sobre la base de las oportunas propuestas o mociones, formuladas oralmente o por escrito, los siguientes

ACUERDOS

- Voto de agradecimiento al Excmo. Sr. D. Joseph Ejército Estrada, Presidente de la República de Filipinas, por haber aceptado la Presidencia de Honor del XX Congreso del IHLADI y por la recepción ofrecida en el Palacio de Malacañang a una representación del Instituto.

- Voto de agradecimiento al Excmo. Sr. Ministro de Asuntos Exteriores, Hon. Domingo L. Siazon, Jr., y a la Excm. Sra. Ministra de Turismo, Hon. Gemma Cruz Araneta, del Gobierno de la República de Filipinas, por las atenciones prestadas al Instituto.

- Voto de agradecimiento a los miembros de la Comisión organizadora y, en especial, a su Presidente, Embajador Enrique P. Syquia, por la eficaz y exquisita labor desarrollada en la preparación y realización del Congreso, así como al personal de apoyo de la Secretaría por su valiosa colaboración.

- Voto de agradecimiento a la Comisión del Centenario de la Independencia de Filipinas y a la Embajada de España en Manila por las recepciones ofrecidas a los asistentes al Congreso, y a cuantos organismos y personas contribuyeron a la celebración del mismo.

- Nombramiento del Embajador Dr. Enrique P. Syquia Presidente del Congreso y, en consecuencia, del Instituto hasta el próximo Congreso.

- Voto de pésame por el fallecimiento de los recordados colegas Guillermo Trigueros H. (El Salvador), Horacio Vicioso Soto (República Dominicana) y Luis Cabana (Venezuela). Que en paz descansen.

- Voto de felicitación a los ponentes Dres. Miguel Angel Ciuro Caldani (Argentina), Carlos Jiménez Piernas (España), Enrique P. Syquia (Filipinas) y al Dr. Luis Ignacio Sánchez Rodríguez (España), por el valioso aporte científico de sus trabajos, que prestigiaron las labores del XX Congreso.

- Voto de agradecimiento a los Dres. Frida Armas Pflirter (Argentina) y Alfredo Rizzo Romano (Argentina) por las comunicaciones presentadas al Congreso.

- El Jurado calificador de los Premios "Luis García Arias" y "José Yanguas Messía" declaró desierto ambos galardones.

- Se nombran los miembros de los Jurados calificadores de la próxima edición del Premio "Luis García Arias", integrado por el Dr. Efraín Schacht Aristeguieta (Venezuela), como presidente, y los Dres. Julio Barberis (Argentina) y José Antonio Corriente Córdoba (España), como vocales; y del Premio "José de Yanguas Messía", integrado por el Dr. Carlos Febres Pobeda (Venezuela), como presidente, y los Dres. Alegría Borrás Rodríguez (España) y Didier Operti Badán (Uruguay), como vocales.

- Se comentó la conveniencia de actualizar algunas disposiciones de los Estatutos del Instituto, para lo cual se acordó el nombramiento de una Comisión formada por los miembros Dres. León Herrera Esteban (España), Calixto Armas Barea (Argentina), Alfredo Martínez Moreno (El Salvador), José Antonio Corriente Córdoba (España) y el Secretario General.

- Se aprueba que el XXI Congreso del Instituto se celebre en Quito-Guayaquil (Ecuador) en el año 2000 y se nombra Presidente de la Comisión organizadora al Dr. Rodolfo Ceprián Molina, miembro del Instituto.

- El temario científico aprobado para el XXI Congreso es el siguiente:

1.- "La institucionalización jurídica de los procesos de integración y la supremacía de la normatividad comunitaria". Ponente: Oswaldo Molestina Zavala (Ecuador).

2.- "La cooperación jurídica internacional, civil y mercantil, en el espacio hispano-luso-americano y filipino". Ponente: José Carlos Fernández Rozas (España).

3.- "Los tribunales administrativos de las organizaciones internacionales". Ponente: Alfredo Martínez Moreno (El Salvador).

4.- "La Convención del Derecho del Mar en el año 2000. Práctica de los Estados y nuevos acuerdos internacionales". Ponente: Frida Armas Pfirter (Argentina).

NUEVOS MIEMBROS DE HONOR, MIEMBROS Y ASOCIADOS DEL IHLADI

En la Junta de Miembros celebrada el día 12 de septiembre de 1998 fueron nombrados por aclamación dos MIEMBROS DE HONOR:

Enrique P. SYQUIA (Filipinas)
Efraín SCHACHT ARISTEGUIETA (Venezuela)

En las elecciones estatutarias resultaron elegidos los siguientes ocho MIEMBROS, que obtuvieron mayoría absoluta:

Raúl VINUESA (Argentina)
Carlos JIMÉNEZ PIERNAS (España)
Luis Ignacio SÁNCHEZ RODRÍGUEZ (España)
Pacífico A. CASTRO (Filipinas)
Alberto B. GUEVARA (Filipinas)
Claudio SOSA VOYSEST (Perú)
Adolfo P. SALGUEIRO (Venezuela)
Rafael SUREDA (Venezuela)

Asimismo fueron elegidos los siguientes nueve ASOCIADOS:

Amalia URIONDO DE MARTINOLI (Argentina)
Manuel VENTURA ROBLES (Costa Rica)
Jaime MARCHÁN (Ecuador)
Gabriel Mauricio GUTIÉRREZ CASTRO (El Salvador)
Nuria BOUZA VIDAL (España)
Rubén CARNERERO CASTILLA (España)
Pablo C. DE GUÍA, Jr. (Filipinas)
Marcela ARRIOLA ESPINO (Perú)
Juan José RUDA SANTOLARIA (Perú)

RELACION DE PARTICIPANTES

(MH) Miembro de Honor
(M) Miembro
(A) Asociado
(O) Observador

ARGENTINA:

ARMAS BAREA, Calixto A. (M)
BARTOLOMEO CARLOMAGNO, Roberto (M)
ESPECHE GIL, Miguel Angel (M)
RIZZO ROMANO, Alfredo (M)
ARMAS PFIRTER, Frida (A)
BOGGIO-MARZET, Pablo Alberto (A)
CIURO CALDANI, Miguel Angel (A)
GINER, Jorge A. (A)
URIONDO DE MARTINOLI, Amalia (A)

ECUADOR:

CEPRIAN MOLINA, Rodolfo (M)
MOLESTINA ZAVALA, Oswaldo (A)

EL SALVADOR:

MARTINEZ MORENO, Alfredo (M)

ESPAÑA:

CEREZO DE DIEGO, Prometeo (M)

CORRIENTE CORDOBA, José A. (M)

HERRERA ESTEBAN, León (M)

JIMENEZ PIERNAS, Carlos (M)

JUSTE RUIZ, José (M)

MAPELLI LOPEZ, Enrique (M)

SANCHEZ RODRIGUEZ, L.I. (M)

YTURRIAGA BARBERAN, José Antonio de (M)

CARNERERO CASTILLA, Rubén (A)

FERNANDEZ ROZAS, José Carlos (A)

FERNANDEZ TOMAS, Antonio (A)

GARCIA RODRIGUEZ, Isabel (O)

FILIPINAS:

SYQUIA, Enrique P. (MH)

CASTRO, Pacífico A. (M)

GUEVARA, Alberto B. (M)

MANGLAPUS, Raúl S. (A)

RAMA, Napoleón G. (A)

VELEZ, Teresita C. (A)

NICARAGUA:

CHAVEZ ESCOTO, Luis (A)

PANAMA:

LOPEZ-GUEVARA, Carlos A. (A)

PERU:

SOSA VOYSEST, Claudio Enrique (M)

ARRIOLA ESPINO, Marcela (A)

RUDA SANTOLARIA, Juan José (A)

VENEZUELA:

SALGUEIRO, Adolfo P. (M)

SUREDA DELGADO, Rafael (M)

COLABORADORES DEL CONGRESO

Chaco G.A. MOLINA (Jefe de la Secretaría)

Lovina M. AREGLO

Sweedy C. VELOSO

Larry C. CASTRO

Jerry S. MANDEOYA

Anthonette K. MANALO

Norma John O. MARTINEZ