

ANUARIO HISPANO-LUSO-AMERICANO
DE DERECHO INTERNACIONAL
(AHLADI)

Director:
CARLOS JIMÉNEZ PIERNAS
*Catedrático de Derecho Internacional Público
y Relaciones Internacionales de la Universidad de Alcalá (España)*
Miembro del IHLADI

Secretario:
JAUME FERRER LLORET
*Catedrático de Derecho Internacional Público
y Relaciones Internacionales de la Universidad de Alicante (España)*
Asociado del IHLADI

Consejo científico:
ANTONIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE (Miembro, Brasil)
JUAN ANTONIO CARRILLO SALCEDO (Miembro, España)
† HÉCTOR GROS ESPIELL (Miembro, Uruguay)
HUGO LLANOS MANSILLA (Miembro, Chile)
ALFREDO MARTÍNEZ MORENO (Miembro, El Salvador)
RAFAEL NIETO NAVIA (Miembro, Colombia)
ERNESTO REY CARO (Miembro, Argentina)
SANTIAGO TORRES BERNÁRDEZ (Miembro, España)
RAÚL EMILIO VINUESA (Miembro, Argentina)

Consejo de redacción:
ZLATA DRNAS DE CLÉMENT (Miembro, Argentina)
JAUME FERRER LLORET, Secretario (Asociado, España)
CARLOS JIMÉNEZ PIERNAS, Director (Miembro, España)
ORLANDO MEJÍA HERRERA (Asociado, Nicaragua)
RICARDO MÉNDEZ SILVA (Miembro, México)
FREDYS ORLANDO SORTO (Miembro, Brasil)
JUAN JOSÉ RUDA SANTOLARIA (Miembro, Perú)
SIXTO SÁNCHEZ LORENZO (Miembro, España)

Redactores:
ADELA AURA LARIOS DE MEDRANO
ANDREA BERTOMEU NAVARRO
ELENA CRESPO NAVARRO
FERNANDO LOZANO CONTRERAS
FRANCISCO JOSÉ PASCUAL VIVES
MILLÁN REQUENA CASANOVA
CARMEN BELÉN TORREGROSA MACIÁ

Oficina Editorial:
Prof. Carlos Jiménez Piernas
Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá,
C/ Libreros, 27.
28801-Alcalá de Henares, Madrid (España).
carlos.jimenez@uah.es

PROF. JAUME FERRER LLORET
Facultad de Derecho, Universidad de Alicante
Campus de San Vicente del Raspeig
Ap. 99 E-03080, Alicante (España)
jaume.ferrer@ua.es

ANUARIO HISPANO-LUSO-AMERICANO DE DERECHO INTERNACIONAL (AHLADI)

VOL. 20 (2011)



Editado por
Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional
<http://www.ihladi.org>

Ni el *Anuario* ni el *IHLADI* se identifican necesariamente con las opiniones o juicios que los autores de las ponencias, comunicaciones y demás trabajos exponen en el ejercicio de su libertad intelectual.

Reservados todos los derechos. El contenido de esta obra está protegido por la Ley, que establece penas de prisión y/o multas, además de las correspondientes indemnizaciones por daños y perjuicios, para quienes reprodujeran, plagiaran, distribuyeran o comunicaran públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la preceptiva autorización.

© Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, 2011
Preimpresión y fabricación: LAVEL INDUSTRIA GRÁFICA, S. A.
Depósito legal: Z-451-1962
ISSN: 0570-4316

Impreso en España por Lavel Industria Gráfica, S. A.
Gran Canaria, 12 Pol. Ind. Los Llanos
28970 Humanes de Madrid (Madrid)
Printed in Spain

SUMARIO

ABREVIATURAS MÁS UTILIZADAS	11
PONENCIAS DEL XXVI CONGRESO	19
<i>La influencia de los Derechos Humanos en el Derecho Internacional de Familia: sustracción internacional de niños</i> , por Adriana Dreyzin de Klor	21
<i>La fragmentación: ¿una amenaza para la unidad del Derecho Internacional?</i> , por Arturo Santiago Pagliari	47
O projeto jurídico de cidadania universal: reflexões à luz do direito de liberdade, por Fredys Orlando Sorto	103
COMUNICACIONES	127
<i>La descolonización del Sahara Occidental</i> , por José Antonio de Yturriaga Barberán	129
<i>La influencia de la jurisprudencia comunitaria europea en los principales tribunales de los sistemas de integración latinoamericanos: un estudio exploratorio</i> , por Orlando Mejía Herrera	157
BIBLIOGRAFÍA	179
CONCLUSIONES Y ACUERDOS DEL XXVI CONGRESO DEL IHLADI	197
IN MEMORIAM	223
ÍNDICES	225
<i>Onomástico</i>	227
<i>Analítico</i>	231
<i>Tratados</i>	235
<i>Jurisprudencia nacional e internacional</i>	237
<i>Legislación</i>	241
NORMAS GENERALES DE PUBLICACIÓN	243
<i>Español</i>	245
<i>Portugués</i>	247
<i>Inglés</i>	249

ABREVIATURAS MÁS UTILIZADAS

A) PUBLICACIONES PERIÓDICAS

<i>Am. Rev. Int'l Arb</i>	<i>American Review of International Arbitration</i>
<i>Anuario CDI</i>	<i>Anuario de la Comisión de Derecho Internacional</i>
<i>ADI</i>	<i>Anuario de Derecho Internacional</i>
<i>AEDIPr</i>	<i>Anuario Español de Derecho Internacional Privado</i>
<i>AFDI</i>	<i>Annuaire Français de Droit International</i>
<i>AJIL</i>	<i>American Journal of International Law</i>
<i>AIDI</i>	<i>Annuaire de l'Institut de Droit International</i>
<i>AHLADI</i>	<i>Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional</i>
<i>AMDI</i>	<i>Anuario Mexicano de Derecho Internacional</i>
<i>Arb. Int'l</i>	<i>Arbitration International</i>
<i>ARI</i>	<i>Análisis del Real Instituto el Cano</i>
<i>BO</i>	<i>Boletín Oficial de la República Argentina</i>
<i>BOE</i>	<i>Boletín Oficial del Estado (España)</i>
<i>BYBIL</i>	<i>British Yearbook of International Law</i>
<i>CEBDI</i>	<i>Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional</i>
<i>DeCita</i>	<i>DeCita: Direito do Comércio Internacional</i>
<i>DJ</i>	<i>Diario Jurídico Argentino</i>
<i>DO</i>	<i>Diario Oficial de la Unión Europea</i>
<i>DOCE</i>	<i>Diario Oficial de las Comunidades Europeas</i>
<i>ED</i>	<i>El Derecho Digital</i>
<i>EJIL</i>	<i>European Journal of International Law</i>
<i>EJLS</i>	<i>European Journal of Legal Studies</i>
<i>GYIL</i>	<i>German Yearbook of International Law</i>
<i>ICJ Reports</i>	<i>International Court of Justice. Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders</i>
<i>ICLQ</i>	<i>International and Comparative Law Quarterly</i>
<i>IJHRL</i>	<i>Interdisciplinary Journal of Human Rights Law</i>
<i>ILM</i>	<i>International Legal Materials</i>
<i>Italian Yearbook</i>	<i>Italian Yearbook of International Law</i>
<i>NAFTA Law&Bus. Am. Rev.</i>	<i>NAFTA: Law & Business Review of the Americas</i>

NILR	<i>Netherlands International Law Review</i>
NYIL	<i>Netherlands Yearbook of International Law</i>
RDCE	<i>Revista de Derecho Comunitario Europeo</i>
RDCO	<i>Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones</i>
R des C	<i>Recueil des Cours de l'Académie de Droit International</i>
RDIM	<i>Revista de Derecho Internacional y del MERCOSUR</i>
RDM	<i>Revista de Derecho del MERCOSUR</i>
REDI	<i>Revista Española de Derecho Internacional</i>
REEI	<i>Revista Electrónica de Estudios Internacionales</i>
RGDIP	<i>Revue Générale de Droit International Public</i>
RSA	<i>Recueil des Sentences Arbitrales de l'ONU</i>
RTDeur.	<i>Revue Trimestrielle de Droit Européen</i>
SFDI	<i>Société Française de Droit International</i>
SYIL	<i>Spanish Yearbook of International Law</i>

B) ABREVIATURAS EN GENERAL

AALCC	Comité Jurídico Consultivo Afro-Asiático
ACE	Acuerdos de Complementación Económica
ACI	Arbitraje Comercial Internacional
ACNUR	Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados
ACPA	Anti-Cybersquatting Protection Act
AELC/EFTA	Asociación Europea de Libre Comercio
AG	Asamblea General de las Naciones Unidas
ALADI	Asociación Latinoamericana de Integración
ALAI	Agencia Latinoamericana de Información
ALALC	Asociación Latinoamericana de Libre Comercio
ALBA	Alternativa Bolivariana para las Américas
ALCA	Área de Libre Comercio de las Américas
ALCSA	Área de Libre Comercio de Suramérica
AMEDIP	Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado
APEC	Cooperación Económica Asia-Pacífico
APPI	Acuerdo de Promoción y Protección de Inversiones
ASADIP	Asociación Americana de Derecho Internacional Privado
ASEAN	Asociación de Naciones del Asia Sudoriental
BID	Banco Interamericano de Desarrollo
BIRD	Banco Internacional de Reconstrucción y Desarrollo
BIRF	Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento

BROU	Banco de la República Oriental del Uruguay
CAN	Comunidad Andina de Naciones
CARICOM	Comunidad del Caribe
CARIFTA	Asociación de Libre Comercio del Caribe
CCI	Cámara de Comercio Internacional
CCiv	Código Civil argentino
CCivil	Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la República Argentina
CCivCCom	Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de la República Argentina
CCJ	Corte Centroamericana de Justicia
CCM	Comisión de Comercio del MERCOSUR
CCTLD	Country Code Top-Level Domain
CDI	Comisión de Derecho Internacional
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño
C. de S.	Consejo de Seguridad
CE	Comunidad Europea
CEA	Comunidad Económica Africana
CEAO	Comunidad Económica del África Occidental
CECA	Comunidad Económica del Carbón y del Acero
CEDEAO	Comunidad Económica de Estados del África Occidental
CEDH	Corte Europea de Derechos Humanos
CEE	Comunidad Económica Europea
CEEA	Comunidad Europea de la Energía Atómica
CEECA	Comunidad Económica de los Estados Centrafricanos
CEPAL	Comisión Económica para América Latina y el Caribe
CEPGL	Comunidad Económica de los Países de los Grandes Lagos
CHSIM	Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores
CIAC	Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial
CIAI	Consejo Internacional de Arbitraje Internacional
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CIDI	Instituto de Investigaciones sobre Derecho Internacional
CIDIP	Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CIPEI	Centro Interuniversitario para Estudios de Integración
CJB	Code Judiciaire Belge

CJC	Corte de Justicia Centroamericana
CJEU	Court of Justice of the European Union
CJI	Comité Jurídico Interamericano
CMC	Consejo de Mercado Común
CN	Constitución de la Nación Argentina
CNCom	Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la República Argentina
CNUDM	Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982
CNUDMI	Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
CNY	Convención de Nueva York de 10 de junio de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras
COMESA	Mercado Común de África del Este y Meridional
COMIECO	Consejo de Ministros de Integración Económica de Centroamérica
CONICET	Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas de la República Argentina
CP	Consejo Permanente de la OEA
CPA	Corte Permanente de Arbitraje de La Haya
CPCCN	Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina
CPI	Corte Penal Internacional
CPJI	Corte Permanente de Justicia Internacional
CPR	International Institute for Conflict Prevention and Resolution
CSJBA	Corte Suprema de Justicia de Buenos Aires
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina
CSM	Cortes Supremas del MERCOSUR
CV69	Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados
DDHH	Derechos Humanos
DECEX	Departamento de Operaciones de Comercio Exterior
DI	Derecho Internacional
DIH	Derecho Internacional Humanitario
DIPr	Derecho Internacional Privado
DNS	Domain Name System; Sistema de Nombres de Dominio
DR-CAFTA	Dominican Republic-Central America Free Trade Agreement
ECIJ	Estatuto de la Corte Internacional de Justicia

ECJ	European Court of Justice
ECOSOC	Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas
EFTA	Asociación Europea de Libre Comercio
EM	Estados Miembros
EP	Estados Parte
EPM	Estados Parte del MERCOSUR
FAO	Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación
FARC	Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia
FMI	Fondo Monetario Internacional
FOCEM	Fondo para la Convergencia Estructural del MERCOSUR
GANRI	Grupo <i>Ad Hoc</i> de Alto Nivel para la Reforma Institucional del MERCOSUR
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio
GMC	Grupo de Mercado Común
GTAN	Grupo Técnico de Alto Nivel
IACAC	Inter-American Commercial Arbitration Commission
IANA	Internet Assigned Numbers Authorities
IBA	International Bar Association
ICCA	International Council for Commercial Arbitration
ICCAN	Internet Corporation for Assigned Names and Numbers
ICJ	International Court of Justice
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
IEP	Instituto de Estudios Políticos
IHLADI	Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional
IIDH	Instituto Interamericano de Derechos Humanos
IP	Internet Protocol
JA	Jurisprudencia Argentina
LMU	Ley Modelo de la UNCITRAL
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
MERCOSUR	Mercado Común del Sur
MIGA	Agencia Multilateral de Garantías
MINURSO	Misión de Naciones Unidas para el Referendo en el Sahara Occidental
MS	MERCOSUR
NAF	National Arbitration Forum
NAFTA	North American Free Trade Agreement
NCP	Nuevo Código de Procedimiento Civil

NIC	Network Information Centre
NOEI	Nuevo Orden Económico Internacional
NSI	Network Solutions, Inc.
NU	Naciones Unidas
OACI	Organización de la Aviación Civil Internacional
OAU	Organización de la Unión Africana
OBREAL	Observatorio de las Relaciones entre la Unión Europea y América Latina
OC	Opinión Consultiva
ODECA	Organización de Estados Centroamericanos
OEA	Organización de los Estados Americanos
OECD	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
OHADA	Organización para la Armonización Jurídica en África
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMA	Organización Mundial de Aduanas
OMC	Organización Mundial de Comercio
OMM	Organización Meteorológica Mundial
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONG	Organización No Gubernamental
ONU	Organización de las Naciones Unidas
ONUDI	Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial
OSCE	Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa
OSD	Órgano de Solución de Diferencias de la OMC
OSPAR	Convención para la Protección del Medio Ambiente Marino en el Noreste Atlántico
OTAN	Organización del Tratado del Atlántico Norte
OUA	Organización de la Unidad/Unión Africana
PARLACEN	Parlamento Centroamericano
PB	Protocolo de Brasilia
PBA	Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual
PESC	Política Exterior y de Seguridad Común
PNUMA	Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente
PO	Protocolo de Olivos
POLISARIO	Frente Popular de Liberación de Sekiet el-Hamra y Río de Oro
POP	Protocolo de Ouro Preto

PSM	Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo
PTA	Área Comercial Preferencial
PUNS	Partido de Unión Nacional Saharaui
RASD	República Árabe Saharaui Democrática
RPO	Reglamento del Protocolo de Olivos
RPOC	Reglamento del Procedimiento para Opiniones Consultivas
RSA	Recueil des sentences arbitrales
S. de N	Sociedad de Naciones
SECEX	Secretaría de Comercio Exterior
SG	Secretario General de las Naciones Unidas
SICA	Sistema de Integración Centroamericana
SIECA	Sistema de Integración Económica de Centroamérica/Secretaría de Integración Económica Centroamericana
SM	Secretaría Administrativa del MERCOSUR
SN	Sección Nacional
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Supremos Tribunales de Justicia
TA	Tratado de Asunción
TAH	Tribunal Arbitral Ad Hoc
TAHM	Tribunal Arbitral Ad Hoc de MERCOSUR
TCE	Tratado constitutivo de la Comunidad Europea
TCEE	Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea
TCECA	Tratado de la Comunidad Económica del Carbón y el Acero
TCEEA	Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica
TDDHH	Tratados de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TIAR	Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca
TJCA	Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TLC	Tratado de Libre Comercio
TLCAN	Tratado de Libre Comercio de América del Norte
TPAH	Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya
TPI	Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia

TPJI	Tribunal Permanente de Justicia Internacional
TPR	Tribunal Permanente de Revisión
TSJ	Tribunal Supremo de Justicia
TUE	Tratado de la Unión Europea
UAE	Unión Aduanera Ecuatorial
UDAO	Unión Aduanera de África Occidental
UDEAC	Unión Aduanera y Económica del África Central
UDEAO	Unión Aduanera de Estados del África Occidental
UDRP	Uniform Dispute Resolution Policy
UE	Unión Europea
UEMOA	Unión Económica y Monetaria del Oeste Africano
UIT	Unión Internacional de Telecomunicaciones
UMA	Unión del Magreb Árabe
UMOA	Unión Monetaria del Oeste Africano
UNASUR	Unión de Naciones Suramericanas
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNCTAD	Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo
UNESCO	Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
UTE	Unión Transitoria de Empresas
WIPO	World Intellectual Property Organization

PONENCIAS DEL XXVI CONGRESO

LA INFLUENCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE FAMILIA: SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS

ADRIANA DREYZIN DE KLOR*

SUMARIO: I. EL PORQUÉ DEL TEMA.—II. A MODO DE INTRODUCCIÓN.—III. EL DERECHO INTERNACIONAL DE FAMILIA EN SU CONTEXTO. 1. *La universalización de los tratados de Derechos Humanos y el Derecho Internacional de Familia*. 2. *Con la mirada puesta en el Derecho Internacional Privado actual*.—IV. LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS: EL TEMA. 1. *La sustracción internacional de niños de cara a la realidad social*. 2. *La voz de la jurisprudencia*. A) El conflicto y el transcurrir del tiempo. B) El conflicto y el debido proceso.—V. REFLEXIONES A MODO DE SUGERENCIAS.—VI. DE CARA AL FUTURO.

I. EL PORQUÉ DEL TEMA

«El principio de dignidad de la persona [...] establece que para ciertos fines, los hombres deben ser tratados según sus decisiones y acciones voluntarias y no según propiedades ajenas a su voluntad»¹.

El tema que abordamos en esta oportunidad fue tratado en el foro del IHLADI², hace poco tiempo, con marcada profundidad. Sin embargo, retomamos la problemá-

* Miembro del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional. Catedrática de Derecho Internacional Privado y de Derecho de la Integración, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales; Universidad Nacional de Córdoba (República Argentina).

¹ C. S. Nino, «La filosofía de la Constitución Nacional», *Diario La Nación*, Buenos Aires, de 8 de enero de 1984.

² El Prof. S. Sánchez Lorenzo fue relator en el XXIII Congreso del IHLADI, celebrado en Quito (Ecuador) en 2004, presentando la ponencia: «Globalización, pluralidad cultural y Derecho Internacional de la Familia», *AHLADI* (2005), pp. 87-130.

tica, pues en el transcurso de los últimos años, particularmente en América Latina, el Derecho Internacional de Familia ha visto conmovidos sus cimientos por la influencia de los Derechos Humanos (DDHH) en su núcleo genérico y, especialmente, al conjugarse de modo sincrónico con el instituto de la sustracción internacional de niños. Además de esta razón, otro motivo que aparece como sustancial para situarnos en la temática es el hecho de considerar que el sector reconoce una enorme significación, tanto por la permanente actualidad de los elementos que configuran la problemática del menor, como también porque tendrá lugar durante el próximo año en La Haya una reunión de expertos que, entre otros puntos, debatirá la propuesta presentada por Suiza en materia de sustracción internacional de menores³.

La iniciativa consiste en la sugerencia de crear un grupo de trabajo abocado a elaborar un Protocolo al Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (CHSIM). Este planteo, a nuestro entender, y luego de efectuar una lectura de los documentos y de la jurisprudencia suiza sobre la materia, surge debido a la importancia que este país asigna a un instrumento que contribuya a dotar de mayor eficacia a la Convención, sobre todo en terrenos que se vinculan con la interpretación de las cláusulas y cuestiones procesales, enraizadas en materia muy relacionada con los principios orientadores de los DDHH, desde una arista; y con las legislaciones internas, desde la otra. Oportunamente nos detendremos en este tópico.

A manera de punto de partida, brindamos un marco al tema central de este trabajo para luego proseguir con algunas formulaciones sobre el Derecho Internacional de Familia en su contexto (II), condicionante para introducimos en un asunto muy caro al enfoque medular que nos ocupa, la universalización de los DDHH y su relación con este sector del Derecho desde el ámbito de la sustracción internacional de niños (III). Continuamos con algunas reflexiones fruto del análisis efectuado (IV) y finalizamos con una visión proyectiva (V), si bien tenemos en claro que trabajamos desde la ciencia y no como videntes o futurólogos.

II. A MODO DE INTRODUCCIÓN

La velocidad que se observa en las transformaciones a nivel social, político y económico en los años transcurridos de este milenio —aunque con meridianas manifestaciones en los últimos decenios del siglo XX— es un fenómeno que refleja con nítido rigorismo la ineludible necesidad de adecuar la legislación a tan profundas mutaciones. Sin dejar mayor espacio para el debate, esta circunstancia

³ Sexta Reunión de la Comisión Especial prevista para celebrarse entre el 1 y 10 de junio de 2011.

que adjetiva el devenir se debe a numerosas causas, que si bien acusan recibo de la globalización, se despliegan enraizadas en los tratados de Derechos Humanos (TDDHH) signados una vez finalizada la segunda conflagración mundial⁴.

Esta verdadera metamorfosis procede en el sustrato mismo del Derecho al modificarse la concepción tradicional de soberanía que revierte en considerar una necesidad impostergable atender jurídicamente los cambios provocados en institutos de larga data, que no desaparecen, sino que pasan a responder a nuevos paradigmas.

La constatación del rol que asumen en la actualidad los DDHH y la influencia que ejercen en la ciencia jurídica al irrumpir y conquistar andariveles que les eran negados, no es para nada un tema menor. Una simple mirada al legado recibido a partir de mediados del siglo pasado conduce a destacar la presencia de una suerte de vocación universal de proteger los derechos fundamentales, entendidos como un atributo del individuo en su calidad de tal; esto es, el carácter que la persona posee por su propia naturaleza, como un signo vital que se identifica con la existencia⁵.

Sin embargo, la comprensión de estos derechos requiere un encuadre del análisis que se realizará, dado que pueden entreverse un sinnúmero de enfoques a la luz del alcance y significado que permiten. Para el estudio que realizamos nos atenemos a los principios y reglas enunciados en los TDDHH que, con carácter universal, son aceptados por los Estados occidentales y cuyo ámbito abarca líneas doctrinales diferentes que, sin embargo, confluyen en su esencia⁶.

En este orden de ideas, el Derecho Internacional de Familia que integra el Derecho Internacional Privado (DIPr) es un segmento en el que las transformaciones reflejan un alto grado de visibilidad⁷, pues la familia no es un concepto

⁴ En relación con el tema, *vid.* L. Ortiz Ahlf, «Integración de las normas internacionales de los Derechos Humanos en los ordenamientos estatales de los países de Iberoamérica», *AMD* (2003), n.º 3, pp. 286-299.

⁵ El carácter universal que se asigna a estos derechos deviene de su aplicación general y abstracta a toda persona. A través de la recepción de los tratados en que se plasman, facilita el consenso acerca de los valores jurídicos esenciales.

⁶ El tema de los DDHH, por las más variadas razones, se ha convertido en un núcleo de convergencias temáticas de los últimos cuarenta años. Tanto juristas como sociólogos, filósofos, politólogos e investigadores de distintos ámbitos materiales «se han encontrado con una topografía amena para formular ensayos, hacer crítica, profundizar en reformas legislativas, proyectar el futuro de la especie humana, estandarizar patrones de comportamiento», por solo citar algunas de las tantas proyecciones a que da lugar el tema. A. Andruet, prólogo a M. C. Cáceres, *Derecho Internacional vs. Derecho Interno en el sistema americano de Derechos Humanos. La figura del desacato*, Córdoba 2009, p. 17.

⁷ Durante mucho tiempo primó la tesis por la cual se entendía que los códigos de fondo —que comprenden buena parte de las normas iusprivatistas internacionales de fuente autónoma— debían entenderse como un orden racional cuyos contenidos regulaban para todos los tiempos en todas las latitudes. Sin embargo, hoy no es posible continuar en esa tesitura, reparando en que los cambios son de un tenor que exige adecuarse a las mutaciones producidas casi sin intervalos. Para mayor abundamiento, *vid.* A. Dreyzin de Klor, «Bases de Derecho Internacional Privado para una ley de introducción al Código Civil (Primer Congreso)», *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*. Córdoba 2009.

jurídico en sí misma, sino que es el germen del proyecto vital de la persona humana. El argumento no amerita detenernos en justificar la importancia que plantea adecuar la normativa a los nuevos modelos desplegados en un escenario, que entre otras variables, es caracterizado por la dinámica que reviste la movilidad de las personas⁸.

Si bien desde la realidad latinoamericana el resultado de un balance temporal-espacial-material permite afirmar que este acervo jurídico nos encolumna en el haber, no podemos pasar por alto un dato negativo que surge de considerar que los acuerdos que receptan los derechos de dignificación del ser humano tardíamente obtienen carta de ciudadanía en la región. En este sentido, los gobiernos *de facto* hicieron caso omiso a la tendencia que iba asentándose en buena parte del mundo occidental, causando un retraso significativo en su vigencia⁹.

Aunque a destiempo, es alentador estar en condiciones de afirmar hoy que la aplicación de los instrumentos internacionales de defensa de los DDHH optimiza las legislaciones internas de los Estados y los convenios de DIPr.

Partimos de una premisa: el objetivo principal de los DDHH consiste en establecer y ampliar una barrera que obre como límite meridiano a los regímenes nacionales amparados en la impunidad que ellos mismos generan, en cuanto vulneran sin escrúpulos derechos individuales y colectivos¹⁰.

En cuanto al DIPr, como ciencia jurídica dedicada y comprometida con la situación privada internacional, capta la problemática vinculada a las relaciones jurídicas conectadas a diversos ordenamientos legales.

El planteo que proponemos en orden a la articulación de los DDHH, el DIPr y el Derecho Internacional de Familia no pasa por cambiar los principios que inspiran la legislación interna y convencional efectuando una suerte de «borrón y cuenta nueva», sino que, a nuestro entender, se vuelve necesario comprender las mutaciones que se suceden para adecuar las respuestas a los problemas actuales, que difieren de los cuestionamientos que tenían lugar

⁸ Sobre la problemática que incide en la familia para desarrollar una nueva configuración y las consecuencias en el Derecho, sugerimos consultar, A. Kemelmajer de Carlucci, *El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas*, Buenos Aires 1999.

⁹ Si bien la idea y la posibilidad de las declaraciones de DDHH es relativamente reciente, y surge como fruto de un momento específico de la historia del pensamiento jurídico occidental, hunde sus raíces en el iusnaturalismo, el estoicismo y la idea judeocristiana de una legislación de origen superior a los órdenes jurídicos positivos. Cf. G. Haarscher, «Philosophie et droits de l'homme», *Les sciences humaines et les droits de l'homme*, de R. Bruyer (ed.), Bruxelles 1986.

¹⁰ Cf. N. Lloveras, M. Salomón, *El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional*, Buenos Aires 2009, p. 26.

décadas atrás. El desafío se convierte entonces en brindar soluciones coherentes con la actual plataforma¹¹.

En la misma línea, digamos que tampoco implica enrolarse en un pragmatismo exacerbado y, menos aún, lleva a un abandono de valores que rigieron durante un tiempo considerable. Los axiomas sobre los cuales se estructura el sistema jurídico se encuentran receptados en los TDDHH, que a la vez que inspiran la legislación, obran como orientadores de las propuestas. Este conjunto de principios y reglas son constitutivos de derechos y no pueden tenerse por simples formulaciones.

Ahora bien, la interrelación entre los TDDHH, las constituciones nacionales y el DIPr reconoce jerarquías en tanto que dichos tratados no solo son ratificados por los países, sino que en numerosos Estados se incorporan a las constituciones nacionales reconociéndoles el mismo rango que a estas cartas, con derivaciones latentes desde su vigencia¹². Para mejor expresarlo, el fenómeno que tiene lugar es la universalización de estos derechos, al asumir el carácter de vertiente primaria de los ordenamientos jurídicos.

Pues bien, los DDHH¹³ y la protección brindada por los tratados y declaraciones de vigencia universal, desde una arista; y el DIPr —particularmente en

¹¹ Desde hace décadas afirmamos que el DIPr debe adecuarse a los cambios que vienen sucediéndose en las relaciones jurídico-privadas que le competen, al ser fiel reflejo de los mismos. Sin embargo, la instancia actual, a diferencia de otras épocas, no admite dilación. Empero, coincidimos con quienes sostienen que «el cambio es inestable por definición», y aunque la expresión ha sido formulada en relación con la realidad de México, estimamos que puede ampliar su radio de acción en cuanto se señala que «muchas instituciones que fueron creadas en otros tiempos para regular relaciones jurídicas determinadas deben ser abrogadas, sustituidas o sensiblemente modificadas para hacerlas eficaces conforme a las nuevas circunstancias». Cf. L. Perezniño Castro, «Dos mitos en el Derecho Internacional Privado mexicano: 'la Cláusula Calvo' y 'la zona prohibida' o 'zona restringida'», *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, México DF 1997, pp. 111-112. Desde otra arista, referida en particular a los cambios que afectan la concepción tradicional del DIPr de la Familia, son innumerables los estudios y obras que se refieren al tema. Nos permitimos sugerir: E. Jayme, «O Direito Internacional Privado e a Família no Umbral do Século XXI», *Cadernos do Programa de Pós-Graduação Em Direito-PPGDir/UFRGS* (2003), nº 1, pp. 99-107; P. Maestre Casas, «La sustracción y restitución internacional de menores en el Derecho Internacional Privado español», *Nuevos conflictos del Derecho de Familia*, en E. Llamas (coord.), Madrid 2009, pp. 499-542; S. Sanchez Lorenzo, «Globalización, pluralidad cultural y Derecho Internacional de la Familia», *AHLADI* (2005), t. 17, pp. 87-130; P. Domínguez Lozano, «Nuevas tendencias en Derecho de Familia: el caso de las uniones del mismo sexo», *Pacis artes. Obra homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, t. II, Madrid 2005, pp. 1395-1422; N. González Martín, *Familia internacional en México. Adopción, alimentos, restitución, tráfico y trata*, México DF 2009.

¹² En esta línea *vid.*: Argentina (art. 75 incs. 22 y 24); Brasil (art. 5, Enmienda Constitucional 2004), entre otras.

¹³ Para A. Truyol y Serra la expresión «derechos humanos» engloba un conjunto de derechos fundamentales que el individuo posee por su propia naturaleza y dignidad y que le son inherentes. En consecuencia, no requieren de su concesión por la sociedad política, aunque deben ser consagrados y garantizados por ella. A. Truyol y Serra, *Los Derechos Humanos*, Madrid 1969, p. 11 y ss. Un meduloso análisis sobre la problemática de los DDHH es efectuado por A. A. Cançado Trindade, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Esencia y trascendencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (votos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1991-2006)*, México 2007.

lo que se refiere al Derecho Internacional de Familia, con especial acento en la sustracción internacional de niños— desde la otra, obran como base de este trabajo en el que pretendemos transitar por los estadios conducentes a determinar un debido enhebrado entre inseparables perfiles que caracterizan el acervo jurídico actual.

III. EL DERECHO INTERNACIONAL DE FAMILIA EN SU CONTEXTO

La institución de la familia, considerada eje en torno al cual gira la sociedad y base sobre la que se construye y desarrolla, es actualmente centro de embates profundos en tanto se debate incluso acerca de su propia existencia¹⁴. A nuestro juicio, su calidad de institución no está en peligro; es más, las importantes modificaciones que protagoniza recrean el modelo para dar lugar a un sinnúmero de paradigmas que coexisten en el universo social¹⁵. Esta afirmación se vincula derechamente con lo dispuesto en los TDDHH en tanto que a través de estos se promueve la libertad individual y la igualdad de la persona humana «sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición»¹⁶.

Las discrepancias instaladas a partir de las modificaciones de la concepción tradicional¹⁷, y los cuestionamientos que el hecho genera, son altamente fortalecedores del núcleo familiar en la medida que se comprenda que no

todas las familias son iguales, hecho que no es óbice para validar que todas merecen gozar de reconocimiento, de derechos y, obviamente, de tutela judicial efectiva¹⁸.

Un breve recorrido por las legislaciones de fuente autónoma de los Estados occidentales habilita a expresar que la incorporación y el reconocimiento de efectos jurídicos a la unión civil —heterosexual y homosexual—, al matrimonio homosexual o unisexual, a la filiación asistida, al alquiler de vientres, a la subrogación, a la adopción de un niño por el compañero homosexual o heterosexual de uno de los progenitores biológicos o adoptantes, a la familia monoparental y a las familias ensambladas integran el laxo abanico que permeabiliza este sector de la ciencia jurídica contemporánea¹⁹.

Los rasgos de heterogeneidad que observa el instituto conducen directamente a encuadrar la idea de familia desde la perspectiva iusprivatista internacional en la postmodernidad, cuyo margen de acción incardina valores tales como el pluralismo y el respeto a la identidad cultural²⁰. Ello no excluye, sino por el contrario intensifica, la necesidad de análisis de las relaciones jurídicas y los vínculos que se perfeccionan, a fin de dar debida consideración a un cúmulo de situaciones no legisladas o que requieren de adecuación normativa.

En todo caso, el hecho que nos preocupa es la construcción de soluciones legales acordes a las situaciones y el amparo jurídico a los efectos que generan. Así como la familia debe reinventarse una vez más, las normas jurídicas —al igual que toda otra manifestación de la cultura— no se pueden entender si se las aísla del medio cultural que las origina²¹, pues no podemos perder de vista que solo cobran sentido en contextos situacionales de la vida humana.

¹⁴ Cf. E. Roudinesco, *La familia en desorden*, Buenos Aires 2007, p. 10 y ss.

¹⁵ Boele-Woelki, «What Comparative Family Law Should Entail?», *Utrecht Law Review* (2008), vol. 4, n° 2, pp. 1-24.

¹⁶ Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 2, inc. 1.

¹⁷ La calificación de «tradicional» reconoce diferentes períodos de evolución de la familia. Coincidimos con quienes estiman que es posible diferenciar tres etapas. En un primer momento, la llamada familia tradicional sirve ante todo para asegurar la transmisión de un patrimonio. Los matrimonios se conciertan entre los respectivos progenitores sin tomar en cuenta la voluntad de los hijos y, obviamente, tampoco la vida sexual o el afecto de los futuros cónyuges, quienes son generalmente unidos a una edad precoz. Desde esta perspectiva, la célula familiar se sustenta en un orden del mundo inmutable y sometido a la autoridad patriarcal. Un segundo momento, es el de la familia «moderna» que se convierte en receptáculo de una lógica afectiva, modelo que se impone entre fines del siglo XVIII y mediados del siglo XX. Fundada en el amor romántico, sanciona a través del matrimonio la reciprocidad de sentimientos. Asimismo, valoriza la división del trabajo entre los cónyuges, a la vez que hace del hijo un sujeto cuya educación está generalmente a cargo del Estado. Por último, a partir de la década de los sesenta, impone la concepción de familia «contemporánea», que une por un período de extensión relativa a dos individuos en busca de relaciones íntimas o expansión sexual. Se observa un aumento significativo de divorcios, separaciones y recomposiciones conyugales. Una interesante síntesis de la evolución de la familia occidental puede encontrarse en F. de Singly, *Le soi, le couple et la famille*, Paris 2000. También en C. Attias-Donfurf, N. Lapierre y M. Segalen, *Le nouvel esprit de famille*, Paris 2002.

¹⁸ De nada valen los derechos declarados si no se cumplen, y la mayor garantía de efectividad de los derechos es el control judicial, aunque también el de los ciudadanos, como el control democrático del soberano —primer guardián del orden constitucional supremo—, que ya no se agota en las constituciones nacionales, sino que se extiende a lo establecido en los tratados internacionales incorporados con igual jerarquía.

¹⁹ Solo por brindar un ejemplo reciente, traemos la doctrina sentada por el Supremo Tribunal de Justicia (STJ) de Brasil, ante la solicitud de homologación de una sentencia proveniente de EEUU, referida a la adopción de la hija de uno de los requirentes que es adoptada por el otro, conforme a las leyes norteamericanas. Consideró el Tribunal que no existe impedimento legal para la adopción por homosexuales y que los presupuestos indispensables para la tramitación del caso fueron observados. Entiende que la pretensión no ofende la soberanía nacional, el orden público ni las buenas costumbres, por lo que corresponde hacer lugar al pedido de homologación de sentencia extranjera [*Sentença Estrangeira nº 4.525-US (2009/0077159-0)*]. Asimismo, hemos efectuado un análisis del *Caso Farach-Colton*, en el que se plantea el tema de alquiler de vientre, subrogación, donación de óvulos, orden público internacional.

²⁰ Cf. E. Jayme, «Identité culturelle et intégration: Le Droit international privé postmoderne-Cours général de Droit international privé 1995», *R des C* (1995), t. II.

²¹ A. Ross, *Sobre el Derecho y la justicia*, Buenos Aires 1974, p. 96.

El DIPr, enmarcado en la concepción axiológica, indaga en los valores de la sociedad multicultural y pluralista respetuosa de las diversidades²², a la vez que echa mano del diálogo de las fuentes a nivel vertical y horizontal. Esta imagen involucra la coordinación de las distintas vertientes jurídicas, respetando en cuanto corresponde una suerte de jerarquía que aparece como necesaria. La alternativa entraña influencias recíprocas que modulan las normas al punto de poder aplicarlas al mismo tiempo, complementaria o subsidiariamente, logrando soluciones que satisfagan a las partes y flexibilicen las respuestas frente al caso concreto²³.

Desde nuestra mirada, y a partir de una suerte de equivalencia que se plantea entre los Estados en tanto confluyen en el rango de jerarquía de la regulación sustentada en principios esenciales comunes, no sorprende apuntalar un DIPr iluminado por identidad de axiomas. Hemos señalado que esta rama jurídica, al igual que todo el Derecho, sufre las transformaciones de la sociedad y, siendo así, no es inmune a los cambios constitucionales, como no lo es a la apertura de los mercados ni tampoco a los flujos migratorios²⁴.

1. LA UNIVERSALIZACIÓN DE LOS DDHH Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE FAMILIA

A partir de la incorporación de los convenios de DDHH a los ordenamientos nacionales, las soluciones de DIPr, sea que provengan de la legislación, sea de fallos judiciales, responden a lo dispuesto en el «proceso de humanización»²⁵ encarado por los países. La protección de los DDHH, lejos de ser un asunto limitado a la esfera de la competencia doméstica de los Estados, se convierte en una

²² El respeto a la diversidad solo es posible si cada sistema toma en consideración los valores que animan al otro. Cf. S. Sánchez Lorenzo, «Postmodernismo e integración en el Derecho Internacional», *REDI* (1994), t.2, pp. 158. M.D. Adam Muñoz se pronuncia en la misma línea, al señalar que el elemento diferencial —ser extranjero— no puede constituir un obstáculo para la integración en el país de acogida, y tampoco debe conducir a una renuncia a la cultura de origen. Cf. «Integración social, cultural y educativa», *La integración de los extranjeros (un análisis transversal desde Andalucía)*, en S. Sánchez Lorenzo (ed.), Barcelona 2009, p. 122. También, A.P. Abarca Junco, «La regulación de la sociedad multicultural», *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, en A.L. Calvo Caravaca y J.L. Iriarte Ángel (coords.), Madrid, 2000, p. 169.

²³ Nos pronunciamos sobre el punto en A. Dreyzin de Klor, «Los instrumentos de cooperación jurisdiccional del MERCOSUR ¿útiles a la asistencia?», *Revista de Derecho Privado y Comunitario* (2010), n° 3, pp. 583-624.

²⁴ Cf. P. Maestre Casas, «Multiculturalidad e internacionalización de valores: incidencia en el sistema español de Derecho Internacional Privado», en A.L. Calvo Caravaca y J.L. Iriarte Ángel (eds.), *Mundialización y Familia*, Madrid 2001, pp. 195-212.

²⁵ Cf. J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho Internacional Privado*, 3ª ed. Madrid 2004, pp. 122 y ss.

cuestión «internacional»²⁶, dado su «valor esencial en la comunidad internacional»²⁷.

Vincular estas ideas al Derecho de Familia deviene una operación lógica, ya que esta rama iusprivatista se ubica en el tablero interno e internacional, captando profunda atención por tratarse de uno de los sectores más candentes en orden a la necesidad de cubrir lagunas jurídicas, a partir del giro que provoca su ámbito material, espacial y subjetivo.

La urgencia de acelerar el pulso de la actividad legislativa en aras de respetar el factor «oportunidad» y, principalmente en orden a legitimar las situaciones peregrinas, se ha tornado vital. De igual manera, los foros de codificación de Derecho —la dimensión convencional— también muestran su impronta, siendo las agendas el más fiel termómetro para apreciar el grado de interés que los temas alcanzan²⁸.

Como parámetro de los tópicos que son objeto de estudio en función de los desenvolvimientos observados en el campo social, cabe traer a colación la tarea que se lleva a cabo sobre los acuerdos de subrogación internacional. El trabajo gira en torno a los aspectos de DIPr en tales acuerdos²⁹, hecho que es fruto del avance en las investigaciones en el campo de la medicina reproductiva que presentan distintas opciones de tratamiento para parejas infértiles. Bien conocemos que acudir a una madre de alquiler en los supuestos en que una pareja no puede tener un niño dejó de constituir una rareza.

En efecto, el planteo integra el nuevo Derecho Internacional de Familia desde que estos acuerdos se producen hoy con frecuencia, dando lugar incluso a lo que se ha dado en denominar «turismo procreativo», porque si bien el núcleo de la cuestión radica en las amplias diferencias existentes

²⁶ J. D. González Campos afirma que en la Carta de Naciones Unidas «[...] es la comunidad internacional, con carácter constituyente, la que reconoce los derechos humanos, facultando así al hombre para hacer valer tales derechos, reconocidos en normas internacionales, no solo dentro de su Estado, sino también en el plano superior de la comunidad de Estados». Vid. J. D. González Campos, «La protección de los Derechos Humanos en las Naciones Unidas», en *ONU. Año XX*, Madrid 1966, p. 250.

²⁷ Cf. S. Sánchez Lorenzo (vid. nota 22), p. 252.

²⁸ Esta cuestión es objeto de permanente análisis, sosteniendo la doctrina la posibilidad de armonizar e, incluso, unificar el Derecho de Familia a la luz de los constantes traslados y movimientos migratorios. Sin embargo, los mayores interrogantes parten de la metodología a adoptar y de los criterios con los cuales se trabaje al efecto. Cf. I. Schewenzer, «Methodological Aspects of the Harmonisation of Family Law», *European Journal of Law Reform* (2006), vol. VI, n° 1/2, pp. 145-157.

²⁹ Merced a la subvención proveniente de la Fundación Nuffield, los profesores Paul Beaumont y Katarina Trimmings llevan a cabo un trabajo destinado a sentar las bases de un proyecto sobre estos acuerdos. Se pretende explorar los posibles tipos de regulación internacional de los acuerdos de subrogación, y preparar un documento que sirva de base para una futura convención internacional. La iniciativa se lleva a cabo de manera conjunta con la Conferencia de La Haya. M. George, «A Study on the International Private Law Aspects of Surrogacy Agreements», en *Conflict of Laws.net*: <http://conflict-laws.net/2010/a-study-on-the-private-international-law-aspects-of-international-surrogacy-agreements/>

entre las leyes nacionales que rigen la subrogación³⁰ —y en consecuencia, una vez más, la tarea comparativa resulta esencial en la elaboración de respuestas globales—, es a partir de la cooperación interjurisdiccional que hallará remedio a los problemas que se producen. Empero, la raíz de los nuevos modelos se halla, sin duda, en una formulación claramente señalada en los TDDHH que establecen de forma llana el derecho de todas las personas a constituir una familia y a recibir protección para ella, sin ningún tipo de restricción³¹.

En el terreno particularmente enunciado —aunque la misma situación se extiende a muchos otros— es usual que las leyes no se elaboren en paralelo a los avances sociales y científicos; es más, generalmente, los retrasos en la legislación interna son notorios y a nivel convencional la situación no difiere mayormente.

Los vacíos legales no causan asombro ante la complejidad de las situaciones que se manifiestan en el día a día, si bien el argumento no puede utilizarse a modo de excusa. En orden a los acuerdos de subrogación y la identificación de las cuestiones atinentes al DIPr, las investigaciones que se llevan a cabo hacen especial alusión a la importancia de la metodología para establecer la ley aplicable a la filiación o a la nacionalidad del niño³².

Cierto es que estos tópicos son relevantes, pues bien conocemos que la búsqueda del Derecho aplicable es uno de los pilares que se enarbolan a la hora de analizar las relaciones jurídicas internacionales³³. Empero, a nuestro entender, esta búsqueda se ha visto eclipsada por la arista que incardina en la perspectiva que reviste dicha aplicación a la actualidad como resultado del intercambio de valores y de culturas jurídicas que caracteriza a la materia³⁴. Asimismo, han asumido un rol muy significativo los sectores de la competencia judicial, y principalmente la cooperación jurisdiccional internacional, en tanto influye en la eficacia

³⁰ A tal extremo varían las respuestas nacionales que se ha llegado al punto de que quienes desean tener un hijo realicen viajes buscando la legislación que evite las restricciones impuestas a la subrogación en su país. En general, en la mayoría de los casos se trata de parejas occidentales atraídas por el «bajo costo» de servicios de alquiler de vientres y una disponibilidad inmediata de madres de alquiler en lugares como la India, Europa del Este y América del Sur. La potencial existencia de un «mercado negro» conformado por personas cuyas necesidades económicas y sociales conducen a ofrecer el alquiler de vientres a precios muy bajos es prácticamente una realidad, y los foros de codificación deben legislar la materia. *Vid.* M. George, nota 29.

³¹ En esta línea *vid.* la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Capítulo Primero, art. VI; Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 16.

³² *Cf.* M. George, nota 29.

³³ En cuanto al objeto del DIPr, J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho Internacional Privado*, 4ª ed., Madrid 2007, pp. 21 y ss.

³⁴ *Cf.* S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.* nota 22.

de las sentencias extranjeras y es la vía por la que canaliza el diálogo e intercambio al que hemos referido supra³⁵.

Esta aseveración no implica negar entidad a la determinación del Derecho aplicable, ya que resulta fundamental en los conflictos iusprivatistas internacionales y, de hecho, constituye uno de los objetivos que hacen a la materia³⁶. Numerosas teorías fueron sucediéndose y coexistiendo en el tiempo sobre esta arena; empero, lo que nos interesa es destacar que el DIPr funciona en la medida que se avanza en la circulación de los pronunciamientos entre los Estados. La eficacia de los fallos se vincula, principalmente, a la interpretación judicial; en mucho, a la concepción de soberanía³⁷, al alcance de la excepción de orden público internacional, y, muy especialmente, al papel de la cooperación jurisdiccional, como venimos destacando.

El objetivo es que el principio de efectividad no sea tan solo una enunciación o una simple disquisición teórica que termine difuminándose por la defensa del valor soberanía en desmedro del valor cooperación³⁸.

³⁵ Recuérdese que las situaciones jurídicas que requieren el cumplimiento de actos procesales en otros Estados pueden desenvolverse con mayor fluidez a partir de la existencia del auxilio, principalmente, en los supuestos en que se convienen reglas a través de tratados internacionales. Sin embargo, estos instrumentos legales, a los que indudablemente les reconocemos un enorme valor por el apoyo que brindan a la continuidad de los procesos y a dotar de eficacia internacional a las decisiones, solo en contadas circunstancias automatizan el reconocimiento de las decisiones en las que se presta la asistencia. No podemos desconocer los obstáculos que provienen de la coexistencia de ordenamientos jurídicos internos disímiles, por un lado; y la interpretación heterogénea que se realiza de normas convencionales, por otro; variables ambas que, entrelazadas con los recaudos exigidos, dificultan la libre circulación de decisiones, aunque los países se presten entreayuda a los efectos del dictado de una sentencia. *Cf.* A. Dreyzin de Klor, *op. cit.* nota 23, p. 586.

³⁶ Prácticamente así lo reconoce toda la literatura iusprivatista internacional. *Cf.* T.B. de Maekelt, *Teoría general del Derecho Internacional Privado*, Caracas 2005, p. 258 y ss.

³⁷ Entendemos que la concepción actual de soberanía muestra un alcance diferente a partir del nuevo paradigma instalado en el mundo de la postmodernidad. Los Estados no se amarran a las competencias y facultades que los caracterizaron hasta no hace mucho tiempo, cuando se aferraban a la convicción de la prevalencia de su voluntad por encima de todo orden o mandato universal maximizando sus facultades, con las fronteras territoriales como único límite. El reconocimiento del legislador internacional y su competencia, que en numerosos campos excede el mandamiento interno, unido a la trascendencia que revisten los tribunales internacionales y las cortes de justicia de los procesos integrados, cuya derivación principal frente al juez nacional es que el magistrado nacional no es quien detenta la última palabra, fueron esenciales para ajustar el andamiaje de la soberanía utilizando una interpretación acorde con la coexistencia de diferentes ordenes jurídicos de producción normativa. *Cf.* A. Dreyzin de Klor, *op. cit.* nota 23, p. 601.

³⁸ El DIPr actual registra un profundo viraje en su objetivo, método y contenidos, concediendo a la actividad jurisdiccional —sea por vía directa, sea por vía indirecta— el relevante sitio que ocupa actualmente en las relaciones iusprivatistas internacionales. Ese giro de la materia se sustenta, entre otros hechos, en que el reconocimiento de la resolución foránea constituye el centro neurálgico de la disciplina. De hecho, la concreción del reconocimiento impide situaciones claudicantes y compendia la función del DIPr, que no es otra que dar continuidad a las relaciones jurídicas en el espacio. *Cf.* A. Dreyzin de Klor, «Reconocimiento y ejecución de sentencia extranjeras», *Libro Homenaje a Tatiana Maekelt*, Asunción 2010.

Asimismo, axioma nuclear que ejerce su impronta en el marco que nos convoca, de alto contenido sustancial por su naturaleza y efectos que aparecen en el campo procesal por su margen, es el respeto a las reglas del «debido proceso».

Ríos de tinta se han vertido sobre un derecho fundamental que aparece plasmado en los TDDHH con claridad meridiana y sentido protectorio indiscutido. Sin embargo, la jurisprudencia está saturada de casos en que este principio se pone en tela de juicio, por lo que el hecho de su iluminada recepción no condice con su observancia.

En los procesos de familia internacional, particularmente en los casos de sustracción internacional en que está en juego el interés de los niños, se plantea el equilibrio entre la observancia de estas reglas y la celeridad que exige el supuesto. El hecho de respetar un axioma no funciona en desmedro del otro; ambos son de jerarquía equivalente, por tanto se articulan de forma complementaria y son convergentes en la finalidad y la esencia.

Hemos señalado ya que la tutela judicial efectiva campea en todas las situaciones jurídicas, y afirmar que reviste especial carácter en temas de familia internacional sería plantear un desvalor en relación a otros institutos. De todos modos, no estamos refiriéndonos a cuestiones patrimoniales, aunque ello no autorice a inclinar la balanza.

2. CON LA MIRADA PUESTA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ACTUAL

Bajo el desarrollo que denota el DIPr, el fenómeno de la multiculturalidad³⁹, tanto el respeto a la pluralidad como a la jurisprudencia de valores, reconduce los objetivos y los emprendimientos legislativos cualquiera que sea la dimensión en que se originen los instrumentos reguladores. De esta suerte, se plantea la prioridad de llevar a cabo un ajuste consistente en realizar una reformulación centrada en dotar de eficacia universal a las decisiones.

En este orden de ideas, no es casual que se trabaje sistemáticamente en la conformación de redes jurisdiccionales internacionales, entre cuyos propósitos se destaca apuntalar el camino para afianzar la libre circulación de sentencias o, al menos, bajar los decibeles de las exigencias que hoy traban dicha libertad⁴⁰. Las

³⁹ Cabe consignar que la convivencia en un mismo territorio de comunidades culturalmente diferenciadas conduce, inevitablemente, a provocar lo que se conoce como conflicto de civilizaciones. *Vid.* P. Maestre Casas, nota 24.

⁴⁰ Entre los emprendimientos que a nivel global se desarrollan en el marco del «Global Governance Programme of the European University Institute», se destaca la conformación de una red interjurisdiccional a nivel global, dirigida por M. Poiars Maduro, en Fiesole, Italia, 2010.

redes están también dirigidas a favorecer el intercambio en todos los sectores jurídicos. Bajo esta perspectiva, es posible proyectar soluciones adecuadas, coherentes y sensatas, siendo imperioso propiciar en el mundo de hoy respuestas globales que ameritan posicionarnos en la justicia material aceptada como la respuesta legítima del universo interconectado.

IV. SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS: EL TEMA

Entrando en particular en el tema que especialmente nos preocupa —la sustracción internacional de niños—, en el marco de la configuración actual del Derecho de Familia, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), de rango universal, se articula con las fuentes convencionales y con la vertiente autónoma de los Estados⁴¹.

Si bien ha sido señalado en un inicio, reafirmamos el concepto que fuera catalogado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH):

[...] es, en general, en los textos constitucionales donde concluye la presencia de los Derechos Humanos, ya que si se examinan los códigos sustantivos y, más aún, los procesales, los Derechos Humanos no aparecen como fuente inspiradora del legislador. Mucho menos al descender a la ley ordinaria y las reglamentaciones⁴².

Siendo así, el legislador debe armonizar el Derecho Interno en función de los TDDHH, no solamente a nivel de las cartas constitucionales, sino adecuando las normas inferiores.

La satisfacción de los derechos del niño en situaciones vinculadas con más de un ordenamiento plantea diversos problemas y se presume que la armonización legislativa conforme a los tratados fundamentales coadyuva a salvaguardar la protección.

Centrándonos en el supuesto relativo al ejercicio de derechos de guarda y de visita, la CDN determina el deber de los Estados de respetar los derechos del menor que se encuentra separado de uno o de ambos progenitores «a mantener

⁴¹ Téngase presente que solamente dos países aún no han ratificado la CDN; se trata de EEUU y Somalia. Sobre este punto, cabe traer a colación que el 14 de octubre de 2010, la Presidenta del Comité de la ONU para la Protección de los Derechos del Niño, Yanghee Lee, solicitó a EEUU que ratificara la Convención que protege las garantías de los menores. Habiendo sido eliminado el obstáculo que se alegaba como impedimento —la pena de muerte para delinquentes juveniles que rigió hasta 2005—, EEUU debe proceder, pues tampoco es válido el mito por el cual se entendió que mediante la Convención los padres perdían autoridad sobre sus hijos. *Vid.* Centro de Noticias de la ONU: <http://www.un.org/spanish/News/fullstorynews.asp?newsID=19454&criteria1=EEUU&criteria2=niños>.

⁴² *Guía sobre la aplicación del Derecho Internacional en la jurisdicción interna*, del IIDH, Costa Rica 1996, p. 45.

relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular». Cuando las legislaciones estatales limitan el ejercicio de este derecho al territorio nacional, teniendo los padres residencia en diferentes Estados⁴³, la armonización legislativa se vuelve un imperativo categórico.

El instituto de la protección internacional del niño no deja de sufrir resquicios cuyos efectos solapan los objetivos de los convenios vigentes. Principalmente, ateniéndonos a los esfuerzos que se realizan en aras de su protección, es diáfana la preocupación existente de atender la problemática desde la perspectiva del niño⁴⁴. Esto es, en los casos particulares de una coyuntura signada por los constantes movimientos de las personas, y escenario de numerosos procesos de integración que fomentan la libre circulación, las regulaciones deben plasmarse en concordancia con los cambios; no se puede continuar brindando respuestas fragmentadas cuando se requiere que estas condensen un carácter global para brindar seguridad jurídica a los protagonistas y destinatarios involucrados.

En este tema, no es la carencia de normas la que obra de impedimento para que el niño sea protegido en sus intereses, sino que, en numerosos casos, es la interpretación que se efectúa de las disposiciones vigentes la que opera con efectos refractarios. El estigma se encuentra en la comprensión del ámbito material de la Convención, el alcance que se da a la Cláusula de Reserva, en la interpretación que se realiza del «interés superior del menor» y en un sector procedimental que incardina los plazos establecidos por los ordenamientos internos a los que remite el Derecho convencional, así como en los procedimientos que cada Derecho Interno establece.

De esta suerte, en una figura tan perversa como es la sustracción internacional de niños⁴⁵, bajar línea a la realidad es una exigencia insoslayable, con miras a cubrir

⁴³ El art. 9.3 de la CDN, signada en Nueva York el 20 de noviembre de 1989 establece que «los Estados parte respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés del menor».

⁴⁴ La observación alcanza a la labor que se realiza tanto en la Conferencia de La Haya como en el foro de codificación interamericano y en los espacios integrados. Así, en los últimos treinta años, en La Haya se aprobaron los siguientes instrumentos jurídicos: Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (de 25 de octubre de 1980); Convenio relativo a la Protección del Niño y la Cooperación en materia de Adopción Internacional (de 29 de mayo de 1993); Convenio relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños (de 19 de octubre de 1996); Convenio sobre el Cobro Internacional de Alimentos con respecto a los Niños y otras Formas de Manutención de la Familia (de 23 de noviembre de 2007). En tanto que en las Conferencias Especializadas Interamericanas sobre DIPr (CIDIP) se aprobaron: la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en materia de Adopción de Menores (CIDIP III, La Paz 1984) la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores; la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias (ambas en CIDIP IV, Montevideo 1989) y la Convención Interamericana Sobre Tráfico Internacional de Menores (CIDIP V, México 1994).

⁴⁵ Nos hemos extendido en el tema en A. Dreyzin de Klor, «Restitución internacional de menores», *La protección internacional de menores*, A. Dreyzin de Klor (Coord.), Córdoba 1996, pp. 11-63.

los intersticios por los que se admiten hermenéuticas que nada tienen que ver con el espíritu del legislador internacional⁴⁶. De por sí, la sustracción de niños que integra el derecho de la protección se configura como una de las pandemias que nos afecta con mayor rigor a fines de la primera década del siglo. Obviamente, no es un tema nuevo, pero su incremento es alarmante. Los índices de crecimiento de conflictos generados en este perímetro no pueden causar sorpresa, dado que se ha abierto un abanico de vínculos y relaciones que naturalmente conlleva a que tal aumento muestre alto grado de persistencia y que funciona en paralelo a la internacionalización del instituto familiar. La coyuntura no obra en desmedro de la institución, sino que referimos la circunstancia como razón de ser del incremento apuntado.

Desde hace algo más de tres décadas, los foros de codificación internacional se hacen eco de la problemática, y el resultado son las convenciones en la materia. Si bien en muchos de los conflictos planteados su aplicación ha logrado resultados positivos, no son pocos aquellos a los que no se brinda la solución correspondiente.

Cabe señalar que en función de los hechos que dan lugar a la figura de la sustracción internacional de menores, el pedido de restitución no puede asimilarse a una medida cautelar, pues se trata de una figura autónoma que pertenece en esencia al área de la cooperación jurídica internacional, detentando aristas de carácter procesal. De allí la insistencia de articular las fuentes universales con las convencionales y las que emanan del legislador nacional.

Ubicados en el centro neurálgico del planteo surgen varios interrogantes: ¿qué sucede en el plano de la realidad?, ¿cómo se aplican las convenciones?, ¿cómo se interpretan las normas? No podemos generalizar las respuestas, aunque resulta valioso acudir a jurisprudencia reciente que aporte una suerte de reflejo o perfil de lo que sucede en algunos frentes judiciales⁴⁷.

⁴⁶ Los problemas de las legislaciones internas en este sector no son pocos. En América Latina, Venezuela es prácticamente una excepción en materia de legislación interna de DIPr, incluyendo el tema de la sustracción internacional de niños. En orden a jurisdicción, y en general sobre los temas procesales, vid. E. Hernández-Bretón, *Problemas contemporáneos del Derecho Procesal Civil Internacional venezolano*, Caracas 2004. En tanto que la carencia de legislación en materia de Derecho de Familia desde la óptica del DIPr en algunas áreas en numerosos países de la región, esta influye en dificultar la aplicación de tratados internacionales. A modo de ejemplo se cita el desplazamiento ilegal de menores por uno de los progenitores. La consecuencia de esta laguna lleva a que los jueces muestren cierta renuencia para aplicar los convenios internacionales ante la falta de normas que expresamente remitan a los mismos. Vid. L. Perezniño Castro, «El futuro del DIPr en México», *Revista Mexicana de DIPr y Comparado* (2005), n° 17, pp. 60-61.

⁴⁷ Sugerimos la lectura de un interesante caso para cuyo análisis vid. A. Aronovitz, «May Private Claims be Advanced Through The European Court of Human Rights? A Study of Cross-Border Procedural Law Based on a Case of International Child Abduction», *Israel Yearbook on Human Rights* (2007), vol. 37, pp. 165-203.

1. LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS DE CARA A LA REALIDAD SOCIAL

En esa dirección, efectuaremos una breve reseña de dos conflictos decididos recientemente en Argentina⁴⁸. La elección de estos casos obedece a dos motivos: por un lado, su actualidad y el tribunal del que emana en orden al primero de ellos; en tanto que la otra elección se debe a que son fiel reflejo de cuán ineludible resulta echar mano del diálogo de las fuentes y, en los ámbitos que ameriten, adecuar la normativa interna⁴⁹.

2. LA VOZ DE LA JURISPRUDENCIA

A) El conflicto y el transcurrir del tiempo⁵⁰

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) dictó sentencia⁵¹ en un caso que llega a sus estrados por la interposición de recurso extraordinario deducido por el progenitor, ante el fallo adverso dictado por la Corte Suprema de Justicia de Buenos Aires (CSJBA) a la solicitud de restitución de sus hijos al país donde tenían su residencia habitual⁵².

Previo al pronunciamiento del máximo Tribunal, el conflicto transitó por las instancias sucesivas correspondientes, motivo que amerita una primera reflexión frente a estos supuestos en los que está en juego —eclipsando toda otra atención— el interés superior de los niños.

El hecho de haber sido objeto de diversos pronunciamientos⁵³ permite intuir el tiempo que transcurrió desde que se plantea la solicitud hasta que la causa se resuelve, con los efectos refractarios que provoca respecto al objetivo que se pre-

⁴⁸ Es muy numerosa la jurisprudencia comentada que puede consultarse sobre el tema. Entre los trabajos que sugerimos, *vid.* C. Echegaray de Maussion y M. Lucero de Godoy, «La determinación de algunos conceptos utilizados por el Convenio de la Haya de 1980 sobre Restitución Internacional de Menores», *Actualidad jurídica* (2007), vol. 38, n° de junio, pp. 4084 y ss.

⁴⁹ Bien podríamos presentar un listado de casos ocurridos en los diversos países que son parte de la CHSIM. Sin embargo, no es el objetivo de este trabajo. Para un conocimiento cabal de jurisprudencia ilustrativa, *vid.* la base de datos INCADAT, sobre conflictos ocurridos tanto dentro como fuera del Convenio, que la Conferencia de La Haya dedica a este tópico: www.incadat.com/index.cfm?act=text.text&lng=3

⁵⁰ Reseñamos este caso bajo el título «Los niños como prenda de conflicto», *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia* (2011), t. II (en prensa).

⁵¹ Sentencia de la CSJN, en autos B., S. M. c/ P., V. A. s/ restitución de hijo, de 19 de mayo de 2010.

⁵² Fallo dictado por la CSJBA en lo relativo al Caso B., S. M. c/ P., V. A. s/ restitución de menores, de 4 de febrero de 2009.

⁵³ Asimismo, previo a la Sentencia dictada por la CSJBA, intervino el Tribunal de Familia n° 3 del departamento de Morón, ordenando la inmediata restitución de los niños por mayoría de opiniones.

tende alcanzar. Destaquemos que la finalidad que se persigue no es otra que restituir los menores al país en el que tenían su centro de vida antes de producirse el desplazamiento indebido, de forma urgente, diría que casi inmediata. Transitar por tres instancias —no hace falta señalar— significa insumir un tiempo que pone en tela de juicio el respeto al derecho humano sobre el cual se construye la figura de la protección de los niños.

En el pedido de restitución no está en juego la institución de la protección en todo su campo material sino en uno de sus atributos. La acción no equivale a la ejecución de una medida cautelar dictada en un proceso judicial, sino que nos encontramos, como acabamos de señalar, frente a un procedimiento autónomo respecto del contencioso de fondo. Se instaura a través de las llamadas autoridades centrales⁵⁴ de los Estados contratantes, debiendo circunscribir la decisión que se dicte a restablecer la situación anterior jurídicamente protegida, mediante el retorno inmediato del menor desplazado o retenido ilícitamente en otro Estado parte. Es cierto que el tenor literal de tal acuerdo establece que la ilicitud del desplazamiento o la retención se configura cuando se produce «en violación de un derecho de guarda atribuido a una persona, institución o cualquier otro organismo, solo o conjuntamente, por el Derecho del Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su desplazamiento o de su retención [...]»⁵⁵; pero no es menos veraz que la interpretación de este artículo debe ser acorde con lo que establecen las legislaciones internas de los Estados.

La aclaración tiene su razón de ser, pues no son pocos los países que reconocen validez a convenios celebrados entre quienes ejercen ese título y quienes, no obstante no detentar dicha titularidad, ejercen la patria potestad conjuntamente con las personas a las que se atribuye ese ejercicio.

Es este un aspecto que, luego de efectuar el análisis del caso subexamen, da lugar a pensar en la necesidad de sugerir una reformulación del articulado de fuente convencional, sugerencia que dejamos planteada.

Para ser precisos refiramos los hechos conforme fueron sucediéndose.

⁵⁴ Las autoridades centrales surgen a partir de mediados del siglo XX y han cobrado marcado protagonismo en la cooperación institucionalizada. Se trata de organismos encargados de tramitar las solicitudes de cooperación jurídica internacional, agilizando la prestación del auxilio y superando, de tal modo, la lentitud de los procedimientos ordinarios. Sin embargo, no se agota allí la actividad que despliegan, pues en numerosas oportunidades actúan en una instancia previa a la iniciación de los procesos. Estos órganos reconocen su existencia en convenios bilaterales y multilaterales a nivel regional y universal; no rempazan a las autoridades judiciales, sino que obran de puente entre las mismas, a efectos de contribuir a efectivizar las medidas necesarias para la continuidad del proceso y evitar que este se demore o se interrumpa por la existencia de fronteras nacionales. Los Estados recogen criterios diferentes en relación con el marco en que se insertan estos organismos. *Vid.* A. Dreyzin de Klor y T. Saracho Cornet, *Trámites judiciales internacionales*, Buenos Aires 2006, pp. 204-205.

⁵⁵ CHSIM, art. 3, inc. a)

Los progenitores —ambos de nacionalidad argentina— emigran a España en 2002, fijando su domicilio en ese país, en el que adquieren la propiedad donde establecen la residencia familiar. Transcurrido un tiempo, deciden separarse y obtienen sentencia de divorcio ante los tribunales competentes de ese país, decidiendo que ambos ejercerán de manera conjunta la patria potestad. Se otorga la custodia de los tres niños a la madre, quien permanece en la vivienda junto con los niños de once, ocho, y cinco años de edad. La progenitora decide viajar a Buenos Aires con los hijos, efectuando el traslado con la anuencia del padre, empero atendiendo a que el viaje se realizaba únicamente por el período vacacional. Arribada al país, excediendo la autorización que le fuera otorgada, se establece de manera definitiva.

El problema que surge a partir de la decisión que toma la madre de los niños de fijar su residencia en la República instalándose con los hijos se encuadra, conforme a sus alegaciones, en el acuerdo que firman ambos padres por el cual se le concede la custodia, que se aprueba en el contexto de la legislación vigente en España.

Es común en el Estado español —en los supuestos de ruptura de la convivencia— que los progenitores celebren este modelo de acuerdos, fijando, entre otros puntos, que el hecho de otorgar la custodia o guarda a uno de ellos no es impedimento para compartir el ejercicio de la patria potestad en forma conjunta, siendo de rigor dejar plasmado que las decisiones importantes que afecten a los niños se tomarán de común acuerdo por ambos progenitores.

En efecto, entre sus cláusulas, dicho Convenio contempla todo lo concerniente a la vigilancia de los hijos y al modo en que se ejercitará conjuntamente la patria potestad. En consecuencia, no es azarosa la interpretación por la que se estima que todas aquellas acciones que impliquen una conducta cuyos efectos pueden ser sustanciales en la vida de los menores deben ser tomadas de común acuerdo.

Va de suyo que cambiar la residencia habitual, trasladando a los niños de un país a otro con el objetivo de permanecer en este último, es una decisión relevante con profunda incidencia en el futuro de los menores, por lo que bajo ningún concepto puede llevarse a cabo con carácter unilateral.

Es jurisprudencia de la CSJN que, aunque surja de las constancias de autos la adecuada inserción de los menores en el país y en el medio al que son trasladados, ello no es suficiente para configurar la situación excepcional prevista en el CHSIM para denegar la restitución de los niños al país en que tienen su centro de vida⁵⁶.

La situación de los niños en el caso concreto es, desde toda perspectiva, dolorosa y delicada, si se repara en que buena parte de su vida transcurre en Argentina, residen después con sus padres en España durante un período de más de tres años,

⁵⁶ Jurisprudencia de la CSJN en lo relativo al *Caso K., S. y otros c. R., G.*, en *La Ley*, de 27 de julio de 2009, p. 5.

para luego ser nuevamente trasladados —agrego que ilícitamente— por la progenitora a Argentina, a través de una decisión tomada unilateralmente.

El caso queda captado por la CDN⁵⁷ y por la CHSIM, aunque también por normas procedimentales internas a las que el segundo cuerpo legal mencionado remite. La interpretación sistemática de las normas habilita a afirmar que la decisión de la CSJN ordenando la restitución de dos de los niños —atento a que el hermano mayor había cumplido 16 años— es la correcta.

Si bien el tribunal español asigna a la madre la titularidad de la custodia, no es este un derecho que detenta en forma exclusiva en los términos del CHSIM, pues el título no le otorga legitimidad para decidir la modificación de la residencia habitual de los niños, en función de la interpretación del Acuerdo internacional. Su accionar violenta el centro de vida de los menores, así como el derecho del padre. Es, por tanto, absolutamente ilícita la conducta, por lo que el progenitor, al solicitar la restitución, obra bajo total amparo de las normas vigentes entre los Estados y, mucho más aún, de los términos del Tratado que integra el acervo jurídico universal de DDHH. Sin embargo, y no obstante la normativa citada, la CSJBA cae en el grave error de considerar que la madre, por el hecho de ser quien obtiene legítimamente la titularidad de la custodia, estaba en todo su derecho de modificar la residencia propia y, consecuentemente, la de los niños, sin que ello configure una causal de ilicitud. En este entendimiento, desestima el pedido de restitución internacional de los niños efectuado por el padre a raíz del traslado de la residencia de la progenitora a Argentina.

Para comprender el quid de esta acción autónoma, debe entenderse cuál es la filosofía que orienta a la Convención articulada con el TDDHH.

La necesidad de actuar con urgencia tiene su razón de ser, ya que el elemento de la internacionalidad del caso opera como un fenómeno determinante de la complejidad que presenta la situación. El juez debe pronunciarse solamente sobre una cuestión, esto es, ¿corresponde o no dar lugar a la solicitud de restitución de los niños sin entrar en los aspectos referidos al fondo del problema vinculado a la custodia o guarda del niño? La respuesta fundada en la exégesis del instituto y su naturaleza no permite espacio para el debate. La custodia, tenencia o guarda es un ámbito reservado al magistrado con jurisdicción natural que es el de la residencia habitual; en este sentido se deben interpretar las normas convencionales⁵⁸.

En consecuencia, la decisión de la CSJN revocando la sentencia dictada por la Corte de Buenos Aires es un pronunciamiento que, a través de sólidos fundamentos, recalca en la verdadera calidad de la acción instaurada, reflejando acabadamente la interpretación de los compromisos asumidos por Argentina acerca del

⁵⁷ Particularmente en los arts. 5, 9.1, 12, 18.1.

⁵⁸ *Vid.* art. 16.

instituto, así como la jerarquía que reviste «el interés superior del niño» entendido en su verdadero alcance.

Acreditada la ausencia de las causales que obran de obstáculo⁵⁹ para cumplir con la obligación asumida por el Estado al ratificar el Tratado, la CSJN ordena la restitución de los menores en función del ámbito material del Convenio y de las disposiciones contenidas en los TDDHH.

Teniendo presente que ha transcurrido un largo tiempo desde que se entabla el pedido de restitución hasta que finalmente la Corte se pronuncia ordenando que se proceda en relación con dos de los niños, a nuestro entender, reiteramos, se produce una violación a los DDHH que no puede seguir signando estos casos. Es cierto que ello se debe exclusivamente a causales de funcionamiento del Poder Judicial nacional. Reconocemos que el punto hace a los procedimientos y plazos previstos puertas adentro de cada Estado, y que es un problema que sucede en numerosos países de América Latina, como quedó claramente comprobado en el Seminario de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado (AMEDIP) que tuvo lugar recientemente⁶⁰.

En esta causa, que indudablemente provoca un daño psicológico inconmensurable a los menores, dado que un nuevo desarraigo se suma a los anteriores, podemos vislumbrar la significación de efectuar una revisión del funcionamiento del Poder Judicial y de los procedimientos internos en la materia. Así se entendió en las Conclusiones y Recomendaciones del Seminario de Jueces Latinoamericanos sobre el Convenio de La Haya, al disponer que la celeridad en estos procesos —incluyendo las apelaciones— es fundamental, debiendo llevarse a cabo en un término de seis semanas⁶¹.

Entre los argumentos que fundan la sentencia con carácter unánime, y sirven de precedente para futuros conflictos, destacamos los siguientes: la custodia debe comprender, necesariamente, la facultad de decidir sobre el lugar de residencia. Sin embargo, verificada la ilegalidad del traslado o retención —que en principio habilita el regreso inmediato en procedimientos activados dentro del año—, los países signatarios no estarán obligados a implementar el retorno si se configura efectivamente que existe grave riesgo de exposición a un serio peligro físico y psíquico, o que se coloca al menor, de cualquier otra manera, en una situación

⁵⁹ Art. 13.

⁶⁰ En los paneles dedicados al Derecho Internacional de Familia coordinados por V. Aguilar, se hizo especial hincapié en la importancia de proceder con celeridad y respetar la urgencia por parte de la judicatura nacional, así como de receptar particularmente en las legislaciones nacionales estos supuestos con la consiguiente solución procedimental para evitar causar un mal mayor que el que se pretende resguardar. El Seminario tuvo lugar en Colima (México), del 13 al 16 de octubre de 2010.

⁶¹ Conclusiones y Recomendaciones del Seminario de Jueces Latinoamericanos sobre el Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores celebradas entre el 1 y el 4 de diciembre de 2004 y reiteradas en 2006.

intolerable; si se comprueba que el propio menor —con una edad y grado de madurez de los que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones— se opone al regreso; y se invocan principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los DDHH y de las libertades fundamentales.

En relación al derecho de custodia, efectuando una razonable hermenéutica integradora, la ilicitud del traslado o retención queda excluida cuando la custodia comprende no solo la prerrogativa atinente al cuidado de la persona del menor, sino, y en particular, la de decidir sobre su lugar de residencia. Sin embargo, no es la circunstancia que marca este conflicto, ya que las partes mantuvieron un desempeño en común mediante pacto que mereció la aprobación de la justicia española. El progenitor ha expresado que dejar España para asentarse en otro país se erige, sin vacilación, en una de las «decisiones importantes» cuya articulación se estipuló claramente en una cláusula del acuerdo, como derivación natural de la modalidad conjunta en el desenvolvimiento de la función parental.

La Corte deja en claro lo que confundió el cuerpo colegiado de la provincia de Buenos Aires al pronunciarse por la denegación del pedido de restitución, que importó juzgar sobre los méritos de la guarda o perseguir su alteración.

B) *El conflicto y el debido proceso*

Otro caso reciente, también resuelto en Argentina, en el cual se aprecia nítidamente la necesidad de conjugar de forma conjunta los convenios específicos de restitución internacional con la CDN, lleva a la CSJBA a declarar la nulidad de oficio de todo lo actuado⁶². En este conflicto, la jerarquía de los TDDHH se identifica meridianamente con la resolución adoptada, la cual responde, sin permitir el menor atisbo de duda, a un derecho fundamental de la jerarquía que connota la observancia del debido proceso.

El caso se plantea a partir de un exhorto proveniente de EEUU a raíz de la acción interpuesta por la progenitora. Según afirma la mujer, la radicación de la pareja en Georgia (Atlanta) se debió a una beca para realizar estudios de posgrado que obtuvo su entonces marido. El traslado se concreta en el año 2003, radicándose la pareja con su hijo en Georgia, en el año 2004. En uno de los viajes que realizan a Argentina —generalmente en el período vacacional, en esta oportunidad durante el transcurso del año 2007— ella regresa a EEUU con antelación, permaneciendo padre e hijo en Argentina, supuestamente por dos semanas más.

Al conocer que dicho regreso no se concretaría, la progenitora inicia en Atlanta el proceso de divorcio, que recibe favorable acogida, así como el planteo

⁶² Disposición de la CSJBA sobre la *Causa C. 104.149, «V., M.J. Exhortos y oficios»*, de 15 de julio de 2009.

por el cual solicita la restitución del niño al país de su residencia habitual. El progenitor se opone al planteo alegando, en primer término, que no es EEUU el país de residencia habitual y, por otra parte, se opone a considerar ilícita la retención.

De acuerdo al contexto que interesa para este trabajo, cabe acotar el tema a la valoración de la prueba, particularmente, en función de la importancia que reviste la observancia del debido proceso. En esta línea de ideas, interesa destacar que el tribunal que intervino en primera instancia denegó la prueba ofrecida por el progenitor —en tanto se refería al derecho del niño a ser oído—, pues no hizo lugar al ofrecimiento, fundamentando su posición en que dicha prueba no daba lugar a impugnación en sentido técnico.

Esta resolución fue objeto de recurso de apelación y, avocada la CSJBA a la causa, esta declara la nulidad de oficio de todo lo actuado, señalando que:

Sea cual fuere la vía adecuada, por más sumariada y urgencia que corresponda otorgarle al proceso, salta a la vista la necesidad de que exista un proceso.

Por tanto:

[L]a denegación lisa y llana de la prueba ofrecida conforma estrepitosa y flagrante violación a las garantías de la defensa y el debido proceso legal, a más de haber privado al oponente del acceso a la tutela judicial efectiva, denegando arbitrariamente la posibilidad de producir pruebas⁶³.

O sea, que cumplir con los plazos establecidos en los convenios restitutorios no autoriza bajo concepto alguno a resignar principios procesales. De este modo, la decisión del máximo tribunal responde a la necesidad de respetar los principios fundamentales que tienen rango constitucional como son la bilateralidad, la contradicción, la defensa en juicio y el respeto por la garantía de igualdad de las personas frente a la Ley y al proceso⁶⁴. Se trata de principios que conforme al procedimiento deben erigirse en pilares ineludibles, pues la CHSIM se articula con los TDDHH, no solamente con la CDN, sino con el conjunto de tratados que conforman el plexo normativo vigente en los Estados, como sustento de toda legislación y de toda jurisprudencia.

V. REFLEXIONES A MODO DE SUGERENCIAS

Nos interesa señalar algunos aspectos que particularmente requieren ser clarificados frente a estos hechos, en los que se recaba que las conductas de los protagonistas no reciben la respuesta que ameritan.

⁶³ Sentencia de la CSJBA en lo relativo a la *Causa V.M.J. exhortos y oficios* (vid. nota 52).

⁶⁴ Cf. G. Tagle de Ferreyra, «Resolución ajustada a Derecho», *Actualidad Jurídica-Familia & minoridad*, n° 73, p. 7909.

No es posible:

- Confundir el objetivo del CHSIM y la relación que guarda con su ámbito material por el solo hecho de reconocer a quien es titular de la custodia derechos que no le competen.
- Indagar acerca de la ilicitud del traslado más allá de los casos previstos en el Convenio, confundiendo el alcance de la competencia judicial al abrogarse jurisdicción que solo le compete al juez natural de la causa.
- Obrar amparándose en el respeto a la celeridad para desconocer un principio rector como es el derecho al «debido proceso» de toda persona física, el cual no puede desconocerse en causa judicial alguna.

Es necesario:

- Destacar que todo reproche de la conducta de los padres distinto de la retención o traslado ilícitos definidos por la CHSIM es ajeno al trámite previsto en dicho cuerpo normativo y debe ser planteado ante el juez competente para dirimir el tipo de conflicto de que se trate.
- Considerar que el texto internacional no resulta la vía adecuada para ventilar cuestiones de fondo en el ámbito del proceso de restitución, las cuales deben ser analizadas por las vías pertinentes y ante la jurisdicción correspondiente. Así, el argumento por el cual se sostiene que configuraría grave peligro restituir los niños al otro progenitor es propio de un juicio de tenencia que evalúe la aptitud de cada uno de los padres para el cuidado de los menores.

Es imprescindible:

- Tener presente que el traslado de residencia sin las debidas observancias legales constituye una vulneración a los derechos, ya que no se trata del libre ejercicio ni de prerrogativa propia de quien goza de la guarda jurídica por decisión legal.

Finalmente, aunque impregna todo el escenario y con carácter sustancial, el Convenio de La Haya es meridiano en orden a establecer que los Estados contratantes deben disponer que se respeten los procedimientos de urgencia dispuestos por las leyes. Ahora bien, si en un Estado no existen reglas de procedimiento específico para estas solicitudes, los magistrados deben actuar conforme al criterio de discrecionalidad judicial, debiendo imprimir al trámite los procedimientos necesarios para dotar al mismo de un equilibrio entre la celeridad que hace a la esencia del supuesto y la seguridad jurídica que implica el respeto a los principios

incorporados constitucionalmente y de vigencia universal que rescatan la tutela judicial efectiva. No obrar en esta línea provoca, a nuestro entender, un efecto refractario y, por tanto, una verdadera violación de los DDHH. El transcurso del tiempo produce un daño irreparable —la imposibilidad de remediar los efectos psicológicos que trae consigo dicho devenir temporal que se debe conjugar en paralelo con la ilicitud del hecho generador del accionar—, aseveración que efectuamos con absoluta certeza.

El hilo conductor de las decisiones judiciales transita, en buena medida, en diferenciar y determinar la competencia que asume la magistratura cuando se trata de un pedido de restitución internacional de niños. La aclaración, aunque reiterada, es oportuna, ya que numerosas resoluciones judiciales reflejan que los jueces asumen como propia la decisión de determinar cuál de los progenitores es el más idóneo para ejercer la tenencia, con lo que no limitan su competencia a ordenar o denegar la restitución, sino que deciden en función de la valoración que realizan sobre un tópico que compete al juez natural —el de la residencia habitual del menor—⁶⁵.

VI. DE CARA AL FUTURO

La dimensión autónoma, esto es, la legislación elaborada por el legislador nacional para tener vigencia en el país, revela insuficiencia en materia de sustracción internacional de niños. En tanto, si se pasa revista a la legislación internacional, se comprueba que contiene importante normativa procesal que debe articularse con normas procedimentales del foro que debieran estar al servicio de la operatividad del instituto.

Estimamos que merece especial atención la iniciativa propiciada por un equipo de expertos consistente en la elaboración de una ley Modelo⁶⁶ para la interpretación de los convenios relativos a la sustracción internacional de niños, ya que opera como un avance que puede reeditar muy positivamente a la hora de resolver estos casos que tanto exacerban a la sociedad y que dañan profundamente a los niños en su desarrollo vital.

⁶⁵ Sobre este aspecto, *vid.* el análisis efectuado por quien es juez de enlace de la Convención en Argentina, en G. Tagle de Ferreyra, *ibid.*, pp. 7908-7914.

⁶⁶ Ha sido elaborada por un grupo de expertos conformado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y el Instituto Interamericano del Niño. El grupo fue coordinado por el Dr. Ricardo Pérez Manrique (Uruguay), y participaron del mismo: la Dra. María Lilian Bendahan Silveira (Uruguay), el Dr. Eduardo Cavalli Asole (Uruguay), la Dra. Raquel González (Estados Unidos), la Dra. Graciela Tagle de Ferreyra (Argentina), el Dr. Dionisio Nuñez Verdín (México), la Dra. Delia Cedenios Palacios (Panamá), y la Dra. Luz María Capuñay Chavez (Perú).

RESUMEN: Durante las últimas décadas, la vigencia de las convenciones de Derechos Humanos ya vigentes en los Estados europeos adquirió carta de ciudadanía en los países de América Latina. Este hecho ha influido notoriamente en numerosas instituciones jurídicas entre las que cobra especial relevancia el Derecho Internacional de Familia. La configuración de nuevas figuras y un cambio de paradigmas en este sector se advierte de forma meridiana en nuevas regulaciones de carácter interno, así como en los fallos dictados por los tribunales nacionales. Entre los temas que guardan especial significación a partir de los constantes flujos migratorios y el escenario caracterizado por la movilidad internacional, la sustracción internacional de menores muestra altos índices de crecimiento causando no pocos litigios a nivel internacional. En consecuencia, el tema ha dado lugar a iniciativas que sostienen la necesidad de complementar las normas existentes a nivel convencional, por un lado; en tanto que, por otro, adquiere fuerza la idea de fomentar la cooperación jurisdiccional internacional y la conformación de redes judiciales abocadas específicamente a facilitar el cumplimiento de los convenios vigentes. Nuestro desarrollo transita la perspectiva teórica, como la visión normativa y la práctica jurisprudencial, pues es en estos tres ámbitos en los que debemos adentrarnos para estar en condiciones de proporcionar algunas directivas que estimamos útiles para alcanzar la justicia que el Derecho Internacional Privado aspira alcanzar en los casos concretos.

PALABRAS CLAVE: acción autónoma, Derecho Internacional de Familia, Derecho Internacional Privado, Derechos Humanos, Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, jurisprudencia argentina; sustracción internacional de menores.

ABSTRACT: International conventions on human rights currently in force in Europe have gained recognition in Latin America during recent decades. This fact has exerted influence on various legal institutions, especially on those relating to Family Law. The appearance of new legal forms, along with a paradigm shift in the field, has become noticeable through new internal regulations and domestic courts' decisions. Among those topics inherent in constant migration flows and international mobility, international child abduction shows high growth rates, which leads to a great number of international litigations. Consequently, there have emerged different initiatives to cope with the situation. On the one hand, some initiatives advocate for the development of complementary regulations at the conventional level. On the other hand, other initiatives tend to promote international cooperation among jurisdictions and the establishment of judicial networks particularly aimed at an easier enforcement of existing conventions. This paper cuts through theory, black-letter law, and case law. All three aspects should be explored in order to be able to provide guidelines that could help attain the degree of justice that Private International Law seeks when facing concrete cases.

KEYWORDS: Autonomous Action, International Family Law, Private International Law, Human Rights, Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, UN Convention on the Rights of the Child, Argentinian Jurisprudence, International Child Abduction.

LA FRAGMENTACIÓN: ¿UNA AMENAZA PARA LA UNIDAD DEL DERECHO INTERNACIONAL?

ARTURO SANTIAGO PAGLIARI*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL FENÓMENO DE LA GLOBALIZACIÓN (UNIVERSALISMO VS. REGIONALISMO).—III. ANTECEDENTES DE LA FRAGMENTACIÓN.—IV. EL INFORME DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. 1. *La relación entre ley especial y ley general*. 2. *Los regímenes autónomos o especiales*. 3. *La interpretación del Derecho y su aplicación*. 4. *Los conflictos entre normas sucesivas (Artículo 30 del Convenio de Viena de 1969)*. 5. *La integración sistémica [Artículo 31.3.c) del Convenio de Viena de 1969]*. 6. *La modificación de tratados multilaterales entre algunas de las partes: los acuerdos inter se (Artículo 41 del Convenio de Viena de 1969)*.—V. LA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL.—VI. ÓRGANOS DE CONTROL E INTERPRETACIÓN.—VII. LA CUESTIÓN DE LA JERARQUÍA NORMATIVA.—VIII. LA JERARQUÍA Y EL PRINCIPIO DE ARMONIZACIÓN.—IX. FRAGMENTACIÓN. APLICACIÓN Y EFECTOS. 1. *Introducción. Observaciones generales*. 2. *Efectos de la fragmentación. Teorías*. 3. *Peligros o riesgos de la fragmentación*. A) En la unidad, seguridad y eficacia del Derecho Internacional. B) En la jurisprudencia, doctrina y enseñanza del Derecho Internacional. C) En la responsabilidad internacional de los Estados.—X. REFLEXIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

La fragmentación del Derecho Internacional comenzó a ser tema de examen en la teoría, la práctica y la doctrina, desde mediados del siglo pasado, producto de la diversificación ocurrida en el Derecho Internacional con motivo de los múltiples regímenes normativos traducidos en tratados multilaterales (organizaciones

* Catedrático de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba (República Argentina); Doctor en Derecho y Ciencias Sociales; Presidente y Miembro del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (IHLADI); Miembro Fundador de la Asociación Argentina de Derecho Internacional.

internacionales y órganos jurisdiccionales y cuasi-judiciales) de diversa índole material y regional (Derecho Internacional de los DDHH, Derecho Comercial Internacional, Derecho Internacional Penal, Derecho del Medio Ambiente, etc.). En el año 2000, el Presidente de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), Gilbert Guillaume, se dirigió a la Asamblea General de la ONU (AG) advirtiendo que el orden legal internacional estaba en peligro desafiado por la fragmentación. Esta circunstancia ya había sido reconocida en los años anteriores por numerosos doctrinarios, resaltando que tal preocupación no era solo de interés puramente académico. Desde entonces, el problema de la fragmentación del Derecho Internacional parece haberse convertido en una de las preguntas que más se hacen los eruditos de la materia. Esto ha sido objeto de innumerables conferencias, seminarios, libros, artículos y comentarios.

Distintos jueces de la CIJ (Jennings, Stephen M. Schwebel y Gilbert Guillaume) empezaron a alertar sobre los peligros de este fenómeno, manifestando su temor, especialmente, por la fragmentación institucional. Esta preocupación se trasladó a la ONU y la Comisión de Derecho Internacional (CDI) comenzó en el 2000 los estudios bajo el título «Riesgos resultantes de la fragmentación del Derecho Internacional». El fenómeno podría poner en peligro la estabilidad y coherencia del Derecho Internacional y su alcance general. Empezó con Haffner y siguió con Simma, y se cambió el título por inadecuado adoptando el de «Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional». Con el alejamiento de Simma en 2003, asume Martti Koskeniemi. La CDI concluyó sus trabajos en el 2006.

La CDI describe al fenómeno de la fragmentación como derivado de la mundialización, que se manifiesta en la expansión e intensificación de redes globales de cooperación, con un alto grado de especialización técnica. Dichas redes desembocan en regímenes especiales de Derecho Internacional, basados en tratados multilaterales especializados y constituciones de organizaciones internacionales. El resultado es el conflicto (normativo) entre dichos regímenes, así como entre estos y el Derecho Internacional General. De tal suerte, la fragmentación del Derecho Internacional es, en la actualidad, uno de los temas más importantes para los iusinternacionalistas.

II. EL FENÓMENO DE LA GLOBALIZACIÓN (UNIVERSALISMO VS. REGIONALISMO)

La fragmentación, entre otras causas, es entendida como un epifenómeno de la globalización. El Derecho Internacional habría quedado obsoleto ante la dinámica de la globalización. Por ello, la cuestión de la fragmentación del Derecho Internacional constituye el principal debate académico en la era de globalización.

Tanto la mundialización como el regionalismo son un reflejo de la voluntad de los Estados de encontrar en el nivel regional mejores respuestas a las limitaciones de su soberanía, lo que implica el fortalecimiento del cuerpo universal. Se ha calificado el fenómeno de la mundialización también como «universalismo» o «globalización». ¿Cuál es el significado de estos términos?, ¿son sinónimos? Los dos primeros conceptos (mundialización y universalismo) son más clásicos; significaban o significan aquellos sucesos o normas jurídicas que ocurren o se aplican, respectivamente, en toda comunidad internacional. En cambio, la noción de «globalización» (especialmente común en la doctrina anglosajona) es relativamente reciente: parece ser, desde alguna óptica, un producto del vocabulario que se encuentra «de moda», para llamar o sustituir a los otros dos términos. Parte de la doctrina considera que los conceptos de «mundialización» y «globalización» se consideran sinónimos, pero representan situaciones diferentes. El primero estaría referido con un sentido geográfico, mientras que la globalización se vincula con un aspecto material, en el sentido de que el proceso de interdependencia alcanzaría prácticamente todos los ámbitos de la actividad humana, fundamentalmente el económico, que consiste en la creciente integración de las distintas economías nacionales en una única economía de mercado mundial. Su definición y apreciación puede variar según el interlocutor. Si bien algunas veces se la relaciona como producto de los organismos internacionales, ello no invalida que la globalización sea un proceso autónomo, espontáneo, ajeno a la dirección de tales organismos, que depende más bien del crecimiento económico, el avance tecnológico y la conectividad humana.

Sin embargo, cuando se utilizan estos términos (mundialización-globalización) se hace de tal manera «que cada uno de ellos parece comprender tanto la dimensión geográfica como la material»¹. En esta ponencia, nosotros nos referiremos a los términos «universalismo-regionalismo» desde el punto de vista estrictamente jurídico, considerando las normas del Derecho Internacional General y las del Derecho Internacional Particular (cualquiera que sea su procedencia), normas estas últimas que, como veremos, han dado lugar al problema de la fragmentación, diversificación o sectorialización del Derecho Internacional. Se hace necesario compatibilizar estos conceptos, parecidos o análogos entre sí, con los de interdependencia (económica, política, cultural, ecológica, etc.) y regionalismo. Algunos sostienen que la creciente interdependencia entre los actores internacionales ha llevado a lo que se conoce o denomina «mundialización», concepto que, si bien es cierto es vago o ambiguo, patentiza una realidad que no hay que soslayar, sino por el contrario analizar y, en su caso, regular. «Mundialización» o «universalismo» parecen ser contradictorios con

¹ S. Salinas Alcega y C. Tirado Robles, *Adaptabilidad y fragmentación del Derecho Internacional: la crisis de la «sectorialización»*, Zaragoza 1999, p. 218.

el «regionalismo». El concepto de regionalismo se construye sobre la solidaridad política, por el ámbito espacial o por la materia. Si el regionalismo existe, es porque responde a las necesidades que no son satisfechas por el orden jurídico universal; esto significa que los Estados estiman que los beneficios del regionalismo superan a sus inconvenientes. El desarrollo del regionalismo se ha visto favorecido por la acción de las organizaciones regionales de carácter restringido, «[...] favoreciendo la solución de problemas regionales [...] que, si bien no son contrarias a los principios y normas generales, [...] presentan ciertas peculiaridades que derivan de los valores propios de cada región»².

Este fenómeno de la «mundialización-internacionalización» influye sobre el Derecho Internacional General, ya que «la universalidad de las reglas comunes entraña igualmente la especialización de ramas del Derecho Internacional y la autonomía relativa de sistemas jurídicos especiales concebidos en función de características propias de los ámbitos que regulan»³.

La función del Derecho Internacional Público, como de todo Derecho, está vinculada al objeto y a la finalidad del Derecho. Habitualmente se considera que los fines del Derecho son la seguridad y la justicia; es decir, que el Derecho en general, y el Derecho Internacional Público en particular, cumplen la función de asegurar la pacífica convivencia en un orden justo. En consecuencia, dentro de la finalidad esencial de asegurar la paz, la función de carácter general del Derecho Internacional Público es la de reglamentar las relaciones entre los sujetos de la comunidad internacional que sean susceptibles de una normatividad de carácter jurídico. Su función puede abarcar situaciones de paz o de guerra, pues incluso esta última queda en amplios sectores regida por el Derecho Internacional Público. Por otra parte, sirve como un delimitador de las competencias estatales o, dicho de otro modo, ejerce la función de ordenar los ámbitos de validez de dichas competencias. La ampliación de las funciones del Derecho Internacional Público clásico al contemporáneo, producto del cambio operado en la comunidad internacional, se traduce, fundamentalmente, en el campo de la cooperación internacional y su correlato, la institucionalización de la comunidad. La función de cooperación da nacimiento a nuevas ramas o subsistemas jurídicos como el Derecho del Desarrollo, el Derecho Económico Internacional, el Derecho del Medio Ambiente, el Derecho Internacional Penal, el Derecho Internacional de los DDHH, etc., que determinan el surgimiento de nuevos conceptos de contenido jurídico. En el proceso-función de cooperación y desarrollo, juegan un papel significativo las organizaciones internacionales, consideradas el paso necesario en la institucionalización de la comunidad internacional. Es interesante desta-

² *Ibid* p. 224.

³ P. M. Dupuy, «Sur le maintien ou la disparition de l'unité de l'ordre juridique international», en Ben Achour et Laghmani, *Harmonie et contradictions en Droit international*, París 1996, citado por S. Salinas Alcega, *op. cit.*, p. 43.

car que las dos terceras partes de las organizaciones internacionales son regionales. Toda organización internacional regional significa un organismo regional complejo, con metas específicas, pero compatibles con aquellas de la Carta de la ONU, compatibilidad que en muchos casos se hace difícil discernir. Por otra parte, el hecho de que dichas organizaciones posean y produzcan un sistema jurídico propio y sean heterogéneas trae aparejado el riesgo de la incoherencia de sus normas entre sí y con respecto al Derecho Internacional General.

Esta regionalización ha provocado la expansión del Derecho Internacional, no solo en el sentido material, sino también con la aparición de nuevos sujetos internacionales y la modificación del proceso de elaboración de las normas internacionales, una de cuyas consecuencias es la fragmentación, diversificación o sectorialización del ordenamiento jurídico internacional, con el riesgo latente sobre la unidad y eficacia del Derecho Internacional General. En efecto, si bien los Estados son libres de elegir las fuentes formales del Derecho, ello origina que la comunidad internacional quede debilitada estructuralmente por la dificultad que se le presenta para articular soluciones al choque producto del enfrentamiento entre la globalización-universalismo y el regionalismo.

Una de las peculiaridades de este ordenamiento jurídico es la coexistencia de un Derecho Internacional común o general con ordenamientos internacionales particulares, parciales o especiales que, cuantitativamente, son muy superiores a los generales. Se denomina Derecho Internacional General al conjunto de normas y principios jurídicos que son válidos y obligatorios para todos los sujetos de la comunidad internacional⁴; mientras que la denominación de Derecho Internacional Particular queda reservada para aquellas normas jurídicas que obligan solo a cierto número de Estados o sujetos internacionales, es decir, que no tiene validez universal. Como la mayor parte del Derecho Internacional es de naturaleza dispositiva (sin perjuicio de las excepciones en materias de normas imperativas y de otros casos de inderogabilidad), los acuerdos especiales o particulares pueden dejarlo sin efecto; o bien, es posible y admisible jurídicamente apartarse del Derecho general. Siendo el tratado una fuente primordial de Derecho Internacional, tanto los convenios bilaterales como los multilaterales pueden crear este Derecho particular para regir sus mutuas relaciones. Se trata de normas convencionales, pero también existen normas particulares de Derecho Internacional Consuetudinario. Así, las normas que solo obligan a dos o más Estados constituyen el llamado Derecho Internacional «particular»⁵. Pero una

⁴ Normas básicas en materia de fuentes, subjetividad, representación, responsabilidad y reglas que establecen los principios fundamentales del Derecho internacional.

⁵ Ciertas normas particulares, al ser desarrolladas y aceptadas por todos los Estados de una región geográfica, han sido denominadas normas jurídicas regionales, como el caso del denominado «Derecho Internacional americano». Una norma regional es una norma del Derecho Internacional cuyo ámbito de aplicación queda limitado a las relaciones entre los sujetos de un área geográfica determinada.

norma puede ser especial o particular no solo en relación al número de Estados a los que se aplica, sino también por la extensión y contenido de la materia que trata⁶. A través del Derecho Internacional Particular se va ampliando el Derecho Internacional General, provocando su diversificación y expansión, lo que ha suscitado lo que se denomina el proceso de fragmentación del Derecho Internacional⁷. El Derecho Internacional Particular presupone el Derecho Internacional «común» o «general». La existencia de un Derecho Internacional Particular no significa que las normas que lo integran se encuentren aisladas del Derecho Internacional General. Los acuerdos parciales reciben su fuerza obligatoria por referencia a normas o principios generales (válidos y obligatorios) exteriores y anteriores a ellos y que son de aplicación supletoria. El Derecho Internacional General siempre se encuentra subyacente tras las normas y regímenes particulares.

III. ANTECEDENTES DE LA FRAGMENTACIÓN

Si bien el informe de la CDI como el pluralismo parten de la premisa de que la fragmentación es un epifenómeno de la globalización, es importante preguntarse si esta premisa efectivamente es cierta. Para Alejandro Rodiles⁸, el más prominente defensor de la existencia del orden jurídico internacional, Hans Kelsen admitió, prácticamente al mismo tiempo que Hart, que si bien se trata de un orden jurídico, este es, a comparación del Derecho nacional, todavía primitivo, pues se encuentra en un estado altamente descentralizado. Bajo esta lupa, ya no sería tan evidente identificar la fragmentación como una manifestación propia de nuestros tiempos globalizados. La fragmentación sería intrínseca al Derecho Internacional. Paul Reuter en su momento consideraba que «el orden jurídico internacional no estaba suficientemente desarrollado para resolver los problemas que enfrentaba la sociedad internacional»⁹. Algunos estadounidenses y soviéticos fueron un paso más allá y pusieron en duda la existencia de un sistema unificado. En contraposición, los expertos europeos adoptaron una posición más formalista basada en la universalidad. Alertaron de la amenaza de las normas regionales, que hacían peligrar la unidad del Derecho Internacional. Charles de Visscher¹⁰ culpó a la políti-

⁶ Normas específicas referidas a los DDHH, Derecho Humanitario, Derecho del Desarrollo, Derecho del Mar y Fluvial, Derecho Espacial, Derecho del Medio Ambiente, etc.

⁷ Existen tres clases de fragmentación: a) la derivada de interpretaciones antagónicas del Derecho General; b) la resultante de la aparición de un Derecho Especial como excepción al Derecho General; c) la dimanante de un conflicto entre diferentes tipos de Derecho Especial.

⁸ A. Rodiles, «La fragmentación del Derecho Internacional. ¿Riesgos u oportunidades para México?», *AMDI* (2009), vol. IX.

⁹ P. Reuter, *Derecho Internacional Público*, 1962.

¹⁰ Ch. De Visscher, *Teorías y realidades en Derecho Internacional Público*, 1962.

ca mundial por la expansión de las normas especiales y de las soluciones individuales a expensas de las normas y procedimientos generales. Las normas generales eran necesarias para crear seguridad jurídica y garantizar la confianza de los Estados. Unidad a través de la generalidad. Se preguntaba: ¿cómo lograr tener un Derecho Internacional eficaz? La respuesta no estaba ni en la codificación, ni en tratados multilaterales; debía encontrarse en la elaboración de principios generales basados en el consenso de la mayoría.

Los partidarios de la fragmentación siempre sostuvieron que el Derecho Internacional era incapaz de imponer límites a la diversidad y por lo tanto se mostraba impotente para mantener la unidad del Derecho¹¹. El período entre 1960 y 1989 muestra lo que Jenks denominó «la Ley común de la humanidad»¹². La renovación del Derecho Internacional debía entenderse «como la construcción de un puente entre el pasado y presente de la autonomía soberana, por una parte; y la realidad y el futuro de la comunidad internacional, por otra». En el logro de la unidad, la diversidad y la fragmentación volvieron a ser un fenómeno positivo; la fragmentación como un instrumento para lograr la «Ley común de la humanidad». La transformación de un Derecho Internacional de coordinación en un Derecho Internacional de cooperación; este fue el deseo de Jenks. En la década de los sesenta, W. Friedmann explicó que el Derecho Internacional no podía ser considerado solo «un conjunto de principios: se componía de varios niveles de las relaciones jurídicas internacionales, que estaban solo limitados por los mismos principios». En otras palabras, la especialización normativa e institucional no ponía en peligro, sino más bien reforzaba, la transformación del Derecho Internacional¹³. Prosper Weil rechazó la visión acerca de la naturaleza cambiante del Derecho Internacional. El Derecho Internacional no tenía «crisis de identidad», ya que seguía siendo un sistema unificado basado en una única naturaleza (la lógica), la soberanía del Estado¹⁴.

Dupuy sostiene que la identificación del fenómeno de fragmentación o la verificación —si esto de hecho ocurre— es solo posible teniendo en cuenta la noción de orden jurídico¹⁵. ¿Qué se quiere significar con orden jurídico cuando se afirma que este orden es amenazado por la fragmentación? El empleo del térmi-

¹¹ A-Ch. Martineau, «The Rhetoric of Fragmentation: Fear and Faith in International Law», *Leiden Journal of International Law* (2009), 22.

¹² C.W. Jenks, *El Derecho común de la humanidad*, 1968.

¹³ Friedmann alabó el rol de las instituciones especializadas y regionales, ya que tienen un papel central en ese proceso para lograr una transición gradual entre los acuerdos multinacionales con órdenes constitucionales comunes. W. Friedmann, *La nueva estructura del Derecho Internacional*, México DF 1967.

¹⁴ P. Weil, «Le droit international enquête de son identité. Cours général de droit international public», *R des C* (1992), n° VI.

¹⁵ P. M. Dupuy, «A Doctrinal Debate in the Globalization Era: On the 'Fragmentation' of International Law», *EJLS* (2007), vol. I, n° 1.

no orden jurídico parece ser a priori muy técnico; sin embargo, también juega un papel claramente metafórico¹⁶. Históricamente, la noción de un orden jurídico es reciente, más aún en la esfera del Derecho Internacional¹⁷. Sin embargo, aun cuando el concepto de orden jurídico internacional se encuentra en el trabajo de Jellinek, el concepto de orden jurídico realmente tomó carta de ciudadanía en la comunidad de Derecho Internacional Público en el famoso trabajo de Triepel, *Droit international et droit interne* (1899). Hasta fines del siglo XIX, el uso de esta expresión en las relaciones entre Estados fue muy limitado, debido a la oposición rigurosa de varios doctrinarios. Sin embargo, en el mismo período, Anzilotti introdujo el concepto de orden jurídico en sus escritos sobre la Ley privada internacional. Más tarde retomó el lenguaje en 1929 Gilberto Gidel. En Italia, Santi Romano lo aplicó en su libro *l'Ordinamento giuridico*, publicado en 1917. Kelsen, por su parte, construyó su teoría alrededor de este concepto a partir de los primeros años del siglo XX, y lo aplicó casi al instante de una manera autoritaria al Derecho Internacional. En Francia destaca el *Traité de droit constitutionnel* de Léon Deguit, publicado en 1927. Finalmente apareció en el período de interguerra en el trabajo de Georges Scelle, *Manuel de droit international public*, publicado en 1948, a partir del cual su empleo se generalizó. El concepto de orden jurídico no fue ignorado por los doctrinarios en el mundo de habla inglesa, a pesar de tener poco interés para académicos americanos, al parecer. Aparece en la filosofía legal de Ronald Dworkin, quien era colega de Hart. Pero es evidente con el trabajo de Hersch Lauterpacht y Wolfgang Friedman, juristas de origen alemán, con un bagaje esencialmente legal y filosófico, reconocidos como autoridades en el mundo anglosajón; entonces el concepto toma relevancia definitiva. En Gran Bretaña, además de la obra maestra de Hart, *El concepto de Derecho*, Joseph Raz dedicó un libro entero a la idea de un sistema legal. Sin embargo, los internacionalistas ingleses usan el término menos frecuentemente que los contemporáneos alemanes de la academia internacional, donde a menudo es unido a la idea de una constitución, con referencia particular a la Carta de la ONU. Si el concepto de orden legal varía considerablemente entre autores, todos convienen que la expresión se refiere a la organización de un sistema, más o menos complejo, de

¹⁶ P. M. Dupuy, *op. cit.* Como una consecuencia, el término orden jurídico es un dispositivo explicativo, pero probablemente al mismo tiempo refleja cierto *Weltanschauung* (en alemán, «filosofía de vida»), simultáneamente mezclando la ideología del espectador y las opciones metodológicas inherentes a su tradición.

¹⁷ P. M. Dupuy, *op. cit.* Los primeros comentaristas en invocar esta idea surgieron en el estudio de Derecho público alemán en la primera mitad del siglo XIX. Estos se encuentran entre los sucesores de la filosofía política de Kant y, más tarde, de Hegel y Schelling. En tándem con la teoría del *Rechtsstaat* (Estado de Derecho), con la cual se asocia con frecuencia, el concepto de *Rechtsordnung* (sistema legal), referido a la idea de un todo orgánico y estructural normativo, apareció por primera vez, según Jean-Louis Halperin, en las escrituras de Julius Stahl, a partir de 1830.

normas e instituciones dirigidas efectivamente a los sujetos constitutivos de una comunidad determinada. Si se resalta el creciente recurso académico al concepto de «orden internacional», ahora entrelazado con las consideraciones de su fragmentación, es necesario darse cuenta de que este empleo de una noción genérica de orden es más que un dispositivo lingüístico. En efecto, aunque algunas de sus características iniciales sobrevivan, la estructura del Derecho Internacional actual está basada en un número creciente de tratados generales multilaterales que conservan sus reglas y principios básicos; en varios cientos de organizaciones internacionales que producen un cuerpo sustancial de normas secundarias; y en un cuerpo creciente de jurisprudencia, cuya superposición y acumulación dan una densidad y complejidad al Derecho Internacional, en los cuales los doctrinarios deben procurar demostrar una coherencia intrínseca, por un lado evidente y por el otro oculta.

Más allá de si la globalización es la verdadera causa de la fragmentación o no, el debate sobre la fragmentación alerta sobre el riesgo de quebrantar la unidad del orden jurídico internacional, aun cuando se considere que la modificación de determinados contenidos significativos es perfectamente compatible con la necesidad de mantener y reforzar la base estructural del Derecho Internacional General.

A partir de la década de los noventa, en lo referente a la fragmentación, el tema privilegiado del debate académico fue la cuestión de la jurisdicción o competencia. La proliferación de nuevos tribunales generó nuevas cuestiones tales como el *forum shopping* y las jurisprudencias contradictorias.

IV. EL INFORME DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

En su 58ª sesión, celebrada en 2006, la CDI concluyó su estudio sobre la fragmentación del Derecho Internacional con la adopción de diversas conclusiones que merecen varios comentarios. Benedetto Conforti¹⁸ destaca tales conclusiones poniendo en duda su real utilidad. Las conclusiones resumen las reglas conocidas de interpretación del Derecho Internacional y de las relaciones entre el Derecho convencional y el consuetudinario. Tienen el carácter de un resumen algo exacto de principios elementales. Sin embargo, existen varios puntos de mérito en las mismas. Entre ellos, destaca el análisis sobre la interpretación de normas (la aplicación de los arts.30 y 31.3.c) del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (CV69), o sea, la norma conflictual *lex posterior* y el principio interpretativo de la integración sistémica y las relaciones entre *lex specialis* y la ley consuetudi-

¹⁸ *RGDIP* (2007), n° 1.

naria internacional. La regla *lex specialis*, si bien no se encuentra plasmada en el CV69, forma parte del Derecho Internacional, ya sea como costumbre o como principio general reconocido por la CIJ. No hay norma especial si la hipótesis normativa que regula no se encuentra contemplada de una manera más general en otra norma. Sirve para solucionar conflictos y, en la práctica, en la determinación del Derecho aplicable. Tiene gran importancia con respecto a los llamados «regímenes especiales», aspecto medular en el debate sobre la fragmentación.

El informe final de la CDI «Efectos y consecuencias derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional» consolida los siguientes subtemas:

- a) La relación entre ley especial y ley general;
- b) Los regímenes autónomos o especiales;
- c) La interpretación del Derecho y su aplicación;
- d) Los conflictos entre normas sucesivas (art. 30 del CV69);
- e) La integración sistémica [art. 31.3.c) del CV69];
- f) La modificación de tratados multilaterales entre algunas de las partes [los acuerdos *inter se* (art. 41 del CV69)];
- g) La jerarquía normativa.

1. LA RELACIÓN ENTRE LA LEY ESPECIAL Y LA LEY GENERAL

La AG tomó debida cuenta de la conclusión del Grupo de Estudio según la cual la máxima de que la ley especial deroga a la ley general no debe llevar a la extinción ni a la sustitución total de la ley general; principio que parecía respaldar la CIJ en sus opiniones consultivas (OC) sobre la legalidad de la amenaza o el uso de las armas nucleares¹⁹ y sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado²⁰. Se expresó apoyo a la conclusión general de la omnipresencia de la ley general.

En la elaboración de las normas jurídicas se deberá tener en cuenta el grado de eficacia, según sea la elección que se efectúe, para adoptar la fuente más apropiada. Este carácter se complementa con el principio de «especialidad». Ambos se encuentran vinculados al principio del efecto útil, ya que tomar en cuenta exclusivamente el principio de eficacia puede llevar a conclusiones contradictorias (por ejemplo, en materia de mantenimiento de la paz y de seguridad, mencionada *supra*), pues se enfrentan la facultad de la organización internacional universal de utilizar los medios adecuados en relación con el principio de indivisibilidad

¹⁹ OC de la CIJ, de 8 de julio de 1996, *ICJ Reports*, 1996.

²⁰ OC de la CIJ, de 9 de julio de 2004, en doc. A/ES-10/273.

de la seguridad colectiva y las ventajas de la solidaridad y de la rapidez en la ejecución de la decisión de una organización regional sobre la materia.

En la aplicación de la norma especial, el Derecho general no queda excluido, sino que simplemente mantiene su efecto y aplicación en un segundo plano. En las relaciones entre ambos ordenamientos jurídicos, general y particular, juega un papel importante el principio de la *lex specialis*²¹, que se relaciona estrechamente con la idea del Derecho Internacional como sistema jurídico. Este principio tiene como objeto armonizar las normas en conflicto mediante el establecimiento de relaciones de primacía definidas²² entre ellas. Existen dos maneras de examinar la relación entre una norma particular con una general: a) la norma especial como aplicación, profundización o actualización de una norma general; b) la norma especial como modificación, reformulación o exclusión de la norma general (es decir, como excepción). Pero conviene recordar que una norma nunca es especial o general en abstracto, sino en su relación con otra norma: a) conflicto entre dos disposiciones, una especial y una general, dentro de un mismo instrumento; b) conflicto de normas existentes en dos instrumentos diferentes; c) conflicto entre un tratado y una norma no convencional; d) conflicto entre dos normas no convencionales. En estos casos, si bien no existe una jerarquía formal entre las fuentes del Derecho, sí que existe una jerarquía informal²³, que se sirve en forma pragmática de un razonamiento jurídico: antepone la norma especial a la más general.

Lo importante, pues, es determinar las soluciones y técnicas que ofrece el Derecho Internacional tradicional para encontrar las relaciones entre normas y principios jurídicos generales o especiales, con el objeto de determinar cómo deben aplicarse a un conflicto determinado. En la aplicación de la norma especial, ya sea con otra norma especial o de naturaleza general, se hace necesario determinar la relación existente entre ellas cuando ambas son válidas y aplicables a una misma situación. En tal caso puede resultar: a) que

²¹ Constituyen una subcategoría de ley especial los llamados regímenes autónomos. Esta expresión se utiliza en tres sentidos diferentes: a) en sentido amplio, se refiere a las disposiciones convencionales que versan sobre una misma cuestión; b) en sentido restringido, hace referencia a un conjunto especial de normas secundarias, por ejemplo, las normas sobre Derecho Diplomático, cuya primacía se invoca sobre las normas generales de responsabilidad del Estado relativas a las consecuencias de un hecho ilícito; c) en sentido académico, como forma de describir esferas completas de especialización funcional en la aplicación de normas y técnicas especiales de interpretación y administración, por ejemplo, DDHH, Derecho Humanitario, OMC, etc.

²² El principio, constituye una excepción al Derecho General. Es un principio tradicional y ampliamente aceptado como regla de interpretación jurídica y técnica de solución de conflictos de normas.

²³ Si bien existen motivos fundados para distinguir entre la jerarquía de las normas jurídicas y la jerarquía de las fuentes del Derecho, con respecto a estas últimas no existen una jerarquía formal ni informal. Si habitualmente se da primacía a un tratado sobre una costumbre general no es debido a una jerarquía de Derecho, sino simplemente de dar efecto a la voluntad de las partes; no puede excluirse que con el mismo motivo una costumbre especial puede tener primacía sobre un tratado general.

la norma sirva como elemento de interpretación de la otra; b) que su aplicación produzca como efecto decisiones incompatibles, en cuyo caso se hace necesario escoger entre ellas. En dichos casos se hace necesaria una interpretación, situación que está reglada por la CV69, a la cual acuden todos los tribunales internacionales en sus resoluciones, como también acuden, en numerosos casos, a los principios generales del Derecho. Entre estos últimos, tiene una especial importancia el principio *lex specialis derogat legi generali*. La preferencia en la aplicación de la ley especial sobre la general tiene su fundamento en que la primera es más específica o concreta que la segunda y puede ser aplicada en cualquier clase de conflicto de normas de distinta o igual naturaleza; la fuente de la norma no es decisiva para la determinación o aplicación de la norma especial.

Es innegable la efectividad creciente de las normas regionales, a pesar de que su fundamento jurídico depende del Derecho Internacional General. Esta «productividad normativa» superior del nivel regional puede explicarse por la solidaridad entre pueblos que tienen civilizaciones o tradiciones jurídicas comunes (DDHH y democracia, por ejemplo), o por la interdependencia ligada a la proximidad geográfica (medio ambiente, particularmente); los dos factores se combinan para reglar ciertos problemas comunes. El aporte normativo de una norma regional se debe a veces simplemente a su especificidad.

Otro problema real existente en la comunidad internacional actual es el de la multiplicación de los actores internacionales (organizaciones internacionales, ONGs, personas privadas), entre los que se destaca la posición de la persona humana en el Derecho Internacional con un acentuado énfasis en sus derechos y libertades individuales, lo que ha llevado a que se encuentre facultada, cada vez con más frecuencia, a trasladar su conflicto de los tribunales nacionales a instancias internacionales, ya sean regionales o especiales.

En cuanto a los efectos o funciones de la ley especial, la misma puede ser aplicada para interpretar o modificar la ley general; es más discutible si una norma especial puede dejar sin efecto una general (está claro que no puede derogar una norma imperativa o violar el art.103 de la Carta de San Francisco). En efecto, en principio la ley general sigue siempre plenamente válida y será de aplicación en los casos no previstos en la especial. Más aún, la especial tiene siempre su fundamento en una general. Los acuerdos parciales reciben su fuerza obligatoria por referencia a normas o principios generales (válidos y obligatorios) exteriores a ellos y que son de aplicación supletoria. El Derecho Internacional General siempre se encuentra subyacente tras las normas y regímenes particulares. Este nexo entre la norma general y especial, teniendo en cuenta lo dispuesto por la norma general, debe permanecer siempre latente para mantener la coherencia estructural y unidad del Derecho Internacional.

2. LOS REGÍMENES AUTÓNOMOS O ESPECIALES

Constituyen un caso de particular estudio los llamados regímenes especiales o autónomos como supuestos de ley especial. Una determinada cuestión puede constituir un régimen especial y ser aplicable como ley especial. Estos regímenes especiales, generalmente compuestos por una serie o sistema de normas, pueden reglamentar cuestiones específicas (la utilización de un río); o bien una materia determinada (Derecho del Mar, Derecho del Medio Ambiente, Derecho Mercantil, DDHH); o, en forma más compleja, una región determinada. Pueden tener como base uno o varios tratados, como así también prácticas consuetudinarias (tanto generales como particulares). Como la ley especial, estos regímenes autónomos pueden prevalecer sobre la ley general. Cumplen las siguientes funciones: a) llenar lagunas; es decir, regular relaciones o casos no contemplados por el Derecho general; b) regular relaciones específicas que hacen a los intereses propios de la materia o Estados involucrados.

En cuanto al término «regímenes autónomos», la Asamblea expresó su apoyo a la sugerencia del Grupo de Estudio de que debía descartarse por ser equívoco. En su lugar, era más conveniente la denominación de «regímenes especiales», que proporcionaban un marco general más adecuado para examinar cuestiones como las de las «cláusulas de desconexión». En este sentido, se dijo que era importante elaborar normas sobre la aplicación de las cláusulas de desconexión puesto que de su análisis se confirmaría la conclusión principal de que los regímenes especiales no han socavado gravemente la seguridad, previsibilidad e igualdad jurídicas de los sujetos de Derecho. Además, refiriéndose específicamente a situaciones en las que la Comunidad Europea (CE) entraba a formar parte de un tratado junto con sus Estados miembros (EM), se insistió en que las cláusulas de desconexión no deben ser causa de preocupación, ya que solo eran aplicables cuando las disposiciones del tratado coincidían con las del Derecho Comunitario correspondiente y, por tanto, no se ponía en entredicho el alcance ni la aplicabilidad del tratado como tal. Por tanto, no debía considerarse que una situación de este tipo diera lugar a la fragmentación del Derecho Internacional ni constituyera un fenómeno negativo.

Un régimen autónomo representa, entonces, la idea de un conjunto de normas e instituciones jurídicas sobre una materia específica de índole internacional o (cada vez en mayor medida) global, que se aísla del resto del Derecho Internacional. Por más autonomía que goce un cierto régimen, este nunca se sale totalmente del sistema del Derecho Internacional. El término «régimen autónomo» conlleva solo confusiones, por lo que se debe hablar mejor de «regímenes especiales»²⁴. Los regímenes especiales operan como *lex specialis*: a) pueden

²⁴ A. Rodiles, *op. cit.*

dejar de lado reglas del Derecho Internacional, pero no lo invalidan; b) las lagunas y limitaciones propias de su especificidad hacen que recurran supletoriamente al Derecho Internacional General. Constituyen un conjunto de normas que se distinguen de las normas del Derecho Internacional General y de otros regímenes particulares; forman parte del Derecho Internacional. La CDI sostiene que la aparición de regímenes especiales:

[...] no ha socavado seriamente la seguridad jurídica, la previsibilidad del Derecho y la igualdad de los sujetos jurídicos.

Su denominación tiene su origen en el *Asunto relativo al Personal Diplomático y Consular de los Estados Unidos en Teherán*, donde la CIJ determinó que las reglas de Derecho diplomático constituyen un «régimen autónomo». De esta forma abrió el camino al debate sobre la existencia de regímenes autónomos en el campo de la responsabilidad del Estado.

Para Martti Koskenniemi, cuando las reglas se agotan, o los regímenes fallan, las instituciones se refieren siempre al Derecho Internacional General, que aparentemente constituye el marco dentro del cual estos regímenes específicos existen²⁵. Esta es una batalla que parece haber sido ganada por la teoría jurídica europea. El Derecho es un todo, o en palabras de la primera conclusión alcanzada por el Grupo de Estudio: «el Derecho Internacional es un sistema jurídico». Pero ¿qué tan útil es esta victoria? Los constitucionalistas tienen razón al señalar que los regímenes funcionales no flotan en un vacío normativo. Si bien el Grupo de Estudio señaló que ningún régimen, por más especial que fuera, era completamente autónomo del Derecho Internacional, la respuesta a qué hacer en esas situaciones dependerá de las circunstancias. Por un lado, los conflictos entre los regímenes especiales y el Derecho Internacional General expresan la tensión entre el particularismo y el universalismo, y la simple especialidad o generalidad de una regla o un régimen no da una razón suficiente para preferirlo. Por el otro, está la pregunta de qué significa «general» y «especial» en este contexto. La práctica jurídica puede ser leída bajo una luz sistémica: todo está siempre regulado. No hay casos claros de *non liquet* en la práctica internacional. El Derecho tiene integridad como sistema, ya sea en la imagen anglo-americana o en la perspectiva continental.

Dupuy señala su preocupación por la tendencia hacia la autonomía cada vez mayor de los regímenes especiales, producto del fenómeno general de la expansión del alcance material del Derecho Internacional²⁶. Los regímenes autónomos,

²⁵ M. Koskenniemi, «El destino del Derecho Internacional Público: entre la técnica y la política», *Revista de Derecho Público* (2010), n° 24.

²⁶ P. M. Dupuy, *op. cit.*

a saber, entidades concebidas como completamente autónomas y de flotación libre en el ámbito o espacio legal, no mantendrían ninguna relación con el Derecho Internacional General, ya que no tienen ninguna necesidad razonable de él. Estos proveerían, usando sus instrumentos convencionales, para todas sus necesidades: *lex specialis* como una suerte de sustitución, más que una relación de complementación con la ley general internacional. Estos sistemas tendrían sus propios métodos de control para asegurar la aplicación de sus normas, sus propios procedimientos de revisión y su propio régimen específico de sanciones, liberados de toda dependencia del Derecho consuetudinario internacional (tanto en lo concerniente a normas primarias como de responsabilidad), siendo internacionales en cuanto a su alcance, pero no en el sentido de pertenencia al orden preexistente de Derecho Internacional. El régimen autónomo provino originariamente de una interpretación incorrecta de la CIJ en su decisión en el *Asunto relativo al Personal Diplomático y Consular de Los Estados Unidos en Teherán*. Este engendro legal (para Dupuy) está en proceso de ampliación; prueba de ello es el emergente Derecho Internacional del Comercio; otros, dependiendo de sus preferencias o de su área de investigación, lo han señalado en relación con los DDHH, el Derecho ambiental y varias ramas del Derecho Internacional Económico. En definitiva, encuentran justificaciones teóricas para identificar regímenes especiales en cualquier parte donde esto les satisfaga. Esto es particularmente cierto respecto de la interpretación de obligaciones internacionales, sobre todo aquellas provenientes de convenciones. Por ejemplo, el Derecho Internacional Comercial (OMC), el Derecho Internacional Ambiental, el Derecho de las Inversiones y el Derecho de la UE han conservado eslabones sustanciales y fundamentales y han permanecido unidos al orden legal internacional. Para tomar el caso de los DDHH, estos no constituyen un campo autónomo del Derecho distinto del Derecho Internacional, sino que permanecen y se integran como parte de él. Siendo parte del orden jurídico internacional, estas normas particulares (y sus inevitables lagunas) son interpretadas por el Derecho Internacional General. En otras palabras, una cosa es constatar la existencia de subsistemas en el Derecho Internacional —con sus propias instituciones y normas jurídicas conforme a acuerdos particulares—, y otra muy distinta es considerar que cada subsistema es independiente del marco general normativo constituido según el orden jurídico internacional. La CDI ha reconocido el poder creciente de la autonomía relativa de la *lex specialis* para el desarrollo de nuevos accesos a la resolución de conflictos entre normas internacionales. El título de estas conclusiones es cuidadoso en relación con el objeto: no habla de fragmentación, sino de «diversificación», y de que la extensión del Derecho Internacional necesariamente causa una complejidad creciente de las relaciones entre normas internacionales. En este título, las conclusiones de la Comisión que conciernen a la relación de regímenes autónomos con la ley general internacional sirven como una útil clarificación. Sujetos a las mismas

condiciones de cualquier *lex specialis*, estos regímenes seguramente pueden quitar virtudes al Derecho Internacional, pero este conserva su entera validez, en particular, para llenar las lagunas inevitables en estos regímenes, pero también para servir de sustituto donde estas construcciones particulares normativas de forma demostrable han fallado. De este modo, se pone de manifiesto la equívoca utilización del término fragmentación. De este modo, estos regímenes especiales son colocados dentro de sus dimensiones correctas y su contexto apropiado.

3. LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO Y SU APLICACIÓN

La aplicación de las normas internacionales corresponde a los propios sujetos y, en tal sentido, los Estados, sujetos principales, la aplican y cumplen, no solo por el compromiso jurídico internacional que suponen tales normas, sino también porque en muchos casos la incorporan a su Derecho interno y, consecuentemente, son aplicadas por sus propios órganos. En efecto, los tribunales nacionales en muchos casos aplican el Derecho Internacional en virtud de la incorporación de los tratados debidamente ratificados al Derecho interno, pero también pueden hacerlo con normas internacionales consuetudinarias²⁷. La aludida reconocida carencia de órganos centrales de naturaleza judicial y ejecutiva en la comunidad internacional impide, la mayoría de las veces, el cumplimiento forzoso de las normas internacionales. La interpretación como medio de aplicación de la ley especial hace de imprescindible aplicación principios de Derecho Internacional General que se encuentran contemplados en el CV69, al que acuden todos los tribunales internacionales en sus resoluciones. La interpretación de los tratados es fundamental para determinar el sentido, alcance y aplicación de las normas convencionales, ya que la función esencial de todo tratado es la de crear Derecho, ya sea a través de una norma general o particular. Por ello, las normas y reglas del CV69 sobre interpretación de los tratados son importantes, no solo para la aplicación de los tratados, sino también para su redacción. Los métodos más generalizados a los fines de interpretación de una norma jurídica, particularmente de los tratados internacionales, son: el método objetivo, textual o gramatical (se basa en el texto del tratado); el método teleológico (consideración del objeto o fin del tratado); y el método subjetivo (verificar la verdadera intención de las partes).

²⁷ La aplicación del Derecho Internacional por los tribunales nacionales también muestra la naturaleza evolutiva del orden internacional. Este es un fenómeno creciente en la función judicial, pero también se ha prestado a abusos en el ejercicio de las facultades jurisdiccionales o en la propia interpretación del Derecho Internacional aplicable.

4. LOS CONFLICTOS ENTRE NORMAS SUCESIVAS (ARTÍCULO 30 DEL CONVENIO DE VIENA DE 1969)

- Interpretación en la aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia. Se encuentra legislada por el art.30 del CV69, disposición que resulta de necesario análisis teniendo en cuenta que involucra materias importantes como responsabilidad, interpretación e, incluso, modificación o enmiendas a los tratados que se encuentran contemplados en otros artículos del Convenio. Constituye un tema corriente como consecuencia de la expansión de la cooperación internacional para atender a las nuevas necesidades surgidas en el seno de la comunidad internacional. El art. 30 dispone lo siguiente:

Artículo 30. Aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia.

1. Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, los derechos y obligaciones de los Estados Partes [EP] en tratados sucesivos concernientes a la misma materia se determinarán conforme a los párrafos siguientes.
2. Cuando un tratado especifique que está subordinado a un tratado anterior o posterior o que no debe ser considerado incompatible con ese otro tratado, prevalecerán las disposiciones de este último.
3. Cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior, pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida conforme al artículo 59, el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior.
4. Cuando las partes en el tratado anterior no sean todas ellas partes en el tratado posterior:
 - a) En las relaciones entre los Estados partes en ambos tratados se aplicará la norma enunciada en el párrafo 3.
 - b) En las relaciones entre un Estado que sea parte en ambos tratados y un Estado que solo lo sea en uno de ellos, los derechos y obligaciones recíprocos se regirán por el tratado en el que los dos Estados sean partes.
5. El párrafo 4 se aplicará sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 41 y no prejuzgará ninguna cuestión de terminación o suspensión de la aplicación de un tratado conforme al artículo 60 ni ninguna cuestión de responsabilidad en que pueda incurrir un Estado por la celebración o aplicación de un tratado cuyas disposiciones sean incompatibles con las obligaciones contraídas con respecto a otro Estado en virtud de otro tratado.

- Principio de jerarquía. El pár. 1 del referido artículo consagra el principio de jerarquía, al establecer la primacía de lo dispuesto por el art. 103 de la Carta de la ONU con relación a cualquier otro tratado:

En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de la ONU en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta.

En este sentido, ratifica que el Derecho Internacional otorga a las normas y obligaciones emanadas de la Carta de la ONU primacía sobre otras normas²⁸.

- Principio de ley posterior. El pár. 2 afirma el principio de *lex prior*, remitiéndose a lo establecido en cada tratado, bien se encuentre subordinado a otro (anterior o posterior), bien lo establecido en ese tratado no sea incompatible con lo dispuesto en otro. Este principio aceptado en su aplicación convencional tiene dos limitaciones desde el punto de vista del Derecho Internacional General: las normas *ius cogens* y las obligaciones *erga omnes*. Desde la óptica del Derecho Internacional Particular surgen, además, otros condicionamientos relacionados con la jerarquía de las fuentes de donde emanan. Tal es el caso especial de las resoluciones de las organizaciones internacionales que, en cuanto a su aplicación, no solamente deberán tener en cuenta el principio general de que la ley posterior es de aplicación prevalente con respecto a la anterior, sino también la jerarquía de la resolución de conformidad al órgano de la organización respectiva de la cual emana (relaciones jerárquicas entre los órganos de esa organización).
- Principio *lex posterior deroga legi priori*. Está confirmado para los supuestos contemplados en el pár. 3 y el apartado a) del pár. 4 del art. 30. El pár. 3 establece que, cuando todas las partes en un tratado anterior sean las mismas que en un tratado posterior, solo se aplicarán las disposiciones del tratado anterior en cuanto no sean incompatibles con las del tratado posterior. Esta norma es la expresión del principio «la ley posterior deroga la ley anterior». El apartado a) del pár. 4 instituye que, en el caso de dos tratados sucesivos en que las partes no sean las mismas, las relaciones entre los EP que lo sean en ambos tratados se regirán por lo dispuesto por el tratado posterior, aplicándose las normas del tratado anterior solo en el supuesto de que no sean incompatibles con el posterior.

²⁸ La primacía de las normas de la Carta obliga a reflexionar sobre el tema de jerarquía de normas y, especialmente, sobre la jerarquía existente entre las normas de la Carta, las normas *ius cogens* y las obligaciones *erga omnes*.

- Interpretación de la aplicación de tratados sucesivos *inter se*. El problema más grave en la aplicación de tratados sucesivos se manifiesta en las relaciones entre un Estado que sea parte en ambos tratados y un Estado que lo sea en solo uno de ellos. El apartado b) del pár. 4 establece, en este caso, que los derechos y obligaciones recíprocos entre ambos Estados en ese supuesto se regirán por el tratado en el que los Estados sean partes. Sobre este particular caben las siguientes acotaciones: i) en materia de responsabilidad, la mera celebración de un tratado posterior incompatible con uno anterior no da lugar *per se* a una violación del Derecho Internacional; esta violación solo se produciría en el supuesto de aplicación del tratado posterior; ii) el apartado b) del pár. 4 no regula una cuestión de validez de dos tratados incompatibles, sino solo una cuestión de prioridad entre esos tratados; iii) las disposiciones del art. 30 tienen carácter supletorio, no imperativo, no regulando cuestiones de suspensión o terminación de los tratados; iv) para interpretar esta disposición deben tomarse en cuenta dos principios: el principio *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* (un tratado no puede crear obligaciones ni derechos para un tercero sin su consentimiento), recogido en el art. 34 del CV69; y el principio *prior tempore, potior iure* (quien es primero en el tiempo es primero en el Derecho).

Por su parte, el art. 31 del CV69 establece lo siguiente:

Artículo 31. Regla general de interpretación.

1. El tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.
2. Para los efectos de interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:
 - a) Todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado.
 - b) Todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.

Del pár. 1 se destacan las siguientes pautas de interpretación.

- El principio de la buena fe. La buena fe, que desde el punto de vista ético se traduce en una actitud de honradez, lealtad, rectitud en el cumplimiento de obligaciones recíprocas, denota la confianza que una de las partes del tratado espera de la actitud leal de la otra u otras partes. La buena fe en Derecho

Internacional es un principio general del Derecho y un principio general de Derecho Internacional que es aceptado como tal por la comunidad internacional en su conjunto, y que ha sido receptado en numerosos textos convencionales²⁹. El principio de la buena fe impregna todo el Convenio; por ello, tanto en materia de cumplimiento de los tratados (*pacta sunt servanda*: los tratados deben cumplirse de buena fe), como de interpretación de los mismos, es indispensable, para una correcta aplicación, observar la disposición relativa a que los tratados deben interpretarse de buena fe.

- El sentido corriente de los términos. Esta expresión como regla de interpretación hace referencia a que los términos de un tratado deben interpretarse con el significado usual, normal, natural y espontáneo que poseen en el lenguaje corriente, relacionados con el contexto en que se encuentran utilizados y teniendo en cuenta el objeto y fin del tratado. Esta es la regla general que debe utilizarse, a menos que la interpretación de esa forma efectuada conduzca a resultados irrazonables o absurdos. En tal sentido, la jurisprudencia internacional ha establecido que para aceptar una interpretación que no sea la reflejada por el sentido normal y corriente de los términos, es necesario que exista una razón o prueba decisiva en tal sentido. Por ello, la parte que alega una excepción a la utilización del sentido natural de los términos debe soportar la carga de la prueba, debe demostrar en forma convincente que los términos usados han sido utilizados en un sentido especial, diferente a los corrientes. Tal es lo dispuesto en el pár. 4 del art.31:

[S]e dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

- Los términos del tratado en su contexto. Significa que los términos de las disposiciones de un tratado no deben ser interpretados en forma separada, sino considerando el tratado como un todo, ya que determinadas palabras, si se disocian del contexto, pueden tener más de un sentido o conducir a resultados irrazonables o absurdos. El art. 31 aclara lo que debe entenderse por contexto de un tratado:

- a) El texto del tratado propiamente dicho; b) el Preámbulo; c) los Anexos; d) todo acuerdo celebrado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; e) todo instrumento formulado por una o más partes y aceptado por las demás con motivo de la celebración del tratado, como instrumento referente al tratado.

²⁹ Carta de la ONU; Res. 2625 (XXV) de la AG; Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA), etc.

- Teniendo presente el objeto y fin. Objeto y fin gramaticalmente significan finalidad, propósito, objetivo o intención. Objeto y fin del tratado, generalmente, se encuentran consignados en su preámbulo, sin perjuicio de ubicarlos en cláusulas particulares del mismo o en otros acuerdos que puedan considerarse dentro de su contexto. En este sentido, la consideración del objeto y fin del tratado respondería al método de interpretación textual o gramatical. Sin embargo, no hay que olvidar que objeto y fin gramaticalmente significan finalidad, propósito, objetivo o intención. En este sentido, es indudable que sería de aplicación el método teleológico, ya que estaría íntimamente vinculado al propósito o fin que guió a las partes a celebrar el tratado. En este sentido, la jurisprudencia, con mayor frecuencia al decidir sobre el sentido de cláusulas insertas en tratados constitutivos de organizaciones internacionales, ha establecido que, solo cuando se conoce lo que las partes intentaron hacer y el propósito que tuvieron al contratar, es posible interpretar el sentido corriente de los términos del tratado. Debemos recordar que objeto y fin del tratado son los elementos esenciales que las partes han tenido en cuenta para celebrarlo.

Agrega el art. 31.3:

Juntamente con el contexto habrá de tenerse en cuenta:

- a) Todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación o de la aplicación de sus disposiciones.
- b) Toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado.
- c) Toda norma de Derecho Internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

- Interpretación «auténtica». Los apartados a) y b) del pár. 3 del art. 31 consignan lo que se denomina una interpretación «auténtica» del tratado; es decir, aquella que realizan las propias partes del tratado, ya sea por un acuerdo o por su comportamiento posterior a la entrada en vigor, a los fines de su interpretación o aplicación. La práctica ulterior, cuando es uniforme, coherente y seguida por la mayoría de las partes, constituye un elemento decisivo para determinar el sentido y alcance de los términos del tratado; constituye una prueba del consenso de las partes sobre la interpretación del tratado y cumple el mismo fin que un acuerdo sobre tal interpretación. El consentimiento colectivo para que equivalga a una verdadera interpretación auténtica del tratado puede manifestarse, no solamente mediante un obrar positivo, sino también manifestarse tácitamente, ya sea mediante la aquiescencia o bien por la ausencia de protesta ante la conducta seguida por la mayoría de las partes.

5. LA INTEGRACIÓN SISTÉMICA [ARTÍCULO 31.3.C) DEL CONVENIO DE VIENA DE 1969]

Son interesantes las observaciones en el Informe de la CDI sobre la regla establecida por el art. 31.3.c) del CV69, según las cuales, una convención debe ser interpretada teniendo en cuenta «cualquier regla relevante de Derecho Internacional aplicable en relaciones entre las partes»; referencia cada vez más utilizada por la jurisprudencia internacional, incluyendo a la CIJ. El estudio aporta una perspectiva valiosa de la utilización judicial frecuente de la norma en los últimos años y sobre el hecho de que la jurisprudencia pone de manifiesto tanto la conciencia sobre los riesgos de la fragmentación, como la labor para promover una aplicación uniforme y coherente del Derecho. El papel de «otras normas» en la interpretación de los tratados ha ganado en importancia y, en este sentido, es positivo el examen del Derecho consuetudinario y de los principios generales del Derecho. Fue un acierto de la CDI la elección del CV69 como marco general de referencia, como también el interés práctico en las diversas técnicas jurídicas utilizadas por las instituciones judiciales internacionales para resolver conflictos normativos. Para ello, consideraron no solo necesario examinar únicamente algunas disposiciones del CV69, sino también otras relaciones entre normas en el sistema jurídico internacional, como la integración, la complementariedad y la subsidiariedad.

El apartado c) del pár. 3 del art. 31, al establecer que a los fines de la interpretación debe tenerse en cuenta «toda norma pertinente de Derecho Internacional aplicable a las relaciones entre las partes», fija una regla de interpretación esencial a la hora de promover la armonización y otorgar garantías para la unidad del orden jurídico internacional. Es lo que parte de la doctrina denomina «interpretación sistémica»; es decir, qué aplicación se efectúa cuando las disposiciones del tratado en cuestión no son suficientes o son imprecisas o confusas; entonces se recurre a otras normas convencionales, consuetudinarias o a principios generales del Derecho. Tal es el objetivo de la interpretación sistémica. La interpretación textual de esta disposición permite extraer las siguientes conclusiones: 1) no circunscribe a las convencionales las normas de Derecho Internacional aplicable en las relaciones entre las partes. En efecto, cuando la disposición se refiere «a toda norma pertinente de Derecho Internacional», no descarta la aplicación de otras fuentes del Derecho Internacional, como el Derecho Consuetudinario y los principios generales del Derecho. 2) En consecuencia, la interpretación de un tratado debe tomar en cuenta todas las normas pertinentes de Derecho Internacional (no solo las convencionales sino también las generales) vigentes entre las partes en el momento en que haya que interpretar el tratado. Las convencionales son especialmente importantes cuando las partes en el tratado que es objeto de interpretación son también partes en otro tratado. 3) No está limitado en lo temporal. La aplicación de la disposición es intemporal en relación con la determinación del momento en que se puede proceder a aplicar otras normas de

Derecho Internacional. 4) También puede interpretarse esta disposición en el sentido de que las partes no han querido celebrar un convenio contrario al Derecho Internacional; es decir, que el criterio de esta regla es que debe interpretarse el texto de un tratado en el sentido de que busca producir efectos de conformidad con el Derecho existente, no violándolo.

- Interpretación «complementaria». Se encuentra reflejada en el art. 32:

Artículo 32. Medios de interpretación complementarios.

Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad al artículo 31:

- a) Deje ambiguo u oscuro el sentido.
- b) Conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

Los medios de interpretación establecidos en este artículo, como dice expresamente su título, son, además de complementarios, condicionados a que se compruebe la imposibilidad de conciliar los términos del tratado dentro de su contexto, ya sea por oscuridad de sus expresiones, ya porque la aplicación textual de las mismas conduzcan a resultados irrazonables o absurdos. También cabe precisar que los medios complementarios citados —trabajos preparatorios³⁰ y circunstancias de su celebración³¹— no son taxativos, ya que la propia redacción de la disposición, «[...] medios de interpretación complementarios en particular [...]», refleja que existen otros medios aparte de los expresamente señalados; fijando que quizás los más apropiados son los consignados. Las condiciones determinadas para utilizar estos medios complementarios significan que no pueden utilizarse para interpretar el texto de un tratado que es suficientemente claro. Únicamente se podrá acudir a estos medios si, después de interpretar los términos de un tratado de conformidad con las pautas del art. 31, todavía persistieran dudas ciertas sobre su sentido y alcance. Los medios complementarios constituyen una excepción a las reglas de interpretación de los tratados y, por ende, deben ser de utilización restrictiva.

³⁰ El término «trabajos preparatorios» constituye una expresión global que hace referencia a todos los documentos que sirvieron de base para la redacción del tratado, tales como las actas de las sesiones o reuniones, los memorandos, los proyectos del tratado, las declaraciones oficiales de los Estados, etc.

³¹ Las circunstancias históricas de la celebración de un tratado son las circunstancias, las condiciones y el marco histórico en que los Estados celebraron el tratado. Algunos denominan este medio «interpretación histórica», ya que hace referencia al momento histórico en que el tratado se celebró resaltando el significado que los términos tenían en esa oportunidad, aunque la doctrina sostiene que la expresión es amplia y abarca no solo los antecedentes históricos sino también las circunstancias contemporáneas.

6. LA MODIFICACIÓN DE TRATADOS MULTILATERALES ENTRE ALGUNAS DE LAS PARTES. LOS ACUERDOS *INTER SE* (ARTÍCULO 41 DEL CONVENIO DE VIENA DE 1969)

- Interpretación de disposiciones de tratados pertenecientes al mismo o distinto «régimen». El principio de ley posterior es aplicable para resolver conflictos entre normas que forman parte de tratados institucionalmente conexos o que tienen por objeto alcanzar objetivos análogos. En cambio, si existe controversia sobre normas de tratados de distinto régimen, la determinación de cuál de ellos es posterior no entrañará necesariamente ninguna presunción de prioridad entre ellos.
- Modificación de tratados multilaterales entre algunas de las partes únicamente. Sin perjuicio de las consideraciones precedentes, la disposición del art. 30 debe ser necesariamente relacionada con lo dispuesto por los arts. 41 y 31 del CV69. El primero de tales dispositivos regula los acuerdos para modificar tratados multilaterales entre algunas de las partes únicamente. Esta clase de acuerdos da lugar a dos clases de relaciones jurídicas: a) unas relaciones «generales», aplicables a todas las partes en el tratado multilateral; y b) unas relaciones «especiales» aplicables solo a dos o más partes en el acuerdo *inter se*. Este último acuerdo modifica la aplicación del tratado anterior original sin enmendarlo. La relación entre el acuerdo general anterior y el particular posterior es análoga a la que existe entre la ley general y la ley especial. Los acuerdos particulares entre dos o más Estados que son partes en un tratado multilateral, si bien están permitidos, deben respetar la coherencia del tratado original anterior. En este sentido las condiciones para celebrar un acuerdo posterior son: a) la preservación de los derechos e intereses de las demás partes y del objeto y fin del tratado original³² [art. 41.1.b) i y ii]; b) la no imposición de obligaciones adicionales a las partes en el acuerdo original; c) el deber de notificación del acuerdo particular a las demás partes del tratado original (art.41.2.).

V. APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

La aplicación del Derecho Internacional se encuentra vinculada al problema de la eficacia del orden jurídico internacional para posibilitar el cumplimiento de una de sus funciones más importantes: garantizar la paz y seguridad en el seno de la comunidad internacional. Generalmente, se afirma que, a diferencia del orden

³² Las condiciones de admisibilidad de los tratados particulares posteriores deben estar en consonancia con los principios generales del Derecho de los Tratados tendientes a salvaguardar la integridad del tratado.

interno, el Derecho Internacional posee un grado muy reducido de eficacia. Para juzgar tal eficacia, debemos tener en cuenta que son los propios Estados los que crean las normas internacionales y se someten a ellas. El análisis de la eficacia de las normas puede hacerse desde dos puntos de vista: cuantitativo y cualitativo. El primero debe ser especialmente tenido en cuenta, ya que los sujetos internacionales, en la práctica, observan y aplican las normas internacionales tanto o más que los individuos en el orden jurídico interno. En cambio, desde el punto de vista cualitativo, el cumplimiento del Derecho Internacional es más problemático, pues está vinculado a la controvertida materia de la responsabilidad internacional del infractor, su imputabilidad y, en definitiva, a la aplicación coactiva de las normas internacionales. Las normas y obligaciones internacionales adoptadas y aceptadas por los Estados deben ser cumplidas por ellos de buena fe (*pacta sunt servanda*) y, generalmente, así lo hacen de forma espontánea.

Para la aplicación de una norma internacional es precisa la determinación previa, tanto de su existencia, como de su contenido y alcance. Si bien este proceso aparece como sencillo en los tratados, se torna más dificultoso en los casos de principios, normas imperativas y normas consuetudinarias. En efecto, aun cuando la norma sea identificada y se constate que se encuentra vigente, resta determinar si la misma es oponible al sujeto de que se trate. Esta situación se encuentra estrechamente vinculada con el carácter relativo de las normas internacionales (las consuetudinarias, por la figura del objetor persistente; las convencionales, por la regla *res inter alios acta*).

Desde el punto de vista jurídico, la aplicación del Derecho Internacional se encuentra regida por los siguientes principios fundamentales: igualdad jurídica, responsabilidad internacional, no intervención, prohibición del uso de la fuerza, arreglo pacífico de las controversias, buena fe. Por ello, el ordenamiento jurídico internacional ha previsto mecanismos sobre el particular que se traducen en: a) el régimen de responsabilidad internacional, b) la aplicación coactiva y c) el arreglo pacífico de las controversias.

La violación de las normas jurídicas o de las obligaciones internacionales vigentes genera responsabilidad internacional del autor. La responsabilidad constituye el núcleo del sistema jurídico internacional. Todo comportamiento (por acción u omisión) atribuible a un sujeto internacional violatorio de una obligación internacional conforma un hecho internacional ilícito que genera responsabilidad internacional³³. Todo sujeto internacional lesionado por el hecho internacionalmente ilícito puede invocar la responsabilidad internacional del responsable, exigiendo que se cumplan las consecuencias propias del mismo. Las características

³³ Res. 56/83 de la AG, proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos: todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional (art. 1).

propias del Derecho Internacional (carencia de órganos centrales y de una jurisdicción obligatoria) no privan a sus normas de coactividad, aunque condicionan sus mecanismos. No existe ningún conflicto entre Estados que no se vincule al problema de la responsabilidad.

Las organizaciones regionales tienen la ventaja de poseer una estrategia normativa más eficaz, máxime si los terceros Estados no disponen de una solución alternativa en otras organizaciones internacionales. De no encontrar soluciones en esos marcos, los Estados deberán recurrir a un unilateralismo peligroso o a la búsqueda lenta y delicada de la responsabilidad internacional de la organización regional o del Estado de que se trate. El debate en materia de responsabilidad se dificulta para determinar la existencia, en el caso concreto, de la responsabilidad propia de las organizaciones internacionales regionales y/o de los EP en las mismas.

Frente a un hecho ilícito internacional caben, en principio, dos clases de reacciones. Una, centralizada, de naturaleza vertical, de carácter institucional; la otra, descentralizada, de naturaleza horizontal, individual, unilateral. Las primeras se adoptan en el marco de sistemas normativos centralizados, previstas en las cartas o tratados de las organizaciones internacionales y, generalmente, se las tipifica como sanciones por su verticalidad, ya que las mismas son resueltas por los órganos de la organización con competencia para ello; de allí que estas respondan siempre a pautas convencionales institucionales³⁴. Esta clase de reacciones (sanciones) pueden ser decididas no solamente en el marco de organizaciones mundiales, sino también en el de las organizaciones regionales³⁵; o bien por normas establecidas en tratados³⁶ que establecen mecanismos de esta naturaleza para aplicar en el caso de controversias entre las partes o cuando una de ellas viola las disposiciones convencionales. En cambio, la reacción descentralizada, unilateral, es llevada a cabo por el Estado directamente lesionado, mediante medidas de retorsión, reciprocidad o represalias (contramedidas). Parte de la doctrina engloba dentro de la denominación genérica de contramedidas a todas aquellas acciones individuales que puede tomar el Estado lesionado para presionar al Estado infractor al cumplimiento de la obligación violada³⁷ y a que asuma las consecuencias del hecho ilícito³⁸. Otros circunscriben el término únicamente a las represalias. La razón de estos últimos es que la retorsión y las medidas de reciprocidad son acciones lícitas y se toman en el marco del Derecho de los Tratados; mientras que las represalias (contramedidas propiamente dichas)

³⁴ Las medidas adoptadas por la organización internacional general o regional se denominan sanciones (pueden tener carácter punitivo) de naturaleza vertical (se dirigen desde el órgano competente hacia el EM de la organización, infractor).

³⁵ Facultades del Consejo de Seguridad (C. de S.) en la ONU, o del Consejo Permanente de la OEA (CP).

³⁶ CV69.

³⁷ Retorsión, represalias, denuncia de un tratado, incumplimiento de normas convencionales, legítima defensa.

³⁸ Cese del hecho ilícito, reparación y, en su caso, garantías de no repetición.

son acciones normalmente ilícitas, pero que el Derecho transforma en lícitas. La importancia y trascendencia de estas últimas motivó que la Res. 56/83 de la AG le dedicara su particular atención³⁹.

Si bien, de conformidad con lo establecido por la CIJ en el *Asunto de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua*, la obligación general de los Estados de solucionar pacíficamente sus controversias ya contaba con diversos antecedentes convencionales⁴⁰, esta obligación constituye un principio de Derecho Internacional General consuetudinario. Se encuentra establecida en la Carta de la ONU en su art. 1, apartado 1, como un propósito; en el art. 2, apartados 3 y 4, traducida en dos obligaciones: la primera, donde consta concretamente el deber del arreglo pacífico; y la segunda, referente a la prohibición del uso de la fuerza; y en el art. 33, donde se enumeran los distintos medios de solución pacífica. El principio de la obligación del arreglo pacífico de las controversias internacionales también se encuentra contemplado en la Res. 2625 (XXV) de la AG y de este se pueden extraer las siguientes conclusiones: a) constituye una obligación de todos los Estados la de solucionar pacíficamente las controversias, a fin de no poner en

³⁹ Las contramedidas componen el Capítulo II (Contramedidas, arts. 49 a 54) de la Tercera Parte («Modos de hacer efectiva la responsabilidad internacional del Estado»). Si bien el Estado facultado para adoptar las contramedidas es el Estado directamente lesionado, el proyecto autoriza, en casos especiales, a terceros Estados (art. 48) a invocar a la responsabilidad internacional del Estado infractor para reclamar la cesación del ilícito, obtener garantías de no repetición y obligarlo a cumplir con la obligación de reparar. Incluso ha quedado inserta en la resolución lo que se denomina «cláusula de salvaguardia» (art. 54), por la que se deja a salvo el derecho de cualquier Estado, facultado de conformidad con el citado art. 48, a tomar medidas lícitas contra el Estado infractor para asegurar la cesación de la violación y el pago de la reparación en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada. Algunos autores afirman que estas disposiciones consagran una especie de acción pública internacional (*actio popularis*), ya que se legitima a Estados no directamente lesionados en sus derechos subjetivos por el ilícito para invocar la responsabilidad del Estado responsable y solicitar el cese de la violación y el otorgamiento de garantías de no repetición que cumpla con su obligación de reparar (en interés del Estado lesionado y de los beneficiarios de la obligación violada). Téngase presente que esta legitimación no solo se otorga en caso de violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas (lo que en el proyecto original se denominaban «crímenes internacionales»), sino también en los casos de violaciones de obligaciones colectivas o con la comunidad internacional en su conjunto. Esta última opción, denominada por parte de la doctrina «medidas solidarias», se otorga a los fines de asegurar el interés de la comunidad en el cumplimiento, por todos los Estados, de las obligaciones *erga omnes*. En este mismo contexto se puede hacer referencia a los mecanismos de cumplimiento introducidos en tratados multilaterales ampliamente ratificados, especialmente los tratados de DDHH. En conclusión, podemos decir que la comunidad internacional está desarrollando lentamente ciertas técnicas jurídicas para otorgar preeminencia a normas valor fundamentales, y para asegurar que dichas normas puedan ser defendidas colectivamente por la comunidad internacional en su conjunto. *Vid.* O. Spijkers, «What's Running the World: Global Values, International Law, and the United Nations», *IJHRL* (2009-2010), vol. 4, n° 1.

⁴⁰ Los antecedentes de esta obligación se encuentran, fundamentalmente, en las Convenciones de la Haya de 1899 y 1907, respectivamente; el Pacto de la Sociedad de las Naciones y el Acta General para el Arreglo Pacífico de las Controversias Internacionales de 1928, vinculado al Tratado de París del mismo año, conocido como el Tratado Briand Kellog.

peligro la paz, la seguridad y la justicia; b) el arreglo pacífico se basa en dos principios: 1) igualdad soberana de los Estados y 2) libre elección de los medios. En este sentido, las partes son libres para elegir cualquier medio que resulte adecuado a las circunstancias y a la naturaleza de la controversia (negociación, investigación, mediación, conciliación, arbitraje, arreglo judicial, recursos previstos en los organismos regionales, etc.). De ello se deduce que este deber constituye una obligación de comportamiento, no de resultado, regida por el principio de la buena fe⁴¹.

VI. ÓRGANOS DE CONTROL E INTERPRETACIÓN

La fragmentación del Derecho Internacional también se expresa en la proliferación de instituciones y regímenes normativos que gozan de un alto grado de autonomía, así como en los conflictos que surgen entre dichos regímenes e instituciones y el Derecho Internacional General. De ahí que se suele hablar de «fragmentación institucional» (proliferación de instituciones) y de «fragmentación sustantiva» (referida a los conflictos normativos propiamente dichos). La primera, también llamada «orgánica», se traduce en la multiplicación de métodos y procedimientos de control para la aplicación del Derecho. Tanto la fragmentación normativa como la institucional están unidas por el fenómeno general de la expansión del alcance material del Derecho Internacional que se vincula estrechamente al desarrollo de los subsistemas basados en convenciones particulares. Esta circunstancia ha dado origen a la multiplicación de jurisdicciones internacionales y al riesgo correlativo de una jurisprudencia internacional contradictoria⁴². A este respecto, la CIJ tiene un rol fundamental en asegurar la unidad de interpretación del Derecho Internacional⁴³. La eficacia de la unidad necesaria en el sistema internacional normativo dependerá de la percepción que los jueces tengan de la existencia y de la coherencia de tal siste-

⁴¹ El Prof. Julio Barboza entiende que se trata de: «una obligación sui generis de un contenido especial cuyo cumplimiento se basa enteramente en la buena fe de las partes [...], una obligación de tratar de llegar a un acuerdo de buena fe [...], pero no de alcanzar ese acuerdo [...]». J. Barboza, *Derecho Internacional Público*, Zavalla 2008.

⁴² P. M. Dupuy, *op. cit.* Un tribunal de DDHH particular regional o uno especializado judicial (o cuasi judicial) podría interpretar el Derecho Internacional General de una forma diferente a la CIJ. No obstante el principio de efecto relativo de las sentencias de la Corte, de acuerdo con el art. 59 de su Estatuto, todos aceptan que sus interpretaciones judiciales constituyen una interpretación auténtica del Derecho internacional.

⁴³ P. M. Dupuy, *op. cit.* Esta preocupación deriva de la resolución del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY), bajo la presidencia del Prof. A. Cassese, en el *Caso Tadic*, apartándose de la jurisprudencia de la CIJ sobre las condiciones de responsabilidad estatal en las tareas de control (general o efectiva, respectivamente).

ma, así como del conocimiento real de su contenido⁴⁴. Todos los tribunales de regímenes especiales están embarcados en un viaje legal común. Para emplear otra metáfora, todos ellos hablan una lengua en la cual la gramática común es el Derecho Internacional⁴⁵. Sin embargo, para Koskenniemi, aun si las instituciones aplicaran las mismas reglas, las aplicarían de manera distinta debido a «diferencias en los respectivos contextos, objetos y propósitos prácticos de las partes y en los trabajos preparatorios». Todo depende del sesgo de la institución. En un mundo de regímenes plurales, el conflicto político se traduce en la descripción y redescritión de aspectos del mundo para hacerlos encajar bajo la jurisdicción de alguna institución en particular. Las oportunidades son así infinitas, pues cualquier problema significativo puede ser definido como un problema de «Derechos Humanos» o un asunto de «seguridad», o incluso un tema «ambiental», «comercial» o «de salud». Así, la fragmentación se convierte en una lucha por la hegemonía institucional. En conflictos de jurisdicción uno de los problemas radica en encontrar o definir «criterios universales» para encuadrar legalmente distintos conceptos o circunstancias como «intervención humanitaria», «agresión» o «terrorismo»⁴⁶. Lauterpacht y otros juristas estaban en lo cierto al asumir que la condición de Estado sería poco a poco afectada por factores técnicos y económicos producto de un mundo en proceso de globalización. Esto es lo que ha hecho la diferenciación funcional en sus dos facetas: fragmentación y deformalización. En todo caso, el CV69 dispone que todo tratado debe ser interpretado teniendo en cuenta «cualquier regla relevante del Derecho Internacional aplicable entre las Partes». Esta regla permitiría no caer en compartimentos herméticos de especialización funcional.

El conflicto entre normas también se plantea respecto a las organizaciones internacionales regionales en relación con las organizaciones universales. Colocar la cuestión en el campo teórico no es lo mismo que analizarla teniendo en cuenta la realidad, que siempre es más compleja en el campo de las relaciones internacionales. A veces, el problema de conflicto entre normas obligatorias de Derecho universal y de Derecho regional se reduce a uno referido

⁴⁴ P. M. Dupuy, *op. cit.* Tribunales penales internacionales [incluyendo, de allí en adelante, la Corte Penal Internacional (CPI)], así como el Tribunal del Derecho del Mar, las cortes y cuerpos de supervisión para DDHH, el panel de petición de la OMC, los tribunales de arbitraje (no olvidando los de CIADI y NAFTA) que están haciendo uso regular del Derecho Internacional y, finalmente, la cohorte entera de mecanismos de seguimiento.

⁴⁵ P. M. Dupuy, *op. cit.* Sin embargo, en el análisis no debemos olvidar otras causas —que a veces escapan al mero análisis legal— de un carácter estratégico, ideológico y aun cultural. Estas también se encuentran dentro del debate de la fragmentación, aunque se ubican más allá del dominio restringido de los especialistas del Derecho Internacional.

⁴⁶ *Vid.* M. Koskenniemi, *op. cit.*

anteriormente: la «elección» entre normas. Los Estados pueden elegir, en cuanto a su aplicación, entre varias normas, optando por la que les permita el mayor margen de aplicación, pero siempre respetando la relación jerárquica entre normas universales «obligatorias» y «dispositivas». Para ello, deben tener siempre presente el objetivo perseguido por la norma. El regionalismo constituye una respuesta, plasmada en medidas colectivas, a la vigencia de un régimen convencional «universal». En todo caso, las relaciones entre normas regionales y normas universales deben considerarse como de interdependencia y de complementación, no de oposición⁴⁷.

El actual Derecho Internacional se sigue fundando, primordialmente, en el principio de la igualdad soberana de los Estados. Sin embargo, es una realidad que en el seno de la comunidad internacional se han multiplicado las relaciones políticas y económicas entre los Estados, con el inevitable efecto del surgimiento de nuevos problemas que demandan una reglamentación y una solución. También constituye una realidad la proliferación y fortalecimiento del fenómeno de las organizaciones internacionales regionales, producto del fenómeno de la cooperación internacional, destinadas, en algunos casos, a buscar soluciones que la ONU no había producido, encontrando en esta vía medios idóneos para hacerlo y evitar situaciones conflictivas. La aparición de asociaciones de Estados y el reconocimiento de su personalidad jurídica internacional afectan los principios tradicionales de las relaciones interestatales, particularmente el principio de la soberanía de los Estados en cuanto a concepto intangible, ilimitable, indelegable e imprescriptible. La evolución de las limitaciones del contenido de dicho concepto se inicia con la simple coexistencia de entidades estatales iguales (principio de igualdad soberana de los Estados) y como exigencia de supervivencia de las mismas; se extiende con la celebración de tratados que implican la autolimitación en el ejercicio de determinados derechos; se desarrolla con la selección de áreas de relaciones de necesaria ejecución conjunta que concluye con la creación de las primeras organizaciones internacionales; y se llega a la actualidad, cuando se acepta la necesidad del ejercicio de determinadas competencias por entidades supraestatales. El concepto de soberanía estatal cede ante las necesidades de dichas entidades y de los pueblos, y en Derecho Internacional se admite una dicotomía funcional en el ejercicio del poder. En el ámbito interno, el Estado goza, en principio con independencia de todo poder externo, de las facultades de autoor-

ganización, legislativas, ejecutivas y de aplicación; pero la realidad internacional nos dice que la interdependencia real y efectiva existente entre los Estados incide en sus políticas internas y exteriores, resultando en algunos casos, en virtud de la diferente disponibilidad de recursos, en dependencia lisa y llana, abarcadora de ambos campos de acción estatal: interno e internacional. Se puede admitir, no obstante lo expresado, una relativa subsistencia de la soberanía en el orden interno con exclusividad en el ejercicio de ciertas competencias, pero no que los Estados sean soberanos en la acepción clásica del concepto. Los poderes estatales están limitados, restringidos, y en muchos casos han sido objeto de delegación a entes distintos de ellos mismos. Las organizaciones internacionales son las entidades cesionarias de los poderes transferidos; es por ello que iusinternacionalistas y constitucionalistas hablan ya de una federalización de la comunidad internacional, en una nueva conformación en la que estas instituciones están destinadas a ejercer competencias delegadas por las estructuras estatales preexistentes.

Este desarrollo de las organizaciones internacionales ha estado acompañado siempre del debate acerca de la estructura más adecuada para el sistema interestatal. En este sentido, el regionalismo se ha presentado como una alternativa al universalismo. Esto podría ser visto como un modelo de organización contrapuesto al modelo de una organización global y única. Sin duda, la organización regional se basa en la percepción de intereses comunes, que son más fáciles de satisfacer en un marco de cooperación más estrecho, coherente y homogéneo. Por su parte, el modelo universal se sienta, sobre todo, en una toma de conciencia de la globalidad de los problemas de la organización de la paz en el mundo. Las propuestas regionalistas tuvieron cabida en la Carta de San Francisco en dos temas fundamentales: el arreglo pacífico de controversias y el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales (capítulo VIII de la Carta). Posteriormente, la práctica internacional reforzó el regionalismo al orientar la ONU progresivamente sus actividades hacia esquemas regionalistas en ámbitos no específicamente previstos en la Carta, como por ejemplo, las Comisiones Económicas Regionales en el seno del Consejo Económico y Social, los programas y actividades regionales de organismos especializados como el de la OMS, los bancos regionales de desarrollo, la acción regional de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo.

Diversos factores explican este dinamismo del fenómeno del regionalismo: exigencias de seguridad ante el quiebre o la inacción del sistema de seguridad colectiva; imperativos de cooperación institucionalizada en determinadas materias que no siempre encuentran respuesta a nivel universal; la búsqueda de incremento de poder; la vigencia de una herencia cultural común. La pluralidad de factores determina también una pluralidad de objetivos.

Faltan criterios precisos para caracterizar el carácter regional de una organización internacional. Los diversos empleos del término región tienen en común el

⁴⁷ Tal parece ser lo que se desprende de la Sentencia de la CIJ, de 27 de junio de 1986, en el *Asunto de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua c. EEUU)*, en relación con la legítima defensa colectiva y las relaciones entre la Carta de la OEA, la Carta de la ONU y el Derecho Consuetudinario: «la Corte no tiene competencia para considerar este instrumento (la Carta de la OEA) como aplicable en el diferendo, pero puede examinarla con el objeto de determinar si esclarece el contenido del Derecho Internacional Consuetudinario».

hecho de que se refieren a un espacio o materia determinada. En el plano normativo, se utiliza el adjetivo «regional» para calificar las normas que poseen un ámbito de validez limitado, por oposición a otras que tienen carácter general. En el Derecho Internacional también existen normas regionales. El carácter de estas normas está dado por el hecho de que sus ámbitos de validez espacial y personal son limitados y, en tal sentido, estas deben ofrecer, para ser calificadas como tales, diferencias de importancia con respecto de las normas del Derecho Internacional Universal. Por ello:

Se puede afirmar que, desde el punto de vista del Derecho de gentes, hay una región en la medida que existan normas jurídicas cuyos ámbitos de validez personal y espacial están limitados y cuyo ámbito de validez material es diferente del de las normas del Derecho Internacional Universal⁴⁸.

La proliferación de organizaciones regionales lleva también el riesgo de la división y fragmentación de la sociedad internacional. Si la universalidad del sistema internacional reclama una organización mundial, las profundas divisiones que atraviesan la sociedad internacional parecen reclamar la existencia de numerosas organizaciones internacionales regionales en las que los Estados se agrupan por solidaridades y afinidades específicas.

Las relaciones entre organizaciones regionales y la universal pueden ser, por un lado, de concurrencia o de conflicto; y, por otro, de cooperación y complementariedad. Las organizaciones internacionales regionales pueden dificultar u obstaculizar la unificación, y el regionalismo puede ser un factor centrífugo de dispersión y fraccionamiento del sistema internacional. Caso contrario, cuando existe cooperación entre ambos planos, las organizaciones internacionales regionales operan como factores de estructuración e integración del sistema internacional. Las causas de la insatisfactoria relación entre lo universal y lo regional se encuentran, en definitiva, en la naturaleza predominantemente interestatal de la sociedad internacional; los Estados soberanos buscan la satisfacción de sus intereses nacionales a través de múltiples cauces entre los que el sistema de la ONU no es el único ni a veces el más relevante.

El punto de partida debería ser contestar al interrogante de si todas las normas tienen validez universal, o bien si existen normas aplicables solo a un ámbito regional. Evidentemente, tal como lo demostramos en párrafos anteriores, hay normas de validez regional. En este orden de ideas, el primer punto a considerar es el relativo a las fuentes del Derecho como mecanismo creador de normas jurídicas que constituyan un orden jurídico propio. En el orden inter-

nacional, las fuentes más importantes en este sentido son los tratados internacionales, que a su vez son la fuente de validez de otras normas internacionales, como por ejemplo las derivadas de las organizaciones internacionales, ya que debido a estos se genera la organización de que se trata (tratado fundacional) y se prevén los efectos (obligatorios o no) de las resoluciones de sus órganos. También la costumbre es una fuente principal del Derecho Internacional y de ella derivan otras fuentes, como los actos unilaterales y los principios generales del Derecho.

Otro aspecto a considerar es el de los ámbitos de validez de las normas jurídicas internacionales y, en este sentido, debemos hablar de ámbitos de validez espacial (espacio específico determinado); de validez personal (que indica los sujetos respecto a los cuales la norma es válida); de validez material (el objeto que reglamenta la norma o la referencia a una conducta humana que aparece como permitida, prohibida u obligatoria); y de validez temporal (que marca desde cuando empieza a regir la norma y el momento en que termina). Desde esta perspectiva, las normas pueden tener ámbitos de validez personal y espacial universales o restringidos, tanto se originen en tratados, costumbres o resoluciones de las organizaciones internacionales. Sin embargo, algunas fuentes del Derecho son solamente generales o particulares, ya sea por el ámbito de validez personal o espacial. En efecto, por ejemplo, los principios generales del Derecho son siempre generales (es difícil de imaginar a tales principios como regionales); mientras que los actos unilaterales tienen un ámbito de validez personal generalmente restringido y, mucho más, las sentencias de tribunales internacionales judiciales o arbitrales, que solo obligan a las partes en la controversia y para el caso concreto resuelto. En consecuencia, solo se puede hablar de normas jurídicas regionales en cuanto esas normas tengan un ámbito de validez material, espacial o personal limitado, acotado y que, además, ofrezcan «una diferencia de cierta importancia respecto de las normas del Derecho Internacional Universal»⁴⁹. Cuando las normas regionales pierden estos caracteres, dejan de ser regionales, ya sea porque se «generalizan» y pasan a ser normas del Derecho Internacional General, o bien porque aparezca una norma de este último carácter que englobe la norma regional.

En lo relacionado con el tema del «regionalismo», hubo apoyo al planteamiento adoptado por el Grupo de Estudio referido a que este debería abordarse en el marco del estudio general sobre la *lex specialis*. Los tratados en que se establecían los objetivos de las organizaciones de integración regional se basaban en el Derecho Internacional y debían ser aplicados con arreglo a este.

⁴⁸ J. Barberis, «Las normas jurídicas propias del Derecho Internacional latinoamericano», XXV *Curso de Derecho Internacional* del CJI, vol. 18, pp. 1-38.

⁴⁹ J. Barberis. *op. cit.*

VII. LA CUESTIÓN DE LA JERARQUÍA NORMATIVA

El llamado constitucionalismo con referencia a la «unidad del Derecho Internacional» sugiere una priorización jerárquica de las instituciones que representan el Derecho Internacional General (especialmente, la Carta de la ONU). El fenómeno de la fragmentación es un desafío abierto del Derecho general y de los poderes de las instituciones que lo aplican⁵⁰.

La evolución del Derecho Internacional tendiente a su universalización ha logrado imponerse a una concepción radicalmente voluntarista, conforme a la cual el Derecho Internacional era solo el resultado de un simple acuerdo de voluntades y, por ello, la existencia de normas no vinculadas exclusivamente al consentimiento no era admisible. En la actualidad, conforme a la estructura clásicamente interestatal de la «sociedad internacional», los Estados disponen de un gran margen libertad de elección en materia de creación de normas. Esta misma libertad de elección de fuentes para la creación del Derecho de los Estados también los autoriza a autolimitarse, generalmente, por un instrumento convencional. En virtud de este mismo principio, los Estados pueden abstenerse de recurrir a una fuente de Derecho Internacional General, en beneficio exclusivo de una fuente de Derecho Internacional regional; pero siempre les será posible recuperar su libertad de elección (por revisión o enmienda de un tratado anterior), salvo en algunas materias donde existen limitaciones a esta libertad de elección de los medios, como por ejemplo en lo referido a la obligación de mantenimiento de la paz. En efecto, sobre este particular existen restricciones a esa libertad de elección: la primacía, en virtud del Derecho Internacional General, de las disposiciones de la Carta de la ONU sobre el particular, lo que se refleja en las normas sobre la materia insertas en la estructura jurídica de las organizaciones regionales⁵¹. Las diferentes conductas políticas, principalmente en lo que concierne a las sanciones colectivas, se apoyan frecuentemente sobre una combinación de fuentes universales y regionales. También, en materia de violaciones de DDHH y del Derecho humanitario en los conflictos armados existen competencias «concurrentes» entre tribunales «universales» y «regionales». Igualmente, convenciones que establecen jurisdicciones internacionales «regionales» otorgan a los Estados cierta libertad de elección de las fuentes aplicables, permitiéndoles privilegiar las fuentes que corresponden a su propio orden jurídico estatal.

La evolución y transformación del Derecho Internacional ha producido el paso de un Derecho exclusivamente relacional y dispositivo a un sistema jurídico prioritariamente comunitario e imperativo⁵². Esta dicotomía normativa entre normas dispositivas y normas imperativas está basada en el objeto regulado por la norma, ya sea consuetu-

⁵⁰ M. Koskenniemi, *op. cit.*

⁵¹ La cuestión ha sido objeto de controversias; por ejemplo, la posición de la CIJ en el diferendo citado entre Nicaragua/EEUU (ONU-OEA), en los años 80; o el caso de Kosovo (ONU-OTAN).

⁵² J. González Campos, L. I. Sánchez Rodríguez y P. Sáenz de Santa María, *Curso de Derecho Internacional Público*, Madrid 2003.

dinaria o convencional: la limitación de la voluntad de los Estados está centrada en el aspecto fundamental de la licitud del objeto regulado. En la actualidad, se encuentra admitido que el Derecho Internacional no es estrictamente dispositivo, ya que se reconoce la existencia de un conjunto de normas que excluyen toda posibilidad de modificación o derogación por parte de los Estados de las que se denomina normas imperativas o *ius cogens*. Estas normas, limitativas de la soberanía estatal, responden y se justifican porque protegen intereses generales y esenciales de la comunidad internacional en su conjunto, significando la subordinación de los intereses particulares de los Estados a los intereses fundamentales de la comunidad internacional. La existencia de normas imperativas de Derecho Internacional Público hoy no se discute. Lo que todavía es motivo de análisis son los problemas derivados de su origen (clarificación de si se trata de un principio o norma consuetudinaria)⁵³; su determinación (ausencia de un mecanismo formal que determine objetivamente las normas imperativas o si una norma de Derecho Internacional General ha alcanzado la categoría de imperativa); y su aplicación (carencia de un órgano decisorio para establecer una jerarquía de fuentes y de normas en Derecho Internacional). El reconocimiento internacional de su existencia, naturaleza, alcance y efectos se ha reflejado en su inclusión en el CV69 (arts. 53, 64 y 71)⁵⁴. Esta clase de normas presentan los siguientes caracteres: 1) constituyen un orden público internacional; 2) son de Derecho Internacional General y, por ende, son universales⁵⁵; 3) protegen el interés común (el bien común universal) de la comunidad

⁵³ O. Spijkers, *op. cit.* Para este autor, estas normas están fundadas en valores globales fundamentales, vinculados directamente en el consenso global o en un «consenso comunitario» (la voluntad de la comunidad general que supera el disenso individual de los Estados). La definición de *ius cogens* en el CV69 no vincula el *ius cogens* con valores globales fundamentales (ni éticos, ni morales). Algunos autores entendieron que las normas *ius cogens* poseían un valor ético que tomaba moralmente inaceptable su omisión. Sin embargo, la confianza en la moralidad y los valores morales recordó a muchos eruditos el Derecho Natural, una aproximación que fue rechazada porque era muy subjetiva, muy cercana a doctrinas religiosas y a la Filosofía Moral. Tunkin fue uno de los más fuertes negadores de esta dependencia a la sola moralidad global. Desde su punto de vista, el Derecho Internacional y la Moral Internacional son sistemas diferentes de normas sociales; y, a pesar de la conexión cercana entre principios de *ius cogens* y principios de Moralidad Internacional, un principio general de Derecho Internacional es un principio de *ius cogens* fundado en el Derecho Internacional, no sobre la base de la Moral Internacional.

⁵⁴ La primera de estas disposiciones establece la sanción de nulidad para todo tratado que en el momento de su celebración se oponga a una norma imperativa de Derecho Internacional General. A continuación, define lo que debe entenderse como norma *ius cogens*: «Es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional General que tenga el mismo carácter». El art. 64, en consonancia con el anterior, dispone que si surge una nueva norma imperativa que esté en oposición con un tratado vigente, este se considerará nulo y terminará; el art. 71 reglamenta las consecuencias de la nulidad de un tratado que esté en oposición con una norma imperativa de Derecho Internacional General.

⁵⁵ La nota de la generalidad impuesta por la propia redacción (norma de Derecho Internacional General) significa que estas normas son necesariamente generales (nunca particulares), pero dentro de estas se distinguen por su carácter de inderogabilidad (admisible solo por otra norma ulterior de igual naturaleza). Por otra parte, el dispositivo no exige la unanimidad en cuanto a su formación, pero sí que sean aceptadas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, vinculando, una vez reconocidas como tales, a la totalidad de los miembros de la comunidad internacional.

internacional; 4) constituyen Derecho coactivo, perentorio, imperativo; 5) sancionan con la nulidad toda norma derogatoria; 6) son supremas (en cuanto a la categoría de normas); 7) introducen una seria limitación a la autonomía de voluntad de los Estados; y 8) son modificables⁵⁶.

Las normas imperativas son generadas por los principios del Derecho y la costumbre internacional. Es difícil admitir que una norma de esta naturaleza pueda ser creada por vía convencional, ya que se tendrían que poner de acuerdo todos los Estados del mundo en la celebración y aprobación de un tratado que la contenga⁵⁷. Consecuencia de esto es que los actos particulares de los Estados, en cualquier forma en que se expresen, no pueden crear normas imperativas, ya que de aceptarse esta postura, no solo iría en contra del mismo concepto y naturaleza de la norma imperativa, sino que también podría constituirse en un pretexto de incumplimiento de un tratado o atacarlo de nulidad, lo que violaría abiertamente el principio de *pacta sunt servanda*⁵⁸.

En cuanto a la jerarquía de las fuentes, esta clase de normas están en el escalón más alto⁵⁹ e, implícitamente, incorporadas en el art. 38 del Estatuto de la Corte, ya sea por la vía de los principios generales o por la de la costumbre. El *ius cogens* se halla en la cúspide de las fuentes normativas, tanto por su carácter inderogable (en tiempo de paz como de guerra), como por su contenido. No le es oponible al *ius cogens* la regla del objeto persistente (como en las normas de Derecho Internacional General consuetudinario). Tiene su fundamento en la calidad del bien protegido⁶⁰. Más difícil es precisar la determinación de las normas imperativas, ya que su definición se limita a establecer el concepto como «normas reconocidas y aceptadas por la comunidad internacional de Estados en su

⁵⁶ La posibilidad de modificación surge también de su propia definición, ya que la norma imperativa puede ser modificada por el transcurso del tiempo, por otra norma ulterior de Derecho Internacional General que tenga el mismo carácter.

⁵⁷ Para algunos autores y la posición de ciertos Estados, cuando se discutió sobre este tema, las disposiciones de la Carta de San Francisco constituirían normas *ius cogens*. Tunkin, coincidente con su concepción general del Derecho Internacional, sostiene que las normas imperativas nacen del Derecho convencional. Acorde con esta postura, la Unión Soviética sostuvo la importancia preponderante de las disposiciones de la Carta de la ONU como fuente del *ius cogens*. A juicio de la representación australiana, el art. 75 del CV69 destaca el carácter *supercogens* de la Carta.

⁵⁸ Las disposiciones del CV69 no admiten tal posibilidad.

⁵⁹ Las normas *ius cogens* ocupan el primer lugar en el ordenamiento jurídico internacional en tanto en cuanto quiebran el carácter eminentemente dispositivo de las normas internacionales, condicionando y limitando todo proceso de creación del Derecho Internacional.

⁶⁰ Violaciones graves de normas jurídicas internacionales, como el genocidio o la agresión, constituyen normas *ius cogens* aceptadas universalmente, como también los crímenes de guerra y de lesa humanidad, la esclavitud, etc. Cualquiera de estas acciones violatorias del Derecho Internacional «conlleva a la destrucción de las bases sustanciales necesarias, naturales o sociales de la comunidad internacional», Z. Drmas de Clément, «Las normas imperativas de Derecho Internacional General. Dimensión sustancial», en *Estudios de Derecho Internacional (Homenaje al Prof. Ernesto Rey Caro)*, Córdoba (Argentina) 2002.

conjunto», pero sin especificar cuáles son tales normas. También la propia definición nos conduce al camino a seguir hacia esos fines: la práctica de los Estados, el reconocimiento por las organizaciones internacionales (especialmente la ONU) y la jurisprudencia internacional⁶¹.

Por último, es necesario precisar las diferencias en cuanto a la legitimidad para invocar y reclamar por una infracción de normas dispositivas o imperativas. En las primeras, solo lo puede hacer el Estado lesionado (víctima de la infracción); mientras que en relación a las segundas, su cumplimiento es exigible por cualquier Estado de la comunidad internacional, aunque no sea el directamente perjudicado⁶².

Si bien los Estados, por motivos de eficacia, conveniencia u oportunidad política, son libres en cuanto a la elección de una determinada fuente formal de Derecho Internacional, es preciso tener en cuenta que existe una aceptación cada vez más generalizada de la primacía de la norma internacional sobre la norma interna de los Estados y, también, la posibilidad de la aplicación directa de las normas internacionales en el orden interno. Pero, sin duda, existe un amplio margen de apreciación de los Estados en la aplicación de las normas internacionales, que los llevan a privilegiar en el caso concreto una determinada fuente del Derecho. Sin embargo, como veremos, esta libertad de elección de la fuente debe compatibilizarse con el riesgo indudable de que tal elección y aplicación puede conducir a un conflicto de normas. Así, en virtud del principio del efecto relativo de los tratados y de las ambigüedades en cuanto a la oponibilidad de las costumbres internacionales, un conflicto de normas puede revelarse a través de fuentes de naturaleza similar. Concentraremos nuestro análisis sobre universalismo y regionalismo en el conflicto potencial entre fuentes de Derecho Internacional General y fuentes de Derecho Internacional Particular.

⁶¹ En este sentido, se puede afirmar, que sin constituir una enumeración taxativa, son consideradas normas imperativas aquellas que condenan el genocidio, la violación del denominado núcleo duro de los DDHH (derecho a la vida, esclavitud, trata de blancas, *apartheid*, agresión, etc.), la salvaguardia y protección del medio ambiente, como la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares, la prohibición del uso de la fuerza, etc.

⁶² Esta nota referente a la invocación de la responsabilidad, se da no solamente en relación a las normas imperativas, sino también en referencia a la violación de las obligaciones internacionales denominadas *erga omnes*, que son obligaciones que tienen los Estados en relación con la protección de intereses fundamentales de la comunidad internacional. Si bien todas las obligaciones que contienen normas imperativas son *erga omnes*, no todas las obligaciones *erga omnes* constituyen normas imperativas. En el ámbito de la responsabilidad de los Estados, es escasa la distinción entre las consecuencias de la violación de una norma *ius cogens* y las consecuencias de la violación de una norma «ordinaria» de Derecho Internacional. Las únicas obligaciones especiales son que «los Estados cooperarán para solucionar a través de medios legales cualquier incumplimiento serio [de una norma *ius cogens*] y que ningún Estado reconocerá como legal una situación creada por [semejante] incumplimiento serio [...] ni ofrecerá ayuda o asistencia para mantener dicha situación».

Aunque no existe una relación jerárquica entre las principales fuentes de Derecho Internacional enumeradas en el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (ECIJ) (tratados, costumbre y principios generales del Derecho), algunas normas de Derecho Internacional son más importantes que otras y, por ello, gozan de un rango superior o de una situación especial en el ordenamiento jurídico internacional. En algunas materias se refleja este concepto de la jerarquía de las normas en el Derecho Internacional Universal; por ejemplo, en el tema atinente al mantenimiento de la paz, en donde encontramos una solución normativa derivada de disposiciones expresas de la Carta de San Francisco. No solo la cuestión radica en la importancia jerárquica de la norma, sino también en el órgano encargado de aplicarla⁶³. También en otros sectores observamos la existencia de una jerarquía de normas derivada de la naturaleza de las mismas, que muchas veces conlleva que materias análogas se encuentren regidas por normas universales y regionales. Esta ampliación progresiva de las zonas de superposición entre universalismo y regionalismo⁶⁴ hace necesario, quizás, el reforzamiento de las normas universales.

Una norma de Derecho Internacional puede ser superior a otras por la importancia de su contenido y por la aceptación universal de su superioridad. Así ocurre con las normas imperativas de Derecho Internacional (*ius cogens*, art. 53 del CV69); es decir, con toda norma «aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario». Otras normas también pueden tener el carácter de *ius cogens* en la medida en que sean aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como normas que no admiten acuerdo en contrario.

Una norma de Derecho Internacional también puede ser superior a otras normas en virtud de la disposición de un tratado. Así ocurre con el art. 103 de la Carta de la ONU, en virtud del cual:

[e]n caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta.

⁶³ En el caso concreto de la ONU, el C. de S., aun con la limitación derivada del derecho de veto que tienen los miembros permanentes.

⁶⁴ En materias como los DDHH, el Derecho Universal está debilitado por la diversidad de concepciones políticas, religiosas y sociales de las civilizaciones contemporáneas; en medio ambiente, el universalismo está atenuado por la ausencia de una estrategia coherente y por la naturaleza de la generalidad de sus normas (*soft law*); en comercio internacional es quizás donde más se patentiza el enfrentamiento de las normas generales con las integraciones económicas regionales. En materia económica, la interdependencia se manifiesta más nítidamente: la «globalización» de la economía mundial ha conducido a multiplicar los mecanismos jurisdiccionales y cuasi-jurisdiccionales interestatales. Esto produce que exista una superposición de normas, tanto universales como regionales, que ocasiona un enfrentamiento entre instancias jurisdiccionales internacionales y regionales, generando un conflicto de jurisprudencias disímiles frente a casos análogos.

El ámbito de aplicación del art. 103 comprende, no solo los artículos de la Carta, sino también las decisiones de obligado cumplimiento adoptadas por órganos de la ONU como el C. de S.. Teniendo en cuenta el carácter de algunas disposiciones de la Carta, su carácter constitucional y la práctica establecida de los Estados y de los órganos de la ONU, las obligaciones de la Carta pueden prevalecer también sobre las normas del Derecho Internacional Consuetudinario que sean incompatibles con estas. También se reconoce que la propia Carta de la ONU tiene un carácter especial a causa de la naturaleza fundamental de algunas de sus normas, en particular, sus propósitos y principios y su aceptación universal.

Algunas normas gozan de un rango especial a causa de su ámbito de aplicación universal. Así ocurre con las obligaciones *erga omnes*, es decir, las obligaciones de un Estado para con la comunidad internacional en su conjunto. Esas normas son aplicables a todos los Estados y se puede considerar que todos los Estados tienen un interés jurídico en la protección de los derechos involucrados:

[...] debe trazarse una distinción esencial entre las obligaciones del Estado para con la comunidad internacional en su conjunto y las surgidas respecto de otro Estado en la esfera de la protección diplomática. Por su misma naturaleza, las primeras conciernen a todos los Estados. Dada la importancia de los derechos involucrados, puede considerarse que todos los Estados tienen un interés jurídico en su protección; son obligaciones *erga omnes*⁶⁵.

Una obligación *erga omnes* es:

Una obligación, establecida por el Derecho Internacional General, que un Estado tiene en cualquier caso determinado con respecto a la comunidad internacional, habida cuenta de sus valores comunes y de su preocupación por la observancia de los mismos, de forma que una violación de esa obligación permite a todos los Estados adoptar medidas⁶⁶.

Todo Estado puede invocar la responsabilidad del Estado que vulnere esas normas⁶⁷. El concepto de obligaciones *erga omnes* se ha utilizado también para

⁶⁵ *Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (Second Phase)*, ICJ Reports 1970

⁶⁶ Institut de droit international, «Obligations and Rights *Erga Omnes* in International Law», *AIDI, Session de Cracovie* (2005), vol. 71, n° 1.

⁶⁷ Documentos oficiales de la AG, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento n° 10 (A/56/10); artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, apartado b) del pár. 1 del art. 48. Aquí se incluiría el art. 1 común al Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte de los Heridos y Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña, el Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte de los Heridos, Enfermos y Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar, el Convenio de Ginebra relativo al Tratado Debido a los Prisioneros de Guerra y el Convenio de Ginebra relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra, todos ellos de 12 de agosto de 1949.

referirse a las obligaciones que un tratado impone a un Estado para con todos los demás EP (obligaciones *erga omnes partes*) o para con Estados no partes en cuanto terceros beneficiarios⁶⁸. Además, las cuestiones relativas al régimen jurídico de territorios se han tratado a menudo en términos *erga omnes*, refiriéndose a su oponibilidad a todos los Estados. Así, se ha dicho que los tratados sobre fronteras y territorios representan una realidad jurídica que necesariamente afecta a terceros Estados, porque tienen efecto *erga omnes*.

Se reconoce que, mientras todas las obligaciones establecidas por normas *ius cogens* tienen también el carácter de obligaciones *erga omnes*, lo contrario no siempre es cierto. Según la CIJ:

[e]sas obligaciones derivan, por ejemplo, en el Derecho Internacional contemporáneo, de la proscripción de los actos de agresión y de genocidio, y también de los principios y normas relativas a los derechos fundamentales de la persona humana, en particular la protección frente a la esclavitud y la discriminación racial. Algunos de los correspondientes derechos de protección han entrado en el cuerpo del Derecho Internacional General [...], otros los confieren instrumentos internacionales de carácter universal o cuasi universal⁶⁹.

No todas las obligaciones *erga omnes* son establecidas por normas imperativas de Derecho Internacional General. Este es el caso, por ejemplo, de determinadas obligaciones basadas en los principios y normas relativos a los derechos fundamentales de la persona humana, así como de algunas obligaciones relativas a espacios públicos internacionales. Ejemplos de esas obligaciones son las establecidas por el art. 1 del Tratado sobre los Principios

⁶⁸ El concepto de *erga omnes*, en cierto sentido, sufre de la misma confusión que el de *ius cogens*: son categorías de normas que comparten una característica jurídica específica, a saber, que todos los Estados tienen un interés jurídico en la protección de estas normas, por el motivo que sea. Arangio-Ruiz explicó acertadamente cuál era la esencia de *erga omnes*: «Es bien sabido [...] que el concepto de una obligación *erga omnes* no es caracterizado por la importancia del interés protegido por la norma [...], sino más bien por la 'indivisibilidad jurídica' del contenido de la obligación, especialmente el hecho de que la regla en cuestión provee obligaciones que simultáneamente obligan a todos y cada uno de los Estados interesados con respecto a los otros». Vid. O. Spijkers, *op. cit.*

⁶⁹ *Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, ICJ Reports 1970. Vid. también *Case Concerning East Timor (Portugal v. Australia)*, ICJ Reports 1995. En igual sentido, vid. también *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, ICJ Reports 2004, donde se incluyen como obligaciones *erga omnes* «determinadas obligaciones del Derecho internacional humanitario», así como el derecho a la libre determinación. En cuanto a la prohibición del genocidio como obligación *erga omnes*, vid. *Case concerning application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, Preliminary Objections, ICJ Reports 1996, y *Case concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, ICJ Reports 2006. En el *Asunto Furundzija* se definió la prohibición de la tortura como norma perentoria y como obligación *erga omnes*, Sentencia del TPIY, de 10 de diciembre de 1998.

que deben regir las Actividades de los Estados en la Exploración y la Utilización del Espacio Ultraterrestre, incluso la Luna y otros Cuerpos Celestes.

La Carta de la ONU ha sido aceptada universalmente por los Estados, por lo que resulta difícil imaginar un conflicto entre normas *ius cogens* y obligaciones impuestas por la Carta. En cualquier caso, según el pár. 2 del art. 24 de la Carta, el C. de S. procederá de acuerdo con los propósitos y principios de la ONU, que comprenden normas que han sido posteriormente tratadas como *ius cogens*. En caso de conflicto entre normas *ius cogens* y el art. 103 de la Carta, se producirían los siguientes efectos: a) la norma que entre en conflicto con una norma *ius cogens* quedará por esa razón anulada *ipso facto*; b) la norma que entre en conflicto con el art. 103 de la Carta de la ONU será inaplicable como resultado de ese conflicto y en toda la amplitud de ese conflicto.

El informe de la CDI trató la jerarquía en el Derecho Internacional de las normas *ius cogens*, las obligaciones *erga omnes* y el art. 103 de la Carta de la ONU como normas de conflicto. Decidió no elaborar un catálogo de normas *ius cogens* y dejar todo el contenido del desarrollo de estas a la práctica estatal y a la necesidad de distinguir entre el efecto del art. 103 de la Carta y el de las normas imperativas. Señaló que las tres normas examinadas no eran homogéneas y que las obligaciones *erga omnes* se referían más al alcance de la aplicación que a la jerarquía. En cuanto a la Sentencia de la CIJ en el *Asunto Barcelona Traction*, dicho Informe señaló que la Corte había tratado de limitar las obligaciones *erga omnes* a las derivadas de normas *ius cogens*. Analizó la cuestión de si las facultades del C. de S. se encontraban limitadas por normas imperativas. Planteó la incertidumbre sobre lo que cabía incluir en la categoría de *ius cogens*, en las obligaciones *erga omnes* y en el art. 103 de la Carta. Entendió que se debían evitar pronunciamientos generales sobre la relación existente entre esas categorías. Resaltó la importancia de no aprobar ninguna norma que pueda interpretarse como limitadora de la primacía de las obligaciones de la Carta o de la autoridad del C. de S.. Destacó la necesidad de mantener la jerarquía en Derecho Internacional, haciendo una particular referencia al principio de que un tratado es nulo si entra en conflicto con una norma imperativa.

Para Dupuy hay varios aspectos destacables en el Informe de la CDI. En primer lugar, la afirmación de la existencia de las normas imperativas de Derecho Internacional, identificando gran parte de su contenido, indicando que las reglas habituales para resolver los conflictos entre normas no son aplicables en este caso. En particular, la conclusión 32 provee:

Una regla de Derecho Internacional puede ser superior a otras reglas debido a su contenido, así como la aceptación universal de su superioridad. Esta es la cuestión de las normas imperativas de Derecho Internacional [...].

El segundo aspecto es que la Carta de la ONU posee una dimensión material constitucional. Allí observamos un principio de unidad: la unidad sustancial o material. El tercer aspecto, caracterizado por la unidad sustancial, corresponde a una lógica jerárquica; no el lateral de identidad, sino el vertical de autoridad. El carácter de normas imperativas debe prevalecer en todos los casos sobre las normas que son simplemente obligatorias. El reconocimiento de esta afirmación en el texto adoptado por la CDI no es un trabajo de desarrollo progresivo. Se limita a tomar en cuenta el Derecho positivo, tal y como se ha desarrollado de conformidad con el art. 53 del CV69. Es de hacer notar que la doctrina de *ius cogens*, aceptada por la práctica estatal, y su creciente reconocimiento en la jurisprudencia internacional han producido cambios fundamentales en la estructura misma del Derecho Internacional como orden jurídico. Sin embargo, para otros autores, la CDI rechaza contundentemente la existencia de jerarquías claras entre las normas de Derecho Internacional. Las consecuencias sistémicas resultantes de la aplicación de dichas normas (*ius cogens*, *erga omnes* y el art. 103 de la Carta) son importantes ya que se trata de relaciones de superioridad e inferioridad, pero estas se determinan en cada contexto y no de manera abstracta. Estas normas no son de carácter constitucional toda vez que no gozan, en abstracto y en general, de superioridad jerárquica frente al resto de las normas del orden jurídico. El Informe de la CDI no adopta una postura a favor del llamado «constitucionalismo del Derecho Internacional». De tal suerte, jerarquización y constitucionalismo no representan soluciones normativas satisfactorias para la CDI, ni un fundamento sólido para dotar (o reforzar) de coherencia al Derecho Internacional, sino que atenúan el grado de fragmentación.

VIII. LA JERARQUÍA Y EL PRINCIPIO DE ARMONIZACIÓN

El Informe de la CDI puso énfasis en la existencia de determinados problemas respecto a las normas de conflicto en el orden jurídico internacional. Los estudios no solo tenían importancia teórica, sino también una gran importancia práctica, y servirían para comprender mejor la coherencia general del sistema jurídico internacional y mejorar la utilización de varias técnicas jurídicas para resolver conflictos en la práctica internacional, promoviendo así el Estado de Derecho.

Los conflictos entre normas de Derecho Internacional deberán resolverse aplicando el principio de armonización. En caso de conflicto entre una de las normas jerárquicamente superior y otra norma de Derecho Internacional, esta última deberá interpretarse, en la medida de lo posible, de manera compatible con la primera; es decir, que las normas deben interpretarse de modo que den lugar a una serie de obligaciones similares. De no ser ello posible, prevalecerá la norma superior. Sobre la naturaleza y alcance de la compatibilidad («complementariedad»), se puede decir que esta condición no afecta a la jerarquía normativa y que, solo si existiera una contradicción evidente entre

dos normas de igual rango y naturaleza y una imperativa, sería de obligatoria aplicación la norma *ius cogens*. No existiendo relación jerárquica entre las principales fuentes de Derecho Internacional (tratados, costumbre y principios generales del Derecho) la armonización e interpretación entre distintas normas debería realizarse conforme a la siguiente pauta hermenéutica: las diferentes normas internacionales no deben ser puestas en pugna entre sí, sino que debe buscarse la manera de armonizarlas todas (o ambas) a fin de que conserven igual valor y efecto. Es decir, que la «compatibilización» de las normas induce a una tesis armonizadora entre ellas, por lo que el intérprete deberá en lo posible amalgamar ambas normas, emitiendo repuestas jurídicas inspiradas en pautas de compatibilización, no de oposición.

IX. FRAGMENTACIÓN. APLICACIÓN Y EFECTOS

1. INTRODUCCIÓN. OBSERVACIONES GENERALES

Fragmentación significa: a) reflexionar sobre el estado del Derecho Internacional y su condición como sistema jurídico; b) preguntarse sobre la pertinencia de los fundamentos dogmáticos en los que descansa el Derecho Internacional; c) un llamado de atención sobre los riesgos para la coherencia y estabilidad del orden jurídico internacional.

La fragmentación es un proceso a lo largo del cual ciertos sectores del Derecho Internacional General van adquiriendo un «perfil propio», diferenciándose, en mayor o menor medida, según los casos, del Derecho Internacional común⁷⁰. Existen varios motivos por los cuales este debate sobre la fragmentación ha surgido. Unos son técnicos, otros políticos y culturales. Los primeros se encuentran vinculados por el fenómeno general de la expansión en curso del alcance material del Derecho Internacional y tienen su origen en un elemento normativo (la tendencia hacia la autonomía de regímenes especiales) y en otro de carácter orgánico e institucional (el aumento de métodos y procedimientos de control)⁷¹. La fragmentación no es una preocupación meramente académica, sino que muestra el grado evolutivo del Derecho Internacional como sistema jurídico propiamente dicho, complejo y no primitivo⁷².

⁷⁰ S. Salinas Alcega, *op. cit.*, p. 37.

⁷¹ P. M., Dupuy, *op. cit.*

⁷² A. Rodiles, *op. cit.* En sentido contrario, se sostiene que «en comparación con las sofisticadas técnicas del Derecho Nacional, el Derecho Internacional parece primitivo, abstracto y, sobre todo, político, muy político. No obstante, quisiera sugerir que los problemas que enfrenta el Derecho Internacional Público actualmente —marginalización, falta de fuerza normativa, una percepción de que las costumbres y prácticas diplomáticas que hacen parte de su núcleo esencial son parte de los problemas del mundo— resultan en gran parte de dicha estrategia, del esfuerzo de convertirse en una disciplina más técnica», M. Koskeniemi, *op. cit.*

2. EFECTOS DE LA FRAGMENTACIÓN. TEORÍAS

El Derecho Internacional Particular refleja la expansión de la actividad jurídica internacional en nuevos ámbitos, constituyendo muchos de estos regímenes especiales la expresión de preocupaciones legítimas para establecer normas sobre el desarrollo económico, la protección de los DDHH, del medio ambiente y del regionalismo en general. Además, la norma especial regula la materia que trata de forma más eficaz y eficiente y refleja mejor la voluntad de las partes. En este sentido, puede decirse que el «regionalismo» aparece como una repuesta a las dificultades que se le presentan a los Estados de encontrar soluciones eficaces en el marco del ordenamiento jurídico universal. Sin embargo, si no se respeta el carácter «complementario» (y en algunos casos, subordinado) de las normas regionales y de las generales, y se consideran las normas regionales como autosuficientes, se corre el riesgo cierto de afectar la vigencia del Derecho Internacional General, «produciendo una anarquía completa en el orden jurídico internacional»⁷³.

El fenómeno de la fragmentación no solo es una realidad desde el punto de vista normativo, sino que también tiene repercusiones en el ámbito doctrinal y jurisprudencial e incide en el grado de eficacia de la aplicación del Derecho Internacional. Es difícil pronunciarse en el sentido de si es positiva o negativa; lo cierto es que es inevitable, ya que la expansión material del Derecho hace ineludible que los nuevos campos sean objeto de regulación jurídica. La fragmentación del Derecho en sí misma no puede calificarse como positiva o negativa; lo que puede calificarse de esa manera son los efectos o consecuencias que la misma produce en ciertos ámbitos del Derecho.

Para Rodiles, la fragmentación pone en riesgo la certeza jurídica y la precisión objetiva, haciendo del Derecho Internacional un (des)orden basado en las diferentes orientaciones políticas y, debido a la especialización técnica de los regímenes, cada vez más en las orientaciones cognitivas, mas no en la validez formal. ¿A quién afecta esta situación?: a) a la CIJ; b) a la proliferación de tribunales —foro más favorable; a quienes tienen mayores recursos—; c) a la comunidad internacional, pues los mínimos denominadores comunes se han logrado en virtud de la confianza que genera la certeza jurídica. La solución radica en el fortalecimiento de la jerarquía normativa del Derecho Internacional y en los valores fundamentales de la comunidad internacional en su conjunto.

- Constitucionalismo vs. Pluralismo. Existen dos visiones diferentes del Derecho Internacional: la europea (formalista) y la americana (realista), con el agravante de que muchos analizan la fragmentación a través de la óptica

⁷³ S. González Gálvez. «El futuro del regionalismo en una sociedad heterogénea», *IX Curso de Derecho Internacional del CJI* (1983), vol.1, pp. 1-39.

de su especialidad. La mayoría de la doctrina oscila entre un constitucionalismo flexible y un pluralismo moderado. «Constitucionalismo y pluralismo son respuestas abstractas al surgimiento de múltiples regímenes jurídicos. Cada una viene con una disciplina tradicional, una asociada con el Derecho, la otra con la Ciencia Política. El constitucionalismo aparece como centralismo, Derecho y orden, apoyado en la soberanía de los Estados. Desde una perspectiva pluralista, esto es autoritarismo burocrático y gobierno del *ancien regime*. En contraste, el pluralismo resalta la diversidad y la libertad»⁷⁴.

- Constitucionalismo. Parte de la doctrina trata de combatir la fragmentación del Derecho Internacional a través del vocabulario del constitucionalismo. Unidad y diversidad se mantienen unidas en términos constitucionales. La posición cosmopolita rechaza la existencia de la fragmentación: estar unidos requiere que el mundo no esté fragmentado. Presenta el Derecho Internacional como la «antítesis de la fragmentación». Todo desarrollo del Derecho Internacional es aceptable en la medida en que esté teleológicamente dirigido hacia el cumplimiento del bien común de la humanidad. Este intento de reconciliación entre la unidad y la diversidad ha sido bien logrado por la presentación del Derecho Internacional como un «sistema» de normas e instituciones. Afirmar que el Derecho Internacional es un sistema es entender que la unidad y la diversidad pueden ser reconciliadas en un objetivo formal apolítico. Solo una institución internacional podría hacerlo. El mantenimiento de su unidad no puede ser la función de algunos Estados, sino que implica el establecimiento de un foro universal en el que todos los Estados debían estar representados para elaborar una «Constitución internacional». Por lo tanto, para estos juristas, la Carta de la ONU⁷⁵ constituye la repuesta adecuada para la constitucionalización del Derecho Internacional⁷⁶.

Un orden legal internacional solo puede existir en la medida en que garantice a sus sujetos una unidad suficientemente orgánica y sustancial para servir como un marco eficaz para sus relaciones internacionales. Desde la perspectiva crítica, nos preguntamos si un sucesor del Derecho natural pueda hacer frente al peligro cierto de perder la fuente inicial de todo el significado legal, el origen único del cual el todo fluiría. Es aquí que el pensamiento legal y el teológico se reúnen en el conocimiento de fondo sirviéndose de apoyo entre sí a lo largo de quince siglos

⁷⁴ M. Koskenniemi, *op. cit.*

⁷⁵ El pragmatismo jurídico en la Carta de la ONU fue el «punto de referencia del orden público internacional», la «constitución fundamental [...] de la comunidad internacional».

⁷⁶ A-Ch. Martineau, *op. cit.* En el sistema concebido por Hans Kelsen y George Scelle, la unidad de todas las normas (generales y especiales) está garantizada por un elemento fundacional que es bien una premisa epistemológica o sociológica de la realidad. Estas posiciones se impusieron al monismo, con primacía del Derecho Internacional sobre el Derecho Interno.

de Cristiandad. Dionisio Anzilotti (1929) describió un universo legal totalmente condicionado por la sola voluntad de los Estados soberanos, pero reconociendo una razón superior del orden legal internacional en relación con los soberanos, aunque estos fueran ambos los autores y sujetos de tal orden. También reconoció, siguiendo a Kelsen, la necesidad de una norma básica, que él calificó —de un modo significativo— como metafísica y, de esa forma, fuera del análisis legal. Kelsen insistió varias veces en que un orden legal no podía existir sin unidad. ¿Por qué unidad en el sentido técnico del término? Porque se requiere la unidad para el sentido y significado de un sistema articulado en términos de normas, sujetos y sanciones⁷⁷. Existen numerosos ejemplos que demuestran las necesidades técnicas y sociales de preservar la unidad del orden jurídico internacional⁷⁸.

Los que entienden el Derecho Internacional en términos constitucionales se esfuerzan en alejarse de la diplomacia y la política, concibiendo el sistema jurídico internacional a través de jerarquías definidas que reflejan elecciones de valor como *ius cogens* u obligaciones *erga omnes*. Sistema y jerarquía son dos conceptos intrínsecos al pensamiento jurídico y, por ello, también al Derecho Internacional. Ningún régimen particular ha sido comprendido jamás como independiente del Derecho general. Toda convención internacional debe ser considerada en referencia tácita a los principios generales del Derecho Internacional para todos los asuntos que no resuelva por sí misma en términos expresos y de manera distinta.

Pero, ¿cuáles pueden ser los valores internacionales relevantes? Tal como se conoce al constitucionalismo en el contexto nacional, este se basa en un entendimiento básico del bien común. Si la deformalización prendió fuego al Derecho Internacional, aspirar a valores es echar más leña al fuego⁷⁹.

- Pluralismo. Entendida como tal, la noción de fragmentación apareció en el discurso jurídico internacional a intervalos regulares desde mediados del siglo XIX. Su detonante sigue siendo el mismo: invocar la fragmentación

⁷⁷ P. M. Dupuy, *op. cit.* Ejemplos: la expresión «responsabilidad internacional» debería tener el mismo objeto y significado independientemente de la obligación a cuya violación se refiere. Este caso se mantiene, incluso si el tipo particular de responsabilidad internacional tiene formas diferentes y fundamentos aun diferentes dentro del sistema de aplicación afectado. De tal manera, vemos como la afirmación de la CJI en el *Asunto del Lotus* sobre la obligación de reparar el daño causado por los actos ilegales de un Estado inexorablemente es invocada en los escritos de los autores y en los alegatos de las partes ante la Corte o cualquier tribunal de arbitraje que entiende en un caso sobre responsabilidad entre Estados. Leitmotiv omnipresente, cualquiera que sea el campo de aplicación, este adagio de *Lotus* que concierne a la obligación de reparar así ejemplifica la unidad de sentido dada tanto a un término como a la institución legal a la cual este se refiere: la responsabilidad.

⁷⁸ P. M. Dupuy, *op. cit.* Conceptos como «nulidad» de actos legales, «reconocimiento», «consentimiento», «soberanía territorial», «título legal», «nacionalidad», «protección diplomática», otorgándoseles significados diferentes según su alcance geográfico o material de aplicación, desafían severamente la seguridad y eficacia de las relaciones regidas por el Derecho Internacional.

⁷⁹ M. Koskenniemi, *op. cit.*

es evocar una imagen de caos, anarquía, una preocupación sobre el «orden» internacional. Erich Kaufmann explicó que no había verdadera frontera entre el Derecho general y el especial: este último formaba parte del general y el general era parte del especial, habida cuenta de que le otorgaba «su fuerza normativa, su energía de vida». Por eso, en caso de conflicto, la ley especial prevalece sobre la ley general como *lex specialis*. Alejandro Álvarez abogaba por el reconocimiento del regionalismo —sobre todo en América Latina— como la principal fuente de progreso para el Derecho Internacional. La fragmentación es la única realidad social. Karl Strupp sostuvo que:

La codificación del Derecho Internacional Público [podía] hacerse solo fragmentariamente, teniendo en cuenta las diferencias que existen entre los diferentes regímenes legales. La fragmentación es el propio Derecho Internacional.

Louis Le Fur (1933) explicó, a la luz de lo que describió como la «proliferación de los regímenes regionales (América, Asia, Unión Soviética, musulmanes)», el riesgo a la fragmentación en términos sorprendentemente modernos: si cada uno de estos regímenes tenía una existencia internacionalmente distinta, con una especificidad jurídica propia, ¿esto no daría lugar a la coexistencia de varias leyes internacionales y, por lo tanto, a una ruptura de la unidad del Derecho Internacional?⁸⁰

El pluralismo legal rechaza la existencia de una teleología universal: la diversidad solo tiene sentido como una negación del absolutismo. Esta posición impregna los ámbitos de la economía y la sociología. Expresan que si el Derecho Internacional fuera realmente Derecho, seguramente tendría una teoría que explicara de dónde proviene, cómo y por qué limita el comportamiento estatal y por qué merece ser llamado «Derecho». El Derecho Internacional esta ineluctablemente fragmentado. El Derecho Internacional es pluralista. Para Koskenniemi la alternativa al constitucionalismo es el pluralismo legal. Los realistas políticos han sido catalogados en su «anarcofilia» como pluralistas *de facto*. Sería incorrecto decir que no ha habido esfuerzo alguno para construir un Derecho Internacional en la sociología del pluralismo⁸¹. Georg Schwarzenberger, entre otros, utilizó la distinción entre «comunidad» y «sociedad» para dibujar el «escenario social del Derecho Internacional» en términos de una hostilidad irreducible entre los Estados, expresada en las varias formas de *power politics* que pueden ser facilitadas y simbolizadas por el Derecho Internacional, pero no limitadas.

⁸⁰ A-Ch. Martineau, *op. cit.*

⁸¹ M. Koskenniemi, *op. cit.* Después de todo, Lauterpacht conocía bien a Harold Laski, el padre del pluralismo. No obstante, no fue Lauterpacht —cuyo proyecto no era el pluralismo sino el federalismo—, sino sus críticos, quienes buscaron algo parecido a un pensamiento jurídico sociológico.

Actualmente, un vocabulario del pluralismo bien desarrollado ha surgido en las facultades de Derecho. Tiene tres fuentes: a) el estudio de los Derechos locales y las prácticas *de facto* en la sociedad moderna; b) la experiencia de la coexistencia de los Derechos autóctonos con Derechos metropolitanos importados durante el periodo colonial, y c) la globalización.

Afirma Rodiles⁸² que la versión más elaborada del pluralismo jurídico internacional está directamente basada en la teoría social de sistemas de Niklas Luhman. Según su tesis central, un orden jurídico internacional jerarquizado simplemente ya no es viable, pues la fragmentación del Derecho Internacional no es más que un reflejo de la «diferenciación funcional» de la sociedad global, proceso que el Derecho como subsistema social no puede frenar. El Derecho global plural —más que internacional, pues abarca tanto mecanismos tradicionales interestatales como horizontales transnacionales— debe intentar crear las condiciones necesarias de coordinación entre los diversos regímenes. Es necesario facilitar la creación de un nuevo Derecho *non dispositivum* que surja de las propias racionalidades de los múltiples regímenes y del diálogo entre ellos: un nuevo «*ordre public global*».

Para algunas tendencias que tienen sus bases en el realismo de las relaciones internacionales, la noción de lo jurídico es extendida al grado de fusionar el Derecho Internacional con teorías de relaciones internacionales, donde lo aplicable ya no es necesariamente el Derecho (sea especial o general), sino (y en muy buena medida) las pautas que dicta la gobernanza global. Se trata, evidentemente, de la política de la fragmentación. En este sentido, la fragmentación puede ser, tanto una herramienta para cuestionar la distribución del poder, como cómplice de su mantenimiento. Como tal, la fragmentación es un proyecto político y sus méritos deben ser evaluados en términos políticos. Mucho podría decirse sobre el esfuerzo por desarrollar modelos pluralistas de gobernanza global que se enfocaran en mecanismos transnacionales de creación de reglas y solución de conflictos.

Bajo esta óptica, la globalización jurídica significa la globalización de la diferenciación funcional que ha ocurrido en la sociedad nacional. Los regímenes transnacionales remplazarían a los Estados territoriales. Lejos de unificar el mundo, esto intensificaría el choque de regímenes jurídicos. Para Koskenniemi, concebir el Derecho Internacional en términos apolíticos y técnicos abrió la puerta para el gobierno de los expertos, no en competencia con la política, sino como un sustituto de ella. Lo que ahora vemos es un ámbito internacional donde el Derecho está por doquier pero no hay política en ninguna parte. Por esta razón, no es sorpresivo que expertos en relaciones internacionales —particularmente de universidades estadounidenses— hayan sugerido remplazar las prácticas arcaicas de Derecho Internacional por una ciencia política inspirada en el lenguaje de la gobernanza.

⁸² A. Rodiles, *op. cit.*

El Derecho Internacional como juego estratégico para alcanzar los intereses propios: esta simplificación estratégica es demasiado burda. Hay razones para reconcebir el Derecho Internacional en la actualidad; pero en lugar de transformar su vocabulario de gobernanza a través de la ciencia política empírica, el Derecho Internacional debe ser redimido como un proyecto político. El Derecho Internacional aparece cada vez más a menudo como aquel que se resiste a ser reducido a una mera técnica de gobernanza. Esta es la razón por la cual el Derecho Internacional puede aparecer frecuentemente como el único campo disponible sobre el cual la gobernanza técnica puede llegar a ser desafiada, el único vocabulario con un horizonte de trascendencia; horizonte que no puede traducirse fácilmente en otro proyecto institucional⁸³.

Otras teorías van más allá: ponen en duda, o niegan directamente, la existencia del Derecho Internacional. Para la posición escéptica, el problema no radica ni en la unidad ni en la coherencia del Derecho Internacional (ni en la falta de ella), sino en el propio Derecho Internacional: «Donde no hay comunidad de intereses, ni equilibrio de poder, no puede existir el Derecho Internacional». El lenguaje de la fragmentación no es una descripción inocente; es una intervención de gran alcance en el mundo. Es tanto un concepto estético como político; un proyecto que traza la línea entre lo deseable y lo defectuoso para representar el mundo tal como es: a menudo fragmentado⁸⁴. Parte de la doctrina de la época denunció el ordenado y coherente mundo esquematizado por Kelsen y Scelle, a través del lenguaje de la fragmentación. La fragmentación era necesaria para que las leyes regionales tomaran la iniciativa y desplegaran todo su potencial. En este caso, la retórica de la fragmentación fue utilizada como un dispositivo interno para impugnar el sistema existente. Sin embargo, también se puede implementar como un dispositivo externo para poner fin al Derecho Internacional como apoyo jurídico para la desintegración. Como un dispositivo externo, la fragmentación se invoca para negar el Derecho Internacional, intentando sustituirlo por otra institución.

También la fragmentación es utilizada como estrategia de poder a través de la celebración de tratados específicos, preferentemente bilaterales («bilateralismo en serie»: protección de inversiones, doble tributación, etc.), que pueden crear costumbre internacional. Dicho de otro modo, la ley especial es transformada subrepticamente en Derecho Internacional General. Otro método para lograr la fragmentación es la marcada tendencia a los fines de apartarse de las instituciones; las posibilidades de coordinación entre los Estados menos poderosos en las institu-

⁸³ M. Koskenniemi, *op. cit.*

⁸⁴ A-Ch. Martineau, *op. cit.* Ejemplos notables son los discursos de Le Fur y de Guillaume en 1933 y 2000, respectivamente. Para Guillaume, diversidad y fragmentación pueden desempeñar, de hecho, otras funciones: pueden ser un instrumento (y no un obstáculo o una amenaza) para la unidad. Su objetivo es la unidad pese a la diversidad: la fragmentación fue proyectada como un objetivo esencial para alcanzar la universalidad.

ciones y los foros multilaterales simplemente pierden importancia. El establecimiento de vías paralelas por parte de Estados poderosos es un reto suficientemente serio, toda vez que su gran capacidad de convocatoria es incuestionable. Una expresión más radical de esta táctica de fragmentación la constituye la salida total de las instituciones y el abandono efectivo de los mecanismos formales del Derecho Internacional. Dichos Estados prefieren acuerdos políticos *inter se* y *ad hoc*. Se trata de mecanismos amorfos de regulación global⁸⁵.

En un interesante artículo, D'Amato analiza las diversas teorías que critican el Derecho Internacional o directamente niegan su existencia. Entre las primeras señala las «teorías reduccionistas», en las que en la actualidad se enrola M. Koskenniemi, quien ve el Derecho Internacional, principalmente, como un discurso que puede ser fragmentado para desnudar las posiciones antiéticas de los Estados competitivos. Mientras que algunos de sus seguidores fundan su adhesión en la cruda práctica estatal, otros optan por el utopismo, donde las normas, que trascienden la data empírica, se encuentran convenientemente encontradas (moral, justicia, seguridad). El mismo Koskenniemi acepta la impracticidad de su teoría. Entre las segundas teorías, se menciona el «realismo jurídico». Exponentes americanos, tales como Myres McDougal, W. Michael Reisman, Philip Trimble, John Carter, Jack Goldsmith y Eric Posner, sostienen que el Derecho Internacional no es más que un conjunto de consideraciones estratégicas que con frecuencia pueden ser útilmente consultadas en el juego internacional de poder político. El Derecho no limita el comportamiento de ningún Estado, los únicos verdaderos límites son la fuerza y el «excepcionalismo». Philip Trimble y John Carter afirman que solo cuando una norma es domesticada deviene vinculante para los Estados («domesticación» para referirse a la incorporación de una norma internacional al sistema interno de un Estado). Por lo tanto, para estos juristas una regla de Derecho Internacional es sometida a un cambio de significado cuando es domesticada. No ven ninguna sombra de coacción ligada a las reglas de Derecho Internacional. Los Estados solo actúan por razones de interés propio: su interés propio está determinado por factores políticos, no jurídicos⁸⁶.

Después de una crítica a estas teorías, el autor concluye que el Derecho Internacional es, de hecho, un Derecho ejecutable. En las palabras de Kelsen, el Derecho es un «ordenamiento coercitivo». El Derecho Internacional es «Derecho» como cualquier otro tipo de Derecho. La práctica demuestra que el Derecho Internacional opera para estabilizar las relaciones internacionales en la comunidad internacional. El núcleo de la prueba de que el Derecho Internacional es coercitivo acaba de darse: la coerción consiste en sacarle a un Estado la capacidad legal que hubiera sido respetada si el Estado no hubiera violado la Ley.

⁸⁵ A. Rodiles, *op. cit.*

⁸⁶ A. D'Amato, «A Few Steps Toward an Explanatory Theory of International Law», *Santa Clara Journal of International Law* (2010), Vol. 7.

3. PELIGROS O RIESGOS DE LA FRAGMENTACIÓN

A) En la unidad, seguridad y eficacia del Derecho Internacional

Es indudable que la fragmentación crea el peligro de que surjan normas, principios o prácticas incompatibles entre sí o con el Derecho Internacional General, atacando, por lo menos conceptualmente, el valor de la unidad del Derecho Internacional. Pero, las amenazas a la unidad del ordenamiento jurídico internacional llevan implícitas en sí mismas el reconocimiento de la existencia de esa unidad⁸⁷. Otro valor, el de la seguridad jurídica, quizás sea uno de los más afectados por el proceso de fragmentación, por lo que entendemos que para preservarlo resulta esencial proteger y respetar las normas fundamentales del Derecho Internacional General, para que este pueda cumplir con sus funciones básicas.

El proceso de fragmentación del Derecho ocasiona, sin duda, conflictos entre normas que pueden terminar menoscabando (y lo hacen) la aplicación efectiva del Derecho. El surgimiento de normas especiales (régimenes autónomos) y de sistemas de tratados limitados geográfica o funcionalmente crea problemas de coherencia en el Derecho Internacional. El Derecho de los DDHH, el Derecho Penal Internacional, el Derecho del Medio Ambiente o el Derecho Mercantil tienen normas propias que a veces no coinciden con las normas de Derecho Internacional General o especial de otros régimenes.

Por ello, unidad y eficacia del Derecho son dos conceptos que hay que analizar cuidadosamente a los fines de responder al interrogante de la fragmentación. La unidad del Derecho podría verse reforzada por las mayores ventajas de la eficacia de los ordenamientos particulares. Es en la garantía de la eficacia del Derecho Internacional donde radica la importancia de asegurar su unidad. Por supuesto que ambos conceptos van unidos al de seguridad jurídica. En efecto, es posible que la fragmentación del Derecho en la regulación de múltiples materias origine contradicciones normativas que provoquen una divergencia de soluciones, provocando el efecto indeseable de inseguridad jurídica. Por ello, en todo caso, nunca puede perderse de vista la jerarquía de las fuentes del Derecho, a la que hemos aludido precedentemente. En este sentido, en general, la fragmentación ha respetado esa jerarquía, manteniéndose dentro de límites razonables sin afectar el núcleo central de tales normas y principios del ordenamiento jurídico general.

B) En la jurisprudencia, doctrina y enseñanza del Derecho Internacional

Otro riesgo de la fragmentación es la jurisprudencia contradictoria de los múltiples tribunales jurisdiccionales en la aplicación de las normas regionales; algunas

⁸⁷ S. Salinas Alcega, *op. cit.*

veces disímiles entre sí en casos análogos y otras opuestas a la interpretación de una norma general. Los tribunales especiales encargados de aplicar normas en un ámbito específico son profundos conocedores de las normas propias y exclusivas de ese sector. Pero para que esa circunstancia constituya una ventaja: «[...] es necesario que esos especialistas tengan una formación de base adecuada en las normas y principios estructurales del Derecho Internacional común, puesto que, en caso contrario, su participación [...]»⁸⁸ podría transformarse en un inconveniente, de manera que su visión del Derecho Internacional, deformada por su especialización, podría suponer un riesgo para la unidad y coherencia de este [...]». Sin embargo, la multiplicación de jurisdicciones internacionales, si bien puede ocasionar consecuencias negativas para la unidad del Derecho Internacional (si se deja de lado la garantía de coherencia mínima en la interpretación y aplicación de las normas internacionales), tiene un efecto útil: permite la solución de un mayor número de controversias, habilitando la jurisdicción internacional para materias que antes quedaban excluidas. Pero, tal multiplicación de jurisdicciones ocasiona, sin duda, no solo la posibilidad de conflicto entre las propias jurisdicciones, sino también una probable contradicción en la jurisprudencia de los distintos tribunales.

Igual razonamiento cabe para los doctrinarios. En efecto, el problema de la excesiva especialización de los internacionalistas se sitúa en su período de formación, ya que la especialización debería producirse solo cuando hayan adquirido una visión del ordenamiento jurídico en su conjunto. En el mismo sentido cabe pronunciarse en lo referente a la enseñanza: «la sectorialización presupone y exige la formación base, la percepción global del ordenamiento, la aprehensión de sus técnicas elementales y la concepción más amplia de las relaciones sociales de base»⁸⁹. Bianchi observa que la fragmentación, a raíz de su aparente rebeldía nihilística, podría erosionar el entusiasmo de jóvenes estudiantes que eligen la carrera de Derecho Internacional con el objetivo de mejorar el gobierno global y la condición de la humanidad. «[Los] estudiantes deben advertir que la teoría importa»⁹⁰.

C) En la responsabilidad internacional de los Estados

Otro riesgo derivado de la fragmentación es que algunos sistemas regionales tienen normas propias en materia de la responsabilidad internacional de los EP, sustituyendo o modificando las reglas del Derecho Internacional General sobre la materia. Este tema no es menor, teniendo en cuenta que la institución de la responsabilidad constituye el núcleo del sistema jurídico internacional, lo que le da

⁸⁸ L. I. Sánchez Rodríguez, *Proyecto docente e investigador*, Madrid 1990 (inédito), citado por S. Salinas Alcega, *op. cit.* p. 87.

⁸⁹ *Ibid.* p. 53.

⁹⁰ A. D'Amato, *op. cit.*

el carácter de verdadero Derecho. La violación de las normas internacionales (ya sean generales o particulares) y su consecuencia (la responsabilidad del autor de la infracción) pueden llegar a constituir un problema en caso de normas especiales en esta materia ajenas o contradictorias a las de carácter general que pueden afectar la unidad del Derecho. En efecto, las consecuencias especiales que se pueden encontrar en los sistemas regionales sobre el particular, si bien pueden contribuir a la eficacia en la aplicación de la norma, conllevan ese riesgo atentatorio contra la unidad del Derecho. Parecido análisis se puede efectuar con respecto a las consecuencias de la violación, específicamente en lo relacionado con las sanciones. En los sistemas particulares derivados del régimen de las organizaciones internacionales regionales, se observa la posibilidad de imponer sanciones de carácter «vertical»; en cambio, en el Derecho Internacional General, como se sabe, estas sanciones son «horizontales».

X. REFLEXIONES FINALES

Todo lo anterior nos lleva a plantear los siguientes interrogantes: ¿el principio de ley especial menoscaba la seguridad, la previsibilidad jurídica del orden internacional y el principio de igualdad jurídica de los sujetos de Derecho?; ¿significa la fragmentación del Derecho Internacional General una erosión a la homogeneidad y jerarquía del sistema jurídico internacional?; ¿las reglas internacionales son simplemente pragmáticas, o encarnan valores tales como la necesidad de cooperación internacional?; ¿es el Derecho Internacional una combinación mixta de conflicto y cooperación por sus reglas, o son sus reglas las que lo hacen un juego de conflicto y cooperación?

Lo que parece cierto es que la fragmentación produce conflictos entre las normas del Derecho Internacional General y del particular, divergencias que deben solucionarse mediante la interpretación que debe realizarse por los propios sujetos o terceros intervinientes. En tal sentido, las orientaciones del CV69 en esta materia constituyen un instrumento idóneo para hacer frente a la colisión de normas generales y regímenes particulares.

La perspectiva de que la fragmentación realmente plantea riesgos no ha sido superada. La fragmentación bien puede ser el mayor riesgo o peligro en la búsqueda de una teoría general explicativa del Derecho Internacional. Sin embargo, si algún pensamiento de Derecho Internacional ha superado la prueba del tiempo, es aquel de Luis Henkin: «casi todas las naciones observan casi todos los principios del Derecho Internacional y casi todas sus obligaciones casi todo el tiempo». Es difícil imaginar un conjunto de reglas en toda la historia de la humanidad que sea más importante y menos entendida que la reglas del Derecho Internacional. En los grandes acontecimientos internacionales se escucha un llamado al Derecho

Internacional. «Este aparece entonces no tanto como regla normativa, sino como un llamado a creer en la justicia, la solidaridad y la responsabilidad». El hecho de que el conjunto de reglas e instituciones que rigen en la comunidad sean «internacionales» no es prueba de su valor moral. Pero la tradición del Derecho Internacional⁹¹ prueba que es el medio más adecuado para ordenar la comunidad universal, independientemente de intereses o deseos particulares⁹².

Si bien el consentimiento de los Estados sigue manteniendo un papel fundamental en la creación de las normas internacionales, encuentra un fuerte condicionamiento si se analiza desde el punto de vista del rol que juegan actualmente las organizaciones internacionales. Desde esta perspectiva, hay que analizar el principio de unidad del Derecho Internacional para evitar o atenuar el enfrentamiento entre el regionalismo y el universalismo. El instrumento a utilizar para evitar o disminuir este enfrentamiento debe basarse en una estrategia de prevención de conflictos. En tal sentido, se puede observar que en muchos casos, la solución se expresa bajo la forma de un reenvío del Derecho Internacional General a los acuerdos regionales (por ejemplo, en materia de vías de aguas internacionales, Derecho del Mar o del Medio Ambiente). En efecto, a menudo la norma internacional de carácter universal se atiene a un «límite bajo» (una norma de mínima) y ofrece a los Estados la posibilidad de legislar sobre determinadas materias; en otros, se efectúa por vía de acuerdos convencionales entre organizaciones internacionales sobre la delimitación de sus competencias, o por la delegación de facultades o competencias entre ellas⁹³.

Los instrumentos de Derecho universal establecen el principio de su primacía, como acontece con el artículo 103 de la Carta de la ONU⁹⁴; sin embargo, sus propias normas permiten las soluciones regionales, estableciendo, aunque sea indirectamente, la primacía de las fuentes y normas regionales, al menos en las relaciones *inter se*.

Otro medio de compatibilización a fin de evitar conflictos entre normas generales y regionales es la renegociación de normas convencionales generales contrarias a las normas regionales, a fin de favorecer la efectividad de la norma regional, respetando el principio del efecto relativo de los tratados: El reconocimiento por el Derecho regional de la primacía del Derecho Internacional General se funda sobre el principio del efecto relativo de los tratados y sobre las soluciones previstas en el CV69 en lo que hace a la aplicación de tratados sucesivos.

⁹¹ A. D'Amato, *op. cit.*

⁹² M. Koskenniemi, *op. cit.*

⁹³ P. Daillier, «Universalisme et régionalisme». XXVI *Curso de Derecho Internacional* del CJI (1999), vol. 19, pp. 1-20.

⁹⁴ Todos los acuerdos regionales, bilaterales y hasta multilaterales, que las partes pueden concluir referidos al arreglo de diferendos o de la jurisdicción de la CIJ están siempre subordinados a las disposiciones del art. 103 de la Carta.

Como conclusión, podríamos decir que la fragmentación o diversificación no supone necesariamente la independencia de esas normas particulares en relación con el Derecho Internacional General; debe verse «no como una ruptura del Derecho común, sino como convivencia de principios y normas generales junto a principios y normas y técnicas específicas para cada sector»⁹⁵. En la actualidad, existe una interpenetración constante entre la aplicación del Derecho Internacional General y las reglas de los regímenes internacionales especiales. Como estos solo pueden ser definidos conforme a aquel, el Derecho Internacional General proporciona el marco conceptual, lingüístico e instrumental que facilita la aplicación de reglas especiales⁹⁶.

Los riesgos del regionalismo y del Derecho Internacional Particular en general (y la fragmentación como producto jurídico) derivan en que, indudablemente, en los sistemas particulares existen normas que poseen elementos que difieren de las normas universales. Este riesgo se encuentra acotado por la existencia en la comunidad de normas de una naturaleza especial: *ius cogens* y obligaciones *erga omnes*.

Según el Informe de la CDI:

[L]a fragmentación no plantea ningún verdadero peligro para la práctica jurídica, ni tampoco los sucesivos tratados internacionales multilaterales sobre diversas materias; es un rasgo de complejidad social de un mundo que se globaliza.

Solo se reduce a una cuestión de aplicación de técnicas jurídicas para interpretar y aplicarla. La diversificación y expansión del Derecho Internacional son evoluciones necesarias para garantizar su vitalidad, así como para responder mejor a las exigencias de un mundo globalizado y plural. La tradición diplomática, la cultura jurídica y la realidad política internacional nos acercan al constitucionalismo del Derecho Internacional en el debate sobre la fragmentación. La CDI menciona en su Informe:

[L]os conflictos entre regímenes especializados pueden superarse por medio del Derecho, a lo que jamás puedan llegar aquellos mecanismos novedosos y eficientes, basados en la división y en la maximización de su propia racionalidad.

Pero la lucha contra la fragmentación del orden legal internacional no es una cruzada vana. Es una necesidad que no se puede concebir en una comunidad internacional que no sea regida por la eficacia del Derecho, con un sentido de comprensión común de sus términos. La postura de mantener la unidad no es solo de interés para los académicos, también lo es para la práctica y la política. Todos los

⁹⁵ L. I. Sánchez Rodríguez, *op. cit.*, citado por S. Salinas Aleaga, *op. cit.* p. 55.

⁹⁶ P. M. Dupuy, *op. cit.*

regímenes de tratados y las reglas especiales de Derecho Internacional limitadas con un objeto específico pueden ser rechazados por Estados soberanos. Sin embargo, no ocurre lo mismo con un sistema jurídico del cual no es solo el sujeto, sino también, entre otros cientos, el autor. Desafiar a la unidad del orden legal internacional, esparciendo la idea de su fragmentación, es sembrar dudas tanto sobre su existencia como sobre su supervivencia. La unidad de aplicación del Derecho Internacional es una condición tanto de su eficacia como de su supervivencia⁹⁷.

También es conveniente incluir los principios fundamentales del Derecho de gentes en las constituciones de los países. Ello se entiende en la posición de entender a la comunidad internacional, principalmente, como un proceso de inclusión y equidad, oportunidad que brinda el Derecho Internacional mediante su esfera objetiva de validez, en virtud de procesos formales, transparentes y previsibles. «El formalismo jurídico sigue siendo la única vía que garantiza previsibilidad y seguridad para los actores menos poderosos en el orden internacional. Permite la construcción de los mínimos denominadores comunes que sostienen a la comunidad internacional»⁹⁸.

RESUMEN: El presente trabajo aborda los riesgos y peligros que para la unidad del Derecho Internacional significa la creciente diversificación de sus normas y la proliferación de órganos de control jurisdiccionales en el ámbito de la comunidad internacional. Plantea el interrogante de si tal fragmentación atenta contra la unidad, la seguridad, la previsibilidad y la eficacia de las normas jurídicas generales del Derecho Internacional.

PALABRA CLAVE: Universalismo, regionalismo, normas generales, regímenes especiales, *lex specialis*, interpretación, aplicación, fragmentación, jerarquía normativa.

ABSTRACT: The article addresses the risks and dangers posed to the unit of International Law by the increasing diversification of its rules and the proliferation of judicial review bodies in the international community scope. It questions whether the said fragmentation threatens the unity, security, predictability and efficiency of the general rules of International Law.

KEYWORDS: Universalism, regionalism, general rules, special regimes, *lex specialis*, interpretation, application, fragmentation, rules hierarchy.

⁹⁷ P. M. Dupuy, *op. cit.*

⁹⁸ A. Rodiles, *op. cit.*

O PROJETO JURIDICO DE CIDADANIA UNIVERSAL: REFLEXÕES À LUZ DO DIREITO DE LIBERDADE

FREDYS ORLANDO SORTO*

SUMARIO: I. INTRODUÇÃO.—II. PARTICULARIDADES DA CIDADANIA E DA LIBERDADE.—III. CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA ORIGEM DA CIDADANIA E DA LIBERDADE.—IV. EVOLUÇÃO DA LIBERDADE.—V. LIBERDADE E CIDADANIA UNIVERSAL EM KANT.—VI. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

I. INTRODUÇÃO

Não é tarefa cômoda pensar a cidadania universal a partir do que existe de teoria ou de prática na sociedade internacional. Trata-se de tarefa complexa, pois, se projeto jurídico há, este não é norma ainda e, portanto, não obriga ninguém. Além do que, a cidadania não existe sem a liberdade. Aqui reside outro complicador, pois olhar a liberdade assemelha-se a observar certo emaranhado de fios nos quais é difícil achar a ponta certa, muitos publicistas por certo encontraram o fio errado, enforcing os fatos explicativos da origem e da essência da cidadania¹.

Diz-se no título deste ensaio que o projeto de cidadania universal é jurídico, porque o ponto de referência final é a tese do direito de hospitalidade contido no projeto de tratado internacional kantiano da *Paz Perpétua*. Convém elucidar, da mesma forma, que a sociedade interna desdobra-se na internacional, que os assuntos internos podem passar sem receio ao plano jurídico universal desde que assim

* Mestre em Direito Internacional e Doutor em Ciência Política pela Universidade de São Paulo (USP); Fundador e Editor da *Revista Verba Juris*; Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (Brasil); Membro del IHLADI.

¹ A palavra liberdade pode ser tomada em muitas acepções. A lista de significados parece interminável: Liberdade antiga, civil, contemporânea, de associação, de consumo, de ensino, de expressão, de imprensa, de locomoção, de pensamento, de reunião, democrática, dos mares, econômica, individual, intelectual, liberal, moderna, negativa, política, positiva, pública, religiosa, republicana, romântica, segundo a lei, sexual. Há casos em que a palavra liberdade é estudada com base no pensamento de certo autor: Liberdade em Hobbes, em Montesquieu, em Stuart Mill, em Marx etc.

pretendido por quem tem competência para tal. Razão de sobra tem Kelsen², pois, quando sustenta que:

Todo assunto que é ou pode ser regulado pelo direito nacional também é suscetível de regulamentação internacional.

Por essa razão a cidadania, que já é assunto jurídico doméstico e comunitário, pode converter-se em matéria de tratado internacional.

¿Que significa realmente essa hospitalidade kantiana? Qual a extensão da cidadania extraída da proposta de Kant, caso seja possível identificar e trazer à baila tal cidadania? Qual a posição política do autor, visto que produz a obra depois de dois eventos de grande monta para a cidadania: a Revolução Francesa e a instituição da democracia representativa nos Estados Unidos? Poder-se-ia deduzir de imediato que Kant é defensor da democracia, da cidadania universal, dos direitos humanos. A conclusão pode parecer surpreendente aos desavisados.

No presente escrito parte-se do seguinte problema: em face de todas as transformações uniformizadoras ocorridas desde a queda do muro de Berlim, considerando ainda documentos de significativa relevância universal como a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU e o tratado da *Paz Perpétua* de Kant, é factível de concretização a cidadania em nível universal? Posto que existam as condições necessárias para a exequibilidade da referida cidadania, que papel cabe então à liberdade como valor e como direito nessa efetivação?

II. PARTICULARIDADES DA CIDADANIA E DA LIBERDADE

A primeira observação, que urge seja feita, é a de que a famigerada cidadania grega, em especial a ateniense, como modelo ideal constitui engodo destinado a fugar incautos, porquanto somente os muito crédulos não percebem que a condição de cidadão era exclusiva de certos membros da aristocracia de Atenas, a maioria das pessoas, no entanto ficava à margem do privilégio de ser cidadão. Trata-se por conseguinte de direito exclusivo, por isso mesmo excludente, porque deixava as mulheres de lado, além de ser a sociedade grega escravocrata. Os detentores dos direitos de cidadania dispunham do tempo necessário para exercer a liberdade, a qual segundo Constant era diferente da moderna, como ele tenta provar em fecundo e influente ensaio do liberalismo clássico, que mais à frente se abordará. Contudo, é inegável que a cidadania tenha nascido na Grécia, embora seja diferente da que surge em Roma e da que se forma com a instituição do Estado moderno.

² H. Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado*, Trad. E. García Máymez, 2ª ed. 5ª. reimpr., México 1995, p. 434.

Sorman considera que a partir de 1989, com a derrubada do muro de Berlim, começa para a Humanidade novo tempo histórico, sustentado pelos pilares do liberalismo e da globalização³. Assim:

Desde 1989, não há mais escolha. Ou seja, podemos ser contra ou a favor do modelo liberal, mas somos obrigados a nos situar em relação a ele⁴.

Quanto à globalização, ele diz que não se trata de colonização do mundo, mas da criação de identidade comum, que ele chama de «identidade múltipla e cidadania do tempo». Certamente, o autor refere-se a mercadorias, não a pessoas. Além do que, a «cidadania do tempo» de Sorman, salvo melhor juízo, nada significa.

A célebre afirmação de Hannah Arendt de que cidadania é o direito a ter direitos em resposta à ruptura totalitária, como diz Lafer⁵, representa, a despeito de toda a carga positiva de asserção humana, apenas um dos lados da questão. Pois não há cidadania sem deveres, nem direitos sem obrigações na comunidade política. A Declaração Americana de Direitos Humanos (1948), antecessora da Declaração Universal, põe lado a lado direitos e obrigações.

A cidadania e a liberdade têm a mesma origem e o mesmo percurso. A modernidade reinventa-as, adapta-as a realidades diferentes. É o que faz Marshall no ensaio *Citizenship and Social Class* (1950)⁶ ao abordar a cidadania britânica (direitos e deveres) à luz das mudanças ocorridas durante o século XIX na Grã-Bretanha. Marshall, considerando apenas a sociedade britânica, elabora uma teoria geral da cidadania motivadora de grande debate. Ele afirma que a cidadania moderna se desenvolve historicamente nos séculos XVIII (direitos civis); XIX (direitos políticos) e

³ Sorman na verdade usa a palavra mundialização, como é de praxe na língua francesa. Para ele o fenômeno da «mundialização» contém em si três elementos: o econômico propriamente dito, o cultural manifestado pela internet e pelo uso do inglês como língua franca e, por último, o elemento político materializado pela codificação internacional. Em português, no entanto, prefere-se o anglicismo globalização (globalization) em vez do galicismo mundialização (mondialisation). O conceituado dicionário Houaiss registra globalização como fenômeno de interdependência de mercados em escala mundial. Já mundialização carece de registro.

⁴ G. Sorman, «Rumo a uma civilização mundial», In: *Fronteiras do pensamento*, Trad. D. Bernsmüller, São Leopoldo 2008, p. 76.

⁵ A referência completa de C. Lafer é esta: «Na evolução do direito internacional público contemporâneo e em resposta à ruptura totalitária que levou Hannah Arendt à conclusão de que a cidadania é o direito a ter direitos, a primeira garantia coletiva da *comitas gentium* a ser elencada está ligada ao interesse objetivo da ordem internacional de impedir o surgimento em larga escala de apátridas». Cf. C. Lafer, *A reconstrução dos direitos humanos*. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt, São Paulo 2006, p. 155. A parte referenciada da obra de Arendt é a seguinte: «A cidadania é o direito a ter direitos, pois a igualdade em dignidade e direitos dos seres humanos não é um dado. É um construído da convivência coletiva, que requer o acesso ao espaço público. É este acesso ao espaço público que permite a construção de um mundo comum através do processo de asserção dos direitos humanos». Arendt retoma a mesma lição em outra importante obra, H. Arendt, *O sistema totalitário*. Trad. R. Raposo, Lisboa 1978, p. 381.

⁶ T.H., Marshall; T. Bottomore, *Ciudadania y clase social*, Trad. A. Bonanno, Buenos Aires 2005.

XX (direitos sociais). Trata-se de ensaio original no qual examina as relações entre cidadania e classe social a partir da perspectiva histórica e comparada. A pesquisa de Marshall redundou na introdução do conceito de direitos sociais.

Outro ponto que suscita discussão, merecendo esclarecimento prévio, é o que se refere à distinção entre cidadania e nacionalidade, pois são assuntos interligados, contudo, diferentes. Nacionalidade é o vínculo político permanente entre a pessoa humana e o Estado. Cidadania por sua vez é a capacidade que tem a pessoa de gozar dos direitos civis, políticos e sociais, cumprindo ao mesmo tempo com os deveres que lhe são atribuídos pela ordem jurídica do Estado ao qual pertence, pois toda a pessoa humana tem direito ao menos a uma nacionalidade⁷.

No que diz respeito às possibilidades da liberdade, esta só é factível em sociedades que equilibrem o poder, mediante a fórmula da autolimitação interna do próprio poder, isto é, pelo sistema de freios e contrapesos de Locke e Montesquieu. Visto que a liberdade é impossível onde houver formas corruptas de governar, como o absolutismo. Ela também não deve ter valoração tão grande ao ponto de ofuscar ou de eliminar a função que desempenha a autoridade, posto que sem governo legítimo a liberdade mesma não tem como existir ou permanecer em vigor. Por outras palavras, a adequada prática da liberdade pressupõe também o imprescindível exercício da autoridade, o que leva a negar também o seu valor absoluto, uma vez que se assim for, o governo deixa de ser legítimo. Além do mais, sem a liberdade a cidadania não existe, sem a autoridade é impossível qualquer forma de organização política.

A liberdade estabelece-se onde o poder é controlado pelo próprio poder mediante disposições claras ditadas pelo Direito. O Absolutismo a aboliu durante muito tempo, a liberdade retoma o seu lugar somente com o advento do moderno Estado constitucional liberal. O Estado absoluto, pela sua natureza, rompe com a tradição da liberdade, cuja restituição e vigência passam pela reorganização das funções do poder e pela reinvenção da moderna cidadania que paulatinamente vai transformando os súditos do príncipe absoluto em cidadãos do Estado de direito, que é a moderna comunidade política.

Em rigor, o absolutismo continental europeu é de longe diferente do que se tentou na Grã-Bretanha. Porque aqui nunca chegou a se desenvolver em plenitude e, as vezes em que foi tentado, acabou por prevalecer a limitação do poder da monarquia, como bem o prova a Declaração de direitos (*Bill of Rights of 1689*) surgida após o longo período revolucionário durante a dinastia dos Stuarts no século XVII. A tradição de controle do poder monárquico e de prevalência da liberdade na Grã-Bretanha vem de longe, precisamente desde 1215 com a *Magna Carta Libertatum* imposta ao rei João Sem Terra. Ainda que seja documento de direito interno medieval, ele constitui ponto de referência universal na luta pelo reconhecimento dos direitos de cidadania.

⁷ Por *naturalidade* entende-se não mais que o vínculo do indivíduo com o lugar do seu nascimento, a sua terra natal. Quanto às variantes da nacionalidade, consulte-se H. Valladão, *Direito internacional privado*, vol. 15, Rio de Janeiro 1980.

Assim, a cidadania contemporânea renasce paulatinamente com o Estado constitucional moderno, que teve nas revoluções inglesas do século XVII (1640-1688), na Revolução Francesa, na Independência do Estados Unidos e na Revolução Industrial fatos determinantes no enfrentamento contra o absolutismo e na conquista de direitos. Naturalmente todos os eventos citados são acompanhados pelas construções teóricas de notáveis pensadores como Locke (*Two Treatises of Government*, 1690) na Grã-Bretanha, Rousseau (*Du contrat social*, 1762), e Montesquieu (*De l'esprit des lois*, 1748) na França e Madison (*The Federalists Papers*, 1787-8) nos Estados Unidos. O resultado da conjunção de teorias políticas e eventos revolucionários é a despersonalização do poder político, que deixa de se concentrar na pessoa do Príncipe para institucionalizar-se no Estado. A palavra de ordem passa a ser a desconcentração do poder, a separação das funções essenciais do Estado, como o são as de administrar, as de legislar e as de julgar conforme o Direito.

Deve-se observar que dos eventos mencionados acima, a Revolução Industrial é injustificavelmente deixada à margem por quase todos os autores, embora ela seja de grande relevo na construção da moderna cidadania, notadamente no que se refere aos direitos sociais.

Qual o impacto da limitação do poder para a cidadania? É óbvio que sem o controle dos abusos praticados pelos detentores da autoridade ela é inviável ou mesmo impossível. Assim, é exatamente a imposição de limites ao uso da força o que garante os direitos de cidadania na sociedade interna. Mas como tratar de tal limitação do poder em escala universal? É possível pensar na sociedade global governada pelo Direito contendo no seu bojo cidadãos do mundo? Não se deve descartar como resposta irrefutável a autoridade dos fatos e das ideias determinantes, como bem o demonstram os eventos revolucionários e as teorias políticas aludidos, nos quais se fundamenta o atual Estado de Direito. Na prática, a cidadania europeia⁸ constitui exemplo magnífico de como os direitos podem ser estendidos além das fronteiras estatais⁹.

⁸ A cidadania europeia é instituto autônomo na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, a mais importante declaração de direitos vinculantes da atualidade, embora o seu âmbito de validade jurídica seja regional. Mas em seção destinada às liberdades são contemplados igualmente importantes direitos de cidadania, como o direito à educação, ao trabalho, à propriedade. A cidadania compreende especificamente na Carta os direitos políticos, o da boa administração, o de acesso a documentos, o de petição ao Provedor de Justiça e ao Parlamento Europeu, o de circulação e de permanência no território da União e, ainda, o de proteção diplomática e consular no território de terceiros Estados. Como se vê, a Carta contempla os dois institutos em questão, mas os dispõe de forma bem diferente do que de corrente se entende em teoria.

⁹ Certa vez, Angela Merkel, em discurso proferido visando à superação do impasse criado pela não ratificação do tratado constitucional da União Europeia, chamou-se com satisfação de cidadã europeia. Parodiando Merkel, poderia alguém atualmente ser chamado de cidadão do mundo? Qual o limite espacial do exercício da cidadania? Obviamente, o limite de circulação e de participação da pessoa humana deveria ir além da comunidade política na que está inserido, deveria ser antes de qualquer consideração o vasto mundo, o cosmos, o universo.

No campo teórico, considere-se como excepcional contribuição o direito de hospitalidade kantiano, contido na *Paz Perpétua*. Na parte final do texto em pauta ver-se-á se tal contribuição é da magnitude que se apregoa. A despeito de não ser de natureza jurídica vinculante, deve-se lembrar também a Declaração Universal dos Direitos Humanos como a Declaração de direitos da sociedade internacional¹⁰, como ponto de partida ético da cidadania universal.

Na base da afirmação da cidadania universal deve mencionar-se a doutrina estoica do direito natural. O *Logos* divino, que é a inteligência cósmica onipresente que rege o universo, está em todos os seres humanos, sem distinção de qualquer natureza. Por outras palavras, é a Razão (*ῥησιμότης*), isto é, Deus, quem governa o universo. Do prisma jurídico, o conjunto de leis que comanda o Cosmos é o Direito natural captado pela razão humana e, portanto, universalmente válido. Se os seres humanos participam igualmente da razão divina, não há motivo para a existência da escravidão, daí o porquê da valorização da igualdade universal do ser humano e a rejeição à escravidão da Escola Estóica (*Stoa Poikile*). A ideia de Estado universal baseado na igualdade de todos os seres humanos é contribuição de grande monta do estoicismo. Naturalmente, eles não inventam a sociedade universal, as pessoas existiam como iguais antes da invenção das fronteiras, das classes sociais, dos Estados. Não há negar a grande influência exercida pela Escola em pauta na concepção do cosmopolitismo moderno, notadamente em Kant.

III. CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA ORIGEM DA CIDADANIA E DA LIBERDADE

A cidadania é assunto recorrente da época atual, inteiramente vinculado aos Direitos humanos. Pensa-se que ela surgiu na Grécia e que especialmente aos atenienses se deve a sua grandeza. Não é verdade, posto que a cidadania grega tinha o grave defeito de ser excludente. Porque os cidadãos gregos que praticavam a liberdade pública eram os membros da elite, não as pessoas em geral. Além disso, a escravidão é defendida como algo natural, mesmo entre

¹⁰ Em outro escrito, afirmara-se a respeito da Declaração como catálogo universal de direitos que: «É indiscutível que a cada dia a sociedade internacional parece menor, o mundo torna-se mais homogêneo e próximo em hábitos e em valores. Não parece por consequência impossível a adoção de determinada ética universal, ou cosmopolita, com o que há de comum entre os povos, com o que há de valioso e geral na espécie humana. Nesse sentido a Declaração Universal dos Direitos Humanos representa o passo mais avançado no caminho da compreensão do que é convergente, significa um gigantesco passo adiante, deixando para trás as estupidez que enlutaram gerações de seres humanos. O fato é que a pessoa humana não tem outra saída a não ser procurar formas inteligentes e éticas de bem viver em comunidade». F.O. Sorto, «A declaração universal dos direitos humanos no seu sexagésimo aniversário», *Verba Juris*, n° 7, jan./dez. 2008, p. 13.

filósofos do porte de Aristóteles, que divide os homens em livre e escravos por natureza. A diferença do pensamento grego, romanos do porte de Sêneca e de Cícero acharam na própria racionalidade o fundamento da liberdade e da igualdade.

Orlando Patterson e Giuliano Crifò são autores importantes para a compreensão da origem e da expansão da cidadania no mundo. O primeiro autor examina como a liberdade, que Kant chamara de bem supremo da cidadania, se tornou o mais importante valor do mundo ocidental. Crifò por seu turno é essencial para desfazer o equívoco de considerar a Cidade Antiga formada pelo monólito da cultura greco-romana¹¹, porque se trata de culturas diferentes, como bem o provam as vocações de ambas: a filosófica dos gregos e a jurídica dos romanos. Assim, a cidadania e a liberdade vêm a lume na Grécia, especialmente em Atenas, mas são ambas reinventadas e universalizadas por Roma, de onde se herdaram os conteúdos das duas modernas acepções.

Patterson¹² afirma que o Ocidente é a fonte exclusiva da liberdade, argumenta que os povos não ocidentais pensaram pouco a respeito e que a maioria das línguas humanas carece de palavra para expressar o conceito. Tal assertiva leva desde logo à seguinte ilação: se a origem da palavra for considerada dessa maneira, então ela não poderia ser arvorada em valor inato, posto que seria construção cultural de determinada civilização e não da Humanidade. Claro está que a asserção de que a origem do vocábulo é ocidental não é compartilhada por outros autores, como se verá.

Outra circunstância de interesse mostrada por Patterson é que a liberdade é contínua por toda a história da civilização ocidental. Ela nasce nos séculos VI e V antes de Cristo, na Grécia, expande-se durante o Império romano, sobrevive à Idade Média, como o demonstram Carlyle e Pound, permanecendo em vigor desde então na Grã-Bretanha, a despeito da ruptura provocada pelo absolutismo na Europa continental. A liberdade moderna, de marca inteiramente individualista, foi em seguida introduzida pelos teóricos do

¹¹ Se Roma tinha na concessão da cidadania um eficaz instrumento de manutenção do Império, essa cidadania não se compara à grega, não apenas porque esta é exclusiva, mas também por razões espirituais. O cidadão da *polis*, cuja cidadania a adquire por deliberação dos cidadãos, participa diretamente dos atos essenciais da comunidade estatal. Nas palavras de Crifò: «A cidadania não se adquire, automaticamente, pelo nascimento e do mesmo modo como é adquirida, por deliberação dos cidadãos, ela pode ser extinta. O cidadão, membro da *polis* [...], participa diretamente dos atos essenciais da comunidade estatal». Em outra parte ele diz: «A *polis*, em conclusão, é uma comunidade ligada por um princípio espiritual [...]. O Estado romano não são os romanos, mas a *res publica*, *res populi*, uma idéia abstrata respeito ao vínculo pessoal grego». Se houve fundamentos e desenvolvimentos análogos nas origens greco-romanas, tal fato dá sentido à doutrina (falsa) que insiste na tese da unidade da cidade antiga: cf. G. Crifò, *Civis: la cittadinanza tra antico e moderno*, 5ª ed. Bari-Roma 2005, p. 28.

¹² O. Patterson, *La libertad: la libertad en la construcción de la cultura occidental*, Trad. O.L. Molina, Santiago 1993, p. 12.

Estado liberal constitucional¹³. A observação é de grande importância porque a maioria dos publicistas passa da liberdade ateniense diretamente à moderna. Como explicar esse abismo que compreende mais de um milênio? A liberdade permaneceu nas trevas na Idade Média mesmo sendo direito inato como alegam os jusnaturalistas?

Retomando a questão do salto histórico, não há como deixar de lado dois eminentes pensadores, esse é o caso de Isaiah Berlin, que no seu influente ensaio «Dois conceitos de liberdade» considera não ser passível de discussão que a liberdade individual seja tipicamente moderna, desconhecida portanto na Antiguidade. O mesmo pode ser dito de outro pensador, Benjamin Constant, quem considera a liberdade individual moderna (privada) totalmente distinta da liberdade antiga (política). O argumento de Patterson¹⁴, no entanto, é de que não existem duas liberdades, ela é uma só, que é a que sai de Atenas, atravessa a Idade Média e chega até a época atual. Este autor expõe essa unicidade ao tratar igualmente da vigência da liberdade individual nas massas urbanas, ao examinar o papel do Imperador como o seu garantidor, bem como a destacar a contribuição do estoicismo.

Como valor central a liberdade é construída em Atenas a partir da experiência da escravidão. Ela se torna valor ocidental por causa do Império romano e, em grande medida, em valor universal também devido ao surgimento do Cristianismo (liberdade espiritual), que Roma converteu na primeira religião¹⁵ universal¹⁶. Carlyle destaca a contribuição da patrística, porque:

¹³ Nem todos concordam com o asserto da contribuição liberal. Na obra *Direito natural e história* (*Droit naturel et histoire*) Leo Strauss critica fortemente o Direito natural moderno, sua ácida crítica dirige-se a quatro consagrados autores da modernidade: Hobbes, Locke, Rousseau e Burke (Cf. L. Strauss, caps. 5 e 6). A sua crítica radical ao liberalismo o leva ao confronto com o pensamento moderno, especialmente com o de Hobbes, quem é, segundo ele, o «fundador do liberalismo» e do pensamento moderno. O seu objetivo é expor a crise desse direito natural e demonstrar a necessidade do Direito natural clássico: Sócrates, Platão, Aristóteles (Grécia); Cícero (Roma); Aquino (Idade Média), destacando sobretudo a atualidade das teses da República de Platão. Strauss está convencido de que a filosofia política antiga é a alternativa mais adequada ao presente, por isso investe na adaptação das lições dos clássicos, especialmente Platão, como o demonstra no ensaio *The City and Man*, cuja parte medular são comentários à República de Platão (Cf. L. Strauss, *The City and Man*, Chicago-London 1978, pp. 50-138).

¹⁴ O. Patterson, *op. cit.*, p. 20.

¹⁵ A importância do Cristianismo no desenvolvimento da concepção da liberdade e da igualdade entre os seres humanos, por conseguinte da cidadania, está evidente no texto bíblico: «E de um só fez todas as raças dos homens, para habitarem sobre toda a face da terra, determinando-lhes os tempos já dantes ordenados e os limites da sua habitação». (Atos dos Apóstolos, 17: 26).

¹⁶ A. J. Carlyle, *La libertad política: historia de su concepto en la Edad Media y los tiempos modernos*. Trad. V. Herrero, México 1982, p. 17.

No fundamental, os princípios da igualdade natural dos homens passaram à literatura medieval através dos Padres da Igreja¹⁷.

Acrescente-se a isso, como aspecto essencial na construção da cidadania, a atuação decisiva das mulheres na invenção da liberdade social. A contribuição feminina é destacada ao menos por dois dos autores analisados neste escrito: Patterson e Stuart Mill.

Vale a pena lembrar que não foi ao acaso que o Império romano expandiu a cidadania e a liberdade. Patterson¹⁸ diz que o preço exigido por Roma no governo da península era a renúncia à autonomia política externa, a qual as elites locais aceitavam graças a dois costumes romanos: a autonomia administrativa total dos povos conquistados e a promessa de concessão de cidadania romana às elites locais. Na verdade, a cidadania torna-se importante instrumento da política romana, o que explica em certa medida a longevidade do Império. Não se pode deixar de mencionar, porém, que a grandeza de Roma, louvada por muitos historiadores, ofusca às vezes as atrocidades cometidas por séculos.

Curioso é que se alarga o Império juntamente com a cidadania que está ao alcance de todos, inclusive dos escravos. A cidadania expande-se, a despeito de Roma permanecer circunscrita aos mesmos contornos. Não se pode deixar de notar que o Direito romano reconhece paulatinamente a personalização do escravo pelas ações humanitárias e pela proibição dos maus tratos¹⁹.

Que acontece com a liberdade e a cidadania após o fim do Império romano? Dois autores são essenciais para a cabal compreensão do tema: Alexander James Carlyle e Roscoe Pound. O primeiro ajuda a compreender a liberdade política na Idade Média, o segundo é mais específico, porque se refere à história da liberdade na Inglaterra medieval desde a conquista até a Declaração de Direitos de 1791, isto é, às dez primeiras emendas à Constituição dos EUA.

Qual o argumento central dos autores citados? É o da unicidade e continuidade histórica da liberdade que perpassa a Idade Média até a Grã-Bretanha, que a herda e a moderniza. Há aqui algo de extrema relevância, cujo registro é imprescindível para compreender a contento a diferença do assunto em discussão nos sistemas jurídicos do *Common Law* e do romano-germânico, que é o da fonte romana. Em outros termos, se a liberdade advém da Roma republicana ou da Roma imperial.

¹⁷ O princípio da igualdade do gênero humano está evidente em São Paulo nas Epístola aos Gálatas, embora aqui seu objetivo específico seja o de defender a liberdade cristã contra o ensino judaizante, diz ele: «Não há judeu nem grego; não há escravo nem livre; não há homem nem mulher; porque todos vós sois um em Cristo Jesus» (Gálatas, 3: 28).

¹⁸ O. Patterson, *op. cit.*, p. 289.

¹⁹ «Por trás da brilhante retórica da grandeza civilizadora, que alguns historiadores ocidentais ainda insistem em propagar, há um relato sórdido de prodigioso latrocínio, efetuado por uma das classes governantes mais ladras que jamais tenha existido»: O. Patterson, *op. cit.*, p. 302.

IV. EVOLUÇÃO DA LIBERDADE

Pode-se iniciar a seção reafirmando-se a unidade do conceito liberdade de Patterson. Porque esse é o entendimento de Carlyle²⁰, seguramente o mais importante pensador da liberdade política medieval. Segundo ele é impossível tratar da liberdade política sem referência à liberdade individual, a que ele considera mais ampla e complexa, se considerada na relação que há entre a autoridade política e o cidadão. A relação entre indivíduo e sociedade alcançara grande desenvolvimento em Roma.

Note-se que pensadores modernos como Stuart Mill, Constant, Hayek e Berlin dirão de diversos modos que os conceitos antigo e moderno da liberdade são totalmente deferentes. Tese que Carlyle desmonta. Ele parte de texto bíblico para fazer ver como se dá «[...] a desintegração do grupo e o reconhecimento do indivíduo como unidade primária da vida humana».

A lição de Carlyle²¹ é lapidar, porque ele faz derivar da comunidade composta por seres humanos toda a autoridade, a qual deve ser limitada para permitir a liberdade política. Assim²²:

O imperador tinha certamente autoridade legislativa ilimitada porque a ele o povo (toda a comunidade) a tinha conferido²³.

Conclui-se daí, portanto, que do Direito romano vem o princípio da limitação do poder, o qual tem como fonte imediata de autoridade a própria comunidade. Veja-se então como as contribuições dos pensadores do liberalismo constitucional se limitam a atualizar o que se herda de Roma, naturalmente com todos os acréscimos do pensamento medieval.

Voltando ao ponto da passagem da liberdade romana à medieval, a autoridade fundamenta-se, como já dito, na comunidade que a transfere por lei ao príncipe romano. Contudo, a grande mudança ocorrida na ordem política da Idade Média é a de que:

Não é o príncipe quem é superior, mas o direito, e este na Idade Média era primordialmente o costume da comunidade²⁴.

²⁰ A. J. Carlyle, *op. cit.*, p. 8.

²¹ *Ibid.*, p. 10.

²² A. J. Carlyle separa o coletivo do individual, a solidariedade social do grupo e a responsabilidade individual do ser humano, socorre-se para tanto do profeta Ezequiel: «Que quereis vós dizer, citando na terra de Israel este provérbio: Os pais comeram uvas verdes, e os dentes dos filhos se embotaram?» (Ezequiel, 18: 2). «Vivo eu, diz e Senhor Deus, não se vos permite mais usar deste provérbio em Israel» (Ezequiel 18: 2). «A alma que pecar, essa morrerá: o filho não levará a iniquidade do pai, nem o pai levará a iniquidade do filho, a justiça do justo ficará sobre ele, e a impiedade do ímpio cairá sobre ele» (Ezequiel, 18: 20).

²³ A. J. Carlyle, *op. cit.*, p. 22.

²⁴ *Ibid.*, p. 25.

Seguindo as pegadas do mesmo autor²⁵, na ordem medieval a liberdade política tinha a seguinte feição: a autoridade subordina-se ao Direito. Este, como expressão legítima da comunidade, é basicamente o costume, que é expressado pela comunidade mediante representação.

O direito romano que perpassa a Idade Média faz, pois, a autoridade política derivar de modo direto da comunidade (povo). Ocorre que, de acordo com Carlyle²⁶, o *Corpus Juris Civilis*, feito já no final do Império, era o corpo legal da Roma imperial e não o da Roma republicana. Este dado é muito relevante, porque o estatuto legal do Império partia do pressuposto de que a autoridade do povo tinha sido transferida ao príncipe. Parece lícito supor então que Roma deixa duas heranças jurídicas, dois fundamentos, a saber: o costume e a lei. O costume como tal deriva da comunidade política, no caso a República; já a lei fundamenta-se na figura do príncipe (Império), que recebera do povo o seu poder. Como quer que seja, a Idade Média não deu guarida às concepções que punham o príncipe como fonte normativa nem às que o situavam fora do alcance ou mesmo acima das próprias leis.

Outro pensador importante do pragmatismo, Roscoe Pound, cujo marco de referência é a cultura jurídica do *Common Law*. Ele analisa em dois capítulos da obra *Evolução da liberdade* a história da liberdade na Grã-Bretanha medieval, desde a conquista até a Revolução Gloriosa de 1688. Ele questiona os valores aceitos acriticamente pela tradição jurídica do *Common Law*. Se Carlyle se refere à Roma republicana e imperial para estabelecer a diferença existente entre a Grã-Bretanha e a Europa continental quanto ao fundamento do direito e do poder, Pound interconecta a sua obra com a de Carlyle quando se refere à filiação romana dos dois principais sistemas jurídicos vigentes no mundo: o do moderno direito romano, que é tipicamente administrativo; e o direito comum inglês (*Common Law*), que é de índole jurisprudencial²⁷. Pound²⁸ compara os sistemas legais mencionados, diz que o atual direito inglês existe desde a Idade Média, já o direito continental europeu é acadêmico, «um direito aprendido nos textos de Justiniano». Nessa tradição britânica, Pound lembra a importância da *Magna Carta* (1215) como norma limitadora do poder monárquico.

²⁵ *Ibid.*, pp. 32-33.

²⁶ *Ibid.*, p. 40.

²⁷ Representante máximo da *jurisprudência sociológica* (da qual fazem parte também os juízes da Suprema Corte Oliver Wendell Holmes e Benjamin Nathan Cardozo), Pound inspirou a Escola Sociológica Americana. Sabe-se que essa Escola do pensamento jurídico foi inspirada no pragmatismo de William James (1842-1910). Consoante Monereo Pound tem concepção instrumental do Direito, pois o entende como mera técnica, isto é, não chega a ciência, é mesmo técnica específica de organização do controle social. «Dentro dessa concepção instrumental o sistema jurídico é uma maquinaria preordenada para a satisfação de interesses e resolução de problemas sociais». Nesse caso Direito não passa de engenharia social e o magistrado de artífice na solução dos problemas sociais: Cf. J.L. Monereo Pérez, «La 'jurisprudencia sociológica' de Roscoe Pound», In: R. Pound, *Evolución de la libertad. El desarrollo de las garantías constitucionales de la libertad*, Granada 2004, p.xxiv.

²⁸ R. Pound, *Evolución de la libertad. El desarrollo de las garantías constitucionales de la libertad*, Granada 2004, p. 10.

Há ainda um derradeiro registro de interesse na obra de Pound. Trata-se da análise que ele faz das dinastias Tudor e Stuart, precisamente da disputa entre a Coroa e o Judiciário, isto é, entre as tendências autoritárias e a justiça. No final prevalecem as garantias constitucionais da liberdade com a Declaração de Direitos de 1688, porque as tendências absolutistas da Coroa foram destruídas.

Que a organização política medieval fora diferente à moderna é fato, como verdade é que a liberdade política alcançou grande desenvolvimento por causa do princípio da supremacia do Direito. Limitando-se o poder mediante o Direito garantiam-se as condições de vigência da liberdade.

Se os pensadores do absolutismo rompem com a tradição da liberdade, outros no entanto são responsáveis pela manutenção da liberdade, por fazer a ponte com o passado medieval. A corrente é formada por autores menos conhecidos, mas nem por isso menos relevantes, como é o caso de Richard Hooker e Altusio (*Althusius*). Os dois são contratualistas e defendem como fonte de toda a autoridade o povo. Altusio é realmente pensador de grande envergadura e originalidade, cuja tese da vontade geral é precursora da de Rousseau. Ele pensa a comunidade política a partir da celebração do contrato original entre o povo, que é o verdadeiro detentor da soberania (poder originário), e o governante livremente eleito, que é titular do poder derivado. Consoante o pensamento de Altusio²⁹ «A propriedade do reino é do povo e a administração do rei».

Locke é, porém, na ótica de Carlyle³⁰, o pensador político que faz a conexão entre a Idade Média e a Modernidade, entre a tradição medieval da supremacia do Direito, da limitação da autoridade política do governante, da comunidade como fonte do poder, com o Estado moderno. A importância de Locke na construção do Estado constitucional liberal é significativa, especialmente porque partiu dele a teoria da separação dos poderes (funções, dir-se-ia com mais propriedade, pois o poder não é passível de separação), teoria retomada e aperfeiçoada por Montesquieu, que lhe acrescentou a função jurisdicional. Se Locke é o elemento de ligação entre as tradições antiga e moderna, Montesquieu responde em grande medida pela ponte estabelecida entre a tradição britânica e a continental. O modelo observado por este autor na determinação do espírito geral das leis é o britânico³¹, no qual se inspira para readaptar os princípios medievais, de supremacia do direito e da manutenção da liberdade, os quais serão depois magistralmente implementados de modo pioneiro pelos estadunidenses.

²⁹ J. Altusio, *La política: metódicamente concebida e ilustrada con ejemplos sagrados y profanos*, Trad. P. Mariño, Madrid 1990, p. 16.

³⁰ A. J. Carlyle, *op. cit.*, p. 188.

³¹ Para Montesquieu «[...] numa sociedade em que há leis, a liberdade não pode consistir senão em poder fazer o que se deve querer e em não ser constrangido a fazer o que não se deve desejar. Deve-se ter sempre em mente o que é a independência e o que é a liberdade. A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; e se um cidadão pudesse fazer tudo o que elas proíbem, não teria mais liberdade, porque os outros também teriam tal poder». (J.-J. Montesquieu, 1982, p. 186).

Não estaria completa a trajetória da liberdade sem a apreciação de três autores dos mais significativos do liberalismo, notadamente os que defendem a tese do chamado Estado mínimo, isto é, os que advogam em prol do máximo de liberdade individual com o mínimo de controle por parte do Estado³². São eles: Stuart Mill, Constant, Hayek. São pensadores de grande habilidade persuasiva, seus argumentos são convincentes, os resultados práticos das teses nem tanto. Cronologicamente, o primeiro deles é Benjamin Constant, cuja conferência proferida em 1819 acerca da liberdade dos antigos comparada à dos modernos (*De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*) é sem dúvida um dos mais influentes documentos liberais do século XIX.

Constant rompe com a ampla lista de autores que defendem a tradição da liberdade a partir da Antiguidade, como Carlyle, Pound e Patterson, para ficar apenas nos autores citados neste escrito. Para Constant a liberdade dos antigos (política) é diferente da liberdade dos modernos, porque esta é individual (civil) por excelência e, segundo ele, a primeira das necessidades modernas, que não deve ser sacrificada em benefício da liberdade política. Assim, a teoria da liberdade moderna dele tem por base o gozo da mais ampla independência individual (direitos civis) no marco do Estado de Direito e do exercício limitado e controlado do poder político. Esse modelo de liberdade precisa do sistema representativo para poder medrar, porque a representação, segundo ele, é a que melhor serve à complexidade da sociedade moderna³³. Segundo Constant³⁴:

O objetivo dos antigos era a partilha do poder social entre todos os cidadãos de uma mesma pátria. Era isso o que eles denominavam liberdade.

Já na liberdade individual moderna o objetivo:

[...] é a segurança dos privilégios privados; e eles chamam liberdade as garantias concedidas pelas instituições a esses privilégios.

³² Segundo Pecora o direito natural é a matriz histórica do liberalismo e da democracia moderna. Para os liberais a liberdade é o não impedimento, para os democratas a autonomia. «O individualismo na tradição liberal democrática exalta a atividade dos indivíduos, que, no interior do Estado, inicia a elaboração das leis. O [individualismo] dos liberais magnifica a atividade dos indivíduos que se desenvolve fora do Estado, lá onde as ações são permitidas e escapam assim aos comandos e proibições do poder estatal»; G. Pecora, *La libertà dei moderni*, Roma 2004, p. 19.

³³ Constant idealizou a teoria da separação dos poderes em quatro funções estatais. Assim, ao lado dos clássicos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário está o Poder moderador. Este tem primazia em relação aos outros poderes. A Constituição Política do Império do Brasil (1824) consagra teoria dos quatro poderes (art. 10), sendo o Poder Moderador exercido pelo Imperador, que tem também a prerrogativa da representação do Estado.

³⁴ B. Constant, «De la liberté des anciens comparée à celle des modernes», in *Écrits politiques*. Paris 1997, p. 603.

Na mesma trilha de Constant, a *liberdade* de Stuart Mill é a liberal moderna, que ele denomina de civil ou social, cuja preocupação central é a de limitar o poder do Estado, permitindo o máximo de liberdade individual. O indivíduo é soberano em relação a si mesmo (corpo e espírito), com o mínimo de interferência da sociedade (Estado). Stuart Mill afirma que se trata na verdade da proteção das pessoas contra a tirania dos governantes. Essa é a liberdade civil dele, cuja realização se concretiza no espaço público mediante o exercício do que mais tarde Marshall denomina de a primeira fase histórica dos direitos de cidadania, que são por certo os direitos civis (liberdades de consciência, de pensamento, de expressão, de associação, de religião etc.), os quais são exigidos perante o Poder Judiciário.

Na obra que Stuart Mill dedica ao tema, (*On Liberty*, 1859)³⁵, ele defende com vigor a liberdade de pensamento, mostrando a importância dela ao afirmar que é do espírito humano a qualidade de corrigir os erros, porque o ser humano «[...] é capaz de retificar os seus enganos pela discussão e pela experiência»³⁶. Os erros do espírito humano ficam evidentes quando ele cuida da questão da infalibilidade, erros que ilustra com exemplos notáveis, como o da intolerância religiosa de Marco Aurélio e os processos judiciais contra Sócrates e Jesus Cristo. Posição especial ocupam na referida obra a dialética e a confrontação:

Há sempre esperança, assevera Stuart Mill³⁷, quando as pessoas são forçadas a ouvir os dois lados³⁸.

Stuart Mill defende, como Constant e Hayek, a liberdade individual dos mais aptos, dos gênios, dos que estão na vanguarda. O sábio empreendedor é o modelo que deve ser imitado pela pessoa mediana. Porque a liberdade individual é, segundo Stuart Mill³⁹, a única fonte infalível de aperfeiçoamento. Essa defesa da liberdade individual é retomada de modo ainda mais vigoroso por Hayek.

³⁵ É útil lembrar que Stuart Mill publica o livro *Sobre a liberdade* depois das grandes Revoluções: Gloriosa na Grã-Bretanha, (1688); a Independência (1776) e Constitucionalização nos EUA (1787); a Francesa (1789). A chamada Era Vitoriana (1837-1901) é período de aumento das liberdades pessoais e políticas da sociedade inglesa. Contudo, o período era de conservadorismo, tanto que o Parlamento só aprovou o direito de propriedade à mulher casada em 1882.

³⁶ J. S. Mill, *Sobre a liberdade*, 2ª ed., Trad. A. da Rocha Barros, Petrópolis 1991, p. 63.

³⁷ Acerca do valor da liberdade de opinião e de expressão, Stuart Mill apresenta quatro fundamentos distintos: a) a opinião é compelida ao silêncio, b) uma opinião errada pode conter parte da verdade, c) a opinião aceita como verdadeira deve ser posta à prova (testada); d) se o anterior não se der, a doutrina estará em perigo de se perder. O autor ainda adverte que «Nunca podemos estar seguros de que a opinião que procuramos sufocar seja a falsa; e, se estivéssemos seguros, sufocá-la seria ainda um mal» (J.S. Mill, 1991, p. 61).

³⁸ J. S. Mill, *op. cit.*, p. 94.

³⁹ *Ibid.* p. 112.

Na realidade *Os Fundamentos da Liberdade* (1960) de Hayek⁴⁰ representa no século XX o que a obra de Stuart Mill representara no século anterior. A parte de maior interesse, que é a mais densa do texto, é primeira das três partes que compõem o livro, na qual o autor pretende demonstrar por que se deseja a liberdade e o que ela traz consigo, visto que para ele «[...] a liberdade não é apenas um valor singular, mas a fonte e a condição necessária da maioria dos valores morais»⁴¹. Como a liberdade é para o autor em pauta a ausência de limitação e de coação, segue-se que cada indivíduo, como detentor de conhecimento único, deve ser livre para atuar em conformidade com seu conhecimento especial na busca do progresso da civilização. Como a mente humana não pode prever o futuro, há ignorância crassa acerca do estado da civilização futura. É preciso então que os indivíduos mais aptos empreendam a travessia rumo ao desenvolvimento. A sociedade não pode impedir o empreendimento do progresso, porque este, segundo Hayek⁴², é a garantia da paz do mundo. A liberdade, de acordo com ele, não é direito inato, mas invenção humana. Logo, a noção é histórica, semelhante portanto às de Marshall e Patterson e oposta à de Kant.

Usando as ferramentas do precursor Stuart Mill, dever-se-ia indagar de Hayek e de outros que pensam como ele a respeito da sorte dos que nada têm, dos que não são capazes de empreender coisa alguma, dos que por diversos motivos estão na retaguarda da sociedade, dos desprovidos de tudo, inclusive da cidadania. Responder-se-á que todos se beneficiam dos ganhos dos que têm liberdade total para empreender e lucrar. Como se dá esse benefício? Os muito ricos em tudo darão deliberadamente aos pobres de todo gênero o mínimo para que possam viver como pessoas dignas? Tal situação seria crível, se a natureza humana tivesse outra índole. Enquanto a natureza humana continuar sendo o que sempre fora, cuja maldade bem perceberam Madison e Kant em suas obras, o Estado precisa ter a robustez necessária para corrigir as diferenças que negam a cidadania às pessoas⁴³.

Considerada a liberdade do ponto de vista dinâmico da sucessão no tempo, causa espécie o endeusamento dado a certos defensores da soberania absoluta.

⁴⁰ O livro *Os fundamentos da liberdade* (*The Constitution of Liberty*, 1960) de Hayek traduz a luta ideológica travada durante a Guerra Fria entre os blocos capitalista e o socialista. Nesse contexto, as idéias desse autor servem de contraponto teórico do Ocidente ao modelo econômico liderado pela extinta URSS. «Nos Estados socialistas a liberdade foi suprimida em nome da liberdade», F. A. von Hayek, 2006, p. 39.

⁴¹ F. A., Hayek, *Los fundamentos de la libertad*, 7ª ed. Trad. J.V. Torrente, Madrid 2006, p. 25.

⁴² F. A., Hayek, *op. cit.*, p. 81.

⁴³ A *sui generis* teoria da liberdade de Amartya Sen é o contraste rematado a essas formas liberais de minimizar a função do Estado, notadamente no concernente ao combate à fome e ao desenvolvimento como direito humano. Consoante Amartya Sen «O desenvolvimento consiste na eliminação das privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer ponderadamente sua condição de agente», A. Sen, *Desenvolvimento como liberdade*, Trad. L. Teixeira Motta, São Paulo 2000, p. 10.

Porque eles põem o príncipe absoluto como fonte e acima das leis. Este é o caso de Bodin (*Os seis livros da República*, 1576), de Grócio (*Do direito da guerra e da paz*, 1625)⁴⁴ de Hobbes (*Leviatã*, 1651)⁴⁵, de Bossuet (*Política Segundo a Sagrada Escritura*, 1709), dentre outros. O absolutismo é fenômeno inteiramente novo, rompe com o passado de liberdade política e de limitação do poder durante dois longos séculos. A ruptura processada pela doutrina da teoria da monarquia, que é grave distorção jurídica e política, tem ainda a corrente teórica defensora da origem divina do governante⁴⁶.

Como já referido, a liberdade não pode ser absoluta ao ponto de inviabilizar a existência da sociedade organizada sob o comando de certa autoridade. O problema é que Rousseau entendia exatamente a liberdade como bem absoluto. Berlin⁴⁷ diz que:

[esse conceito absoluto de Rousseau] [...] não era absolutamente claro, porém muito apaixonado: a liberdade humana era para ele o que a posse de uma alma imortal era para o cristão ortodoxo⁴⁸.

⁴⁴ Grócio usa o contrato, que funda o Estado, como fonte da obediência incondicional do povo ao príncipe. Por outras palavras, Grócio legitima o poder absoluto em detrimento do direito de resistência ao governante despótico: «Porque los que se juntaron en alguna comunidad o se sometieron a uno o varios hombres, éstos, o prometieron expresamente, o por naturaleza del acto debieron entender que tácitamente prometían seguir lo que determinasen, o la mayor parte de la asamblea, o aquellos en quienes se había delegado potestad». H. Grócio, *Del Derecho de la guerra y de la paz*, Trad. J. Torrubiano Ripio, Madrid-Reus 1925, t.I, p. 15. Deixa clara também a sua oposição ao povo como detentor do poder soberano: «Y aquí hay que rechazar en primer lugar la opinión de los que defienden que el poder supremo está en todas partes y sin excepción en el pueblo, de suerte que le es lícito ya corregir, ya castigar, a los reyes, siempre que abusen de su mando: la cual doctrina cuántos males haya causado, y pueda causar aún ahora aceptada de corazón perfectamente, nadie que sea prudente lo dejará de ver», (*Idem*, p. 155). H. Grócio é também defensor do Estado absoluto, embora também tenha defendido a liberdade dos mares (*Mare Liberum*).

⁴⁵ Hobbes não faz propriamente defesa da Monarquia absoluta, mas do Estado absoluto, que ele chama de grande Leviatã e Deus Mortal. Quanto ao tema central diz ele que a «Liberdade significa, em sentido próprio, a ausência de oposição (entendendo por oposição os impedimentos externos do movimento); e não se aplica menos às criaturas irracionais e inanimadas do que às racionais. [...] um homem livre é aquele que, naquelas coisas que graças a sua força e engenho é capaz de fazer, não é impedido de fazer o que tem vontade de fazer. [...] do uso da expressão livre arbítrio não é possível inferir qualquer liberdade da vontade, do desejo ou da inclinação, mas apenas a liberdade do homem; a qual consiste no fato de ele não deparar com entraves ao fazer aquilo que tem vontade, desejo ou inclinação de fazer». T. Hobbes, *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*, 3ª ed. trad. J.P. Monteiro, São Paulo 1983, p. 129.

⁴⁶ Não são poucos os autores que defendem a origem divina dos reis, que o príncipe está acima da lei, que o monarca é a fonte (fundamento) do Direito, que o monarca não está obrigado pela lei, que ele tem autoridade absoluta. Assim estão, dentre outros: William Barclay (*Regno et Regali Potestate*, 1600); Alberico Gentili (*Regales disputaciones*, 1605); Robert Filmer (*Patriarcha*, 1680).

⁴⁷ I. Berlin, *Ideias políticas na era romântica*, trad. R. Eichenberg, São Paulo 2009, p. 175.

⁴⁸ Renunciar à liberdade é renunciar à qualidade de ser humano e consequentemente à natureza humana, diz Rousseau no Contrato Social: «Renoncer à sa liberté, c'est renoncer à sa qualité d'homme, aux droits de l'humanité, même à ses devoirs. Il n'y a nul dédommagement possible pour quiconque renonce à tout. Une telle renonciation est incompatible avec la nature de l'homme; et c'est ôter toute moralité à ses actions que d'ôter toute liberté à sa volonté»; J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, Paris 1991, p. 46.

V. LIBERDADE E CIDADANIA UNIVERSAL EM KANT

Kant retoma magistralmente a temática da cidadania. Fá-lo partindo do que ele considera o seu grande pilar, que é a liberdade. De fato, a cidadania, como aludido acima, não existe sem a liberdade. Esta é a sua alma, o seu coração, a parte vital⁴⁹. Contudo, a cidadania kantiana possui limitações que é preciso evidenciar; a liberdade tem propriedades que é necessário demarcar.

Bobbio diz que a moral e o direito são abordadas por Kant por mais de uma maneira, uma delas refere-se à distinção entre dois tipos de liberdade, a interna e a externa:

O âmbito da moralidade diz respeito à liberdade interna, a do direito se amplia para a liberdade externa⁵⁰.

A *liberdade moral* diz respeito então ao mundo interior, no qual o sujeito tem a faculdade de se dar leis (*autonomia da vontade*); já a *liberdade jurídica* diz respeito à faculdade de a pessoa agir em relação a outrem, isto é, em referência ao mundo externo (*vontade heterônoma*).

Os chamados direitos inatos são os transmitidos diretamente pela natureza, porque nascem com o próprio titular, sem precisarem por tal razão de nenhuma intermediação normativa. Kant assegura, no entanto, que a liberdade é o único direito inato. Ele afirma essa singularidade no seguinte trecho da *Metafísica dos Costumes*:

A liberdade, na medida em que pode coexistir com a liberdade de qualquer outro segundo uma lei universal, é este direito único, originário, que corresponde a todo o homem em virtude da sua humanidade⁵¹.

As correntes doutrinárias do jusnaturalismo consideram, como se sabe, certos direitos naturais originários, inalienáveis e universalmente válidos, cujo fundamento estaria na dignidade humana, dentre esses direitos naturais estão, além da própria liberdade: o usufruto da vida, a igualdade, a propriedade (*sic*), a segurança. Como é possível então explicar que a liberdade detenha a exclusividade de direito inato?

⁴⁹ De acordo com I. Kant, «O conceito de liberdade é um conceito puro da razão que, por isso mesmo, é transcendente para a filosofia teórica, quer dizer, é um conceito tal que nenhum exemplo que corresponda a ele pode ser dado em qualquer experiência possível e de cujo objeto não pode obter qualquer conhecimento teórico: o conceito de liberdade não pode ter validade como princípio constitutivo da razão especulativa, mas unicamente como princípio regulador desta e, em verdade, meramente negativo»: Kant, *op. cit.*, p. 26.

⁵⁰ N. Bobbio, *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*, trad. A. Fait, Brasília 1984, p. 58.

⁵¹ I. Kant, *La metafísica de las costumbres*, trad. A. Cortina Orts, Barcelona 1993, pp. 48-49.

Pista da intenção contida nessa redução drástica dos direitos congêntos é dada pela consideração de que todos os outros direitos estariam contidos na própria liberdade.

Considerando o postulado de que o fundamento de validade do direito positivo é a liberdade kantiana, sendo esta o único direito natural inato, pode-se concluir, lícitamente, que todos os sistemas jurídicos têm como fundamento de validade apenas um direito natural, qual seja o único que é inato da pessoa humana, do qual emanariam desde logo todos os demais direitos. Tal assertiva, porém, não encontra por inteiro amparo nas declarações de direitos modernas, como as da Virgínia (1776), da Francesa (1789) e da própria Declaração Universal (1948), embora todas contemplem a liberdade como um direito natural de primeira plana. A respeito da questão em tela, Bobbio diz que Kant procurou reduzir a uma unidade o fundamento do direito «[...] eliminando todos os direitos inatos exceto um: a liberdade»⁵². Poder-se-ia dizer, *mutatis mutandis*, que a liberdade está nesse caso para Kant assim como a norma hipotética fundamental está para Kelsen, porque ambos procuram mediante um único fundamento a unidade de todo o sistema jurídico. Kant mostra desse modo que «[...] o direito de liberdade é verdadeiramente a base sobre a qual se entende montar todo o sistema»⁵³.

Contudo, mesmo sendo a liberdade o único direito inato ela não pode de forma alguma ser elevada a valor absoluto, como sustentado por Rousseau, por dois motivos: porque a liberdade (externa) é limitada pelo exercício do direito dos outros e porque ela deve permitir o exercício do poder político, isto é, da autoridade. A relação entre ambas não comporta absolutismos, pois se o poder for absoluto a liberdade não vige porque carece de espaço devido à corrupção da comunidade política; já se a liberdade for absoluta se nega o princípio de autoridade, uma vez que o governo torna-se inviável, reconduzindo a sociedade ao hipotético estado de natureza imaginado por Hobbes, isto é, ao estado de liberdade total, mas sem leis e sem nenhuma segurança. Após essas breves considerações sobre a liberdade em Kant, passa-se à apreciação da proposta de direito de hospitalidade contida no seu projeto de paz perpétua.

A *Paz Perpétua* é obra escrita na forma de tratado internacional de paz, com artigos preliminares, definitivos e inclusive com o requinte de ter até cláusula secreta. O nome do livro vem da inscrição satírica posta abaixo da figura de um cemitério, assunto do qual fala o autor logo no início da obra. Trata-se por certo de dupla ironia do filósofo: o cemitério seguido do tratado de paz. O projeto de Kant não é o primeiro, antes dele outros pensaram na organização da sociedade internacional tendo como escopo a Paz, como Marsílio de Pádua (*Defensor pacis*, 1324) ou o Abade de Saint-Pierre (*Projet pour rendre la paix perpétuelle en Europe*, 1713)

⁵² N. Bobbio, *op. cit.*, p. 75.

⁵³ *Ibid.*, p. 75.

O livro divide-se em duas seções, dois suplementos e um apêndice. A primeira seção contém 6 artigos preliminares, todos proibitivos⁵⁴; a segunda tem 3 artigos definitivos, que são os garantidores da paz perpétua. Os artigos definitivos são de interesse imediato, sobretudo os que estabelecem que a constituição de cada Estado deve ser a republicana e que o direito cosmopolita deve dar as condições de hospitalidade universal.

O primeiro artigo definitivo para a *Paz Perpétua* é enfático: «A constituição civil de todo Estado deve ser republicana». Constituição republicana, esclarece Kant, é a estabelecida de acordo com estes princípios: *liberdade* dos membros da sociedade (como homens), *dependência* de todos respeito a uma única legislação comum (como súditos), conforme a lei de *igualdade* (jurídica) de todos os súditos (como cidadãos). De acordo com Kant⁵⁵, a constituição republicana deve fundar-se no poder originário e ser por isso o fundamento de toda a ordem jurídica do Estado porque «[...] é a única que deriva da idéia do contrato originário e sobre a qual devem fundar-se todas as normas jurídicas de um povo», tendo como finalidade a paz perpétua.

Na segunda parte do artigo definitivo, Kant pretende explicar a distinção entre a constituição republicana e a democrática. Diz que a forma de Estado (*civitas*) classifica-se de acordo com *quem governa*, quer dizer que determina a forma da soberania —se um só governa: *monarquia* (príncipe), se alguns: *aristocracia* (nobreza), se todos (povo): *democracia*— ou a forma de governar, isto é, *como se governa* (*forma regiminis*). Refere-se ao modo de exercício do poder, neste caso a constituição é *republicana* (separação dos poderes) ou *despótica*.

Kant toma a democracia (direta) em sentido negativo, como Montesquieu, porque a denomina de despotismo, ignorando a invenção da democracia representativa, fruto da criatividade e do pragmatismo estadunidense. A invenção da democracia representativa, como regime político moderno, soluciona algo que para o próprio Montesquieu era intransponível.

A rejeição da democracia de qualquer tipo fica clara quando Kant⁵⁶ considera que resulta mais difícil chegar à constituição republicana na aristocracia que na

⁵⁴ Os artigos preliminares para a paz perpétua entre os Estados são estes: «1. Não deve considerar-se válido nenhum tratado de paz que tenha sido celebrado com reserva secreta de matéria para uma guerra futura. 2. Nenhum Estado independente (grande ou pequeno, aqui tanto faz) poderá ser adquirido por outro mediante herança, troca, compra ou doação. 3. Os exércitos permanentes (*miles perpetui*) devem, com o tempo, de todo desaparecer. 4. Não se devem emitir dívidas públicas em relação aos assuntos de política exterior. 5. Nenhum Estado se deve imiscuir pela força na constituição e no governo de outro Estado. 6. Nenhum Estado em guerra com outro deve permitir tais hostilidades que tornem impossível a confiança mútua na paz futura, como, por exemplo, o emprego no outro Estado de assassinos (*percussores*), envenenadores (*venefici*), a ruptura da capitulação, a instigação à traição (*perduellio*) etc.».

⁵⁵ M. Kant, *Sobre la paz perpetua*, 7ª. ed., trad. J. Abellán, Madrid 2005, p. 15.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 20.

monarquia, sendo impossível na democracia, salvo se houver revolução violenta. Para ele a república não tem relação alguma com democracia, à qual tem declarada aversão. Para Kant, afirma Bobbio⁵⁷:

Democracia significa governo de todos; república significa certo método de exercer o poder (ainda que quem governe daquela maneira seja somente o monarca).

Regime republicano, portanto, não é sinônimo de democracia. Claro está que a república pode ser governada por um, por vários e pela maioria (*todos*). Kant é seduzido pela ideia do governo de um, que é a república monárquica. Mas poderia ter sido pelo governo da maioria, visto que tinha o exemplo da recém-estabelecida democracia representativa nos Estados Unidos, que ele olímpicamente desdenha.

Defende a separação dos poderes, mas o faz à moda de Locke, atribuindo a supremacia ao poder Legislativo sobre o Executivo e o Judiciário. Fato que constitui anomalia, porque a harmonia e efetividade dessas funções depende do equilíbrio e da interdependência, uma vez que a separação não é rígida, porque em algum momento o Executivo e o Judiciário terão de legislar e, por sua vez, o Legislativo terá de julgar e assim por diante. Logo, não existe divisão, mas separação das funções no exercício do poder, o qual, como sabido, não é passível de separação.

Os membros do Estado são chamados de cidadãos por Kant. Os atributos jurídicos dos cidadãos, inseparáveis da sua essência segundo o autor, são os seguintes: a *liberdade legal*, de não obedecer a outra lei, salvo à qual ele deu o seu consentimento, a *igualdade* e a *independência civil*. Esta «[...] consiste no poder de não ser representado por outro, quando se trata de direitos»⁵⁸. A condição de cidadão kantiano é restrita, não pertence a todos os membros da sociedade, por isso é excludente, como o fora a grega. Assim, a cidadania como a liberdade estão reservadas a poucos.

O dispositivo de maior interesse particular é o terceiro artigo definitivo, que diz: «O direito cosmopolita deve limitar-se às condições da *hospitalidade universal*»⁵⁹. Pode-se afirmar que em princípio Kant resgata no artigo a centralidade da pessoa humana. Todavia, o problema continua sendo o conceito de cidadão. Porque não se pode pensar em cidadania universal excluindo categorias de pessoas, mas incluindo todos os seres humanos sem exceção. Parece absurdo defender a universalidade do ser humano, quando a regra é a exclusão em nível mundial.

⁵⁷ N. Bobbio, *op. cit.*, p. 141.

⁵⁸ I. Kant, *op. cit.*, p. 144.

⁵⁹ Pouca coisa há a dizer a respeito do 2º artigo definitivo: «O direito das gentes deve fundar-se numa federação de Estados livres». O autor defende a tese do contrato (constituição republicana) como meio de fundar essa federação, que seria uma federação de povos e não um Estado de povos. Essa federação, que deve dar-se por pacto entre os povos, é o meio ideal para alcançar a *paz perpétua*, por isso a chama de federação da paz (*foedus pacificum*) porque terminaria de vez com todas as guerras.

Por mais direitos que se positivem, por mais discursos que se façam em prol dos direitos humanos, o fato é que o mundo atual não contempla como cidadãos os pobres, os indocumentados, os apátridas, os imigrantes. Assim, no plano internacional, os cidadãos são os seres da primeira classe, mas outros estão ainda na situação semelhante aos embarcados no *Yorikke*, o barco da morte de B. Traven⁶⁰. Não fosse a cidadania kantiana restritiva, dir-se-ia que se trata da defesa do direito de livre circulação internacional de todos os seres humanos, da prerrogativa de toda a pessoa ir como cidadã do mundo aonde quisesse.

Vale esclarecer que Direito cosmopolita⁶¹ não é Direito internacional, porque o primeiro cuida apenas das relações entre os Estados de acolhida (hospitaleiro) e os cidadãos estrangeiros, já o segundo, como cediço, trata das relações dos sujeitos da sociedade internacional, sendo o Estado o mais importante.

Mas o direito do estrangeiro a ser tratado com hospitalidade não priva o Estado de rejeita-lo, se a presença dele trouxer problemas. Admite-se o direito de hospitalidade «[...] enquanto o estrangeiro se comportar amistosamente no seu lugar não o deve o outro combatê-lo com hostilidade»⁶². Mais que direito a hospitalidade parece cortesia dos Estados.

Pode-se dizer muita coisa do chamado Direito de hospitalidade, quando relacionado à pessoa humana e à sua dignidade. Mas há quem, contudo, não veja nada demais nisso, ou continue vendo a questão da cidadania da mesma forma exclu-

⁶⁰ A exclusão mencionada faz lembrar as reflexões da personagem de Traven no Barco da morte Yorikke. Trata-se da aventura do marinheiro estadunidense Gerard Gales, que fica sem documentos e sem nacionalidade. Peregrina tentando revelar quem ele é, mas não consegue provar a sua identidade à burocracia consular e de fronteiras. Para sobreviver como indocumentado é obrigado a trocar de nome (Pippip) e nacionalidade até embarcar no navio fantasma Yorikke. Onde está a verdadeira pátria do homem? Pergunta Gales. Evitando tradução de tradução, o trecho citado abaixo fica na tradução espanhola: «¿En dónde está la verdadera patria del hombre? Aquella en la que nadie pueda molestarme, en donde nadie quiera saber quién soy, de dónde vengo, a dónde deseo ir, qué opino sobre la guerra, sobre los prelados, sobre los comunistas [...]». Em outro trecho lapidar diz: «¿Por qué son necesarios los pasaportes? ¿Por qué se regula la inmigración? ¿Por qué no se permite a los seres humanos ir a donde les plazca, al Polo Norte o al Polo Sur; a Rusia, a Turquía, a los Estados Unidos o a Bolivia? Los humanos deben estar bajo control. No pueden campar a sus anchas como insectos por el mundo al que fueron lanzados sin su consentimiento. Se les debe controlar mediante pasaportes, huellas dactilares y restricciones. ¿Por qué razón? Solo para mostrar la omnipotencia del Estado y de sus sacrosantos lacayos, los burócratas», B. Traven, *El barco de la muerte*, trad. E. Chesa Octavio, Barcelona 1993, p. 255.

⁶¹ «[...] a ideia de um direito cosmopolita não resulta uma representação fantástica nem extravagante, senão que completa o código não escrito do direito político e do direito de gentes num direito público da humanidade, sendo um complemento da paz perpétua, ao constituir-se em condição para uma contínua aproximação a ela» (M. Kant, p. 30). Além do artigo acima citado, Kant trata do Direito cosmopolita também em outra obra: a *Metafísica dos Costumes* (Seção III, § 62). Kant define o aludido direito assim: «Este direito [cosmopolita], uma vez que conduz à possível união de todos os povos com o propósito de estabelecer certas leis universais para o possível comércio entre eles, pode chamar-se de direito cosmopolita (*ius cosmopoliticum*)», I. Kant, *op. cit.*, p. 192.

⁶² M. Kant, *op. cit.*, p. 27.

dente de Kant. Este é o caso de Smith⁶³, que o vê apenas desde a sua perspectiva como o simples direito de livre circulação, vinculado a interesses comerciais, como se todas os seres humanos fossem cidadãos e o tivessem. Eis o problema sempre não enfrentado.

O direito de cidadania de Kant é limitado ao direito de hospitalidade. Além do mais, é excludente porque se aplica apenas a cidadãos (livres, iguais e independentes), o que significa exclusão dos outros seres humanos. Isto é, a maioria dos que não tem propriedade, dos que vivem na inófia do lado de fora das fronteiras dos direitos, dos ignorantes de toda espécie cuja incivilidade resulta da falta de oportunidades.

VI. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A primeira conclusão é a de que a liberdade, como essência da cidadania, não é passível de definição, porque ela vai em tantas direções quantas sejam as da vida humana. Defini-la teria a pretensão de esgotar por completo o seu conteúdo, algo que ninguém conhece a contento. No caso, é inviável fixar com precisão o seu conteúdo, porque da liberdade se conhece o passado e o presente, mas é impossível predizer o seu futuro. O importante não é a definição, mas as condições que possibilitam a sua existência.

Parafraseando Rousseau, quem diz (com razão ou sem ela) que todos os males da sociedade advêm da invenção da propriedade privada, tal aplicação se estende aos Estados que erguem muros indevidos entre as pessoas, os quais depois desmoronam pelo absurdo que representam, como o muro de Berlin. Os símbolos de concreto caem ou são derrubados. Muros ou muralhas não detêm as pessoas para sempre.

O problema do exercício amplo da cidadania e da liberdade universais somente é possível mediante a reorganização da sociedade internacional, dotando-a de sistema jurídico centralizado com instituições reformuladas ou novas que exerçam plenamente o poder de maneira controlada pela consagrada fórmula do controle recíproco das funções de autoridade, com fortíssima restrição da soberania estatal.

As fronteiras são criações artificiais, foram inventadas há pouco tempo e ainda o são quando convém a determinadas sociedades ou grupos políticos. Por toda a parte há pessoas famintas, sem perspectivas, cercadas por limites territoriais de miséria

⁶³ Em referência ao 3. artigo definitivo, que trata do direito de hospitalidade, diz o mencionado autor: «There is nothing new to us in this assertion of a right of way. [...] Since Kant's time the nations of Europe have all been more or less transformed from agricultural to commercial states whose interest run mainly in the same direction, whose existence and development depend necessarily upon 'conditions of universal hospitality'. Commerce depends upon this freedom of international intercourse, and on commerce mainly depends our hope of peace»: M.C. Smith, «Introduction to Perpetual Peace», in I. Kant, *Perpetual Peace*, London 1903, p. 65.

e de medo. A elas não pertence a liberdade de circulação, porque não exibem riquezas nem são mercadorias nem capitais. O mundo atual esquece que o ser humano é anterior às fronteiras, anterior aos Estados Unidos e ao mundo dito civilizado.

Quanto a Kant, ele não é democrata e o seu conceito de cidadania sofre do mesmo vício do ateniense porque é excludente. Constitui portanto exagero supor que esse autor seja precursor da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que é documento seminal do ponto de vista ético, embora pela sua natureza não seja juridicamente vinculante. A Declaração, a despeito das críticas pelo seu teor de matriz ocidental, é realmente o primeiro catálogo de direitos da sociedade internacional, cuja defesa do ser humano na sua integralidade é insuperável, porque lhe importa apenas o ser humano independente de que raça seja, que nacionalidade tenha, de quanta propriedade tenha ou deixe de ter.

RESUMO: No presente escrito parte-se do seguinte problema: em face de todas as transformações uniformizadoras ocorridas desde a queda do muro de Berlin, considerando ainda documentos de significativa relevância universal como a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU e o tratado da *Paz Perpétua* de Kant, é factível de concretização a cidadania em nível universal? Posto que existam as condições necessárias para a exequibilidade da referida cidadania, que papel cabe então à liberdade como valor e como direito nessa efetivação? O presente ensaio aborda a denominada cidadania universal à luz do direito de liberdade, que é seu pilar fundamental. Razão pela qual o conceito de liberdade é examinado minuciosamente em várias perspectivas, desde a sua origem grega. O texto cuida da temática da cidadania universal tomando como ponto de referência a tese do direito de hospitalidade contido no projeto de tratado internacional kantiano da *Paz Perpétua*. Assim, o texto trata do sentido real da hospitalidade kantiana, da extensão da cidadania extraída da proposta de Kant e de seus reflexos da sociedade internacional vigente. A cidadania é discutida em seu duplo papel de direito e de dever, e não apenas como na célebre afirmação de Hannah Arendt na qual a cidadania é o direito a ter direitos, porque nessa afirmação se contempla apenas um dos lados da questão. Pois não há cidadania sem deveres, nem direitos sem obrigações na comunidade política quer interna quer internacional.

PALAVRAS-CHAVE: Cidadania universal, direito de liberdade, *Paz Perpétua*, Hospitalidade kantiana, Sociedade internacional, Direito a ter direitos.

ABSTRACT: The essay's starting point is the following problem: in the face of all the unifying transformations occurred since the fall of the Berlin Wall, considering documents of significant universal relevance such as UN's Universal Declaration of Human Rights and Kant's Treaty on Perpetual Peace, is it feasible to achieve citizenship at its universal level? Should necessary conditions for that citizenship exist, what would be the role of freedom as a value and a right for such an achievement? This essay discusses the so-called universal citizenship under the Law of Freedom, which is its cornerstone. This is the reason why the concept of freedom, from its Greek origin, is examined in detail from various perspectives. The text raises the issue of universal citizenship taking as a

reference point the argument of the right to hospitality contained in Kant's draft of the Treaty of Perpetual Peace. Thus, the essay addresses the real sense of Kantian hospitality, the extension of citizenship extracted from Kant's proposal and their reflections on the current international society. Citizenship is discussed in its dual role as a right and a duty, not just as in the famous statement by Hannah Arendt according to which citizenship is the right to have rights. Since this statement refers only to one side of the question, for there is no citizenship without duties, and there are no rights without obligations in both the domestic and international political communities.

KEYWORDS: Universal Citizenship, Law of Freedom, Perpetual Peace, Kantian Hospitality, International Society, Right to have Rights.

COMUNICACIONES DEL XXVI CONGRESO

LA DESCOLONIZACIÓN DEL SAHARA OCCIDENTAL

JOSÉ ANTONIO DE YTURRIAGA BARBERÁN*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.—III. INICIO DEL PROCESO DE DESCOLONIZACIÓN.—IV. INTERRUPCIÓN DEL PROCESO DE DESCOLONIZACIÓN. 1. *Misión de visita de la ONU*. 2. *Dictamen del Tribunal Internacional de Justicia*. 3. *La «Marcha Verde»*. 4. *Acuerdo de Madrid de 1975*. 5. *Conflicto armado en el Sahara Occidental*.—V. BLOQUEO DEL PROCESO DE DESCOLONIZACIÓN. 1. *Los planes de Baker y el Informe de Corell*. 2. *Concesión de un régimen de autonomía en el seno de Marruecos*.—VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El 8 de octubre de 2010 un grupo de saharauis empezó a concentrarse en un campamento de tiendas de campaña improvisado en Gdeim Izik, a unos 15 kilómetros de El Aaiún, para protestar de forma pacífica contra la situación socio-económica del Sahara Occidental y contra la política de discriminación del Gobierno de Marruecos. El número de campistas fue gradualmente creciendo hasta alcanzar una cifra de unos 20.000 ciudadanos. Las autoridades marroquíes —que habían cercado el reducto con fuerzas de seguridad y del Ejército y lo habían aislado del exterior— no permitieron acceso al lugar ni siquiera a los miembros de la Misión de Naciones Unidas para el Referendo en el Sahara Occidental (MINURSO) estacionados en el país, si bien iniciaron negociaciones con los dirigentes del campamento para tratar de atender sus reclamaciones. El 8 de noviembre, sin previo aviso, las fuerzas marroquíes asaltaron el campamento con el objetivo poco verosímil de liberar a los saharauis allí retenidos contra su voluntad por grupos armados de facinerosos; lo destruyeron y expulsaron de forma violenta a sus ocupantes. Con posterioridad se produjeron disturbios y enfrentamientos en El Aaiún, que provocaron varios muertos y numerosos heridos,

* Miembro del IHLADI; Embajador de España.

así como la detención de un importante número de ciudadanos nativos. No se ha sabido con exactitud lo ocurrido porque Marruecos no ha permitido el acceso al territorio de periodistas extranjeros.

Estos acontecimientos han hecho que se plantee el tema de cuál es la situación jurídica de la antigua colonia y provincia española del Sahara Occidental. El Ministro de la Presidencia de España, Ramón Jáuregui, justificó en sede parlamentaria la prohibición del Gobierno de Marruecos frente a la entrada de periodistas españoles en el territorio del Sahara con que dicha decisión formaba «parte del núcleo duro de la soberanía del país». Ante el estupor causado por esta afirmación, trató en los pasillos del Congreso de matizarla, al señalar que, en la actualidad, es Marruecos el que determina, por su capacidad de administrar el territorio, quién entra y quién no entra en él. El Vicepresidente Primero del Gobierno, Alfredo Pérez Rubalcaba, empeoró la situación, cuando en la rueda de prensa posterior a la reunión del Consejo de Ministros de 12 de noviembre, calificó los incidentes en el Sahara de «sucesos en Marruecos».

La Ministra de Asuntos Exteriores y Cooperación, Trinidad Jiménez, tuvo que salir al quite para tratar de corregir el entuerto, y el día 18 afirmó en las Cortes que España no reconocía la soberanía de Marruecos sobre el Sahara Occidental, que era un territorio no autónomo pendiente de descolonización, para lo que se requería la libre determinación de la población saharauí. El cómo, cuándo y qué opciones dependerían del acuerdo entre las partes y la comunidad internacional. No podía, sin embargo, dejar de constatar la presencia de la administración marroquí en el territorio y que, en tanto que no se produjera la descolonización del mismo bajo los parámetros y el marco de la ONU, Marruecos «ejerce una administración que es *de facto* y que es acordada». Añadió que España no tenía responsabilidades en el Sahara desde el 26 de febrero de 1976, cuando la Administración española abandonó el territorio, por lo que no era parte en el conflicto ni en la negociación. Su mejor forma de contribuir a lograr una solución era ser interlocutora de Marruecos y de todas las partes, y acompañar al proceso hacia una solución justa, duradera y aceptable por las partes¹.

¿Cuál es en la actualidad el estatuto jurídico del Sahara Occidental? Para conocerlo, conviene examinar la evolución histórica, política y jurídica del territorio.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Los navegantes castellanos entraron en contacto con las costas del Sahara desde épocas muy remotas. Los cartógrafos de la Escuela Náutica Catalana,

¹ Comparecencia ante la Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso, de 18 de noviembre de 2010.

Angelino Dulcert y Abraham Cresques, dieron fe de ellas a principio del siglo XIV, visitándolas poco después Jaime Ferrer. Juan II de Castilla concedió al Duque de Medina Sidonia todo el país fronterizo desde el Cabo Aguer al Cabo Bojador, y por el Tratado de Alcaçovas de 1479, España y Portugal se repartieron esa costa. En 1479, Diego García de Herrera estableció la fortaleza de Santa Cruz de Mar Pequeña (desaparecida en 1524) y, en 1485, Fernán Pérez de Ayala construyó un fortín cerca de Cabo Juby. Una Real Cédula de 1505 encomendó al Gobernador de Canarias el litoral sahariano, y García Herrera y Alonso Fernández de Lugo hicieron profundas «entradas» en el territorio².

Por el Tratado de Paz y Amistad, de 26 de abril de 1860, Marruecos concedió a España, a perpetuidad, en la costa del océano junto a Santa Cruz la Pequeña —la versión árabe del Tratado dice «Santa Cruz Agadir»—, «el territorio suficiente para la formación de un establecimiento de pesquería como el que España tuvo allí antiguamente»³, establecimiento que se localizó en Ifni.

La presencia española —especialmente canaria— venía impuesta por la geografía, debido a la proximidad, la necesidad de protegerse de los piratas berberiscos, los requerimientos de la explotación pesquera y las conveniencias generales del comercio. En la segunda mitad del siglo XIX se suceden las exploraciones del Sahara Occidental bajo el patrocinio de la Sociedad Geográfica. Las empresas pesqueras de Canarias solían faenar a lo largo de la costa y, ya en marzo de 1881, la Sociedad de Pesquerías Canario-Africanas construyó un pontón en Villaciñeros y, en junio, solicitó la ocupación oficial de Río de Oro. El Gobierno español autorizó la expedición de Emilio Bonelli, quien el 3 de noviembre de 1884 estableció tres factorías en Río de Oro, Angra y la Bahía del Oeste en Cabo Blanco, y el 28 de ese mes firmó un convenio con el jefe de los Ulad Selim, el Mani, por el que se entregaba el territorio de Cabo Blanco para que la Sociedad de Africanistas lo colocara bajo la protección y gobierno del Rey de España. Por Real Orden de 26 de diciembre de 1884, el Rey tomó Río de Oro bajo su protección y el Gobierno envió una circular a las potencias europeas en la que les comunicaba que España había colocado bajo su protección la zona comprendida entre Cabo Bojador y Cabo Blanco. Ni en ese momento, ni durante la presencia española en la región, se recibió protesta o reclamación territorial alguna por parte de Marruecos.

Por Real Decreto de 10 de julio de 1885 se nombró un Comisario Regio para esos territorios, los cuales, por Real Decreto de 6 de abril de 1887, fueron incorporados a la Capitanía General de Canarias, tomando el Comisario —el propio Bonelli— el título de Subgobernador político-militar de Río de Oro. En 1886 se

² F. Pérez-Embid (Ed.), *Enciclopedia de la cultura española*, t.V, Madrid 1963, p. 17.

³ Art. 8 del Tratado de Tetuán de Paz y Amistad entre España y Marruecos, de 26 de abril de 1860. En J. M. Cordero Torres, *Textos básicos de África*, vol. 2, Madrid 1962, p. 17.

produjeron las expediciones de José Álvarez Pérez a Tegn y de Julio Cervera-Quiroga al Adrar Temar, quienes concertaron con los jefes indígenas (Embarek ben Mohamed, Mohamed ben Belal, Sidi Lafdal y Ahmed Ulad) acuerdos que colocaban estos territorios y sus poblaciones bajo protección española⁴.

Como ha señalado el juez Federico de Castro, la colonización española del Sahara Occidental constituyó un proceso escalonado a lo largo de varios años. El período de colonización debe entenderse de forma separada en cada uno de los dos territorios que forman el Sahara: Río de Oro y Sakiet el-Hamra. La colonización del primero fue proclamada por la Real Orden de 26 de diciembre de 1884, mientras que la del segundo tuvo como partida el tratado hispano-francés de 1912⁵.

Desde 1886 se iniciaron las negociaciones con Francia para delimitar el territorio, en las que España no supo, o no pudo, hacer valer adecuadamente la serie de acuerdos concertados con los jefes indígenas. Llegó a elaborarse incluso un proyecto de arbitraje por parte del Rey de Dinamarca, pero no se logró llegar a un acuerdo hasta el Tratado de París de 1900⁶, ulteriormente precisado en el Convenio de París de 1912. Este mismo Tratado estableció la delimitación de Ifni⁷. España ocupó Cabo Juby en 1916 y la Güera en 1920, pero la ocupación real del Sahara no se culminó hasta 1930, tras las campañas del Capitán Francisco Bens. Como consecuencia de la expedición del Coronel Fernando Capaz, se produjo en 1934 la ocupación efectiva de Ifni, que pasó a depender del Protectorado Español de Marruecos.

El 20 de julio de 1946 se creó el Gobierno General del África Occidental Española, integrado por los territorios del Sahara Occidental —dividido un año más tarde en la zona de Sakiet el-Hamra y la colonia de Río de Oro— y de Ifni, que permanecieron unidos hasta la disolución de la entidad. Esta se produjo por un Decreto de 10 de Enero de 1958, que concedió el rango de provincias a ambos territorios, siguiendo el modelo ultramarino de Portugal. Aunque se reconocía que tenían características naturales y políticas diferentes, el Decreto establecía que «los territorios de África Occidental se hallan integrados por dos provincias denominadas Ifni y Sahara Español»⁸. Tres años más tarde se fijó por ley el estatuto

⁴ J.M. Cordero Torres, *Fronteras hispánicas*, Madrid 1960, pp. 431-433. F. Hernández-Pacheco/ J. M. Cordero Torres, *El Sahara español*, Madrid 1962, pp. 120-125.

⁵ Opinión individual del Juez de Castro en el Dictamen del Tribunal Internacional de Justicia (TIJ) sobre el Sahara Occidental, de 16 de octubre de 1975. En A. Fernández Tomás, *Derecho Internacional Público: casos y materiales*, Valencia 1991, pp. 398-399.

⁶ Art. 1 del Tratado entre Francia y España, París, 27 de junio de 1900, en J. M. Cordero Torres, *La colonización: Un criterio hispánico*, Madrid 1967, p. 378.

⁷ Apartados 5 y 6 de los arts. 2 y 3 del Convenio por el que se fija la situación de España y Francia en Marruecos, Madrid, 27 de noviembre de 1912. En J.M. Cordero, *op.cit.* nota 3, p. 99.

⁸ Decreto de 10 de enero de 1958, *BOE*, n° 12, de 14 de enero de 1958.

del Sahara, cuyo régimen jurídico público y privado se inspiraba en las Leyes Fundamentales de la Nación, aunque teniendo en cuenta sus características y peculiaridades propias. En defecto de disposiciones legales especialmente dictadas para la provincia, se debería recurrir a la legislación de aplicación general en el resto del territorio nacional. La Ley reconocía al Sahara los mismos derechos de representación en las Cortes y en otros organismos públicos que a las demás provincias españolas⁹. Esta «provincialización», más formal que real, permitió al Gobierno español dejar de considerar al Sahara y a Ifni como «territorios no autónomos», y así lo comunicó a la ONU.

III. INICIO DEL PROCESO DE DESCOLONIZACIÓN

La AG no aceptó las tesis hispano-portuguesas y amenazó a ambos países con sanciones si no facilitaban a la Organización información sobre la evolución de sus territorios no autónomos, de conformidad con el art. 73.e) de la Carta. A diferencia de Portugal, España se plegó a las presiones de la ONU y, en 1960, comunicó que —aunque no estaba obligada en Derecho— facilitaría la información solicitada con carácter voluntario. Era una decisión poco coherente desde el punto de vista jurídico, pero extremadamente pragmática, lo que le libró de las continuadas condenas que sufrió Portugal.

En 1960 la AG fue sensible a la declaración española y modificó el proyecto de resolución que estaba considerando para descargar toda su ira anticolonialista contra el país vecino. En su Res. 1542 (XV), afirmó que las «provincias» portuguesas —expresamente mencionadas en una lista que incluía Cabo Verde, Guinea, Santo Tomé y Príncipe, Cabinda, Angola, Mozambique, Goa, Macao y Timor— eran territorios no autónomos sobre los que Portugal estaba obligado a enviar información. Pidió al Secretario General (SG) que tomara nota de la declaración del Gobierno español de que estaba «pronto a conformarse con las disposiciones del Capítulo XI de la Carta» y lo invitó a participar en los trabajos del Comité de Información¹⁰.

Al mismo tiempo, la Asamblea adoptó otras dos resoluciones capitales para impulsar el proceso descolonizador: la 1514 (XV), que incluía una «Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales», y la 1541 (XV), que enumeraba los «Principios que deben guiar a los Estados miembros para determinar si la obligación de comunicar las informaciones previstas en el artículo 73.e) de la Carta de la ONU les es aplicable o no».

⁹ Arts. 2 y 4 de la Ley 18/1961, de 19 de abril, *BOE*, n° 95, de 21 de abril de 1961.

¹⁰ Apartados 1, 4 y 5 de la Res. 1542 (XV) de la AG, de 15 de diciembre de 1960.

La primera —calificada por Miaja de la Muela de «Carta Magna de la Descolonización»¹¹— hacía hincapié en la independencia, pues, tras reconocer el derecho de todos los pueblos a la libre determinación, afirmaba que:

Serán tomadas medidas inmediatas en los territorios bajo tutela, los territorios no autónomos y todos los otros territorios que todavía no han accedido a la independencia, para transferir todos los poderes a los pueblos de esos territorios, sin ninguna condición ni reserva, conforme a su voluntad y a sus deseos libremente expresados, sin ninguna distinción de raza, de creencia o de color, a fin de permitirles gozar de una independencia y libertad completas¹².

La segunda era más matizada al señalar que un territorio no autónomo podía alcanzar su plena autonomía mediante su constitución en un Estado independiente y soberano, o su libre asociación con, o su integración en, otro Estado independiente. La libre asociación debería resultar de «un acto de escoger, libre y voluntario, de las poblaciones del territorio en cuestión, expresado por métodos democráticos y esclarecidos», y la integración en un Estado debería hacerse «a base de la igualdad completa entre los pueblos del territorio anteriormente no autónomo y los del Estado independiente al cual es integrado»¹³.

Existe una aparente contradicción entre las Res. 1514 y 1541 en cuanto a que la primera parece apartarse del concepto tripartito de fin de la autonomía contenido en esta última y hacer hincapié en la solución de la independencia. Sin embargo, no se debe interpretar literal y aisladamente la Res. 1514 y pasar por alto el derecho básico de los pueblos a la libre determinación. No cabe prejuzgar la opinión de estos pueblos y obligarles a optar por una sola de las fórmulas para poner término a la dependencia colonial previstas en la Res. 1541, adoptada por la Asamblea un día más tarde que la 1514¹⁴.

Esta tesis fue confirmada diez años más tarde por la Res. 2625 (XXV), que formuló los principios básicos de Derecho Internacional. Al desarrollar el principio de igualdad de derechos y de libre determinación de los pueblos, la Asamblea reiteró la solución tripartita (independencia, asociación o integración) y añadió un nuevo supuesto: «la adquisición de cualquier otra condición política libremente decidida por un pueblo»¹⁵.

¹¹ A. Miaja de la Muela, «La descolonización y el derecho a la descolonización en la Organización de las Naciones Unidas», *REDI*, vol. XXIV, n.º 1-2, 1971.

¹² Apartados 2 y 5 de la Res. 1514 (XV) de la AG, de 14 de diciembre de 1960.

¹³ Apartados VI, VII y VIII del Anexo a la Res. 1541 (XV) de la AG, de 15 de diciembre de 1960.

¹⁴ J. A. de Yturriaga Barberán, *Participación de la ONU en el proceso de descolonización*, Madrid 1967, pp. 93-94.

¹⁵ La cursiva es mía. Declaración relativa a los principios de Derecho Internacional referente a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de la ONU, Res. 2625 (XXV) de la AG, de 24 de octubre de 1970.

Hasta el 21 de abril de 1961 no se produjo la primera reivindicación formal de soberanía de Marruecos sobre el Sahara Occidental y la declaración del Sultán Hassan II fue rechazada por España. En 1965, la AG pidió al Gobierno de España que adoptara de inmediato todas las medidas necesarias para la liberación de los territorios de Ifni y del Sahara Español de la dominación colonial¹⁶. Al año siguiente, la Asamblea hizo por primera vez una distinción entre los dos territorios. Esta diferenciación estaba justificada, porque, como señala Eloy Ruiloba, mientras Ifni había sido cedido por Marruecos a España por el Tratado de Tetuán, en el Sahara Occidental nunca había ejercido Marruecos una autoridad efectiva¹⁷.

Así, para Ifni, la Asamblea pidió a España que acelerase el proceso de descolonización y decidiera con el Gobierno marroquí —habida cuenta de las aspiraciones de población autóctona— las modalidades del traspaso de poderes. Para el Sahara Occidental, invitó a la potencia administradora a determinar lo antes posible —de conformidad con las aspiraciones de la población del Sahara Español y en consulta con los Gobiernos de Marruecos y Mauritania y con cualquier otra parte interesada (léase Argelia)— los procedimientos para la celebración de un referéndum bajo los auspicios de Naciones Unidas (ONU), «con miras a permitir a la población autóctona del territorio que ejerza sin trabas el derecho a la libre determinación». Asimismo, pidió al SG que, de acuerdo con España, nombrara una misión especial para que visitara el Sahara y recomendase medidas prácticas para la aplicación de las resoluciones pertinentes de la Asamblea¹⁸. En otras palabras, la ONU pedía para Ifni su cesión a Marruecos de acuerdo con el principio de integración territorial, y para el Sahara su descolonización de acuerdo con la autodeterminación¹⁹. Marruecos expresó su rechazo a la recomendación de la Asamblea relativa al Sahara.

España inició las negociaciones sobre Ifni y, en 1969, llegó a un acuerdo para su devolución a Marruecos²⁰. En cuanto al Sahara Occidental, siguió de forma pausada el proceso de descolonización, especialmente la elaboración de un censo creíble de una población mayoritariamente nómada. El entonces Ministro de la Presidencia, José Carrero Blanco —responsable directo de la administración de las provincias de ultramar—, era partidario convencido de las tesis lusas de la «provincialización» y no creía en la descolonización de los territorios no autóno-

¹⁶ Pár. 2 de la Res. 2072 (XX) de la AG, de 16 de diciembre de 1965.

¹⁷ E. Ruiloba Santana, «Notas sobre un caso de descolonización: el Sahara Español», *ADI* (1974), vol. I, p. 33.

¹⁸ Párrs. 3, 4 y 5 de la Res. 2229 (XXI) de la AG, de 20 de diciembre de 1966.

¹⁹ M. R. Ureña Álvarez, «Las difíciles relaciones hispano-marroquíes», *Cuaderno de Estudios Empresariales*, n.º 13, 2003, p. 419.

²⁰ Tratado de Fez para la Retrocesión de Ifni a Marruecos, de 4 de enero de 1969.

mos, enfrentándose dialécticamente con los responsables del Ministerio de Asuntos Exteriores, más sensibles a los signos de los tiempos y a las exigencias de la ONU. En enero de 1970, se logró un acuerdo en el seno del Gobierno para impulsar la libre determinación del Sahara, mas los incidentes que se produjeron en junio, dieron motivos al Ministerio de la Presidencia para tascar el freno y dar largas a la aceptación de una visita de inspección al territorio, con vistas a la organización de un referéndum de libre determinación.

A principios de 1973 se creó en la clandestinidad el Frente Popular de Sakiet el-Hamra y de Río de Oro (POLISARIO), que se autodefinió como un movimiento de liberación nacional —único representante auténtico del pueblo saharauí—, que tenía por objetivo la inmediata independencia del Sahara. Se oponía, por tanto, a la presencia de España en el territorio, así como a las pretensiones territoriales de Marruecos y Mauritania sobre el mismo, y de inmediato inició actividades armadas contra las fuerzas de seguridad españolas²¹. Para compensar la actuación del POLISARIO, las autoridades españolas alentaron la creación, en 1974, del Partido de Unión Nacional Saharaui (PUNS), que pretendía alcanzar la independencia mediante un proceso de libre determinación y conservar vínculos de amistad con España.

Ya en febrero de 1973, la Asamblea de Notables del Sahara (*Yemáa*) había pedido al Jefe del Estado español la garantía de que «impulsara el proceso que asegurara en forma efectiva la posibilidad de decisión de su futuro por parte del pueblo saharauí». La *Yemáa* expresaba su convicción de que «la etapa de autodeterminación conduciría a la definición del futuro del pueblo del Sahara mediante un acto solemne y trascendental en forma de referéndum»²². En su respuesta a la Asamblea unos meses más tarde, Francisco Franco afirmó lo siguiente:

El Estado español reitera y garantiza solemnemente que la población del Sahara determinará libremente su futuro. Esta autodeterminación tendrá lugar cuando lo solicite libremente la población de conformidad con lo expuesto por la Asamblea General²³.

Tras este intercambio epistolar y en respuesta a los reiterados e insistentes llamamientos de la ONU²⁴, el Gobierno español comunicó al SG su intención de celebrar un referéndum en el curso del primer semestre de 1975, bajo los auspicios y garantía de la Organización, para que los habitantes autóctonos del Sahara pudieran ejercer su derecho a la libre determinación²⁵. Marruecos rechazó esta

²¹ Párrs. 215 a 218 del Informe de la Misión de Visita al Sahara Occidental, Nueva York, 10 de octubre de 1975.

²² Comunicación de la *Yemáa*, de 20 de febrero de 1973. Vid. pár. 82 del Informe citado en la nota 21.

²³ Pár. 4 de la Comunicación a la *Yemáa*, de 21 de septiembre de 1973. Vid. pár. 83 del Informe citado en la nota 21.

²⁴ Res. 2711 (XXV) de la AG, de 14 de diciembre de 1970, Res. 2983 (XXVII) de la AG, de 14 de diciembre de 1972, y Res. 3162 (XXVIII) de la AG, de 14 de diciembre de 1973.

²⁵ Carta de 20 de agosto de 1974, doc. A/9714, de esa misma fecha.

decisión y reclamó la devolución de los «territorios usurpados», amenazando con proceder a una invasión y desplegando fuerzas en la frontera. Mauritania, a su vez, envió una nota al SG en la que reclamaba sus pretendidos derechos sobre el Sahara Occidental.

Marruecos —con el apoyo de Mauritania y Argelia— propuso que se solicitara el dictamen del TIJ para que aclarara la situación jurídica del Sahara Occidental. El Gobierno español —que en principio se había mostrado reticente ante la iniciativa marroquí— acabó por aceptarla y dio al mismo tiempo su conformidad al envío de una misión de visita al territorio. La Asamblea accedió a la petición marroquí y recabó del Tribunal que emitiera un dictamen consultivo sobre las siguientes cuestiones:

I) ¿El Sahara Occidental (Río de Oro y Sakiet el-Hamra) era, en el momento de la colonización española, un territorio sin dueño (*terra nullius*)? Si la respuesta a la primera cuestión es negativa, II) ¿cuáles eran los vínculos jurídicos existentes entre dicho territorio y el reino de Marruecos y el complejo mauritano?

Asimismo pidió a España que aplazara el referéndum que había previsto realizar en el Sahara hasta que la Asamblea decidiera la política que habría que seguir para acelerar el proceso de descolonización del territorio, a la luz del dictamen que emitiera el TIJ²⁶. Tras la adopción de esta resolución, el Gobierno español aplazó la celebración del referéndum previsto e invitó a una Misión de la ONU a que visitase el Sahara.

IV. INTERRUPCIÓN DEL PROCESO DE DESCOLONIZACIÓN

A finales de enero de 1975, Marruecos envió a la ONU una comunicación en la que recababa la inclusión en la lista de territorios por descolonizar a Ceuta, Melilla, los Peñones de Alhucemas y Vélez de la Gomera, y las Islas Chafarinas²⁷. Se trataba de un chantaje de Hassan II, que pretendía doblegar a España para que entregase el Sahara Occidental a Marruecos, tras haber conseguido el aplazamiento del referéndum de libre determinación del territorio. Con ello, puso término al llamado «espíritu de Barajas» de 1963, un acuerdo tácito por el que Marruecos —a cambio de la entrega de Ifni y concesiones económicas— había aceptado congelar sus reivindicaciones sobre estos territorios.

²⁶ Párrs. 1 y 3 de la Res. 3292 (XXIX), de la AG, de 13 de diciembre de 1974.

²⁷ Carta al Presidente del Comité de Descolonización, de 27 de enero de 1975, doc. A/C.109/475, de 30 de enero de 1975.

1. MISIÓN DE VISITA DE LA ONU

En unas declaraciones a la emisora France-Inter, a primeros de mayo, el Sultán afirmó que la presencia de tropas marroquíes en la frontera con Sahara occidental servía de marco a «la marcha inexorable que no dejará de emprender el pueblo marroquí, con su rey a la cabeza, en el caso de que espíritus amargados o ligeros pretendiesen iniciar el proceso de autodeterminación en el Sahara». España protestó al SG por estas declaraciones del monarca marroquí²⁸. Por esas fechas llegó a Madrid la Misión Visitadora de la ONU, presidida por el Embajador Gilbert Ake (Costa de Marfil) y compuesta por Marta Jiménez (Cuba) y Manouche Pishva (Irán). La Misión recorrió el Sahara durante 10 días y visitó asimismo Marruecos, Mauritania y Argelia.

El 23 de mayo, España expuso su posición sobre el futuro del Sahara Occidental en los siguientes términos: 1) el Gobierno español ha hecho la declaración pública de poner término a su presencia en el territorio; 2) desea que ello se lleve a efecto sin que se produzca un vacío de poder, «transfiriéndolo a quienes hayan de asumir la responsabilidad de la administración del territorio como resultado de la descolonización»; 3) estima que es urgente responsabilizar a las partes interesadas en el proceso de descolonización para hacer posible el desenvolvimiento pacífico de dicho proceso, a cuyo fin se propone invitarlas a armonizar sus respectivas aspiraciones o convocarlas con igual propósito a una conferencia bajo los auspicios de la ONU; 4) en el supuesto de que no sea posible llevar a cabo uno u otro intento, se vería en la necesidad de «poner término a su presencia y acción administrativa, fijando la fecha en las que las autoridades españolas habrán de transferir sus poderes»²⁹. Se trataba de una declaración confusa y ambigua, ya que el Gobierno no decía claramente a quién entregaría la administración del Sahara. La declaración española fue rechazada con vehemencia por Marruecos —que afirmó que el pueblo marroquí estaba dispuesto para la defensa del reino y su integridad territorial— y, de forma más moderada, por Mauritania³⁰.

A lo largo del verano Marruecos calentó el ambiente y alentó la realización de numerosos ataques contra las tropas españolas en el Sahara. En septiembre, el Ministro de Asuntos Exteriores, Pedro Cortina, reiteró ante la AG la decisión de España de poner término a su presencia en el territorio y de contar con la población saharauí para culminar el proceso de descolonización.

²⁸ Nota de la Misión Permanente ante la ONU al SG, de 6 de mayo de 1975, doc. A/10082, de esa misma fecha.

²⁹ Párrs. 1 a 4 de la Nota de 23 de mayo de 1975, doc. A/10095, de esa misma fecha.

³⁰ J. de Piniés Rubio, *La descolonización del Sahara: un tema sin concluir*, Madrid 1990, pp. 62-64.

El 10 de octubre se hizo público el informe de la Misión Visitadora, en el que —de forma objetiva— describía la situación en el Sahara Occidental y exponía los puntos de vista de España y de las demás potencias interesadas. La conclusión a la que llegaba era la siguiente:

Dadas las divergencias de opinión expresadas con respecto al porvenir del territorio por esos pueblos y esos gobiernos, los miembros de la Misión consideran que la Asamblea General debe adoptar medidas para que esos pueblos puedan decidir su porvenir en completa libertad y en un ambiente de paz y seguridad, de conformidad con las disposiciones de la resolución 1514(XV) y de las resoluciones pertinentes de la Asamblea General relativas a esta cuestión³¹.

2. DICTAMEN DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTICIA

El 16 de octubre, el TIJ emitió su esperado dictamen. A la primera pregunta respondió que, en el momento de la colonización española —que situaba a comienzos de 1884—, el Sahara Occidental estaba habitado por poblaciones que, aunque nómadas, estaban social y políticamente organizadas en tribus y situadas bajo la autoridad de jefes capaces de representarlas. Según el Tribunal:

[E]n la Real Orden de 26 de diciembre de 1884, lejos de considerar que ocupaba una *terra nullius*, España ha proclamado que el Rey tomaba Río de Oro «bajo su protección» sobre la base de acuerdos concertados con los jefes de las tribus locales. La Orden se refería expresamente a los «documentos que las tribus independientes de esta parte de la costa» habían firmado «ante el representante de la Sociedad Española de Africanistas», y anunciaba que el Rey había confirmado «los actos de adhesión a España». En sus negociaciones con Francia respecto a los límites del territorio al norte de Río del Oro —es decir, la región de Sakiet el-Hamra—, España tampoco ha pretendido haber adquirido soberanía sobre una *terra nullius*.

En consecuencia, el Tribunal llegó a la conclusión de que debía dar una respuesta negativa a la pregunta.

En cuanto a la segunda pregunta, el TIJ afirmó lo siguiente:

Los elementos e informaciones puestos en conocimiento del Tribunal demuestran la existencia, en el momento de la colonización española, de vínculos jurídicos de vasallaje (*allegiances*) entre el Sultán de Marruecos y algunas de las tribus que vivían en el territorio del Sahara Occidental. Demuestran igualmente la existencia de derechos —incluidos ciertos derechos relativos a la tierra— que constituyan vínculos jurídicos entre el conjunto mauritano —en el sentido que el Tribunal entiende— y el territorio del Sahara Occidental.

³¹ Pár. 445 del Informe de la Misión, *op. cit.* en la nota 21.

Por otra parte, consideraba, sin embargo, que los datos disponibles no establecían «la existencia de ningún vínculo de soberanía territorial entre el territorio del Sahara Occidental, de un lado, y el reino de Marruecos o el complejo mauritano, de otro». Y concluía diciendo:

El Tribunal no ha encontrado, pues, la existencia de vínculos jurídicos de tal naturaleza que modifiquen la aplicación de la resolución 1514 (XV) respecto a la descolonización del Sahara Occidental y, en particular, del principio de autodeterminación en virtud de la libre y auténtica expresión de la voluntad de los pueblos del territorio³².

Negándose a aceptar la evidencia, el Gobierno marroquí mantuvo que el TIJ había reconocido la legitimidad marroquí, la *allegiance* entre Marruecos y el Sahara Occidental y la existencia de un conflicto jurídico con España, por lo que no había duda de que el territorio saharauí constituía parte integrante de Marruecos³³. El dictamen, sin embargo, supuso un duro golpe para el prestigio de Hassan II y sus pretensiones de anexionarse el territorio.

3. LA «MARCHA VERDE»

El 18 de octubre, España informó al SG sobre las declaraciones del Sultán, en las que amenazaba con llevar a cabo una marcha de 350.000 personas para invadir el Sahara Occidental, y solicitó una reunión urgente del C. de S. Este adoptó una resolución en la que hacía un llamamiento a las partes involucradas e interesadas a que dieran muestras de moderación y permitieran que el SG emprendiera su misión mediadora en condiciones satisfactorias³⁴.

Entre el 26 y el 28 de octubre, el SG hizo una visita relámpago a Marruecos, Mauritania, Argelia y España para tratar de prevenir el conflicto que se avecinaba. En su Informe, Kart Waldheim estimó que las partes parecían estar dispuestas a aceptar que la ONU desempeñara una función adecuada en la descolonización del Sahara Occidental, y que la situación en la región seguía siendo grave, por lo que convenía evitar cualquier medida que pudiera aumentar aún más la tirantez³⁵.

Estados Unidos temía por la estabilidad del reino jerifiano, si como consecuencia del ejercicio de la libre determinación en Sahara Occidental, se creaba un débil Estado saharauí, bajo la influencia de una Argelia pro-soviética. Ello le llevó a apoyar diplomáticamente a Marruecos y a implicarse a fondo —junto con

³² Párrs. 81, 82 y 162 del Dictamen Consultivo del TIJ sobre el Sahara Occidental, de 16 de octubre de 1975. En A. Fernández Tomás, *op. cit.* en la nota 5, pp. 391 y 397.

³³ M. Flory, «Avis de la Cour internationale de justice sur le Sahara occidental», *AFDI* (1975), p. 253.

³⁴ Res. 377(1975) del C. de S., de 22 de octubre de 1975.

³⁵ Doc. S/11863, de 29 de octubre de 1975.

Francia— en la organización y apoyo logístico y diplomático a una «marcha blanca» sobre el Sahara, que Hassan II transformaría en «verde» por sus implicaciones islámicas. Según Jesús Palacios, la marcha fue ideada por el Secretario de Estado, Henry Kissinger, y planificada por la CIA, cuyo Subdirector General, Vernon Walters, se desplazó a Marruecos para coordinar y dirigir la operación³⁶.

Como Marruecos se negaba a detener la marcha anunciada por el Rey, España solicitó una reunión urgente del C. de S., en la que el representante español afirmó que, si se realizaba la citada marcha, su Gobierno la repelería con todos los medios a su alcance, incluido el empleo de la fuerza armada. Ante las reticencias de Estados Unidos y Francia a censurar el proceder de Marruecos, el Consejo adoptó el 2 de noviembre una anodina resolución, en la que se limitaba a instar a todas las partes interesadas e involucradas a evitar cualquier acción unilateral o de cualquier otra índole que pudiera aumentar más la tirantez en la región, y pedía al SG que prosiguiera e intensificara sus consultas con dichas partes³⁷.

Waldheim sugirió que el Gobierno español hiciera una declaración en la que anunciara su retirada del Sahara Occidental en una fecha determinada y solicitara que la ONU asumiera la responsabilidad de la descolonización del territorio, a cuyos efectos sugería la creación de una administración temporal que se hiciera cargo del gobierno y organizara una consulta popular para el ejercicio de la libre determinación del pueblo saharauí. Al mismo tiempo, el Gobierno marroquí debería suspender la marcha prevista, o renunciar a ella, para evitar un conflicto. El Gobierno de España acordó fijar la fecha del 15 de diciembre de 1975 para su retirada del Sahara, pero no se lo llegó a comunicar al SG, dado que Marruecos había rechazado la organización de la consulta por la administración temporal de la ONU³⁸.

En la madrugada del día 6 de noviembre, el C. de S. celebró una reunión extraordinaria, en la que el representante español insistió en que la detención de la marcha era condición *sine qua non* para poder encontrar una solución pacífica al problema de la descolonización del Sahara. El Consejo encomendó a su Presidente, el Embajador ruso Jakov Malik, que enviara un mensaje al Rey de Marruecos en los siguientes términos: «El Consejo de Seguridad me ha autorizado a dirigir a Su Majestad una solicitud urgente para que ponga fin inmediatamente a la marcha sobre el Sahara Occidental»³⁹. Por telegrama, Hassan II le contestó: «No podemos sino informar a Su Excelencia que la marcha verde hacia nuestro Sahara ya ha comenzado efectivamente esta mañana»⁴⁰.

³⁶ J. Palacios, *El 23-F, El Rey y su secreto*, Madrid 2010.

³⁷ Res. 379 (1975) del C. de S., de 3 de noviembre de 1975.

³⁸ J. de Piniés Rubio, *op. cit.* en la nota 30, pp. 132-133.

³⁹ Doc. S/PV.1853, de 6 de noviembre de 1975.

⁴⁰ Pár. 2 de la Nota del Presidente del Consejo, doc. S/11868, de 6 de noviembre de 1975.

En efecto, en la mañana del día 6 había partido hacia el Sahara Occidental una marcha «pacífica» de unos 350.000 civiles, debidamente encuadrados y escoltados por tropas de élite del Gobierno marroquí. Hassan II se había aprovechado de la circunstancia favorable de que el Jefe del Estado español, Francisco Franco, se encontraba en su fase biológica terminal y que el Gobierno de Carlos Arias Navarro era extremadamente débil, tanto en el plano interno como en el internacional. La situación era realmente delicada pues —aunque España gozaba de superioridad militar— era harto probable que la opinión pública internacional no aceptara la respuesta armada del Ejército español contra una masa de civiles, con la previsible consecuencia de que se produjeran bajas mortales, por lo que sería acusada de genocidio. Para evitar un inminente choque, el Gobierno replegó las tropas españolas 12 kilómetros al interior de la frontera del territorio.

Ese mismo día, el C. de S. continuó examinando la situación del Sahara en un debate en el que Estados Unidos y Francia mantuvieron un perfil bajo, aunque siguieron adoptando una actitud benevolente hacia Marruecos. El Consejo adoptó la Res. 380 (1975), en la que, pese a la evidencia de la invasión por Marruecos del Sahara Occidental y la violación de su integridad territorial, tan solo deploraba —pero no condenaba— la realización de la marcha e instaba a Marruecos a que retirara inmediatamente del territorio saharauí a todos los participantes en la misma⁴¹; pero Marruecos hizo una vez más oídos sordos a la petición de la ONU.

El Ministro marroquí de Información había hecho saber al Embajador de España en Rabat que la marcha continuaría, a menos que el Gobierno español consintiera en iniciar urgentes negociaciones para la transferencia de la soberanía del Sahara Occidental a Marruecos. Ante la situación de callejón sin salida en la que se hallaba y bajo la presión —supuestamente amistosa— de Estados Unidos y Francia, el Gobierno español capituló y suplicó a Hassan II que detuviera la marcha. Envío a Agadir para negociar con el Sultán, no al Ministro de Asuntos Exteriores Pedro Cortina —diplomático de carrera y catedrático de Derecho Internacional—, sino a los *amateurs* José Solís, Secretario General del Movimiento, y Antonio Carro, Ministro de la Presidencia, quienes aceptaron sin rechistar las leoninas condiciones marroquíes. El día 9 Hassan II anunció que los «voluntarios» de la marcha verde volverían a su punto de partida; el día 11 se trasladaron a Madrid el Primer Ministro marroquí, Ahmed Osman, y el Ministro de Asuntos Exteriores mauritano, Hamdi Mouknass; y el día 14 —seis días antes de la muerte de Franco— se firmó un Acuerdo secreto por el que España transfería la administración del Sahara Occidental a Marruecos y a Mauritania⁴².

⁴¹ Res. 380 (1975) del C. de S., de 6 de noviembre de 1975.

⁴² J. de Piniés Rubio, *op. cit.* en la nota 30, pp. 143, 159 y 162-163.

4. ACUERDO DE MADRID DE 1975

Tras la firma del Acuerdo, tan sólo se hizo pública la siguiente declaración:

España se propone poner definitivamente término a su presencia en el Sahara, lo más tarde el 28 de Febrero de 1976. En el ínterin se propone transferir sus poderes y responsabilidades a una Administración temporal que se ha de constituir por la adscripción de los gobernadores adjuntos (marroquí y mauritano) al actual Gobernador General. Colaborará la *Yemáa*, que expresará la opinión de la población. Esta declaración se ha adoptado en el respeto de los principios de la ONU.

1. España ratifica su resolución de descolonizar el territorio.
2. España instituirá inmediatamente una administración temporal adscribiendo dos gobernadores adjuntos, marroquí y mauritano.
3. Respeto a la opinión saharauí a través de la *Yemáa*.
4. Este documento entrará en vigor el día en que se publique en el Boletín Oficial la Ley de Descolonización del Sahara⁴³.

El Acuerdo de Madrid no se publicó en el *BOE*. Contenía una serie de anejos secretos que, según Ruiz Miguel, fueron publicados el 21 de Agosto de 1978 por *Interviú*, pero el número de la revista fue secuestrado por el Gobierno. Parece ser que —aparte de la cesión del territorio del Sahara Occidental a Marruecos y Mauritania— España entregaba a Marruecos las instalaciones de las planta de fosfatos de Fos-Bucráa y el 65% de las acciones de la Compañía; Marruecos se comprometía a renunciar a sus reivindicaciones sobre Ceuta y Melilla; se delimitaban las aguas entre el Sahara Occidental y Canarias; y Marruecos autorizaba a 800 pesqueros españoles a faenar durante 20 años en las aguas del territorio⁴⁴.

La ley de Descolonización fue aprobada por las Cortes el día 19. Durante el debate de la ley, el Ministro Carro afirmó lo siguiente:

Hoy por hoy, el Gobierno español no está vinculado por compromiso formal alguno respecto a la suerte del territorio y de la población. Esta ley, si fuese aprobada, representaría el primer paso jurídicamente eficaz en el camino de la descolonización. Un paso previo que no prejuzga el sentido y dirección de los que después puedan darse. No se trata, en manera alguna, de buscar una legalización a ultranza de decisiones o acuerdos ya consumados⁴⁵.

¡Excusatio non petita, accusatio manifesta! En un artículo único, la ley autorizaba al Gobierno a que realizara los actos y adoptara las medidas que fueran pre-

⁴³ *UN Treaty Series* 1975, p. 258.

⁴⁴ C. Ruiz Miguel, «Los Acuerdos de Madrid, inmorales, ilegales y políticamente suicidas», *Libertad Digital*, n° 727, de 6 de abril de 2006.

⁴⁵ J. de Piniés Rubio, *op. cit.* en la nota 30, p. 174.

cisas para llevar a cabo la descolonización del territorio no autónomo del Sahara, salvaguardando los intereses españoles y dando cuenta razonada a las Cortes, y establecía su entrada en vigor el día de su publicación en el *BOE*⁴⁶. La ley fue publicada el día 20, el mismo día en que murió Franco.

La discusión se trasladó a la AG, que debía pronunciarse sobre el fondo de la descolonización del Sahara Occidental. Ante ella se presentaron sendos proyectos de resolución contradictorios. Uno — alentado por Marruecos y copatrocinado por Senegal, Túnez y Zaire — se limitaba a tomar nota de los Acuerdos de Madrid y dar por bueno que con ellos se lograba la descolonización del Sahara Occidental. El otro — copatrocinado por 20 países africanos, capitaneados por Argelia — insistía en la necesidad de que el pueblo saharaui ejerciera su derecho a la libre determinación. Tras un debate bastante confuso en el que las tesis marroquíes quedaron en franca minoría, Marruecos tuvo que aceptar la adición a «su» texto de nuevos párrafos que reafirmaban el derecho a la libre determinación para que resultara aprobado. La Asamblea — de forma un tanto incoherente — adoptó la Res. 3458 (XXX), que incorporaba en dos partes distintas los proyectos de unos y otros.

En la parte A de la Resolución, la Asamblea tomaba nota con satisfacción del Informe de la Misión Visitadora y endosaba sus conclusiones. Tras reafirmar la responsabilidad de la potencia administradora y de la ONU con respecto a descolonización del territorio y la garantía de la libre expresión de los deseos del pueblo del Sahara español, pedía al Gobierno de España que adoptara inmediatamente las medidas necesarias — en consulta con las partes involucradas e interesadas — para que los saharauis originarios del territorio pudieran ejercer plena y libremente, bajo la supervisión de la ONU, su derecho inalienable a la libre determinación. Asimismo, pedía al SG que adoptara las medidas necesarias para la supervisión del citado acto de ejercicio de libre determinación. Por último, instaba a todas las partes a que procedieran con moderación y desistieran de cualquier medida unilateral, o de otra índole, ajena a las decisiones de la AG sobre el territorio⁴⁷. En la parte B, aunque la Asamblea tomaba nota del Acuerdo tripartito firmado en Madrid entre los Gobiernos de España, de Marruecos y de Mauritania, reafirmaba el derecho de las poblaciones saharauis originarias del territorio a la libre determinación, de conformidad con la Res. 1514 (XV). Pedía a las partes en el Acuerdo de Madrid que velaran por el respeto de las aspiraciones libremente expresadas por el pueblo saharaui, y a la Administración provisional que adoptara las medidas necesarias para asegurar que todas las poblaciones pudieran ejercer su derecho inalienable a la libre determinación, por medio de una consulta libre organizada con el concurso de un representante de la ONU⁴⁸. Esta última condición era importante porque corregía la disposición

⁴⁶ Ley 40/1975 sobre Descolonización del Sahara, 19 de Noviembre de 1975, *BOE*, n° 278, de 20 de noviembre de 1975.

⁴⁷ Párrs. 5, 2, 7, 8 y 9 de la Parte A de la Res. 3458 (XXX) de la AG, de 10 de diciembre de 1975.

⁴⁸ Párrs. 1 a 4 de la Parte B de la Res. 3458 (XXX) de la AG, de 10 de diciembre de 1975.

del Acuerdo de Madrid que preveía que la voluntad de la población saharaui sería expresada a través de la *Yemáa*.

El 25 de febrero de 1976, el Representante Permanente de España — el Embajador Piniés — se entrevistó con el SG para anunciarle que España se retiraría al día siguiente del Sahara Occidental. En una rueda de prensa posterior, Waldheim afirmó que España no consideraba que la reunión de la *Yemáa*, convocada para el día 26, no constituía la consulta prevista por el acuerdo tripartito y por las resoluciones de la AG. Señaló, asimismo, que tras una visita de inspección al territorio, su Representante Especial, el Embajador Oloff Rydbeck, había llegado a la conclusión de que, en las circunstancias existentes y dada la situación militar en el territorio, no era posible celebrar en él una consulta válida. Ese mismo día 26, el Embajador Piniés envió a Waldheim una carta en la que — siguiendo las instrucciones de su Gobierno — afirmaba lo que sigue:

De acuerdo con lo previsto en el párrafo 2 de la declaración de principios de Madrid de 14 de noviembre de 1975, el Gobierno español, con fecha de hoy, da término definitivamente a su presencia en el territorio del Sahara, y estima necesario dejar constancia de lo siguiente: a) España se considera desligada en lo sucesivo de toda responsabilidad de carácter internacional con relación a la administración de dicho territorio, al cesar en su participación en la administración temporal que se estableció para el mismo. b) La descolonización del Sahara Occidental culminará cuando la opinión de la población se haya expresado válidamente⁴⁹.

5. CONFLICTO ARMADO EN EL SAHARA OCCIDENTAL

Tras la retirada de España, el Sahara Occidental fue ocupado por las tropas de Marruecos y de Mauritania. Los saharauis — liderados por el Frente POLISARIO — no aceptaron la transferencia de poderes y la ocupación del territorio e iniciaron sus ataques contra las tropas marroquíes y mauritanas. El 27 de febrero de 1976, la Organización de la Unidad Africana (OUA) reconoció al POLISARIO como representante del Sahara y se proclamó la República Árabe Saharaui Democrática (RASD). Se inició entonces una larga y cruenta guerra entre el POLISARIO y Marruecos y Mauritania, como consecuencia de la cual numerosos saharauis tuvieron que refugiarse en campamentos en la región de Tinduf (Argelia). En agosto de 1979, el POLISARIO llegó a un acuerdo con Mauritania por el que esta se retiraba del Sahara Occidental⁵⁰, la mayor parte de cuyo territorio fue ocupado por Marruecos.

⁴⁹ J. de Piniés Rubio, *op. cit.* en la nota 30, pp. 218-221.

⁵⁰ Acuerdo de 10 de agosto de 1979, doc. S/13504 (Anexo I), de esa misma fecha.

En 1979, la AG reafirmó el derecho del pueblo de Sahara Occidental a la independencia y la legitimidad de la lucha que libraba para lograr el ejercicio de dicho derecho. Deploró la agravación de la situación como consecuencia de la persistente ocupación del Sahara por parte de Marruecos —ampliada con el control de los territorios evacuados por Mauritania—, y pidió al Gobierno marroquí que pusiera fin a la ocupación y participara en la dinámica de paz⁵¹. Marruecos no hizo caso a esta petición y, a partir de 1980, construyó un muro que atravesaba todo el país, desde el río Dra a la Güera, y las zonas allende el muro pasaron a control de los saharauis. En 1982 la RASD fue admitida en la OUA y Marruecos abandonó la Organización.

La ONU trató de mediar en el conflicto y su SG propuso en 1988 un Plan para la pacificación y libre determinación del Sahara Occidental. En 1990, el C. de S. aprobó un «Plan de Arreglo», que preveía el cese de las hostilidades, la creación de una Misión de la ONU para el territorio y la celebración de un referéndum de libre determinación del pueblo saharauí bajo los auspicios de la Organización⁵². El Plan fue finalmente aceptado en 1991 por Marruecos y el POLISARIO. En abril, el C. de S. aprobó el Informe del SG, expresó su apoyo a los esfuerzos de este para organizar un referéndum de libre determinación en el Sahara Occidental y creó la Misión de las Naciones Unidas para el Referéndum en el Sahara Occidental (MINURSO), de conformidad con las propuestas incluidas en el Informe del SG⁵³. Se encomendó a la Misión que supervisara el alto el fuego y el cese de las actividades, verificara la reducción de tropas de Marruecos, controlara el confinamiento de las tropas de Marruecos y del POLISARIO en localidades designadas, comprobara el intercambio de prisioneros, registrara los votantes, y organizara y asegurara un referéndum libre. En septiembre se firmó el alto el fuego y la ONU envió al territorio las tropas de la MINURSO. En diciembre, la AG expresó su respaldo al SG para la celebración de un referéndum de libre determinación del pueblo saharauí bajo supervisión de la ONU⁵⁴. El SG nombró a Sahabzada Yakub Kahn como su Representante Personal para el Sahara Occidental.

V. BLOQUEO DEL PROCESO DE DESCOLONIZACIÓN

Marruecos inició una táctica de resistencia pasiva destinada a ganar tiempo y consolidar su posición en el territorio. La principal excusa fue que el censo elaborado por España era insuficiente y había que actualizarlo. En el ínterin fue

enviando miles de colonos marroquíes al Sahara Occidental, al tiempo que expulsaba a un gran número de saharauis del territorio. Así calculaba que, a medio plazo, el Sahara pasaría a estar formado por una mayoría pro-marroquí, que —cuando finalmente se realizara el referéndum— votaría a favor de la integración del territorio en la «madre patria».

Transcurría el tiempo y Marruecos seguía con su política obstruccionista, con el respaldo de Estados Unidos y Francia, que boicotearon en el seno de la ONU cualquier tentativa de presión excesiva sobre el ocupante marroquí. En 1993, el C. de S. —preocupado por los retrasos en la puesta en práctica del Plan de Arreglo para el Sahara— invitó al SG a que hiciera los preparativos necesarios para la organización del referéndum y, a tales efectos, mantuviera contactos con las partes, a fin de que se iniciara cuanto antes la inscripción de los votantes partiendo del censo de 1974, que había sido elaborado por España⁵⁵.

Los contactos para establecer el censo de votantes continuaron en un diálogo de sordos ante la pretensión de Marruecos de incluir a los marroquíes instalados en el Sahara Occidental, y el proceso de «identificación» quedó bloqueado en 1995. En mayo de 1996, el SG, Boutros Ghali, que simpatizaba con las tesis integracionistas mediante la concesión de un régimen de autonomía al territorio, suspendió el proceso y redujo el contingente de tropas de la MINURSO, lo que alentaba el mantenimiento del *statu quo* favorable a Marruecos. Se contempló incluso la posibilidad de repartir el territorio entre Marruecos y la RASD.

1. LOS PLANES DE BAKER Y EL INFORME DE CORELL

Tras ser nombrado SG, Kofi Annan decidió renovar el impulso descolonizador y, en marzo de 1997, nombró como Representante Personal para el Sahara Occidental al ex Secretario de Estado norteamericano, James Baker, quien forzó a Marruecos a que celebrara varias reuniones con el POLISARIO en Lisboa, Londres y Houston bajo los auspicios de la ONU. En septiembre se llegó a un acuerdo sobre la «identificación»; el establecimiento de un período transitorio en el que el territorio sería administrado por la ONU; y la celebración, al término de este, de un referéndum de libre determinación⁵⁶.

En abril de 2001, Baker presentó un Proyecto de Acuerdo Marco del Estatuto del Sahara Occidental de «inspiración marroquí», según él mismo reconoció. Constaba de dos fases: en la primera, se elegiría un Ejecutivo y una Asamblea Legislativa a los que se concedían unas competencias limitadas, y el territorio seguiría bajo el control de Marruecos. Al cabo de cuatro años, la Asamblea nombraría un nuevo Ejecutivo,

⁵¹ Párrs. 1, 5 y 6 de la Res. 34/37 de la AG, de 21 de noviembre de 1979.

⁵² Pár. 2 de la Res. 658 (1990), del C. de S., de 27 de junio de 1990.

⁵³ Párrs. 1, 2 y 4 de la Res. 690 (1991) del C. de S., de 29 de abril de 1991.

⁵⁴ Pár. 6 de la Res. 46/67 de la AG, de 11 de diciembre de 1991.

⁵⁵ Pár. 3 de la Res. 809 (1993) del C. de S., de 2 de marzo de 1993.

⁵⁶ Acuerdo de Houston, de 16 de septiembre de 1997.

que negociaría con el Gobierno marroquí el estatuto final del territorio. Se imponían dos condiciones clave para la realización del plan: que pudieran votar en las elecciones todos los ciudadanos instalados en el país un año antes de su celebración, y que se excluyera la independencia de las fórmulas a negociar para el futuro del Sahara⁵⁷. El Plan Baker-I fue rechazado tanto por el POLISARIO como por Argelia y recibió un golpe de gracia del Informe Corell.

En efecto, el 29 de enero de 2002, el Subsecretario General Adjunto para Asuntos Jurídicos de la ONU, Hans Corell, presentó un informe sobre el Sahara Occidental, tras la consulta que le había hecho el Presidente del C. de S. sobre la legalidad de los contratos firmados por Marruecos con empresas extranjeras para la exploración de recursos minerales en el Sahara Occidental. Según Corell:

[E]l Acuerdo de Madrid no transfirió la soberanía sobre el territorio, ni confirió a ninguno de los signatarios la condición de potencia administradora, condición que España, por sí sola, no podía haber transferido unilateralmente. La transferencia de la administración sobre el territorio a Marruecos y a Mauritania en 1975 no afectó la condición internacional del Sahara Occidental como territorio no autónomo.

Añadía que:

[Marruecos] no figura como potencia administradora en la lista de Territorios no Autónomos de las Naciones Unidas y, por consiguiente, no ha transmitido la información sobre el territorio prevista en el artículo 73.e) de la Carta⁵⁸.

Al no haber transferido la soberanía del Sahara ni a Marruecos ni a Mauritania, España sigue, por tanto, siendo *de iure* la potencia administradora, y el territorio continúa pendiente de ser descolonizado hasta que su población exprese libremente su decisión a través de un referéndum organizado por la ONU.

James Baker revisó completamente su proyecto y, en abril de 2003, presentó un nuevo «Plan de paz para la autodeterminación del pueblo de Sahara Occidental», en el que se mantenía el sistema de dos fases, pero se introducían importantes modificaciones. En la primera fase, en la que se elegían una Autoridad y una Asamblea provisionales, solo podrían participar en la votación los saharauis incluidos en el censo de la ONU (unos 86.000 ciudadanos). Se concedían a la Autoridad ciertas competencias de carácter interno, mientras el Gobierno marroquí conservaba las competencias más importantes, como las relaciones exteriores o la defensa. A los 4 o 5 años se celebraría una segunda votación en la que —además de los saharauis censados por la

ONU— podrían participar todos los ciudadanos no censados residentes en el país desde 1999 (unos 130.000 colonos marroquíes) y los saharauis instalados en los campamentos de Argelia censados por el Alto Comisionado de la ONU para los Refugiados [ACNUR] (unos 160.000 ciudadanos). En estas elecciones —realizadas bajo el control de la ONU— los votantes podrían pronunciarse por cualquiera de las soluciones previstas en las resoluciones de la AG: independencia, integración o asociación. Como el propio SG señaló, el Plan daba a cada una de las partes algo de lo que quería, aunque no todo, ya que incorporaba elementos del Proyecto de Acuerdo Marco aceptado por Marruecos, así como elementos del Plan de Arreglo y de los Acuerdos de Houston aceptados por ambas partes⁵⁹. El C. de S. respaldó unánimemente el Plan Baker-II como «solución política óptima basada en el acuerdo entre las partes», y pidió a estas que colaboraran con la ONU y entre sí con miras a aceptar y aplicar el citado plan⁶⁰. El POLISARIO y Argelia aceptaron con ciertas reservas el Plan Baker-II. También lo aceptó Marruecos, en principio, aunque solo con la boca pequeña, ya que se quedó tan solo con la parte de la propuesta que establecía un régimen de autonomía bajo su tutela, que se debería prolongar *sine die*.

Tras la instauración de la democracia, los sucesivos Gobiernos españoles —con mala conciencia— mantuvieron que, si bien España había dejado de ejercer sus funciones de potencia administradora en 1976, el Sahara Occidental no quedaría descolonizado hasta que el pueblo saharauí ejerciera su derecho a la libre determinación, y se adoptó una actitud favorable a la realización, en el momento oportuno, de un referéndum bajo el control de la ONU. Durante el Gobierno de José María Aznar, España aprovechó su presencia en el C. de S. para integrarse en el grupo de los «Amigos del Sahara», compuesto por los miembros permanentes del Consejo a excepción de China, y para apoyar, desde la presidencia del mismo, la adopción y puesta en práctica del Plan Baker-II. Por los pasillos del Ministerio de Asuntos Exteriores circuló el rumor de que el ataque marroquí al islote de Perejil se había producido como represalia al apoyo del Gobierno español al citado plan, que no resultaba del agrado de Marruecos por incluir la opción de la independencia⁶¹.

2. CONCESIÓN DE UN RÉGIMEN DE AUTONOMÍA EN EL SENO DEL MARRUECOS

El nuevo monarca, Mohamed VI, se declaró ardiente propulsor de un régimen autónómico «a la española», dentro del Estado marroquí. Y lo peor es que algu-

⁵⁷ B. López García, «Iniciativa de negociaciones en el Sahara Occidental: Historia de la búsqueda de una solución política», *ARI* (2007), n° 85, de 23 de julio de 2007.

⁵⁸ Párrs. 7 y 6 del Informe. Carta al Presidente del C. de S., de 29 de enero de 2002, doc. S/2002/161, de 12 de febrero de 2002.

⁵⁹ Plan de Paz, de 17 de abril de 2003. Vid. B. López García, *op. cit.* en la nota 57.

⁶⁰ Párrs. 1 y 2 de la Res. 1495 (2003), de 31 de julio de 2003.

⁶¹ A. Camacho, «35 años de la Marcha Verde: La batalla por el Sahara apunta a España», *Mundo Negro*, n° 556, noviembre 2010, pp. 21-22.

nos de los impulsores del Plan Baker-II (Francia y Estados Unidos) renegaron del mismo al ver las reticencias de Marruecos, y se mostraron sensibles a las pretensiones del Sultán de solucionar la descolonización del Sahara Occidental mediante la fórmula de la autonomía. Igual le ocurrió a España tras la llegada al gobierno de José Luis Rodríguez Zapatero en 2004. Así, aunque ha seguido defendiendo el derecho a la libre determinación del pueblo saharauí, ha iniciado una vía de acercamiento a las tesis marroquíes, ha dejado de insistir en la absoluta necesidad de celebrar cuanto antes un referéndum en el territorio, y ha dejado entrever que podría aceptar la descolonización del Sahara mediante la concesión al territorio de un régimen amplio de autonomía bajo la soberanía del Reino de Marruecos, al considerar que el Plan Baker-II había quedado obsoleto. Ante el desarrollo de los acontecimientos, Baker tiró la toalla y dimitió de su puesto en junio de 2004.

Tras unos años sin contactos significativos entre las partes, en abril de 2007, tanto Marruecos como el POLISARIO expusieron al SG sus posiciones en el tema del Sahara Occidental. Marruecos presentó una propuesta en la que ofrecía a los saharauis un régimen limitado de autonomía, en el que el Gobierno marroquí ejercería las competencias en materia de relaciones exteriores, defensa, seguridad nacional e integridad territorial, ordenamiento jurídico y explotación de los recursos naturales, y el Rey conservaba sus atribuciones constitucionales y religiosas. El pueblo saharauí podría ejercer su derecho a la libre determinación mediante un referéndum en el que se pronunciara sobre el estatuto de autonomía⁶². El POLISARIO, por su parte, había presentado un día antes otra propuesta, en la que insistía en la celebración de un referéndum de libre determinación bajo el control de la ONU y se comprometía a aceptar sus resultados. En caso de que el pueblo optara por la independencia, estaba dispuesto a conceder las garantías necesarias a la población marroquí del territorio⁶³.

Aunque las posturas seguían siendo contradictorias y difícilmente compatibles, el C. de S. exhortó a las partes a que establecieran negociaciones de buena fe, sin condiciones previas, «con miras a lograr una solución política justa, duradera y mutuamente aceptable, que conduzca a la libre determinación del pueblo de Sahara Occidental», y pidió al SG que convocara tales negociaciones bajo sus auspicios⁶⁴. ¡La cuadratura del círculo! Las negociaciones se celebraron en diciembre en Marhaset (Nueva York) y, como era de temer, no produjeron ningún resultado positivo.

En los años posteriores no se produjo cambio alguno en la situación y las negociaciones entre Marruecos y el POLISARIO quedaron interrumpidas.

⁶² «Iniciativa marroquí para la negociación de un estatuto de autonomía para la región del Sahara», Carta al SG, de 11 de abril de 2007.

⁶³ «Proposición para una solución política mutuamente aceptable que asegure la libre determinación del pueblo del Sahara Occidental», Carta al SG, de 10 de abril de 2007. Vid. el «Informe del Secretario General sobre el Sahara Occidental», doc. S/2007/202, de 13 de abril de 2007.

⁶⁴ Párrs. 2 y 3 de la Res. 1574 (2007) del C. de S., de 30 de abril de 2004.

Marruecos sigue negándose a que se realice un referéndum para la libre determinación en el Sahara Occidental e insiste en ofrecer al pueblo saharauí y a los colonos marroquíes en el territorio un estatuto de autonomía, que no acaba de precisar en textos concretos. En el último discurso del Trono, Mohamed VI ha afirmado categóricamente que Marruecos jamás renunciará a la soberanía sobre sus «provincias del Sur», a las que estaba dispuesto a conceder un generoso régimen de autonomía.

Según Ángel Ballesteros, en 2010, casi dos décadas después del Plan de Paz de la ONU y la consiguiente celebración de un referéndum de autodeterminación, no solo no se ha celebrado el plebiscito previsto para que los saharauis se pronuncien sobre su independencia o integración en Marruecos, sino que la ONU —que había intentado resolver el diferendo en los términos internacionalmente convenidos— ha adoptado una línea posibilista, la «tercera vía», consistente en la negociación de una amplia autonomía de la ex colonia española, que seguiría bajo la soberanía del reino alauita, argumentando, desde el puro pragmatismo, que la realidad se impone tras tantos años, puesto que el conflicto no tiene una solución técnica, sino política⁶⁵.

Esta era la situación imperante cuando —en la víspera de reanudarse las negociaciones en Nueva York entre Marruecos y el POLISARIO, que tampoco han logrado ningún progreso en la solución del problema— se produjeron los incidentes de Gdeim Izik.

VI. CONCLUSIONES

En 1990, el Embajador Piniés decía que «la descolonización del Sahara Occidental no se ha llevado a cabo y solo concluirá cuando se autodetermine en condiciones tales que sean aceptables para la comunidad internacional»⁶⁶. Diez años más tarde, su hijo Jaime ha reiterado que el territorio sigue sin ser descolonizado y que ello no tendrá lugar hasta que la población saharauí haya expresado válidamente su opinión:

España sigue siendo jurídicamente responsable de conducir el territorio a su plena descolonización mediante la aplicación del principio de autodeterminación⁶⁷.

⁶⁵ A. Ballesteros García, *La batalla de los tres contenciosos: Gibraltar, Ceuta y Melilla, y Sahara Occidental*, Burgos 2010, p. 122.

⁶⁶ J. de Piniés Rubio, *op. cit.* en la nota 30, p. 11.

⁶⁷ J. de Piniés Bianchi, «Sahara Occidental: España responsable de la descolonización», *El Mundo*, de 19 de noviembre de 2010.

Como ha señalado Hans Corell, España, por sí sola, no podía transferir unilateralmente la soberanía del Sahara Occidental a terceros, y la transferencia de la administración del territorio a Marruecos y Mauritania realizada por el Acuerdo de Madrid «no afectó la condición internacional del Sahara Occidental como territorio no autónomo»⁶⁸.

Es cierto que el Gobierno español se encontró en 1975 en un *estado de necesidad*, al verse —en una situación de extrema debilidad interna— presionado por la presencia en las fronteras del Sahara de una multitud de más de 300.000 personas y por el chantaje de Marruecos, con la connivencia de Estados Unidos y Francia y la indiferencia de la comunidad internacional. Se dieron circunstancias atenuantes —pero no eximentes—, que explican —pero no justifican— la mediocre actuación del Gobierno de la época, que no pudo, o no supo, estar a la altura de sus responsabilidades históricas. España es algo más que un «amigo» del Sahara. Es la madre de un hijo discapacitado al que abandonó en manos del vecino, quien ocupó la casa materna e instaló en ella a parte de su familia. La desnaturalizada madre puede abandonar al menor, pero, por el hecho de informar de ello a la policía, no queda exonerada de su responsabilidad ante la Justicia. España continúa figurando como potencia administradora en el documento anual de la ONU que enumera los territorios aún pendientes de descolonización, aunque en una nota a pie de página se indique que puso fin a sus responsabilidades sobre el Sahara Occidental en 1976. Por tanto, España sigue teniendo en la actualidad una responsabilidad histórica, jurídica y —sobre todo— moral.

Según Fernando Arias-Salgado —representante de España ante la ONU que participó en los debates de 1975 sobre el Sahara y antiguo Embajador en Rabat—, España pudo entregar el Sahara Occidental a la ONU para su administración temporal hasta que se hubiera manifestado válidamente la voluntad de la población saharauí. Esa era la legalidad internacional de la época, pero el Gobierno español no la respetó. La firma de los Acuerdos de Madrid no consiguió ni la paz, ni la estabilidad y el desarrollo del Magreb. En la nueva coyuntura internacional e interna de España y Marruecos, las soluciones políticas tienen que ser democráticas y no puede admitirse ningún otro criterio para legitimar adquisiciones territoriales basadas en derechos históricos⁶⁹.

Como han dejado meridianamente claro tanto el Dictamen del TIJ como el Informe Corell, el Sahara Occidental es un territorio no autónomo que deberá ser descolonizado de conformidad con las resoluciones de la AG, especialmente de la que formuló la «Declaración sobre la concesión de independencia a los países y

⁶⁸ Pár. 6 del «Informe sobre el Sahara Occidental», *op. cit.* en la nota 58.

⁶⁹ «Información sobre los Territorios no Autónomos transmitida en virtud del inciso e) del artículo 73 de la Carta de las Naciones Unidas», en doc. A/RES/53/60, de 18 de febrero de 1999.

⁷⁰ F. Arias-Salgado Montalvo, «La Marcha Verde 35 años después», *ABC*, de 6 de noviembre de 2010.

pueblos coloniales». Los órganos de la ONU —de la AG al C. de S., del SG al TIJ— han afirmado en reiteradas ocasiones, por activa y por pasiva, que el pueblo saharauí tenía derecho a ejercer la libre determinación sobre el territorio. Para ello, en opinión de Julio González Campos:

[L]a vía técnicamente correcta es la consulta a la población autónoma del territorio, utilizando procedimientos democráticos fundados en el sufragio universal de los adultos —cuya pureza garantizará las Naciones Unidas— para determinar si los habitantes optan por la independencia, la asociación o la integración a un Estado independiente, o por la adquisición de cualquier otra condición política, de acuerdo con el contenido de las resoluciones 1514 (XV) y 2625 (XX)⁷¹.

El pueblo saharauí es muy libre de decidir integrar el Sahara Occidental en el Reino de Marruecos —con o sin un régimen de autonomía— o en cualquier otro Estado, pero esto solo podrá hacerse mediante un referéndum democrático en el que pueda expresar libremente su opinión. Para garantizar este ejercicio del derecho de libre determinación es indispensable que las fuerzas marroquíes de ocupación se retiren previamente del país.

El Gobierno español ha manifestado repetidas veces que es partidario de solucionar el conflicto saharauí mediante un acuerdo entre las partes en el seno de la ONU. Si lo que se pretende con ello es que el problema sea resuelto a través de negociaciones entre Marruecos y el POLISARIO —como las recientemente celebradas en Nueva York—, la premisa de la que se parte no tiene fundamento legal, dado que, según el principio general del Derecho «de la injusticia no nace derecho» (*ex iniuria nec oritur ius*), Marruecos no puede ser considerado parte en el proceso de descolonización del Sahara Occidental, pues carece de cualesquier título jurídico, ya que la ocupación militar del territorio no puede ser considerada como tal. Las partes son España y el pueblo saharauí, representado, según la OUA, por el POLISARIO. El Gobierno español declinó en 1976 la responsabilidad de España como potencia administradora del Sahara Occidental, pero no estaba autorizado a transferir a terceros la soberanía del territorio. Marruecos es la potencia ocupante del territorio, que administra *de facto*, pero no tiene derecho alguno a apoderarse de él si no cuenta con la autorización del pueblo saharauí libremente expresada mediante referéndum.

La ONU, sin embargo, ha aceptado la situación de *fait accompli* y dado beligerancia a la ocupación del Sahara por Marruecos, al considerarlo parte implicada en el proceso de descolonización del territorio. De ahí que haya preconizado y facilitado la celebración de negociaciones entre Marruecos y el POLISARIO,

⁷¹ J. D. González Campos, L. I. Sánchez Rodríguez, M. P. Andrés Sáenz de Santa María, *Curso de Derecho Internacional Público*, Madrid 1992, p. 689.

bajo la mirada benevolente de los «Amigos del Sahara». El Gobierno marroquí ha dejado languidecer estos contactos e incluso ha abandonado durante años las negociaciones. Justo después del asalto al campamento de Gdeim Izik se han reanudado estas, que carecen de relevancia, ya que Marruecos no negocia de buena fe. Al gozar del *uti possidetis* del Sahara Occidental, el Gobierno marroquí no tiene el menor interés en negociar la celebración de un referéndum de libre determinación. El tiempo corre a su favor y su implantación en el territorio se consolida, mientras la RASD y el POLISARIO, en su exilio argelino, y el pueblo saharaui en general ven debilitada su posición con el transcurso del tiempo. El Gobierno marroquí podrá prolongar impunemente sus tácticas dilatorias mientras siga contando, como hasta ahora, con el incondicional respaldo de Estados Unidos y de Francia. Sin embargo, como ha declarado el actual Representante Especial, Christopher Ross, el mantenimiento del *statu quo* actual es a largo plazo inaceptable. Su antecesor en el puesto, Peter van Walsum, reconoció que la legalidad internacional estaba del lado del POLISARIO, pero que el C. de S. no estaba dispuesto a utilizar el Capítulo VII de la Carta para imponerla, por lo que la independencia del Sahara Occidental era inalcanzable⁷².

Rodríguez Zapatero ha afirmado que necesitamos un acuerdo político permanente en el Sahara Occidental, en un esfuerzo común que debe liderar la ONU. Si se pone de manifiesto el interés y la presión de las grandes potencias, el contencioso del Sahara podría entrar en una nueva vía. Es necesario promover el grupo de «Amigos del Sahara» para elevar la presión sobre Marruecos y el POLISARIO, con vistas a intentar alcanzar un acuerdo⁷³. Estas sugerencias resultan pertinentes, si bien se debería hacer hincapié, no tanto en el acuerdo entre Marruecos y el POLISARIO —difícilmente realizable por la radical disparidad de posiciones—, como en que la ONU facilite el ejercicio del derecho de libre determinación del pueblo saharaui mediante un referéndum.

La ONU debe ser consecuente con las decisiones adoptadas sobre el Sahara Occidental por sus máximos organismos directores y asumir sin dilación su parte de responsabilidad en la descolonización del territorio. Puede que el Plan Baker-II haya quedado obsoleto, pero contiene propuestas que siguen siendo válidas y convendría aplicar. La ONU debería dejarse de «paños calientes» con Marruecos y hacerse cargo de la administración del territorio el tiempo que sea necesario para que los habitantes del Sahara —incluidos los marroquíes asentados en el territorio desde 1999— puedan ejercer el derecho a la libre determinación. Las fuerzas de la MINURSO deberían sustituir a las tropas marroquíes, para lo que su actual mandato —del todo insuficiente— tendría que ser debidamente modifica-

⁷² A. Ballesteros García, *op. cit.* en la nota 65, p. 136.

⁷³ *El Mundo*, de 20 de noviembre de 2010.

do. Para ello resulta indispensable la colaboración de los miembros permanentes del C. de S. y no parece que Estados Unidos y Francia estén por la labor, pues ambos —siguiendo la «doctrina Abrams»— consideran que la independencia del Sahara Occidental no es una opción viable y que la única salida posible al conflicto es la autonomía del territorio bajo la soberanía de Marruecos. Esta opinión, al parecer, es asimismo compartida por España⁷⁴.

Desde una perspectiva política, quizás fuera conveniente para la estabilidad de la región que el pueblo saharaui aceptara algún tipo de vinculación de carácter autonómico con Marruecos, aunque, como ha señalado López García, la autonomía no tiene sentido sin un sistema democrático y Marruecos, hoy por hoy, no lo tiene⁷⁵. Pero, desde el punto de vista jurídico, esta deseable vinculación solo puede ser legitimada por la voluntad libremente expresada del pueblo del Sahara Occidental. Como destacó el Embajador Piniés en las líneas finales de su libro *La descolonización del Sahara: un tema sin concluir*:

[P]ara la tranquilidad del Magreb, es preciso acabar con este grave conflicto, dando a los saharauis su derecho a elegir su futuro sin coacciones de ningún género. Es justicia y, sobre todo, es su patria⁷⁶.

«¡Inshallah!»

RESUMEN: El presente trabajo analiza la evolución histórica del proceso de descolonización del Sahara Occidental, desde sus orígenes hasta la actualidad, ponderando el rol de los distintos actores intervinientes. Realiza consideraciones sobre el estatus futuro del Sahara Occidental, tanto desde una perspectiva política como desde la jurídica.

PALABRAS CLAVE: Sahara Occidental, descolonización, libre determinación, actores intervinientes.

ABSTRACT: This work analyzes the historical evolution of the decolonization process in the Western Sahara, from its origins to the present time. Likewise, it appraises the role of the actors involved and addresses the Western Sahara's future status from both the political and legal perspectives.

KEYWORDS: Western Sahara, Decolonization, Self-determination, Actors Involved.

⁷⁴ A. Romero, «España secunda a Estados Unidos y cree que la independencia no es una opción viable», *El Mundo*, de 6 de diciembre de 2010.

⁷⁵ B. López García, *op. cit.* en la nota 57.

⁷⁶ J. de Piniés Rubio, *op. cit.* en la nota 30, p. 232.

LA INFLUENCIA DE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA EUROPEA EN LOS PRINCIPALES TRIBUNALES DE LOS SISTEMAS DE INTEGRACIÓN LATINOAMERICANOS: UN ESTUDIO EXPLORATORIO

ORLANDO MEJÍA HERRERA*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. RECEPCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA EUROPEA POR LOS PRINCIPALES TRIBUNALES DE INTEGRACIÓN LATINOAMERICANOS. 1. *El Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR*. A) El principio de libre circulación de mercancías. Excepciones por razones de «interés público» o por «exigencias imperativas» y el principio de proporcionalidad. B) Multa coercitiva a un Estado miembro por incumplimiento de sus obligaciones jurídicas y el principio de proporcionalidad. 2. *El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*. A) El Derecho Marcario Comunitario. B) Los principios y métodos de interpretación del Derecho Comunitario. 3. *La Corte Centroamericana de Justicia del SICA*. A) Los principios del Derecho Comunitario. B) Las inmunidades y privilegios de los funcionarios comunitarios.—III. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

Desde el inicio es indispensable aclarar que es un hecho notorio o inobjetable, que no requiere investigación alguna, la influencia de la doctrina jurisprudencial del antiguo Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) —ahora llamado Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)¹— en las sentencias, laudos u

* Profesor Titular y Principal de Derecho Internacional Público, Derecho de Integración y Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua, León (UNAN-León); Doctor en Derecho por la Universidad de Alcalá (España); Profesor Titular de un Módulo Docente *Jean Monnet* de la Comisión Europea; Miembro Fundador y Secretario General del Centro Interuniversitario para Estudios de Integración (CIPEI) y Director Académico del primer Centro de Documentación Europea en Centroamérica, ambos con sede en la UNAN-León; Asociado del IHLADI.

¹ Art. 9 del Tratado de la Unión Europea (TUE), reformado por el Tratado de Lisboa.

OC —según sea el caso— de los tribunales jurisdiccionales (permanentes, temporales o *ad hoc*) de las principales organizaciones internacionales de integración subregional existentes en América Latina y el Caribe.

Basta una simple observación de la parte considerativa de las resoluciones de estos tribunales para comprobar la continua referencia que en muchos casos hacen de la jurisprudencia comunitaria europea. En términos más generales, al observar las más importantes organizaciones subregionales de integración existentes en América Latina y el Caribe [en concreto, nos referimos al Mercado Común del Sur (MERCOSUR), la Comunidad Andina, el Sistema de Integración Centroamericana (SICA) y la Comunidad del Caribe (CARICOM)]², estas parecen inspirarse, con mayor o menor intensidad, en el sistema institucional, normativo y jurisdiccional de la Unión Europea (UE)³; es decir, a simple vista, parece que existe un fenómeno de «mimetismo jurídico-institucional»⁴.

Ahora bien, en la medida de lo posible, lo que sí se pretende en este trabajo es realizar un estudio exploratorio, en primer lugar, buscando principios o conceptos de la jurisprudencia del TJUE que hayan sido adoptados por los tribunales de los sistemas de integración latinoamericanos (particularmente en el MERCOSUR, la Comunidad Andina y el SICA); y, en segundo lugar, analizando cuáles de estos principios o conceptos han influido realmente en la *ratio decidendi* y

² Es oportuno señalar que en América Latina y el Caribe (sobre todo en Suramérica) continuamente se intentan constituir, cargadas de retórica y demagogia, nuevas organizaciones regionales o subregionales con objetivos de integración, pero con un marcado intergubernamentalismo en su estructura y funcionamiento, cuando lo más serio, políticamente hablando, sería el fortalecimiento de las actuales organizaciones de integración subregional. Es por eso que con mucho acierto se afirma que recientemente (en el 2008) «se firmó el *enésimo* tratado para crear otro sistema más de cooperación de Suramérica. La anterior iniciativa se llamaba Comunidad Suramericana de Naciones (2004); la nueva que la sustituye se llama Unión Suramericana de Naciones (UNASUR, 23 de mayo de 2008). El presidente brasileño Lula da Silva puso como espejo de la iniciativa a la Unión Europea y trató de engatusar a su homólogo boliviano, Evo Morales, señalando a Cochabamba como la futura capital de la nueva experiencia unificadora, comparándola con Bruselas en el marco de la exitosa UE. Lo previsible es que no haya sorpresas y que esa iniciativa se la termine llevando consigo el tiempo. Desde las iniciativas bolivarianas de panamericanismo, cuyo mejor y más constante ejemplo es la Organización de Estados Americanos, a UNASUR, hay una espesa sopa de letras. Conviene aclarar que los dirigentes [latinoamericanos y caribeños] crean, ingresan, simultanean y se retiran de unas y otras organizaciones con facilidad. Despilfarran sus energías con floridas palabras sin dar pruebas de voluntad real de compartir soberanía», en A. Mangas Martín, «¿Es creíble una Unión Suramericana de Naciones?», *El Mundo*, de 2 de junio de 2008, sección «Tribuna Libre».

³ Es obvio que estas organizaciones, en cierta medida, tienen a la UE como fuente de inspiración comunitaria supranacional, pero su estructura y su modo de actuar, objetivamente, distan mucho de la realidad comunitaria europea. En el caso específico del SICA, *vid.* nuestra obra O. J. Mejía Herrera, *La Unión Europea como modelo de integración: análisis comparativo del Sistema de la Integración Centroamericana*, León (Nicaragua) 2008, especialmente, pp. 313-345.

⁴ Cf. J.A. Quindimil López, «El fenómeno del mimetismo entre organizaciones internacionales», *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, n.º 6 (2002), 585-601, *passim*, que realiza un análisis general de estas manifestaciones de «mimetismo jurídico-institucional» específicamente de la Comunidad Andina con relación a la UE.

cuáles han sido mencionados solo en calidad de *obiter dicta* en las resoluciones judiciales o laudos de dichos tribunales, explicando así en cada caso el alcance efectivo de dicha influencia.

Por tanto, desde una perspectiva epistemológica y metodológica, se trata de una investigación básica (análisis y explicación) con un alcance meramente exploratorio⁵ sobre determinados aspectos formales o estructurales de la realidad jurídica de los principales sistemas de integración latinoamericanos. En ese sentido, y por razones elementales de espacio, en el caso del MERCOSUR estudiaremos todos los laudos del Tribunal Permanente de Revisión (TPR) existentes hasta la fecha, por tratarse de un «universo» relativamente muy pequeño. En cambio, en los casos de la Comunidad Andina y del SICA, por poseer «universos más grandes» —se han contabilizado oficialmente casi mil doscientas resoluciones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) hasta el 2008 y casi cien de la Corte Centroamericana de Justicia (CCJ) hasta el 2009—, utilizaremos la llamada «muestra no probabilística», seleccionada por medio de un «método intencional de sujetos o casos tipos» del universo estudiado, es decir, seleccionando determinadas resoluciones que, a nuestro juicio, puedan tener mayor interés y llamar más la atención o que puedan proporcionar datos y conocimientos suficientes en pro de los objetivos del presente trabajo⁶.

Aunque de previo consideramos oportuno y necesario recordar que, según la «función general» de la jurisprudencia de los tribunales superiores, esta, por un lado, nos permite conocer el Derecho en vigor, en la medida en que establece o define la interpretación correcta de la norma jurídica para lograr la aplicación acertada y uniforme de la ley; determina el contenido y alcance de la costumbre jurídica, cuando la ley escrita nos remite a esta otra fuente del Derecho; y además reconoce, formula o desarrolla, según sea el caso, los principios generales del Derecho que están explícitos o implícitos en el Derecho escrito; por otro lado, la jurisprudencia puede ser también un factor decisivo para el desarrollo progresivo del Derecho, en la medida en que complementa al mismo tiempo ese mismo orde-

⁵ Se dice que la «investigación exploratoria o piloto por lo general inicia un camino novedoso o se efectúa sobre un objeto poco abordado, por lo cual su objetivo es sondear el tema, recopilar información preliminar, familiarizarse con la problemática, establecer prioridades o destacar facetas. Por ello, es más general y flexible que las demás y casi nunca constituye un fin en sí misma, sino la base para subsiguientes investigaciones. En ocasiones, incluso, es la base para la formulación más acabada de un problema científico», en C. M. Villabell Armengol, *La investigación y comunicación científica en la ciencia jurídica*, Puebla (México) 2009, p. 69.

⁶ También se afirma que en «las investigaciones sociales [...] y jurídicas de tipo cualitativo se emplean muestras no probabilísticas que se seleccionan primordialmente a través del método intencional, a partir de la escogencia que hace el investigador de casos tipos de acuerdo a sus intereses». Además, no se pretende que este tipo de muestra «sea un subconjunto porcentualmente representativo» del universo estudiado, «ni se persigue generalizar o extrapolar los resultados, sino ejemplificar a partir de las unidades de análisis escogidas», en *ibid.*, pp. 166 *in fine*-167.

namiento jurídico, llenando los vacíos, resolviendo las contradicciones, disipando las dudas o aclarando las disposiciones o preceptos oscuros en los casos que conoce.

Ahora bien, a diferencia de los sistemas jurídicos anglosajones, en los ordenamientos cuyas raíces se encuentran en el llamado Derecho continental europeo, a la jurisprudencia le está prohibido la «creación libre del Derecho» sobre la base de sus propias convicciones ético-jurídicas, pues su labor «creativa» está limitada a complementar o perfeccionar el Derecho vigente en el marco y dentro de los límites que establece el «sistema del Derecho positivo» aprobado por el legislador⁷. Es por eso que en estos ordenamientos (tales como los iberoamericanos) la jurisprudencia no puede considerarse estrictamente una «fuente del Derecho» (o fuente formal directa), sino una «fuente del conocimiento del Derecho» (o fuente formal indirecta o subsidiaria)⁸.

En el ámbito específico del ordenamiento jurídico internacional, obviamente se ha señalado también el papel esencial de la jurisprudencia arbitral e internacional como «fuente de valor para el conocimiento del Derecho Internacional (DI) en vigor»⁹.

En igual sentido, para estudiar o conocer el Derecho de la UE, como Derecho de integración más avanzado o desarrollado, se debe recurrir a la jurisprudencia del TJUE. Sin lugar a dudas, el Derecho de la UE ha sido desarrollado y perfeccionado por la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia a lo largo de más de medio siglo, principalmente por medio de un método de análisis e interpretación «teleo-sistemático» del Derecho positivo vigente; es decir, teniendo muy en

cuenta en la *ratio decidendi* de sus resoluciones tanto los fines y objetivos fundamentales de la integración europea (método teleológico) como el sistema normativo establecido por el Derecho primario escrito (método sistemático), lo cual ha permitido al Tribunal desarrollar una serie de principios constitucionales o estructurales que se han convertido en auténticos pilares del sistema institucional, normativo y jurisdiccional de la UE¹⁰.

II. RECEPCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA EUROPEA POR LOS PRINCIPALES TRIBUNALES DE INTEGRACIÓN LATINOAMERICANOS

Este epígrafe está dedicado al aspecto central de este trabajo, es decir, a determinar los principios o conceptos más trascendentales de la jurisprudencia del TJUE adoptados por los más importantes tribunales de integración latinoamericanos, así como a analizar y explicar si dicha adopción ha influido decisivamente en la correspondiente *ratio decidendi* de las sentencias o laudos, o si solo han sido mencionados a título de *obiter dicta*.

1. EL TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN DEL MERCOSUR

A) *El principio de libre circulación de mercancías. Excepciones por razones de «interés público» o por «exigencias imperativas» y el principio de proporcionalidad*

¹⁰ Como un buen ejemplo de análisis y explicación de la esencia misma del Derecho de la UE a través de un estudio sistemático de sus principios fundamentales (aquellos principios nucleares o torales del sistema de integración que en su mayoría han sido formulados y desarrollados por la jurisprudencia comunitaria), vid. la siguiente obra colectiva: *Le Droit de l'Union européenne en principes. Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, Rennes 2006. Se señala que el «monopolio de la interpretación obligatoria del Derecho de la UE que los Tratados le confieren» constituye un factor determinante para que el Tribunal Comunitario Europeo tenga una influencia superior sobre el desarrollo del Derecho en comparación con otras jurisdicciones internacionales; vid. G. C. Rodríguez Iglesias y M. López Escudero, «El Derecho de la Unión Europea», M. Díez de Velasco, *Las organizaciones internacionales*, 16.ª ed., Madrid 2010, pp. 695-725, 712. Por eso se dice que para estudiar el Derecho de la UE se debe recurrir «muy frecuentemente a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas por tres razones: es obligado hacerlo en todo ordenamiento jurídico; el Tribunal lleva medio siglo de actividad muy considerable y, finalmente, la jurisprudencia del Tribunal ubicado en Luxemburgo ha servido, sobre todo en las primeras décadas de funcionamiento del proceso, para ir desarrollando una serie de principios —como el de la primacía de las normas comunitarias— que son hoy parte consustancial del núcleo duro del Derecho Comunitario europeo», en M. Bernad y Álvarez de Eulate, «Introducción», M. Bernad y Álvarez de Eulate et al., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Zaragoza 2003, pp. 13-16, p. 15.

⁷ Muchas veces se habla no solo del llamado «legislador negativo», cuando los tribunales superiores o tribunales constitucionales (en los modelos de control constitucional concentrado) realizan normalmente «la función abstracta de definir la compatibilidad lógica entre dos normas igualmente abstractas, expulsando del ordenamiento aquellas normas que considerara contrarias a la Constitución», sino también se habla incluso del denominado «legislador positivo», cuando en algunos ordenamientos los tribunales superiores o constitucionales poseen al mismo tiempo la competencia para establecer que las normas generales que regían determinada materia con anterioridad a la ley anulada o declarada inconstitucional por el tribunal vuelvan a entrar en vigencia; vid. F. Fernández Segado, *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, México D.F. 2004, pp. 72-75.

⁸ Cf., sobre esta «clásica distinción entre fuentes de producción y fuentes de conocimiento» del Derecho, J. Betegón et al., *Lecciones de Teoría del Derecho*, 1.ª ed., Madrid 1997, pp. 204-207. Por ejemplo, podemos anticipar que en el Derecho de la UE se ha adoptado una concepción «latina» o «continental» sobre la función de la jurisprudencia; es decir, la decisión judicial solo tiene autoridad jurídica en el caso concreto que debe resolver (efecto relativo de la cosa juzgada); y como precedente no tiene autoridad jurídica, sino solo un valor de orientación. Vid. P. Pescatore, *L'ordre juridique des Communautés européennes. Étude des sources du droit communautaire*, Liège 1975, p. 174. También desde la perspectiva del Derecho Internacional Público, en el art. 38 del ECJ se considera a la jurisprudencia «como medio auxiliar para la determinación de las reglas de Derecho».

⁹ C. Jiménez Piernas, *El método del Derecho Internacional Público: una aproximación sistémica y transdisciplinar*, Madrid 1995, p. 48.

A.a) Laudo nº 1/2005 (20 de diciembre de 2005)¹¹

Como punto de partida, a nuestro juicio, muy atinadamente, el TPR hace, primero, una referencia general a la autonomía (no absoluta, por supuesto, debemos aclarar) del Derecho de Integración en relación con el Derecho Internacional en particular y con las otras ramas del Derecho en general¹²; y, segundo, hace una clara diferencia entre el Derecho de Integración (inferior o básico marcado por la intergubernamentalidad, como el Derecho del MERCOSUR) y el Derecho Comunitario «al cual se aspira» (como Derecho de Integración más avanzado con clara presencia y vocación supranacional, como el Derecho Comunitario europeo)¹³. Además, el Tribunal aclara que con este primer laudo estará «sentando jurisprudencia inicial al respecto»; es decir, asume su papel principal de garantizar una «jurisprudencia interpretativa» en pro de la seguridad jurídica en el MERCOSUR¹⁴.

Finalmente, para resolver el caso a favor del Uruguay, el Tribunal adopta especialmente el principio de libre circulación, cuyo significado y alcance ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia del TJUE¹⁵, el cual puede ser violado por medio de medidas jurídicas internas, técnicas o administrativas, que constituyen «medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas», a menos que dichas medidas estén justificadas objetivamente por «exigencias imperativas», que sean proporcionales y lo menos restrictivas posible de la libre circulación en el seno del sistema de inte-

¹¹ Laudo del TPR constituido para entender en el recurso de revisión presentado por la República Oriental del Uruguay contra el Laudo arbitral del Tribunal Arbitral *Ad Hoc* (TAH), de fecha 25 de octubre de 2005 en la *Controversia sobre prohibición de importación de neumáticos remolcados procedentes del Uruguay (Uruguay vs. Argentina)*. Vid. los laudos del TPR del MERCOSUR en la página web oficial: www.mercosur.int en la sección «Solución de controversias» dentro del apartado «Laudos».

¹² Por ejemplo, en el Derecho Comunitario Europeo «se incurre fácilmente en el error de dotarlo de una excesiva independencia normativa que casi lo desgaja del Derecho Internacional Público [...]. Un vicio muy extendido entre los que cultivan de forma intensiva y exclusiva el ordenamiento comunitario, olvidando su naturaleza de Derecho de una organización internacional entroncado en el sistema jurídico internacional», en C. Jiménez Piernas, «Prólogo», F. J. Pascual Vives, *El Derecho de los Tratados en la jurisprudencia comunitaria*, Valencia 2009, pp. 17-21, pp. 17 *in fine* y ss.

¹³ Vid. el Considerando 9 del Laudo.

¹⁴ Vid. el Considerando 14.

¹⁵ Vid., a título de ejemplo y como precedentes, las siguientes sentencias paradigmáticas del Tribunal de Luxemburgo sobre el significado y alcance de un mercado común: *TJCE*, 18 de marzo de 1980, *Valsabbia/Comisión* (154/78 y ss., Rec. 1980, p. 907); edición especial española 1980 (I), p. 291; *TJCE*, 5 de mayo de 1982, *Schul* (15/81, Rec. 1982, p. 1409); edición especial española 1982 (I), p. 349. También, sobre el significado y alcance de una unión aduanera, vid. las siguientes sentencias: *TJCE*, 13 de diciembre de 1973, *Sociaal Fonds de Diamantarbeiders* (37/73 y 38/73, Rec. 1973, p. 1609); edición especial española 1973, p. 473; *TJCE*, 27 de septiembre de 1988, *Comisión/Consejo* (51/87, Rec. 1988, p. 5459); *TJCE*, 5 de octubre de 1995, *Aprile* (C-125/94, Rec. 1995, p. I-2919); *TJCE*, 7 de noviembre de 1996, *Cadi Surgetés y otros* (C-126/94, Rec. 1996, p. I-5647).

gración¹⁶. También hace una referencia general al principio de no discriminación (o de trato nacional) en la libre circulación de mercancías¹⁷.

El Tribunal realiza una consideración especial a las excepciones a la aplicación del principio de libre circulación de mercancías «por exigencias imperativas derivadas de la protección del medio ambiente (el principal argumento jurídico de Argentina para prohibir la importación de neumáticos remodelados procedentes del Uruguay)», siempre y cuando las medidas sean proporcionadas al objetivo perseguido, o sea, se cumpla con el principio de proporcionalidad¹⁸.

¹⁶ Vid. el Considerando 14. El TPR cita expresamente una sentencia del TJUE sobre el significado y alcance de las medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas a la libre circulación de mercancías, y las limitaciones excepcionales y proporcionales que esta puede sufrir: *TJCE*, 15 de noviembre de 2005, *Comisión/Austria* (C-320/03, Rec. 2005, p. I-9871). Vid. también al respecto la siguiente sentencia reciente donde España fue condenada, entre otras razones, por adoptar medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas sin respetar el principio de proporcionalidad: *TJUE*, 5 de marzo de 2009, *Comisión/España* (C-88/07, Rec. 2009, p. I-1353). Sobre la noción de este tipo de medidas restrictivas al libre comercio, igualmente vid. las recientes sentencias: *TJUE*, 10 de febrero de 2009, *Comisión/Italia* (C-110/05, Rec. 2009, p. I-519) y *TJUE*, 2 de diciembre de 2010, *Ker-Optika* (C-108/09, aún no publicada en la recopilación impresa del Tribunal; vid. página web oficial del TJUE: <http://curia.europa.eu>, sección de «Jurisprudencia»). Asimismo, vid., a título de ejemplo, las siguientes sentencias relevantes de la jurisprudencia comunitaria europea, constante hasta nuestros días: *TJCE*, 13 de julio de 1966, *Consten y Grundig/Comisión* (56/64 y 58/64, Rec. 1966, p. 429); edición especial española 1964-1966, p. 413; *TJCE*, 11 de julio de 1974, *Dassonville* (8/74, Rec. 1974, p. 837); edición especial española 1974, p. 383; *TJCE*, 9 de diciembre de 1997, *Comisión/Francia* (C-265/95, Rec. 1997, p. I-6959); *TJCE*, 21 de septiembre de 1999, *BASF* (C-44/98, Rec. 1999, p. I-6269); *TJCE*, 13 de enero de 2000, *TK-Heimdienst* (C-254/98, Rec. 2000, p. I-151); *TJCE*, 12 de junio de 2003, *Schmidberger* (C-112/00, Rec. 2003, p. I-5659); *TJUE*, 7 de abril de 2011, *Francesco Guarneri & Cie* (C-291/09, aún no publicada en la recopilación impresa del Tribunal; vid. página web oficial del TJUE: <http://curia.europa.eu>, sección de «Jurisprudencia»).

¹⁷ Vid. el Considerando 15.

¹⁸ Vid. los Considerandos 16, 17 y 18. Recordemos que en el Derecho de la UE, en relación con el principio de libre circulación, únicamente están permitidas las restricciones o limitaciones por parte de los EM «justificadas por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial. No obstante, tales prohibiciones o restricciones no deberán constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros», en art. 36 del Tratado de Funcionamiento de la UE [(TFUE), antiguo art. 30 TCE]. Vid. la versión consolidada del TFUE en el *DO* nº C 83, de 30 de marzo de 2010, pp. 47 y ss. Por su parte, el TJUE ha declarado que, al margen de las disposiciones establecidas en el ahora art. 36 del TFUE, los EM pueden establecer excepciones a la prohibición de las medidas de efecto equivalente sobre la base de «exigencias imperativas», especialmente en relación con la eficacia de los controles fiscales, lealtad de las transacciones comerciales, defensa de los consumidores y protección del medio ambiente: *TJCE*, 20 de febrero de 1979, *Rewe* (120/78, Rec. 1979, p. 649); edición especial española 1979 (I), p. 351. Vid. también: *TJUE*, 10 de febrero de 2009, *Comisión/Italia* (C-110/05, Rec. 2009, p. I-519) y, más recientemente, *TJUE*, 1 de junio de 2010, *Blanco Pérez y Chao Gómez* (C-570/07 y C-571/07); y *TJUE*, 2 de diciembre de 2010, *Ker-Optika* (C-108/09), ambas sentencias aún no publicadas en la recopilación impresa del Tribunal; vid. página web oficial del TJUE: <http://curia.europa.eu>, sección de «Jurisprudencia». El TPR también tuvo en cuenta jurisprudencia específica del TJUE en la que se reconoce que las medidas nacionales que puedan obstaculizar el comercio intracomunitario pueden estar justificadas por exigencias imperativas derivadas de la protección del medio ambiente, siempre que dichas medidas sean proporcionadas al objetivo perseguido: *TJCE*, 14 de diciembre de 2004, *Comisión/Alemania* (C-463/01, Rec. 2004, p. I-11705) y *TJCE*, 14 de diciembre de 2004, *Radtberger Getränkegesellschaft y S. Spitz* (C-309/02, Rec. 2004, p. I-11763).

En conclusión, el TPR determina que el Laudo arbitral en revisión «posee evidentes y graves errores jurídicos [...] los cuales toman imperiosamente revocable el laudo en cuestión»¹⁹ y, por tanto, decide, por mayoría, revocar el Laudo y determina que la Ley argentina 25.626 promulgada el 8 de agosto de 2002 «es incompatible con la normativa MERCOSUR» y en consecuencia la República Argentina deberá derogarla o modificarla, pues, con dicha ley, Argentina prohibía la importación de neumáticos (llantas neumáticas) recauchutadas y neumáticos (llantas neumáticas) usados procedentes del Uruguay, lo cual es una clara restricción no arancelaria que afecta o viola el principio de libre circulación. Podemos concluir, pues, afirmando que en este caso la jurisprudencia del TJUE tuvo una incidencia en la *ratio decidendi* del Laudo del TPR del MERCOSUR donde el Tribunal realizó referencias generales a sentencias relevantes y recientes del TJUE²⁰.

A.b) Laudo n° 1/2006 (13 de enero de 2006)²¹

En este «laudo complementario», el TPR confirma que «esencialmente» revocó el laudo arbitral recurrido del TAH porque este cometió un «error jurídico» al no haber interpretado y aplicado al caso, sobre las excepciones al principio de libre circulación, «cuatro criterios de rigor: si la medida (argentina) analizada era restrictiva o no del libre comercio, si la misma era o no discriminatoria, si la misma era o no justificada y si la misma era o no proporcional»²². Como hemos señalado anteriormente, los principios de libre circulación (y sus excepciones cuando existan causas justificadas por razones de «interés público» o por «exigencias imperativas»), de no discriminación (o igualdad de trato, en este caso entre productos nacionales y productos de origen o procedentes de los demás países comunitarios) y de proporcionalidad, son principios que han sido desarrollados y aplicados ampliamente por el TJUE a lo largo y ancho de su influyente jurisprudencia²³.

¹⁹ Vid. el Considerando 25.

²⁰ Esta ley argentina, en su exposición de motivos, textualmente fundamentaba su existencia en la necesidad de proteger la industria nacional, pero para fundamentar ese objetivo también argumentaba la necesidad de garantizar la seguridad en la vía pública y la protección del medio ambiente, lo cual la convierte en rechazable dentro de un sistema de integración, pues de forma manifiesta viola el principio de no discriminación entre productos nacionales e importados; además, Argentina no probó contundentemente que los neumáticos remoldeados procedentes del Uruguay afectarían gravemente el medio ambiente, todo lo cual, por tanto, infringe el principio de libre comercio desde la perspectiva del Derecho de Integración.

²¹ Laudo complementario del TPR que resuelve el recurso de aclaratoria interpuesto por la República Argentina en relación al Laudo arbitral dictado por este ente, el 20 de diciembre de 2005, en la *Controversia «prohibición de importación de neumáticos remoldeados procedentes del Uruguay» (Uruguay vs. Argentina)*.

²² Vid. el Considerando 15 del Laudo.

²³ Por ejemplo, en el caso concreto de los principios de no discriminación y de eliminación de obstáculos a la libre circulación de mercancías, vid.: *TJCE, 9 de diciembre de 1997, Comisión/Francia (C-265/95, Rec. 1997, p. I-6959)*. Por otra parte, el TJCE ha dejado claro que las disposiciones de Derecho Comunitario sobre el principio de igualdad de trato, «no solo prohíben las discriminaciones manifiestas [directas u ostensibles] basadas en la nacionalidad, sino también cualquier forma de discriminación encubierta [indirecta o disimulada] que, aplicando otros criterios de diferenciación conduzca de hecho al mis-

Algo muy llamativo es que el TPR le recuerda al Estado de Argentina (autor del recurso de aclaratoria) que «el uso cuidadoso y reflexivo de jurisprudencia del Derecho Comparado no puede constituir de manera alguna algo inaceptable»²⁴; refiriéndose, principalmente, a la jurisprudencia del entonces TJCE²⁵. Para remarcar, en el Considerando XIX de su Laudo, el TPR afirma que:

ni siquiera haría falta ninguna jurisprudencia para sostener en cuanto al primer criterio de rigor que la medida analizada (la ley argentina) era restrictiva del libre comercio (en el seno del MERCOSUR). Resulta obvio que una prohibición de importación es una restricción al libre comercio [...].

El TPR, no obstante, para mejor ilustración, citó una reciente jurisprudencia europea²⁶, en la cual el TJUE señaló, en línea con su jurisprudencia histórica, que una reglamentación nacional que prohíbe, por razones ambientales, la circulación de camiones de más de 7,5 toneladas, que transportan determinadas mercaderías, sobre un tramo de carretera muy importante de una de las principales vías de comunicación terrestre entre ciertos EM, debe ser considerada como una medida de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas, pues, en este caso, la protección del medio ambiente no puede considerarse una «exigencia imperativa», porque no se probó que el objetivo perseguido no podía alcanzarse por otros medios menos restrictivos de la libre circulación sobre la base del principio de proporcionalidad.

Algo también muy interesante que se observa en el Considerando 29 del Laudo es que en su recurso de aclaratoria, Argentina «sencillamente niega el valor de la jurisprudencia como fuente del Derecho, lo cual obviamente es improcedente», según palabras del mismo TPR. Aquí, a nuestro juicio, es indispensable aclarar dos cosas: por un lado, la República Argentina lleva toda la razón cuando afirma en su recurso que la jurisprudencia «no es fuente del Derecho». Efectivamente así lo es, especialmente en los ordenamientos de raíz continental europea, tal y como lo hemos expresado desde el inicio.

mo resultado; que tal interpretación, necesaria para garantizar la eficacia de uno de los principios fundamentales de la Comunidad [el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad], exige que la igualdad de trato [...] quede garantizada 'de hecho y de derecho', *TJCE, 12 de febrero de 1974, Sotgiu (152/73, Rec. 1974, p. 153)*; edición especial española 1974, p. 87. Vid., en idéntico sentido, *TJCE, 16 de febrero de 1978, Comisión/Irlanda (61/77, Rec. 1978, p. 417)*; edición especial española 1978, p. 161.

²⁴ Vid. el Considerando XVIII.

²⁵ También en sus laudos hace algunas referencias a la jurisprudencia del TJCA.

²⁶ Se refiere a la sentencia del TJUE citada por el TPR en su Laudo 1/2005, Considerando 14, sobre el significado de las medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas: *TJCE, 15 de noviembre de 2005, Comisión/Austria (C-320/03, Rec. 2005, p. I-9871)*.

Recordemos que la jurisprudencia «es fuente del conocimiento del Derecho» (o fuente formal indirecta pero no fuente formal directa del ordenamiento jurídico); es decir, es una fuente subsidiaria o auxiliar que nos permite conocer el Derecho en vigor, sin lagunas, sin incoherencias y sin contradicciones, en la medida en que interprete correctamente el Derecho positivo vigente; determine las costumbres jurídicas y precise su contenido y alcance; y en la medida en que reconozca, formule y desarrolle los principios jurídicos explícitos o implícitos en las normas escritas. El mismo TPR lo reconoce, quizás sin saberlo, cuando afirma en el citado Considerando XXIX que:

La experiencia histórica del Derecho de Integración y del Derecho Comunitario, nos demuestra que inclusive la mayor parte de las características fundamentales de tal Derecho fueron originariamente elaboraciones jurisprudenciales [...].

Esas «características fundamentales» del Derecho Comunitario de las que habla el TPR son, por ejemplo, los «rasgos esenciales» del Derecho de la UE a los que se refiere el TJUE cuando habla de los principios de primacía y del efecto directo, principios constitucionales precisamente formulados y desarrollados en su jurisprudencia a lo largo de medio siglo a través de una labor interpretativa «teleo-sistemática» de las disposiciones de los tratados comunitarios²⁷.

Por otro lado, la República Argentina, a nuestro juicio, no lleva razón cuando pretende desconocer o quitarle valor jurídico a la jurisprudencia consolidada de un tribunal serio y respetable como el TJUE, jurisprudencia que perfectamente puede ser considerada como «fuente de interpretación o de inspiración y orientación» para otros tribunales supranacionales dentro de un proceso de integración, siempre y cuando se utilice en términos razonables y objetivos y sea oportuna y pertinente al caso en cuestión; o sea, como señala el TPR, sea utilizada de forma cuidadosa y reflexiva en términos jurídicos. Cosas que son, o deben ser, de sentido común jurídico en cualquier sistema de integración.

²⁷ Vid. las siguientes sentencias históricas: (sobre el efecto directo) *TJCE*, 5 de febrero de 1963, *Van Gend & Loos* (26/62, Rec. 1963, p. 1); edición especial española 1961-1963, p. 333; y (sobre la primacía) *TJCE*, 15 de julio de 1964, *Costa* (6/64, Rec. 1964, p. 1141); edición especial española 1964-1966, p. 99.

B) *Multa coercitiva a un Estado miembro por incumplimiento de sus obligaciones jurídicas y el principio de proporcionalidad*

B.a.) Laudo nº 1/2007 (8 de junio de 2007)²⁸

En este caso se observa que el TPR hace una referencia tanto a la jurisprudencia del TJUE²⁹ como a los criterios de la Comisión Europea³⁰, específicamente, «al referirse a la suma a tanto alzada y a la multa coercitiva como remedios para los supuestos de incumplimiento de sus sentencias» que se aplican en la UE, recordando el TPR que en la UE están prohibidas las «medidas compensatorias» en caso de incumplimiento de una sentencia del Tribunal de Justicia por un EM³¹.

En síntesis, el TPR hace referencia a la jurisprudencia del TJUE, en especial, al ya citado principio de proporcionalidad³²; o sea, que la multa sea proporcional a la capacidad de pago del Estado infractor y a los criterios de la Comisión Europea en materia de aplicación de multas coercitivas en los supuestos de incumplimiento de una sentencia del Tribunal por un EM, así como la finalidad de las mismas, para poder apreciar y establecer la proporcionalidad de las medidas compensatorias en el MERCOSUR, determinando así que la medida compensatoria contenida en el Decreto nº 142/007, de 17 de abril de 2007, emitido por Uruguay «es proporcional y no excesiva en relación a las consecuencias derivadas del incumplimiento (por Argentina) del Laudo nº 1/2005 dictado por este Tribunal el 20 de diciembre de 2005». Podemos concluir, pues, afirmando que también en este caso la jurisprudencia del TJUE tuvo incidencia en la *ratio decidendi* del laudo del TPR del MERCOSUR donde el Tribunal hizo también referencias generales a sentencias relevantes y recientes del TJUE.

²⁸ Laudo del TPR constituido para entender en la solicitud de pronunciamiento sobre exceso en la aplicación de medidas compensatorias: *Controversia entre Uruguay y Argentina sobre prohibición de importación de neumáticos remoldeados procedentes del Uruguay*.

²⁹ En materia de multa coercitiva a un EM de la UE por incumplimiento de sus obligaciones jurídicas, el TPR hace referencia expresa a los siguientes casos: *TJCE*, 4 de julio de 2000, *Comisión/República Helénica* (C-387/97, Rec. I-5047); *TJCE*, 25 de noviembre de 2003, *Comisión/Reino de España* (C-278/01, Rec. I-1441); *TJCE*, 12 de julio de 2005, *Comisión/República Francesa* (C-304/02, Rec. I-6263); *TJCE*, 14 de marzo de 2006, *Comisión/República Francesa* (C-177/04, Rec. I-2461). Sobre este tema, vid. también los arts. 258-260 TFUE (antiguos arts. 226-228 TCE).

³⁰ El TPR cita la comunicación de la Comisión Europea sobre la aplicación del antiguo art. 171 del TCE (después art. 228 TCE y ahora art. 260 TFUE), *DOCE*, nº C 242, de 21 de agosto de 1996, p. 6. La Comisión señala que el importe de la sanción debe calcularse en función de tres criterios fundamentales: gravedad de la infracción, duración de la misma, y necesidad de asegurar el efecto disuasorio de la sanción para evitar la reincidencia.

³¹ Vid. los Considerandos 10.1, 10.2 y 10.3, y el pár. 3 de la parte conclusiva del Laudo del TPR.

³² Podemos afirmar que, desde un inicio, el TJUE ha establecido, en un sentido general, que el principio de proporcionalidad exige que los actos de las instituciones comunitarias no sobrepasen los límites de lo apropiado y necesario para alcanzar el fin perseguido: *TJCE*, 17 de mayo de 1984, *Denkavit Nederland* (15/83, Rec. 1984, p. 2171).

2. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

A) *El Derecho Marcario Comunitario*A.a) Sentencia dictada en el expediente n° 89-IP-2005, del 20 de julio de 2005³³

En primer lugar, esta Sentencia se refiere a la interpretación prejudicial de las disposiciones previstas en los arts. 136, literales a) y f), y 150 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, solicitada por el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, e interpretación de oficio de los arts. 134, 135, literal b, y 159 *eiusdem*. Parte actora: BBVA BANCOMER, S.A. institución de banca múltiple, grupo financiero BBVA BANCOMER.

En síntesis, en este caso se trata sobre la solicitud presentada por «BBVA BANCOMER S.A., institución de banca múltiple, grupo financiero BBVA BANCOMER», para registrar la marca «envíos de dinero BBVA BANCOMER + Gráfica a color» para distinguir servicios de la Clase 36 Internacional. Dicha solicitud fue rechazada desde la primera instancia administrativa, la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, a través de la División de Signos distintivos, «por considerarla incurso en la causal de irreregistrabilidad contenida en el literal a) del artículo 136 de la Decisión 486 [...] pues es similar a la marca BBVA (mixta), certificado 241.526 de propiedad del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., y por ser semejantes en su composición ortográfica y fonética y, por tanto, confundibles». El TJCA tuvo muy en cuenta, en el epígrafe I de la parte considerativa de su Sentencia (sobre «La marca y sus elementos constitutivos. Requisitos de un signo»), además de varias referencias doctrinales, la doctrina jurisprudencial del TJUE sobre esta materia del Derecho Marcario. En concreto, el Tribunal andino afirma que:

[la] aptitud distintiva es, pues, junto con la naturaleza de signo de la marca, uno de sus elementos constitutivos, así como un requisito esencial para su registro. Esta exigencia se expresa también a través de la prohibición contemplada en el artículo 135, literal b, de la Decisión en referencia, según la cual no podrán registrarse como marcas los signos que carezcan de distintividad. En la jurisprudencia europea se destaca que, cuando los productos designados en la solicitud de registro van destinados a los consumidores en general, «se supone que el público correspondiente es un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz. No obstante, ha de tenerse en cuenta la circunstancia de que el consumidor medio debe confiar en la imagen imperfecta que conserva en la memoria. Procede, igualmente,

³³ *Caso Envíos de dinero BBVA BANCOMER + Gráfica a color*. Vid. las sentencias del TJCA en la página web oficial: www.tribunalandino.org.ec, en la sección «Jurisprudencia».

tomar en consideración el hecho de que el nivel de atención del consumidor medio puede variar en función de la categoría de productos contemplada [...]»³⁴.

También el Tribunal andino hace referencia expresa a los criterios del TJUE establecidos en su Sentencia de 22 de junio de 1999, *Caso Lloyd*³⁵, en la que se afirma que:

cuando los signos sean idénticos o muy semejantes, mayor deberá ser la diferenciación exigible entre los productos o servicios a los que se aplican. Y a la inversa, esto es, cuando los productos o servicios sean idénticos o muy similares, mayor deberá ser la diferenciación exigible entre los signos enfrentados.

En fin, lo que se trata de comprobar es si los consumidores o usuarios podrán distinguir los productos o servicios designados con esta marca de aquellos que tengan otro origen comercial en el momento de adquirir tales productos o recibir tales servicios. Así, pues, si observamos la parte conclusiva de la Sentencia, se puede inferir que en la *ratio decidendi* del TJCA influyó claramente la doctrina jurisprudencial del TJUE.

B) *Los principios y métodos de interpretación del Derecho Comunitario*B.a) Sentencia dictada en la interpretación prejudicial 30-IP-98, del 16 de junio de 1999³⁷

Hemos escogido también esta sentencia porque, en alguna medida, sintetiza la «jurisprudencia interpretativa» del TJCA sobre principios básicos del Derecho Derecho Comunitario que evidentemente han sido elaborados y desarrollados por el TJUE y sistematizados por la doctrina comunitaria europea: nos referimos concretamente a los ya citados principios de primacía, aplicabilidad directa o inmediata y de efecto directo de las normas jurídicas comunitarias. El Tribunal andino hace una

³⁴ Sentencia del TJCE, de 25 de septiembre de 2002, *Asunto T-136/00*.

³⁵ Existe un importante error de cita por el Tribunal andino, pues se trata específicamente de una sentencia del entonces Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (TPI): *TPI CE, 25 de septiembre de 2002, Viking-Umwelttechnik/OHMI, combinación de color verde/gris (T-316/00, Rec. 2002, p. II-3715)*.

³⁶ *TJCE, 22 de junio de 1999, Lloyd Schuhfabrik Meyer (C-342/97, Rec. 1999 p. I-3819)*. Además, sobre la «apreciación del riesgo de confusión» (especialmente en los casos de serie o familia de marcas), el TJUE recientemente ha recordado la jurisprudencia constante que señala «que la existencia de un riesgo de confusión en el espíritu del público debe ser apreciado globalmente teniendo en cuenta todos los factores pertinentes del caso en cuestión», afirmando también que «si la evaluación de esos factores es una cuestión de hecho que se escapa del control del Tribunal, la omisión de tener en cuenta todos esos factores es en cambio constitutiva de un error de Derecho», en *TJUE, 16 de junio de 2011, Union Investment Privatfonds/UniCredito Italiano (C-317/10 P)*, aún no publicada en la recopilación impresa del Tribunal; vid. página web oficial del TJUE: <http://curia.europa.eu>, sección de «Jurisprudencia». A título ilustrativo, vid. también (en especial sobre las marcas tridimensionales), las siguientes sentencias recientes: *TJUE, 3 de junio de 2010, Coty Prestige Lancaster Group (C-127/09)* y *TJUE, 14 de julio de 2011, Viking Gas (C-46/10)*, ambas aún no publicadas en la recopilación impresa del Tribunal; vid. página web oficial del TJUE: <http://curia.europa.eu>, sección de «Jurisprudencia».

³⁷ *Caso ACEGRASAS*.

especie de recordatorio de su jurisprudencia, en particular sobre los principios de primacía y de aplicabilidad directa o inmediata, al realizar un repaso de sentencias anteriores en las que se ha pronunciado sobre el tema. Concretamente, en el epígrafe III de la parte considerativa de la Sentencia («preeminencia y aplicabilidad directa del Derecho Comunitario andino»), el Tribunal adopta plenamente los «elementos configuratorios de la primacía del Derecho Comunitario» que han sido definidos por el «Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea a lo largo de toda su jurisprudencia». No obstante, se observa que el TJCA hace referencia a la jurisprudencia del TJUE, pero sin citar algún caso o casos concretos sobre los que se haya construido dicha jurisprudencia en relación con los principios básicos del Derecho de la UE³⁸.

Sin embargo, es indispensable aclarar que cuando razona sobre el significado y alcance del principio de aplicabilidad directa (o inmediata) del Derecho Comunitario, el Tribunal andino confunde dicho principio con el del efecto directo, aun cuando hace referencia a una sentencia anterior en la que cita a un autor europeo que sí deja «entrever» ligeramente la diferencia entre ambos principios, que si bien es cierto tienen nombres terminológicamente muy parecidos, también es verdad que conceptualmente son dos principios distintos y diferentes, donde uno (el de aplicabilidad directa) es condicionante del otro (del efecto directo) en términos de aplicación práctica³⁹. No obstante, se puede

³⁸ Por ejemplo, pudo haber hecho al menos una referencia general directa a las ya citadas sentencias históricas: (sobre el efecto directo) *TJCE, 5 de febrero de 1963, Van Gend & Loos* (26/62, *Rec.* 1963, p. 1); edición especial española 1961-1963, p. 333; y (sobre la primacía) *TJCE, 15 de julio de 1964, Costa* (6/64, *Rec.* 1964, p. 1141); edición especial española 1964-1966, p. 99. Sin embargo, el Tribunal andino realizó una referencia indirecta a la jurisprudencia del TJUE por medio de la cita de obras de autores europeos. Sobre el significado y alcance de los principios de efecto directo y primacía del Derecho de la UE, *vid.*: A. Mangas Martín, «Los principios del Derecho de la Unión Europea en sus relaciones con los ordenamientos internos (I)» y «Los principios del Derecho de la Unión Europea en sus relaciones con los ordenamientos internos (II)», en A. Mangas Martín y D. J. Liñán Noguera, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 6ª ed., Madrid 2010, pp. 364-382 y 387-395, respectivamente.

³⁹ El TJCA afirma equivocadamente, citando otra sentencia suya, que existe una «categoría de [...] resoluciones que han sido llamadas 'self executing' y que se caracterizan por ser aplicables directamente y en términos de absoluta igualdad en todos los Estados Miembros. La verdad es que en el Derecho Comunitario debe distinguirse el principio de aplicabilidad inmediata o directa (o recepción automática), es decir, la recepción automática del Derecho Comunitario, en tanto que Derecho Comunitario, en el Derecho interno sin necesidad de transformación o medida de incorporación previa, del principio del efecto directo (o carácter *self-executing*), o sea la capacidad de una norma comunitaria de atribuir directamente un derecho individual y/o de ser aplicable en justicia sin medidas internas previas de ejecución normativa.

En la doctrina internacional se distingue claramente entre el primer concepto (aplicabilidad directa o inmediata) que es una regla estructural relativa al modo de introducción del Derecho internacional en el Derecho interno, y el segundo (efecto directo), que indica el carácter *self-executing* de una norma individual, una vez introducida en el Derecho interno, en B. de Witte, «Retour à Costa. La primauté du droit communautaire à la lumière du droit international», *RTDeur.* (1984), n° 3, 425-454, p. 439. *Cf.* también, con relación a la distinción de estos dos conceptos en el Derecho Comunitario, J. A. Winter, «Direct Applicability and Direct Effect: Two Distinct and Different Concepts in Community Law», *Common Market Law Review* (1972), vol. 9, n° 4, pp. 425-438, *passim*.

decir que la jurisprudencia del TJUE ha influido «indirectamente» en la *ratio decidendi* de la sentencia u OC del TJCA. Otra cosa muy distinta sería investigar la aplicación efectiva de dichos principios en la práctica de los EM de la Comunidad Andina.

B.b) Sentencia dictada en el proceso 1-IP-87, del 3 de diciembre de 1987⁴⁰

En esta Sentencia se observa que, desde sus inicios, el TJCA se vio influenciado por el TJUE en la forma de interpretar las normas jurídicas comunitarias; en particular, teniendo muy en cuenta los métodos teleológico y sistemático intensamente utilizados por el TJUE para reformular el Derecho de la UE, los cuales, por sus resultados, generan una interpretación extensiva del Derecho escrito vigente.

El Tribunal andino, literalmente afirma que:

[en relación con] los métodos de interpretación que debe utilizar el Tribunal, ha de tenerse presente la realidad y características esenciales del nuevo Derecho de la integración y la importante contribución que en esta materia tiene ya acumulada la experiencia europea, sobre todo por el aporte de la jurisprudencia de la Corte de Justicia, Tribunal único de las Comunidades Europeas en la aplicación de este Derecho, que se está haciendo constantemente en beneficio de la construcción comunitaria, sin perder de vista el fin permanente de la norma. Por estas consideraciones corresponde el empleo preferente de los métodos de interpretación llamados «funcionales», como los métodos sistemáticos y de interpretación teleológica, sin dejar de utilizar, si fuese el caso, los demás universalmente admitidos [...].

No obstante, en este caso también se observa que el TJCA hace referencia a la jurisprudencia del TJUE, pero sin citar algún caso o casos concretos en los que el TJUE haya realizado alguna referencia a los métodos sistemático y teleológico tan intensamente utilizados en su labor jurisprudencial⁴¹. Sin embargo, igualmente se puede decir que la jurisprudencia del TJUE ha influido de modo «indirecto» en la *ratio decidendi* de la Sentencia.

⁴⁰ *Caso Aktiebolaget VOLVO*.

⁴¹ En relación con la aplicación concreta del método sistemático por el TJUE, el Tribunal andino tiene muchas referencias históricas a su disposición que perfectamente pudo haber citado. Por ejemplo: *TJCE, 17 de diciembre de 1970, Spa SACE* (33/70, *Rec.* 1970, p. 1213); edición especial española 1970, p. 301; *TJCE, 31 de marzo de 1971, Comisión/Consejo «AETR»* (22/70, *Rec.* 1971, p. 263); edición especial española 1971, p. 25. Con relación al método teleológico, por ejemplo: *TJCE, 21 de noviembre de 1974, Moulijn/Comisión* (6/74, *Rec.* 1974, p. 1287). Sobre la utilización de los métodos sistemático y teleológico por el TJUE en su labor interpretativa, *vid.* F. J. Pascual Vives, *El Derecho de los Tratados en la jurisprudencia comunitaria*, Valencia 2009, pp. 184-207.

3. LA CORTE CENTROAMERICANA DE JUSTICIA DEL SICA

A) *Los principios del Derecho Comunitario*A.a) Sentencia del 27 de noviembre de 2001⁴²

Este caso estaba relacionado con la controversia entre dos Estados miembros de pleno derecho del SICA (Nicaragua y Honduras) en materia de delimitación de fronteras marítimas en el Mar del Caribe. Es indispensable aclarar que la CCJ solo puede conocer las controversias territoriales (terrestres y marítimas) entre los EM con la condición de que todos los EP interesados lo hayan solicitado⁴³. Aquí, obviamente, el Derecho de la integración centroamericana, con esa condición, le concede competencia a la CCJ para resolver controversias de Derecho Internacional, como el de la delimitación marítima en el Caribe entre Nicaragua y Honduras. Eso sí, el Derecho de la integración se limita a remitir el caso al Derecho Internacional Público para su resolución, pues es este ordenamiento, y no el de la integración, el que posee los conceptos e instituciones jurídicas para resolverlo.

Sin embargo, la Corte resolvió que tenía competencia para conocer el caso planteado por Nicaragua porque, según su interpretación:

no se trataba de una controversia fronteriza sino de supuesto incumplimiento o violación de normas comunitarias del Sistema de la Integración Centroamericana⁴⁴.

Es decir, según la CCJ, Honduras, con la firma y ratificación del Tratado de delimitación marítima con Colombia, supuestamente habría infringido normas de la integración centroamericana. En la parte considerativa de la Sentencia se observa que la Corte hace, de paso, una serie de reflexiones y comentarios generales sobre los «principios rectores» del Derecho de la UE (autonomía, aplicabilidad inmediata, efecto directo, primacía y responsabilidad del Estado por incumplimiento de la normativa comunitaria), adoptando plenamente la jurisprudencia del TJUE, pues, obviamente, reconoce que estos principios han sido reconocidos y desarrollados por el «Tribunal de Luxemburgo»⁴⁵. No obstante, podemos afirmar

⁴² *Caso Estado de Nicaragua c. Estado de Honduras* (Gaceta Oficial n° 13, p. 2). Las sentencias de la CCJ también pueden verse en el sitio web oficial: www.ccj.org.ni sección de «Jurisprudencia».

⁴³ Art. 22.a) pár. 1 del Convenio de Estatuto de la CCJ.

⁴⁴ Considerando XI de la Sentencia.

⁴⁵ Considerando IV. Se hace una referencia general a las ya citadas sentencias paradigmáticas del TJUE: (sobre el efecto directo) *TJCE, 5 de febrero de 1963, Van Gend & Loos* (26/62, Rec. 1963, p. 1); edición especial española 1961-1963, p. 333; y (sobre la primacía) *TJCE, 15 de julio de 1964, Costa* (6/64, Rec. 1964, p. 1141); edición especial española 1964-1966, p. 99.

que en este caso la jurisprudencia del TJUE ha sido acogida solo a título de *obiter dicta*, ya que, por la naturaleza de la controversia (es de Derecho Internacional, y no de Derecho de Integración como pretendió obstinadamente la Corte), lógicamente no podía influir en la *ratio decidendi* de la Sentencia.

A.b) Sentencia del 13 de diciembre de 1996⁴⁶

El Parlamento le consulta a la CCJ si la Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala tiene competencia para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de una norma contenida en un tratado internacional, en este caso del art. 27 del Tratado Constitutivo del Parlamento Centroamericano (PARLACEN).

Aquí también se puede observar que la Corte se limita a realizar, como *obiter dicta*, una serie de comentarios sobre las «principales características» del Derecho Comunitario (principios de aplicabilidad inmediata, primacía y efecto directo)⁴⁷, haciendo especial referencia, en idénticos términos, a la doctrina del TJUE, pero esta no influye decisivamente en la *ratio decidendi* de la resolución.

B) *Las inmunidades y privilegios de los funcionarios comunitarios*B.a) Sentencia del 25 de enero de 2008⁴⁸

La consulta prejudicial del órgano jurisdiccional salvadoreño contiene dos preguntas literalmente planteadas así a la CCJ:

1) ¿Será competente el Parlamento Centroamericano para conocer del trámite de desafuero de Mario Antonio Osorto Vides a quien se le atribuyen los delitos de negociaciones ilícitas, falsedad documental agravada y concusión en el caso que la solicitud de desafuero fue presentada ante la Asamblea Legislativa de El Salvador el día veinticuatro de octubre del dos mil seis, por consiguiente cuatro días antes de la fecha en que el mismo tomó posesión como diputado propietario del PARLACEN, que en efecto fue el veintiocho de octubre del dos mil seis? 2) ¿Habiendo desahorado la Asamblea Legislativa de El Salvador al Señor Mario Antonio Osorto y admitida la solicitud de antejuicio, con posterioridad al momento de haber tomado posesión de su cargo de diputado del PARLACEN, constituirá o no violación al «Tratado constitutivo del Parlamento Centroamericano y otras instancias políticas» como al precedente establecido por la Corte Centroamericana de Justicia en la sentencia del treinta y uno de octubre del dos mil dos en que se responde a la consul-

⁴⁶ Consulta del PARLACEN (Gaceta Oficial, n° 4, p. 5).

⁴⁷ Considerando I.

⁴⁸ Consulta prejudicial de la Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, con sede en San Salvador (República de El Salvador).

ta formulada por el Doctor Rodrigo Samayoa como presidente y representante del PARLACEN, indicando que al PARLACEN corresponde definir el desafuero de los diputados que lo integran?

Para emitir su OC, la Corte hace una serie de razonamientos sobre el significado y alcance de la «inmunidad parlamentaria», señalando que:

[esta sirve para] proteger la acción política de los parlamentarios, su independencia de criterio y su libertad de expresión por ser ellos representantes de la población. La inmunidad parlamentaria es una protección de carácter procesal que tienen los parlamentarios cuando se intenta seguir contra ellos un proceso penal por una supuesta responsabilidad en la comisión de un delito o ejecutar una orden de arresto. La idea es garantizar la libertad del representante, evitando que bajo el pretexto de acusación de delito se influya sobre él para impedir su actuación como parlamentario o influenciar sus opiniones o votos de manera indebida⁴⁹.

En esa línea, la CCJ fundamenta su criterio haciendo referencia a la jurisprudencia comparada (sobre todo a la del TJUE) en materia de inmunidad de agentes diplomáticos y funcionarios internacionales, señalando textualmente que:

la jurisprudencia internacional sobre las inmunidades y privilegios concedidos a parlamentarios regionales o comunitarios, agentes diplomáticos y funcionarios internacionales en general y particularmente las resoluciones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas establecen el carácter funcional de los privilegios y las inmunidades de las Comunidades Europeas, al ser su finalidad el evitar que se obstaculice el funcionamiento e independencia de las Comunidades⁵⁰; sobre el particular están los asuntos T-497/93 en relación con la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Cuarta) del 29 de Marzo de 1995, Anne Hogan contra Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas⁵¹, Asunto 1/87 SA relativo al Auto del Tribunal de Justicia de 17 de junio de 1987, Universe Tankship Company Incorporated contra la Comisión de las Comunidades Europeas⁵², Asunto T-17/00 R con respecto al Auto del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de 2 de mayo de 2000⁵³, Asunto C-2/88 Imm, J. J. Zwartveld e. a. relativo a la Sentencia de La Corte de 13 de julio de 1990⁵⁴.

⁴⁹ Considerando 10.

⁵⁰ Precisamente, el TJCE ha recordado que el principio de inmunidad de los diputados europeos los protege jurisdiccionalmente por las opiniones expresadas y los votos emitidos en el ejercicio de sus funciones: TJCE, 21 de octubre de 2008, Marra (C-200/07 y C-201/07, Rec. 2008, p. I-7929).

⁵¹ TPI CE, 29 de marzo de 1995, Hogan/Tribunal de Justicia (T-497/93, Rec. 1995 p. II-703, RecFP p. I-A-77, II-251).

⁵² TJCE, Auto del 17 de junio de 1987, Universe Tankship/Comisión (1/87 SA, Rec. 1987 p. 2807).

⁵³ TPI CE, Ordenanza del 2 de mayo de 2000, Rothley e. a./Parlamento (T-17/00 R, Rec. 2000 p. II-2085).

⁵⁴ TJCE, 13 de julio de 1990, Zwartveld y otros (C-2/88 Imm, Rec. 1990, p. I-3365). Vid. Considerando XXIV de la Sentencia de la CCJ.

Teniendo en cuenta la parte resolutive de la Sentencia en este caso, y el alcance de la jurisprudencia de la CCJ en casos análogos, podemos afirmar que la jurisprudencia del TJUE ha influido en la *ratio decidendi* de la Sentencia, debiendo reconocer el esfuerzo que realiza la CCJ en este caso por citar la jurisprudencia del TJUE con inclusión expresa de los asuntos sobre los que se ha construido dicha jurisprudencia.

III. CONSIDERACIONES FINALES

Haciendo una valoración de conjunto de la labor de cada uno de los tres tribunales latinoamericanos citados en este trabajo, podemos decir que, por un lado, se ha comprobado, con esta breve exploración, que efectivamente la jurisprudencia del TJUE se ha constituido en una «referencia general» casi obligatoria para los principales tribunales de las organizaciones internacionales de integración subregional más relevantes de América Latina. En unos casos, ha influido en la *ratio decidendi* de las sentencias y, en otros, se ha citado solo a título de *obiter dicta*, que, dicho sea, constituye una práctica muy usual en las consideraciones jurídicas de estos tribunales. Por otro lado, hemos constatado que especialmente el TPR fue más reflexivo y cuidadoso al utilizar la jurisprudencia del TJUE como «fuente de inspiración u orientación» para resolver efectivamente casos análogos.

Específicamente, según los casos examinados, el TPR realizó un mayor esfuerzo para recurrir a jurisprudencia concreta, útil y reciente del TJUE, a fin de fundamentar mejor sus fallos, sobre todo en relación con el significado y el alcance del principio de libre circulación de mercancías, de la noción de medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa, de las excepciones a la prohibición de las medidas de efecto equivalente sobre la base del Derecho primario escrito y del concepto de «exigencias imperativas». En ambos casos aplicó el principio de proporcionalidad como «muro de contención», a fin de evitar o sancionar excesos o arbitrariedades de las autoridades nacionales en relación con productos de terceros EM, así como en materia de multa coercitiva a un EM de la UE por incumplimiento de sus obligaciones jurídicas, utilizando también el principio de proporcionalidad.

Por su parte, el TJCA solo efectuó un mayor esfuerzo a la hora de adoptar la doctrina jurisprudencial del TJUE en materia de Derecho Marcario Comunitario, y la CCJ en materia de inmunidad de agentes diplomáticos y funcionarios internacionales. En el caso concreto del TJCA, se puede inferir que dicho Tribunal hace un esfuerzo para ir creando una especie de «Derecho Marcario Andino» a partir de las grandes «líneas de fuerza» establecidas por la jurisprudencia del TJUE. En el caso de la CCJ, esta intenta precisar el alcance y los límites de la «inmunidad parlamentaria» de los diputados del PARLACEN, a fin de evitar que

estos se escuden en dicho privilegio para no responder ante los tribunales judiciales nacionales por conductas totalmente ajenas a su función parlamentaria. Para ello se ha inspirado en el significado y alcance del principio de inmunidad ampliamente desarrollado por el TJUE.

No obstante, tanto el TPR como el TJCA y la CCJ deben tener muy claras cuáles podrían ser las limitaciones, en cada caso, para utilizar la jurisprudencia del TJUE, teniendo como referencia ineludible el grado de desarrollo del sistema jurídico establecido por los tratados y por el Derecho derivado en sus respectivos procesos de integración. Es decir, puede suceder que en algunos casos concretos la jurisprudencia del TJUE pueda ser adoptada plenamente, o con matices o adaptaciones previas, y en otros casos no —por ejemplo, la imposibilidad práctica de aplicar eficazmente el principio de aplicabilidad inmediata de las normas comunitarias, entre otras razones, por la falta de auténticos diarios oficiales comunitarios en estos sistemas latinoamericanos, lo cual a su vez condiciona o limita la aplicación del principio del efecto directo de dichas normas—. Por tanto, la jurisprudencia del TJUE podrá ser un punto efectivo de referencia dependiendo del grado de desarrollo institucional, normativo y jurisdiccional de estos sistemas de integración latinoamericanos, y haciendo una apreciación global teniendo en cuenta todos los factores pertinentes del caso en cuestión.

En cualquier caso, con esta breve exploración también se comprueba el diálogo, la relación e interacción constante entre tribunales jurisdiccionales de importantes y reconocidas organizaciones internacionales de integración regional en el sistema internacional, lo cual minimiza el riesgo de la llamada fragmentación del Derecho Internacional —en este campo específico de la integración regional— en la medida en que se logra una cierta uniformidad en la interpretación y aplicación de determinados principios del Derecho de integración, al menos en el ámbito euroamericano, que asegure al mismo tiempo una unidad y coherencia mínima del Derecho Internacional en general y del mismo Derecho de integración en particular.

En ese sentido, se ha señalado que para resolver las posibles contradicciones jurídicas en pro de la unidad del Derecho Internacional en general «sería muy útil intensificar el diálogo entre tribunales para que se puedan influir mutuamente y enriquecerse con sus respectivas jurisprudencias»⁵⁵. También sería muy importante que asociaciones científicas de mucha reputación e historia, como el IHLADI, celebren congresos o seminarios científicos sobre el diálogo entre tribunales internacionales o supranacionales, en los que participen como ponentes o comunicantes jueces del TJUE y magistrados (o árbitros en su caso) de los tribunales latinoamericanos.

⁵⁵ Conclusiones de la IV Comisión del XXVI Congreso del IHLADI: «La fragmentación: ¿una amenaza para la unidad del Derecho Internacional?».

RESUMEN: En este trabajo se realiza un estudio exploratorio sobre la influencia de la jurisprudencia del TJUE en la labor jurisdiccional de los principales tribunales de los sistemas de integración latinoamericanos, en primer lugar, buscando principios o conceptos de la jurisprudencia del antiguo TJCE (ahora, TJUE) que hayan sido acogidos por los tribunales de los sistemas de integración latinoamericanos (particularmente en el MERCOSUR, la Comunidad Andina y en el SICA), y, en segundo lugar, analizando cuáles de estos principios o conceptos han influido realmente en la *ratio decidendi* y cuáles han sido mencionados solo en calidad de *obiter dicta* en las resoluciones judiciales o laudos de dichos tribunales, explicando así, en cada caso, el alcance efectivo de dicha influencia.

PALABRAS CLAVE: Integración regional, integración europea, integración latinoamericana, Derecho de integración, Derecho Comunitario, jurisprudencia, doctrina jurisprudencial, *ratio decidendi*, *obiter dicta*, jurisprudencia comparada.

ABSTRACT: The present work carries out an exploratory study on the influence exerted by CJEU case law on the judicial function fulfilled by the major courts in Latin American integration systems. First of all, the article is aimed at the search of those principles or concepts extracted from the case law by former ECJ (today, CJEU) to which courts in Latin American integration systems have resorted (especially, MERCOSUR, the Andean Community and SICA). Secondly, this paper analyses which of these principles or concepts have actually influenced courts' *ratio decidendi* and which ones have only been mentioned as *obiter dicta* in judicial decisions or awards, the scope of such an influence being thereby explained for each case.

KEYWORDS: Regional Integration, European Integration, Latin American Integration, Integration Law, Community Law, Case Law, *Ratio Decidendi*, *Obiter Dicta*, Comparative Case Law.

BIBLIOGRAFÍA

A) LIBROS

- AGUIAR, C. y NHOUYVANISVONG, K.: *Guide pratique de la négociation internationale*, París 2010, 218 pp.
- ÁLVAREZ RUBIO, J. J. (dir.), *Difamación y protección de los derechos de la personalidad: ley aplicable en Europa*, 2009, 259 pp.
- BORRÁS, A., BOUZA, N., GARCIMARTIN, F., GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. y VIRGÓS, M., *Legislación básica de Derecho Internacional Privado*, 20.^a ed., Madrid 2010, 1679 pp.
- BOU FRANCH, V. y FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C.: *La inclusión del terrorismo entre los crímenes internacionales previstos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional*, Valencia 2009, 134 pp.
- BOU FRANCH, V. y CASTILLO DAUDÍ, M.: *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 2.^a ed., Valencia 2010, 428 pp.
- CANÇADO TRINDADE, A. A.: *International Law for Humankind. Towards a New Jus Gentium*, The Hague 2010, 725 pp.
- DRNAS DE CLÉMENT, Z.: *La aplicación del Derecho Internacional en los fallos de la CSJN (fuentes, subjetividad, órganos de representación, inmunidad de jurisdicción y ejecución)*, Córdoba 2010, 207 pp.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., ARENAS GARCÍA, R. y DE MIGUEL ASENSIO, P. A.: *Derecho de los negocios internacionales*, 2.^a ed., Madrid 2009, 718 pp.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y DE MIGUEL ASENSIO, P. A.: *Derecho Internacional Privado (textos y materiales)*, Navarra 2010, 886 pp.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A.: *Primera mirada (huellas y cicatrices de un mundo desordenado)*, Huelva 2009, 354 pp.
- (ed.), *International Legal Dimension of Terrorism*, The Netherlands 2009, 512 pp.
- (ed.), *La obra jurídica del Consejo de Europa. En conmemoración del 60 aniversario del Consejo de Europa*, Sevilla 2010, 830 pp.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. y GARCÍA ROCA, J. (coords.): *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid 2009, 644 pp.
- GONZÁLEZ MARTÍN, N., *Familia internacional en México: adopción, alimentos, restitución, tráfico y trata*, México 2009, 309 pp.
- *Sistemas jurídicos contemporáneos*, México 2010, 251 pp.
- GONZÁLEZ MARTÍN, N. y CHÁVEZ SÁNCHEZ, O.: *Dos temas torales para los Derechos Humanos: acciones positivas y justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales*, 1.^a reimpr., México 2009, 205 pp.
- GONZÁLEZ MARTÍN, N. y RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, S.: *Derecho Internacional Privado*, México 2010, 269 pp.

- GONZÁLEZ MARTÍN, N. y FERNÁNDEZ ARROYO, D. P. (coords.): *Tendencias y relaciones del Derecho Internacional Privado americano actual*, México 2010, 587 pp.
- GONZÁLEZ MARTÍN, N. y RODRÍGUEZ BENOT, A. (coords.): *Cooperación jurídica internacional en materia de formación, educación e investigación*, México 2010, 271 pp.
- LÓPEZ MARTÍN, A. G.: *El ejercicio continuo y pacífico de funciones de Estado como modo de adquisición del título territorial en la jurisprudencia internacional: el problema de su prueba*, Madrid 2009, 637 pp.
- *International Straits. Concept, Classification and Rules of Passage*, Heidelberg 2010, 218 + xxiii pp.
- SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I., QUEL LÓPEZ, J. y LÓPEZ MARTÍN, A. G. (eds.): *El papel de los jueces y el estado actual del Derecho Internacional. Análisis crítico de la jurisprudencia internacional, 2000-2007*, Bilbao 2010, 686 pp.

B) ARTÍCULOS EN REVISTAS Y OBRAS COLECTIVAS

- ÁLVAREZ RUBIO, J. J.: «Hacia una necesaria actuación coordinada de la UE: la obligada comunitarización de la respuesta a la crisis financiera», *Política Financiera Común de la Unión Europea*, Madrid 2009, pp. 61-69.
- «Jurisdicción y arbitraje en el nuevo Convenio UNCITRAL». *Las reglas de Róterdam. La regulación del contrato de transporte internacional de mercancías por mar*, Madrid 2010, pp. 313-333.
- «El nuevo Reglamento comunitario Roma-II: difamación y lesión a los derechos de la personalidad», *Libro homenaje al Dr. Santiago Torres*, Bilbao 2010, pp. 25-45.
- «Desapego ciudadano ante Europa: pautas de actuación desde las instituciones Comunitarias», *Cuaderno Europeo 7: Construyendo Europa con los ciudadanos*, nº 7, 2009, pp. 143-147.
- «Crisis económica y fraudes con dimensión internacional: problemas y cauces de solución en presencia», *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, Madrid 2010, pp. 291-318.
- «Comentario Jurisprudencia: Sentencia Audiencia Provincial de Madrid, de 28 de octubre de 2008: Acción de anulación del laudo. Arbitraje deportivo. Arbitrabilidad», *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. II, 2009-1, pp. 237-240.
- «Arbitraje Deportivo. Acción de nulidad del laudo, SAP Madrid, 28 de octubre de 2008, nº 523/2008», *ibid.*, 2010, pp. 234-240.
- «La Regla de especialidad en el Derecho Comunitario: S.T.J.C.E. de 4 de mayo de 2010 (asunto C-533/08)», *La Ley*, nº 7499, 20 de octubre de 2010, pp. 9-11.
- ÁLVAREZ RUBIO, J. J. et. al.: *El Tratado de Lisboa y las regiones*, Vitoria-Gasteiz 2009, pp. 240-251.
- BOU FRANCH, V.: «Consentimiento estatal y ausencia de formalismo en la creación de derechos y obligaciones internacionales», *Verba Juris*, vol. 8, 2009, pp. 191-225.
- «La política marítima de la Unión Europea y su contribución a la prevención de la contaminación marina», *La cooperación internacional en la ordenación de los mares y océanos* (coords. J. Pueyo Losa y J. Jorge Urbina), Madrid 2009, pp. 89-134.

- «Crimes Against Humanity in Contemporary International Law», *The Diversity of International Law. Essays in Honour of Professor Kalliopi K. Koufa* (eds. A. Constantinides y N. Zaikos), Leiden-Boston 2009, pp. 547-580.
- «La Convención de la UNESCO sobre la protección del patrimonio cultural subacuático», *La protección jurídico internacional del patrimonio cultural. Especial referencia a España* (dir. C. R. Fernández Liesa y J. Prieto de Pedro), Madrid 2009, pp. 191-228.
- «Los crímenes de lesa humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y en el Derecho español», *Estabilidad internacional, conflictos armados y protección de los Derechos Humanos* (coord. C. Ramón Chornet), Valencia 2010, pp. 293-340.
- «Consentimiento estatal y ausencia de formalismo en la creación de derechos y obligaciones internacionales», *Trabajo, contrato y libertad. Estudios jurídicos en memoria de Ignacio Albiol* (coords. J. M. Goerlich Peset y Á. Blasco Pellicer), Valencia 2010, pp. 69-86.
- BOU FRANCH, V. y REIG FABADO, I.: «La Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008 relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados Miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular», *Revista General de Derecho Europeo*, vol. 19, 2009, pp. 1-46.
- BOUZA VIDAL, N.: «Procedimientos paralelos en torno a la validez del convenio arbitral: nuevos planteamientos después de West Tankers», *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial e inversiones*, vol. II-3, 2009, pp. 675-708.
- «La globalización como factor de cambio del Derecho Internacional Privado», *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales* (coord. J. Martín y Pérez de Nanclares), Madrid 2010, pp. 283-306.
- «Unificación convencional "a la carta" del Derecho Internacional Privado», *Derecho Internacional Privado. Derecho de la libertad y respeto mutuo. Ensayos a la memoria de Tatiana B. de Maekelet*, Asunción 2010, pp. 171-201.
- BOUZA VIDAL N. et al.: «Información del Derecho extranjero: Derecho Internacional Privado (2007)», *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 108-1, 2009, pp. 197-229.
- «Información del Derecho extranjero: Derecho Internacional Privado (2008)», *ibid.*, vol. 109-1, 2010, pp. 187-219.
- CARNERERO CASTILLA, R.: «Los tribunales internos y la violación de normas internacionales imperativas por los Estados (La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 21 de noviembre de 2001, en el asunto Al-Adsani c. Reino Unido)», *El papel de los jueces y el estado actual del Derecho Internacional. Análisis crítico de la jurisprudencia internacional, 2000-2007*, Bilbao 2010, pp. 109-124.
- «Un paso atrás en la lucha contra la impunidad. La sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 14 de febrero de 2002 en el asunto relativo a la orden de arresto de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)», *ibid.*, pp. 125-142.
- «Libertad de comercio, uso de la fuerza y legítima defensa. La sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 6 de noviembre de 2003 en el asunto de las plataformas petrolíferas (República Islámica de Irán c. Estados Unidos de América)», *ibid.*, pp. 239-259.

- «La delimitación marítima entre Guyana y Surinam: entre la equidistancia y las circunstancias especiales (sentencia arbitral de 17 de septiembre de 2007)», *ibid.*, pp. 605-616.
- CEREZO DE DIEGO, P.: «El canal de Panamá y su régimen jurídico», *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, n° 43, 2010, pp. 41-58.
- DE MIGUEL ASENSIO, P. A.: «La protección transfronteriza de los bienes inmateriales en el comercio internacional», *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2008*, Bilbao 2009, pp. 365-446.
- «Competencia judicial en materia de indicaciones geográficas y denominaciones de origen», *Le indicazioni di qualità degli alimenti (Diritto internazionale ed europeo)*, Milán 2009, pp. 80-99.
- «The Private International Law of Intellectual Property and of Unfair Commercial Practices: Coherence or Divergence?», *Intellectual Property and Private International Law*, Tubinga 2009, pp. 137-190.
- «Recognition and Enforcement of Judgments in Intellectual Property Litigation: the CLIP Principles», *Intellectual Property in the Global Arena-Jurisdiction, Applicable Law, and the Recognition of Judgments in Europe, Japan and the US*, Tubinga 2010, pp. 239-292.
- «El régimen comunitario relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales», *Revista Española de Seguros*, n° 140, 2009, pp. 695-726.
- «Competencia judicial internacional, contrato de prestación de servicios y fuero del lugar de ejecución. Nota a la sentencia del TJCE de 23 de abril de 2009, as. C-533/07», *REDI*, vol. LXI, 2009-1, pp. 199-202.
- «El Derecho Internacional Privado tras el Tratado de Lisboa», *AEDIPr*, t. IX, 2009, pp. 755-757.
- «Cooperación judicial civil en la UE y convenios con terceros Estados: los Reglamentos (CE) núms. 662/2009 y 664/2009», *ibid.*, pp. 765-768.
- «Los trabajos relativos a los Principios Europeos sobre Derecho Internacional Privado de la Propiedad Intelectual», *ibid.*, pp. 1.348-1.349.
- «Recensión del libro de J.M. Espinar Vicente, *Tratado elemental de Derecho Internacional Privado*», *REDI*, vol. LXII, 2010-1, pp. 360-363.
- DRNAS DE CLÉMENT, Z.: «Las reparaciones en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos», *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, XXI Congreso Argentino de Derecho Internacional «Dr. Enrique Ferrer Vieyra», Córdoba, 2009, 18 pp. (www.acadec.org.ar).
- «La "cláusula ambiental" en el MERCOSUR», *ibid.*, 15 pp.
- «Conflicto fronterizo croata-esloveno por la Bahía de Pirán / Savudrija / Dragonja», *Studia Croatica*, Power Point 21 diapositivas (www.studiacroatica.org).
- «Procesos de integración latinoamericanos en el contexto de la globalización», *Cuaderno IV del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración*, n° IV, Córdoba, 2009, 17 pp.
- «Algunas consideraciones sobre el debido proceso y las garantías judiciales en los juicios por violaciones graves de los Derechos Humanos ¿Justicia transicional?», *Libro Homenaje al Profesor Lucas Gualberto Sosa*, Rosario 2009, 27 pp.

- «Fuentes del Derecho Internacional del Medioambiente», *Environmental Law* (coord. F. Sindico), Londres 2009, 55 pp.
- «La protección del medio ambiente y sus avatares en los tribunales arbitrales del MERCOSUR», en *Jornada sobre Derecho Ambiental 2009*, Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 2009, 15 pp. (www.acadec.org.ar).
- «Responsabilidad internacional de las corporaciones transnacionales», en *Revista Electrónica Cordobesa de Derecho Internacional (RECorDIP)*, 15 pp. (www.derecho.unc.edu.ar).
- «La inconclusa puja entre objetivistas y subjetivistas en los proyectos sobre responsabilidad internacional de la Comisión de Derecho Internacional», *El Derecho Internacional entre lo Jurídico y lo Político. Homenaje al Profesor Rafael Nieto Navia* (eds. L.F. Álvarez Londoño, R.A. Prieto Sanjuán y A. Téllez Núñez), Bogotá 2009, pp. 21-44.
- «Some Questions about Responsibility in Relation to Recent Claims of Extended Continental Platform in Antarctica», *The Antarctic Legal System. The Protection of the Environment in the Polar Regions* (ed. G. Tamburelli), Milano 2009, pp. 127-142.
- «Prólogo», B. Ramacciotti, *Democracia y Derecho Internacional en las Américas*, Córdoba 2009, pp.12-18.
- «Prólogo», L. Bertoní et al, *Argentina-Uruguay: juridicidad y medio ambiente. Las pasteras en cuestión*, Buenos Aires 2009, pp. iv-xi.
- «Algunas consideraciones en torno al fallo de la CIJ sobre las pasteras uruguayas», *Revista de Derecho Ambiental*, Buenos Aires, mayo 2010 (www.acadec.org.ar).
- «Percepción objetivista de la responsabilidad en el fallo de la CIJ, ajena a la concepción de RNC y a la protección del medio ambiente», *Estudios Digitales. Revista electrónica del Centro de Estudios Avanzados de la Universidad Nacional de Córdoba*.
- «La construcción de valores comunes en materia de protección internacional de los Derechos Humanos», *Libro de Homenaje al Centenario de la Escuela de Derecho de Valparaíso* (coord. J.L. Guzmán Dalbora), Santiago de Chile 2010.
- «Claroscuros del aporte de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos al desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos», en *Congreso Internacional «200 años de Iberoamérica (1810-2010)»*, Consejo Español de Estudios Iberoamericanos (CEEIB), Universidad de Santiago de Compostela (España) 2010.
- «Procesos de integración latinoamericanos en la era de la Globalización», en *Cuaderno IV. Realidad y perspectivas de los procesos de integración*, Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2010.
- «Derecho Internacional y Cambio Climático», en *Cuaderno del Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales*, n° 1, 2010 (www.acadec.org.ar).
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A.: «The European Union's Response to Terrorism», *The International Legal Dimension of Terrorism* (ed. P.A. Fernández Sánchez), The Netherlands 2009, pp. 309-344.
- «¿Ha sido eficaz la Declaración Universal de Derechos Humanos?», *La Declaración Universal de Derechos Humanos desde su proclamación a su efectividad*, Sevilla 2009, pp. 15-28.

- «La precariedad del Derecho Internacional frente a las consecuencias del cambio climático», *Environmental Law, Climate Change and Disaster: Impacts on Cities and Cultural Heritage*, São Paulo 2009, pp. 215-227.
- «Tráfico ilegal de personas y cooperación marítima internacional», *La Cooperación Internacional en la Ordenación de los Mares y Océanos* (eds. J. Pueyo Losa y J. Jorge Urbina), Madrid 2009, pp. 363-396.
- «Naturaleza Jurídica de las Sentencias del TEDH y del TACE», *Integración Europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado* (coords. J. García Roca y P.A. Fernández Sánchez), Madrid 2009, pp. 171-198.
- «El alcance de las obligaciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Art. 1)», *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos* (eds. J. García Roca y P. Santolaya Machetti), 2.ª ed., Madrid 2009, pp. 55-71.
- «La suspensión de las garantías establecidas en el Convenio (art. 15 CEDH)», *ibid.*, pp. 765-784.
- «La necesidad de cambios jurídicos estratégicos para los nuevos escenarios mundiales», *The Global Community. Yearbook of International Law and Jurisprudence*, vol. I, 2009, pp. 285-294.
- «La positivación jurídico-internacional de los deberes del ser humano», *El Derecho Internacional ante los retos de nuestro tiempo. Homenaje a la profesora Victoria Abellán Honrubia* (coords. A.M. Badía Martín, A. Pigrau Solé y A. Olesti Rayo), vol. I, 2009, pp. 273-286.
- «El control de la inmigración ilegal en las fronteras de la Unión Europea», *Las Migraciones Internacionales en el Mediterráneo y Unión Europea* (coord. A.G. Chueca Sánchez et al.), Barcelona 2009, pp. 165-196.
- «El almacenamiento de dióxido de carbono en los espacios marinos de la Unión Europea», *Cuadernos Europeos de Deusto*, vol. 42, 2010, pp. 73-100.
- FERRER LLORET, J.: «The Principle of Universal Criminal Jurisdiction in Spanish Practice (2003-2009)», *SYL*, vol. XV, 2009, pp. 63-106.
- «El control judicial de la política exterior de la Unión Europea», *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2010*, pp. 97-157.
- GUTIÉRREZ POSSE, H. D. T.: «Procedimientos de solución de controversias y el Tratado de Paz y Amistad», *Los frutos de la paz: la mediación de Su Santidad Juan Pablo II en el diferendo austral entre Argentina y Chile* (coord. M. Camusso y L. Saguier Fonrouge), Buenos Aires 2009, pp. 87-99.
- «Jurisdicción personal o capacidad para comparecer ante el tribunal?» *El genocidio ante la Corte Internacional de Justicia. Reflexiones en torno al caso de Bosnia contra Serbia sobre la aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* (coord. J.A. Consigli), Buenos Aires 2010, pp. 135-163.
- «Una sentencia que ha de poner término a la controversia entre la Argentina y el Uruguay», *Revista Jurídica La Ley*, de 28 de abril de 2010, pp. 1-3.
- GUTIÉRREZ POSSE, H.D.T. y ARMAS-PFIRTER, F.: «International Law in Domestic Systems», *Informes de la Asociación Argentina de Derecho Comparado al XVIII Congreso de la Academia Internacional de Derecho Comparado*, Buenos Aires 2010, pp. 19-34.

- JIMÉNEZ PIERNAS, C.: «Actos de piratería y bandidaje cometidos frente a las costas de Somalia: análisis desde el Derecho Internacional», *Revista ARI*, n° 61, febrero de 2009, pp. 16-19.
- «Archipelagic Waters», *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (ed. R. Wolfrum), 2010 (www.mpepil.com).
- «Los Estados fracasados y el Derecho Internacional: el caso de Somalia», *REDI*, vol. LXII, 2010, pp. 17-59.
- JUSTE RUIZ, J. y BOU FRANCH, V.: «Towards Integrated Management of the Coasts and of the Coastal Waters in Spain», *Le risorser del mare e delle coste: ordinamento, amministrazione e gestione integrata* (ed. N. Greco), Roma 2010, pp. 119-154.
- LÓPEZ MARTÍN, A. G.: «Frontera», *Diccionario crítico de ciencias sociales*, vol. 2, Madrid y México 2009, pp. 1326-1328.
- «Territorio», *ibid.*, pp. 3073-3075.
- «El Derecho Internacional en el marco de una sociedad globalizada. Tendencias y perspectivas», *Revista Española de Relaciones Internacionales*, n° 1, julio 2009, pp. 13-47.
- «Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial», *Tratado de Derecho y políticas de la Unión Europea*, t. II, Pamplona 2009, pp. 793-862.
- «Los requisitos de admisibilidad de las reclamaciones individuales por violación de Derechos Humanos. Examen comparativo del sistema del Consejo de Europa y del sistema de Naciones Unidas», *Los Derechos Humanos en la sociedad internacional del siglo XXI*, vol. I, Madrid 2010, pp. 173-184.
- «El Comité de los Derechos del Niño: Examen de los informes presentados por España», *España y los órganos internacionales de control en materia de Derechos Humanos*, Madrid 2010, pp. 299-338.
- «Un peculiar arbitraje para decidir una frontera entre Estados africanos. La sentencia de 13 de abril de 2002 relativa a la delimitación de la frontera entre Eritrea y Etiopía», *El papel de los jueces y el estado actual del Derecho Internacional. Análisis crítico de la jurisprudencia internacional, 2000-2007*, Bilbao 2010, pp. 143-170.
- «Nuevamente delimitación conjunta de la frontera terrestre y marítima, y además responsabilidad. La sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 10 de octubre de 2002 en el asunto relativo a la frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria (Camerún c. Nigeria. Guinea Ecuatorial interviniente)», *ibid.*, pp. 171-198.
- «Fronteras fluviales y *uti possidetis iuris* en África. La sentencia de la Corte Internacional de Justicia (sala) de 12 julio de 2005 en el asunto de la controversia fronteriza (Benin/Níger)», *ibid.*, pp. 397-418.
- «O acesso do indivíduo à "justiça" internacional: Sobre a abertura à assinatura do Protocolo facultativo ao Pacto de direitos econômicos, sociais e culturais de 10 de dezembro de 2008», *Revista dos Tribunais*, pp. 9-30.
- MEJÍA HERRERA, O.: «El Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y Centroamérica. Contexto y perspectivas», *RDCE*, n° 35, 2010, pp. 143-168.
- MORALES LAMA, M.: «A propósito de la Teoría de las Relaciones Internacionales Contemporáneas», *Universitas Relações Internacionais*, vol. 8, 2010, pp. 259-263.
- «Medios coercitivos en arreglo pacífico», *Listín Diario*, 12 de febrero de 2010 (www.listin.com.do).

- «Diplomacia a través de los mandatarios», *ibid.*, 8 de abril de 2010.
 - «Diplomacia secreta y "Raison d'Etat"», *ibid.*, 2 de septiembre de 2010.
 - «Mutaciones en los nexos diplomáticos», *ibid.*, 12 de noviembre de 2010.
- NIETO NAVIA, R.: «Introductory Note to the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia for the year 2007», *The Global Community, Yearbook of International Law and Jurisprudence*, vol. I, 2009, pp. 655-670.
- «Introductory Note to the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia for the year 2008», *The Global Community, Yearbook of International Law and Jurisprudence*, vol. I, 2009, pp. 413-428.
 - «La Decisión de la Corte Internacional de Justicia sobre Excepciones Preliminares en el Caso Nicaragua v. Colombia», *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, n° 2, 2009, pp. 11-57.
 - «The Application by the ICTY/ICTR Appeals Chamber of Article 14(5) of the International Covenant on Civil and Political Rights in Sentencing Proceedings», *Diritti Individuali et Giustizia Internazionale, Liber Fausto Pocar* (dirs. G. Venturini y Bariatti), Milano 2009, pp. 611-633.
 - «State Sovereignty in Times of Terrorism», *The Diversity of International Law, Essays in Honour Of Professor Kalliopi K. Koufa*, Leiden-Boston 2009, pp. 153-169.
 - «State responsibility in cases of genocide: The ICJ Judgment in the Bosnia-Herzegovina vs. Yugoslavia Case», *Verba Juris*, n° 8, 2009, pp. 135-158.
 - «Responsabilidad Internacional del Estado por Genocidio. La Sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el Caso de Srebrenica», *Revista Colombiana De Derecho Internacional*, vol. 16, Bogotá 2010, pp. 17-44.
- YTURRIAGA BARBERÁN, J. A.: «The European Community and Some Problems of the Law of the Sea Concerning Fisheries», *L'évolution et l'état actuel du droit international de la mer. Mélanges offerts à Daniel Vignes*. Bruselas 2009, pp. 269-297.

C) RECENSIONES

AGUIAR, C. y NHOUYVANISVONG, K.: *Guide pratique de la négociation internationale*, París 2010, 218 pp.

Beneficiándose de su rica experiencia profesional, como embajadores de la República Dominicana y de Laos, respectivamente, y académica, como profesores del *Centre d'études diplomatiques et stratégiques* de París, los autores han elaborado la presente monografía acerca de la negociación internacional como herramienta de la diplomacia preventiva, como técnica de gestión de las crisis y como instrumento de reconciliación imprescindible para reconstruir la paz en la fase postconflicto, para lo cual han dividido su contenido en dos partes bien diferenciadas, precedidas de una introducción, en la que se abordan algunas cuestiones terminológicas y ciertos aspectos generales de la cuestión, así como de un capítulo preliminar, relativo a los factores fundamentales en la elaboración de la política exterior de los Estados.

Tras la introducción, en la primera parte de la obra, los autores emprenden el análisis de la negociación internacional, entendida en su sentido más amplio, como toma de con-

tacto entre Estados para la satisfacción de intereses comunes y recíprocos, y en un sentido más estricto o restringido, como la discusión mantenida entre dos o más Estados con el fin de alcanzar un acuerdo sobre un problema en particular o un conjunto de cuestiones específicas. Partiendo de dicho enfoque, esta parte se divide, a su vez, en tres apartados, en el primero de los cuales se tratan aspectos tan interesantes como las políticas de negociación y la influencia de las estructuras de poder en la negociación; los diversos factores humanos y técnicos que determinan las diferentes políticas de negociación; la fase de la prenegociación; los distintos tipos de acuerdos que pueden constituir el objetivo de la negociación; y el posible desenlace de la misma. Mientras que el segundo apartado, sobre la conducción de las negociaciones, está compuesto por los capítulos relativos a su preparación, mediante la recopilación de las informaciones necesarias para tener un perfecto conocimiento del problema que será discutido y los diferentes modos de analizarla; luego por los relativos al proceso de negociación en sí, desde la organización de la misma mediante la elaboración de la agenda, hasta su desarrollo; y, finalmente, por los relativos al aspecto psicológico de la negociación y los elementos de orden cultural que pueden facilitarla o complicarla. Por último, el tercer apartado de esta primera parte incluye una serie de consideraciones finales sobre la relación entre la diplomacia preventiva, la negociación y la gestión de crisis, las peculiaridades de la negociación y el lugar que ocupa la ética en las relaciones internacionales.

Como complemento de esta primera parte, la segunda parte de la obra se refiere, en particular, a las negociaciones internacionales postconflicto, cuestión que es analizada desde un punto de vista esencialmente práctico, tomando como referencia el caso ficticio planteado a los participantes en el ciclo universitario sobre negociaciones celebrado en el CEDS, entre mayo de 2006 y enero de 2007, en el que lo participantes, divididos en tres grupos, fueron asignados el rol imaginario de representantes del gobierno, representantes de las Naciones Unidas y de sus programas y agencias, y representantes de los Estados donantes, respectivamente, y desarrollaron los trabajos correspondientes en un ejercicio de simulación cuyo objeto consistía en definir las estrategias y los programas e identificar las fuentes de financiación para ayudar a un Estado ficticio en la fase de urgencia, así como en las de rehabilitación y consolidación.

BOU FRANCH, V. y CASTILLO DAUDÍ, M.: *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Valencia 2010, 428 pp.

Concebido y redactado con una finalidad esencialmente docente, el contenido del presente Curso se ajusta en lo fundamental al programa de la asignatura del mismo nombre que forma parte de los planes de estudios del grado en Derecho impartidos en diversas universidades españolas, entre ellas la de Valencia, de cuyo claustro de profesores forman parte los autores.

Se trata, pues, de un libro de texto, estructurado en dos partes bien diferenciadas por su contenido. La primera de ellas está dedicada a la exposición, sistematización y análisis de la regulación establecida en los principales convenios internacionales en vigor referentes a la promoción y protección de los Derechos Humanos, así como al examen de la práctica y la jurisprudencia generada por los órganos encargados de apli-

carlos e interpretarlos. Esta parte se organiza en siete lecciones, de las cuales la primera, acerca de la condición del individuo en el Derecho Internacional, y la segunda, sobre los antecedentes históricos de este sector del ordenamiento internacional, desde sus manifestaciones iniciales hasta la creación de las Naciones Unidas, tienen carácter introductorio y el objetivo de situar al alumno universitario en su primera aproximación a la disciplina objeto de estudio. Tras este necesario prelude, se pasa al estudio de los distintos instrumentos internacionales sobre la materia, exponiéndolos ordenadamente conforme al criterio de su ámbito espacial de aplicación, de modo que en primer lugar se analiza la protección internacional de los Derechos Humanos en el plano universal a través de la obra de las Naciones Unidas, con la inevitable referencia al contenido y el valor jurídico de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, y un estudio más pormenorizado de los Pactos de derechos civiles y políticos y de derechos económicos, sociales y culturales aprobados por la Asamblea General en 1966, respecto de los que se incide en sus respectivos ámbitos de aplicación, los compromisos jurídicos que suponen para los Estados partes, los derechos enunciados, las limitaciones a los que están sometidos, la posibilidad de su suspensión y los mecanismos de control de su respeto.

Este panorama de la protección de los Derechos Humanos a nivel mundial se complementa con el examen del papel que vienen desempeñando al respecto determinadas organizaciones internacionales de ámbito regional, como es el caso del Consejo de Europa a través del Convenio de Roma de 1950 para la protección de los Derechos Humanos y sus distintos Protocolos, por lo que se refiere a los derechos civiles y políticos, y de la Carta Social Europea de 1961 y sus Protocolos, en lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales; las Comunidades Europeas, en su momento, y la Unión Europea, en la actualidad, si bien su labor en este ámbito no ha sido, ni de lejos, tan decidida y eficaz como la del Consejo de Europa, teniendo como logros más destacables la adopción de la Carta de Derechos Humanos de la Unión Europea, de 12 de diciembre de 2007, y la consolidación jurídica de la protección de los Derechos Humanos mediante el Tratado de Lisboa, de 1 de diciembre de 2009; la Organización de Estados Americanos, gracias a instrumentos como la Convención Americana de Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 1969, y a órganos como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos; o la Organización de la Unidad Africana, hasta mayo de 2001, y la Unión Africana, a partir de esa fecha, que también se ha dotado de una Carta africana de derechos del hombre, de 26 de junio de 1981, y de una Corte Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos.

La segunda parte del Curso, complementaria de la anterior, recopila una selección básica de los principales textos internacionales sobre Derechos Humanos pensada para servir de apoyo documental a las explicaciones. Tales instrumentos se organizan, conforme al mismo criterio geográfico utilizado en la primera parte, en cuatro categorías conformadas, respectivamente, por textos jurídicos de carácter universal, textos jurídicos de ámbito europeo, subdivididos a su vez entre los producidos por el Consejo de Europa y los relativos a la Unión Europea, textos jurídicos americanos y textos jurídicos africanos.

CANÇADO TRINDADE, A. A.: *International Law for Humankind. Towards a New Jus Gentium*, The Hague 2010, 725 pp.

Teniendo como origen el Curso General de Derecho Internacional Público homónimo impartido por el autor en la Academia de Derecho Internacional de la Haya durante la sesión de 2005, la presente monografía analiza la reciente evolución del ordenamiento internacional que le ha permitido superar su dimensión puramente interestatal para orientarse hacia la satisfacción de las necesidades y aspiraciones del ser humano, de los pueblos e, incluso, de la humanidad en su conjunto. Este proceso, impulsado en las últimas décadas por la toma de conciencia de la existencia en el seno de la comunidad internacional de valores universalmente compartidos a cuya consecución han de aspirar los Estados, se pone especialmente de manifiesto en los desarrollos experimentados por determinados sectores del Derecho Internacional.

Es el caso, en primer lugar, del propio fundamento del ordenamiento internacional, en el que, como se destaca en la Parte II de esta obra, juegan un papel fundamental los principios básicos que lo inspiran, entre los que destaca el de la prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza en las relaciones internacionales, que orientan la evolución de este sistema jurídico ajustándolo a las nuevas realidades de modo que responda adecuadamente a las cambiantes necesidades de la comunidad internacional, contribuyendo de ese modo a colmar las aspiraciones de la humanidad.

De igual modo, tal proceso de humanización del Derecho Internacional alcanza a los mecanismos de formación de sus normas, en la medida en que, tal y como el autor refiere en la Parte III de su estudio, trasciende las fuentes formales de este ordenamiento para dotar de mayor relevancia a las denominadas fuentes materiales o substrato metajurídico del que proceden, es decir, los valores, las creencias y las aspiraciones humanas que las originan, lo que remite en última instancia a la cuestión de la validez de dichas normas.

Otras manifestaciones de la humanización que caracteriza al Derecho Internacional contemporáneo se concretan en los avances experimentados en materia de reconocimiento de personalidad jurídica internacional a entidades distintas del Estado que, no obstante, continúa siendo el sujeto por antonomasia de este ordenamiento jurídico, cuestión a la que el Dr. Cançado Trindade dedica la Parte IV de su monografía. Así ocurre con las organizaciones internacionales, cuya proliferación y relevancia supone un impulso al multilateralismo y a la cooperación internacional, además de responder a las nuevas aspiraciones y necesidades de la comunidad internacional; pero, sobre todo, es el caso del propio individuo, cuya presencia y participación en el orden jurídico internacional es cada vez más destacada, no solo como titular de derechos y obligaciones derivadas de las normas internacionales, sino también gracias a su incipiente personalidad, derivada del progresivo reconocimiento de su capacidad de acceso a la justicia a nivel internacional, en virtud de la cual la protección de tales derechos no se agota con la acción del Estado al respecto. Especial interés revisten, por otra parte, las opiniones del autor respecto del lugar que le corresponde a la propia humanidad en el actual Derecho Internacional, así como los argumentos extraídos de la jurisprudencia internacional, de determinados tratados en vigor y de la labor codificadora de la CDI, acerca de su emergencia como nuevo sujeto de dicho ordenamiento.

En cuanto a los conceptos concretos que permiten afirmar la tendencia a la humanización el Derecho Internacional de nuestros días, el autor destaca la emergencia, consoli-

dación y expansión material de las denominadas normas de *ius cogens*, o normas imperativas de Derecho Internacional General, en la terminología de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y de los derechos y obligaciones *erga omnes*; así como la emergencia de la idea de patrimonio común de la humanidad, arraigada en sectores como el Derecho del Mar, el Derecho del Espacio Ultraterrestre, el Derecho de la Bioética o el Derecho del Medio Ambiente, junto con la relevancia reconocida a determinadas circunstancias que constituyen preocupaciones comunes; la formulación del derecho a la paz y del derecho al desarrollo; o los avances en la exigencia de responsabilidad a los Estados y a los individuos por la comisión de crímenes internacionales y la admisión de la jurisdicción universal para juzgarlos.

Pero, tal y como se demuestra en la Parte VI de la obra, la humanización del Derecho Internacional no solo es consecuencia de las construcciones conceptuales mencionadas, sino también de la acogida de consideraciones básicas de humanidad en diversos sectores del ordenamiento, como es el caso del Derecho del Desarme; del Derecho de los Tratados, por lo que se refiere a su interpretación, denuncia, terminación o a las reservas a los mismos; el Derecho de la Responsabilidad Internacional; la sucesión de Estados; las competencias estatales sobre el territorio; el Derecho Diplomático y Consular; o los regímenes de protección de los Derechos Humanos.

Por otra parte, y en lo que al arreglo pacífico de las controversias y a la aplicación judicial de sus normas se refiere, el autor hace notar en la Parte VII que la humanización del Derecho Internacional se deja sentir en la tendencia a la superación del voluntarismo estatal en la materia y los avances hacia la jurisdicción obligatoria de los órganos jurisdiccionales internacionales.

En resumidas cuentas, una visión de conjunto de la obra del Dr. Cançado Trindade nos presenta el Derecho Internacional contemporáneo como un cuerpo legal progresivamente orientado a la satisfacción de las necesidades e intereses de los seres humanos, de los pueblos y de la humanidad en su conjunto. En el que se supera la dimensión puramente interestatal de este ordenamiento que imperó en el pasado, para dar cabida a nuevos sujetos consolidados o emergentes, como las organizaciones internacionales, los pueblos, los individuos y la propia humanidad; y en el que se revitaliza el interés acerca de su fundamento y sus fuentes materiales.

LÓPEZ MARTÍN, A. G.: *International Straits. Concept, Classification and Rules of Passage*. Heilderberg 2010, 218 + xxiii pp.

La presente edición constituye la versión en inglés de la monografía publicada por la Dra. López Martín en 2008, bajo el título *La navegación por los estrechos. Geostrategia y Derecho*. En ella la autora analiza la regulación jurídica del paso por los estrechos utilizados para la navegación internacional que la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, de 10 de diciembre de 1982, estableció con el objetivo de imponer los intereses geoestratégicos y económicos de los Estados cuyos buques y aeronaves recorren estas vías a los fines del despliegue militar o con motivo del desarrollo del comercio y las comunicaciones, sobre los derechos soberanos que tradicionalmente disfrutaban los Estados ribereños de los estrechos sobre su mar territorial. Imposición que se concreta en el esta-

blecimiento del derecho de paso en tránsito como régimen general de navegación por los estrechos internacionales que consagra la Parte III de la Convención de 1982, lo que supone una ruptura con las reglas sobre la materia codificadas en la Convención de Ginebra sobre mar territorial y zona contigua de 1958.

Pero, como su propio título indica, además de examinar el régimen de la navegación por los estrechos, la autora aborda algunas otras cuestiones relacionadas, como el propio concepto de «estrecho utilizado para la navegación internacional», la clasificación de los mismos; la práctica y la legislación interna de los Estados sobre la materia, o los dispositivos de separación del tráfico u otras medidas de seguridad existentes en éstos.

Como punto de partida, el primer capítulo de la obra se dedica a un breve análisis histórico de la evolución del régimen jurídico de los estrechos internacionales hasta la adopción de la Convención de 1982, procediendo a continuación a un estudio detallado del contenido de la Convención de 1982 relativo al régimen de la navegación, que comienza con la precisión del concepto «estrechos utilizados para la navegación internacional», complicada tarea a la que se dedica el capítulo II, en el que se desganan cada uno de los elementos que identifican a un estrecho internacional, dando igualmente solución a importantes cuestiones interpretativas y a vacíos jurídicos que se suscitan a lo largo del análisis, como son los que plantea la existencia de islas en los estrechos, las exigencias de navegabilidad, o la naturaleza jurídica de los espacios marítimos en presencia.

El capítulo III, por su parte, aborda la parte más innovadora y destacable de la obra al establecer el complejo catálogo de los diferentes tipos de estrechos que derivado de la Convención de 1982, explicando en qué consiste cada uno de ellos y situando a cada uno de los más de doscientos estrechos que existen en el mundo en la categoría correspondiente de las ocho fijadas por la Convención. Ésta es, como decimos, una gran aportación de la autora, quien nos proporciona una detallada de cuáles son los estrechos internacionales existentes, así como de su correcta ubicación jurídica.

Por último, en los capítulos IV y V se lleva a cabo un pormenorizado análisis de los dos regímenes de navegación aplicables a los estrechos internacionales, el tradicional derecho de paso inocente, y el novedoso derecho de paso en tránsito. Lo más reseñable de estos dos capítulos consiste en la sucinta recopilación realizada por la autora, tanto de la legislación interna de los Estados ribereños de estrechos sobre el régimen de navegación vigente en los mismos, como de los dispositivos de separación de tráfico y otras medidas de seguridad existentes en los distintos estrechos internacionales. En esta misma línea, debe resaltarse igualmente la inclusión de una completa y pormenorizada relación de todos los estrechos existentes situados geográficamente por continentes, con la correspondiente acotación del artículo de la Convención donde se ubican y que fija su régimen de navegación.

SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I., QUEL LÓPEZ, J. y LÓPEZ MARTÍN, A. G. (eds.): *El papel de los jueces y el estado actual del Derecho Internacional. Análisis crítico de la jurisprudencia internacional, 2000-2007*, Bilbao 2010, 686 pp.

El origen de la presente recopilación de estudios sobre la jurisprudencia internacional se encuentra en los Seminarios celebrados, bajo la dirección del profesor Sánchez Rodríguez,

durante tres ediciones en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Al tratarse de comentarios sobre decisiones muy heterogéneas en cuanto a su temática, procedencia (dictadas por distintas instancias jurisdiccionales internacionales, tales como la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y órganos arbitrales) y naturaleza jurídica (se incluyen mayoritariamente sentencias, aunque también las opiniones consultivas dictadas por la Corte Internacional de Justicia en el periodo de referencia), los trabajos se presentan conforme al orden cronológico de las resoluciones que analizan, con dos excepciones que escapan a ese criterio de organización al examinar varios fallos en los que se plantean cuestiones relacionadas. Se trata de los estudios firmados por F. Jiménez García, «La reivindicación de las cuestiones procesales. Las sentencias de la Corte Internacional de Justicia en los asuntos del 'Incidente aéreo de 10 de agosto de 1999; de las Actividades armadas en el territorio del Congo, y de la Demanda en revisión de la Sentencia de 11 de Julio de 1996 en el asunto relativo a la aplicación del Convenio para la prevención y sanción del crimen del genocidio (Bosnia-Herzegovina c. Yugoslavia), Excepciones preliminares'» y M. Iglesias Berlanga, «La Jurisprudencia del Tribunal Internacional del Derecho del Mar (1997-2007)», que se remonta a la primera sentencia de dicho órgano.

Además de ellos, entre los trabajos relativos a decisiones de 2001 se encuentran los preparados por E. Conde Pérez, «Pasado colonial y otras rencillas entre vecinos. La Sentencia de la Corte Internacional de Justicia, de 16 de marzo de 2001, en el *Asunto de la delimitación marítima y de las cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein* (Qatar c. Bahrein, fondo)»; M.A. Ruiz Colomé, «El ejercicio de la protección diplomática y la Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares. La Sentencia de la Corte Internacional de Justicia, de 27 de junio de 2001, en el *Asunto LaGrand* (Alemania c. Estados Unidos de América)»; y R. Carnerero Castilla, «Los tribunales internos y la violación de normas internacionales imperativas por los Estados. La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 21 de noviembre de 2001, en el *Asunto Al-Adsani c. Reino Unido*».

Por lo que se refiere a los comentarios de decisiones adoptadas en 2002, se incluyen los elaborados por R. Carnerero Castilla, «Un paso atrás en la lucha contra la impunidad. La Sentencia de la Corte Internacional de Justicia, de 14 de febrero de 2002, en el *Asunto relativo a la orden de arresto de 11 de abril de 2000* (República Democrática del Congo c. Bélgica)»; A.G. López Martín, «Un peculiar arbitraje para decidir una frontera entre Estados africanos. La Sentencia de 13 de abril de 2002 relativa a la delimitación de la frontera entre Eritrea y Etiopía» y «Delimitación conjunta de la frontera terrestre y marítima, y además responsabilidad. La Sentencia de la Corte Internacional de Justicia, de 10 de octubre de 2002, en el *Asunto relativo a la frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria* (Camerún c. Nigeria, Guinea Ecuatorial interviniente)»; y L.I. Sánchez Rodríguez, «Una nueva controversia sobre soberanía insular. La Sentencia de la Corte Internacional de Justicia, de 17 de diciembre de 2002, en el *Asunto relativo a la soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan* (Indonesia c. Malasia)».

Por su parte, las sentencias dictadas en 2003 son objeto de estudio por N. Stoffel Vallotton, «La revisión de Sentencia ante el Tribunal Internacional de Justicia y los pro-

blemas de sucesión de la nueva Yugoslavia. La Sentencia de la Corte Internacional de Justicia, de 3 de febrero de 2003, sobre la *demanda de revisión de la Sentencia de 11 de julio de 1996 en el Asunto relativo a la aplicación de la Convención para la prevención y la represión del crimen de genocidio* (Bosnia-Herzegovina c. Yugoslavia), *Excepciones preliminares* (Yugoslavia c. Bosnia-Herzegovina)»; R. Carnerero Castilla, «Libertad de comercio, uso de la fuerza y legítima defensa. La Sentencia de la Corte Internacional de Justicia, de 6 de noviembre de 2003, en el *Asunto de las plataformas petrolíferas* (República Islámica de Irán c. Estados Unidos de América)»; N. Torres Ugena, «Delimitación de fronteras a partir de la sucesión colonial. La demanda de revisión de la Sentencia de 11 de septiembre de 1992 en el *Asunto de la diferencia fronteriza, terrestre, insular y marítima* (El Salvador c. Honduras; Nicaragua interviniente) (El Salvador c. Honduras)»; y, de nuevo, N. Stoffel Vallotton, «Algunas cuestiones referentes a la posición del Estado tercero contratante en la sucesión de Estados en materia de tratados y a la relación entre el Derecho Internacional y el Derecho Comunitario en el ámbito del art. 307 del Tratado CE. La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 18 de noviembre de 2003, en el *Asunto Budejovický budvar, Narodní Podnik / Rudolf Ammersin GmbH*».

En 2004 la Corte Internacional de Justicia dictó dos sentencias y una opinión consultiva, que son analizadas por C. Pérez Bernárdez, «A vueltas con la asistencia consular. La Sentencia de la Corte Internacional de Justicia, de 31 de marzo de 2004, en el *Asunto Avena y otros nacionales mexicanos* (México c. Estados Unidos de América)»; L.I. Sánchez Rodríguez, «De nuevo sobre la jurisdicción consultiva de la Corte. El Dictamen de la Corte Internacional de Justicia, de 9 de julio de 2004, *relativo a las consecuencias jurídicas de la edificación de un muro en el territorio palestino ocupado*»; y M. Iglesias Berlanga, «*Asunto relativo a la licitud del uso de la fuerza* (Serbia y Montenegro c. Estados Unidos de América, Reino Unido, Francia, Alemania, Italia, Países Bajos, Bélgica, Canadá, Portugal y España). Excepciones preliminares. Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 15 de diciembre de 2004».

En cuanto a las sentencias dictadas en por la Corte Internacional de Justicia en 2005, son comentadas por M.A. Ruiz Colomé, «*Asunto sobre ciertos bienes* (Liechtenstein c. Alemania). Sentencia de la CIJ, de 10 de febrero de 2005 (excepciones preliminares)»; A.G. López Martín, «Fronteras fluviales y *uti possidetis iuris* en África. La Sentencia de la Corte Internacional de Justicia (Sala), de 12 julio de 2005, en el *Asunto de la controversia fronteriza* (Benin/Níger)»; y J. Chinchón Álvarez, «Nuevas oportunidades y viejos circunloquios de la Corte Internacional de Justicia: A propósito de la legítima defensa (preventiva) en la historia de una violación grave de la prohibición del uso de la fuerza que no quiso ser llamada agresión. La Sentencia de la Corte Internacional de Justicia, de 19 de diciembre de 2005, en el *Asunto relativo a las actividades armadas en el territorio del Congo* (República Democrática del Congo c. Uganda)».

El estudio de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia correspondiente a 2006 queda cubierto con los trabajos de F. Jiménez García, «Sin novedad en el frente (desde 1951): Consentimiento 11- *Ius Cogens* 0, aunque con mención de honor. *Asunto de las actividades armadas en el territorio del Congo (nueva demanda: 2002)*. Competencia de la Corte y admisibilidad de la demanda (República Democrática del

Congo c. Rwanda). Sentencia de la CIJ, de 3 de febrero de 2006»; y M.D. Bollo Arocena, «Comentario al Laudo Arbitral de 11 de abril de 2006. *Asunto relativo a la delimitación marítima entre Barbados y Trinidad y Tobago*».

Por último, las sentencias dictadas en 2007 son comentadas por J. Soroeta Licerias, «Una primera aproximación al conflicto transfronterizo que enfrenta a Argentina y Uruguay a propósito del estatuto del Río Uruguay. *Asunto de la fábrica de papel en el Río Uruguay* (Argentina c. Uruguay). Orden de la CIJ, de 23 de enero de 2007, sobre medidas provisionales»; J. Quel López, «Construyendo la responsabilidad del Estado desde la responsabilidad penal individual. La intersección de ámbitos materiales y jurisdiccionales. *Asunto relativo a la aplicación de la Convención para la prevención y la represión del crimen de genocidio (Bosnia-Herzegovina c. Serbia y Montenegro)*. Sentencia de la CIJ, de 26 de febrero de 2007»; C. Fernández Casadevante Romaní, «Aplicación judicial del Derecho Internacional y proliferación de tribunales internacionales: Análisis de sistemas. Asuntos *Ahmed Ali Yusuf* (Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea, de 21 de septiembre de 2005), *Yassin Abdullankadi* (Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea, de 21 de septiembre de 2005), y *Gestoras pro amnistía* (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea —Gran Sala—, de 27 febrero de 2007)»; A. Pastor Palomar, «La protección diplomática mediante la Corte Internacional de Justicia a favor del Sr. Diallo, empresario de la República de Guinea en la República Democrática del Congo. Sentencia de la CIJ, de 24 de mayo de 2007. *Asunto Ahmadou Sadio Diallo* (República de Guinea c. República Democrática del Congo)»; R. Carnerero Castilla, «La delimitación marítima entre Guyana y Surinam: Entre la equidistancia y las circunstancias especiales. Sentencia arbitral de 17 de septiembre de 2007»; E. Conde Pérez, «*El Asunto de la controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras* (Nicaragua c. Honduras) en el mar Caribe. Sentencia de la CIJ, de 8 de octubre de 2007: ¿Una bisectriz equidistante o la equidistancia a través de la bisectriz?»; y J.A. Pastor Ridruejo, «Sentencia de la Corte Internacional de Justicia, de 13 de diciembre de 2007 (excepciones preliminares), en el *Asunto de la controversia territorial y marítima* (Nicaragua c. Colombia)».

INSTITUTO HISPANO-LUSO-AMERICANO DE DERECHO INTERNACIONAL

CONCLUSIONES Y ACUERDOS DEL XXVI CONGRESO

Santo Domingo (República Dominicana)
Del 13 al 17 de diciembre de 2010

SECRETARIA GENERAL

CONSEJO DIRECTIVO

PRESIDENTE

Manuel Morales Lama (República Dominicana)

DIRECTORES

Amalia Uriondo de Martinoli (Argentina) *

Rafael Nieto Navia (Colombia) **

Manuel Ventura Robles (Costa Rica) *

Hugo Llanos Mansilla (Chile) **

Rodolfo Ceprián Molina (Ecuador) *

Alfredo Martínez Moreno (El Salvador) *

Nuria Bouza Vidal (España) *

Ricardo Méndez Silva (México) **

Luis G^a Corrochano (Perú) **

Adolfo P. Salgueiro (Venezuela) **

SECRETARIO GENERAL

Prometeo Cerezo de Diego (España)

NUEVOS MIEMBROS Y ASOCIADOS DEL IHLADI

En las elecciones estatutarias celebradas el día 17 de diciembre de 2010 resultaron elegidos los siguientes ocho MIEMBROS, que obtuvieron la mayoría absoluta de los votos:

Adriana Dreyzin de Klor (Argentina)

Hortensia Gutiérrez Posse (Argentina)

Fredys Orlando Sorto (Brasil)

Valentín Bou Franch (España)

Beatriz Ramacciotti (Perú)

* Según lo dispuesto por el art. 26 de los nuevos Estatutos, se mandato durará 2 años (hasta la celebración del próximo Congreso).

** Según lo dispuesto por el art. 26 de los nuevos Estatutos, su mandato durará 4 años (hasta la celebración de dos Congresos).

Juan José Ruda Santolaria (Perú)
 Rosa Campillo (República Dominicana)
 M^a Del Luján Flores (Uruguay)

Igualmente fueron elegidos lo siguientes catorce ASOCIADOS:

Ramiro Moreno Baldivieso (Bolivia)
 Jorge Luís Mialhe (Brasil)
 Ana Gemma López Martín (España)
 Pedro Martínez-Fraga (Estados Unidos)
 Gustavo Adolfo Orellana Portillo (Guatemala)
 Gabriel Orellana Rojas (Guatemala)
 Roberto Jesús Ruiz Díaz Labrano (Paraguay)
 Roberto Aponte Toro (Puerto Rico)
 Manuel Díaz Franjul (República Dominicana)
 Marco Herrera (República Dominicana)
 Cristina Aguiar (República Dominicana)
 Laura Castellanos (República Dominicana)
 Flavio Darío Espinal (República Dominicana)
 Juan Miguel Castillo Pantaleón (República Dominicana)

RELACIÓN DE PARTICIPANTES

(MH) Miembro de honor
 (M) Miembro
 (A) Asociado
 (O) Observador

ARGENTINA

Adriana Dreyzin de Klor (M)
 Zlata Drnas de Clément (M)
 Arturo Pagliari (M)
 Alfredo Rizzo Romano (M)
 Amalia Uriondo de Martinoli (M)
 Silvina González Napolitano (A)
 Oscar Benítez (O)
 Estefanía Martinoli Uriondo (O)

BOLIVIA

Jaime Aparicio Otero (A)

BRASIL

Fredys Orlando Sorto (M)

CHILE

Hugo Llanos Mansilla (M)
 Rose Cave (A)

ECUADOR

Rodolfo Ceprián Molina (M)

EL SALVADOR

Alfredo Martínez Moreno (MH)
 Ana Elizabeth Villalta Vizcarra (A)

ESPAÑA

Valentín Bou Franch (M)
 Núria Bouza Vidal (M)
 Rubén Carnerero Castilla (M)
 Oriol Casanovas y La Rosa (M)
 Prometeo Cerezo de Diego (M)
 Carlos Fernández Rozas (M)
 Carlos Jiménez Piernas (M)
 José Juste Ruiz (M)
 José A. De Yturriaga Barberán (M)
 Pablo Antonio Fernández Sánchez (A)
 Jaume Ferrer Lloret (A)

ESTADOS UNIDOS

Pedro Martínez-Fraga (A)

MÉXICO

Ricardo Méndez Silva (M)
 Nuria González Martín (A)
 Jorge Alejandro Mier Hernández (A)
 Eli Rodríguez Martínez (O)

NICARAGUA

Orlando Mejía Herrera (A)

PERÚ

Luis García-Corrochano (M)
 Dante Mauricio Negro Alvarado (A)

PUERTO RICO

Roberto Aponte Toro (A)

REPÚBLICA DOMINICANA

Manuel Morales Lama (M)
 Rosa Campillo (M)
 Cristina Aguiar (A)
 Laura Castellanos (A)
 Juan Miguel Castillo Pantaleón (A)
 Manuel Díaz Franjul (A)
 Flavio Darío Espinal (A)
 Marco Herrera (A)
 Manuel A. Morales Vicens (O)

URUGUAY

María del Luján Flores (M)

VENEZUELA

Adolfo P. Salgueiro (M)
 Nelson González Sánchez (M)
 Dr. Pedro Apolinar (M)

COMISIONES DEL XXVI CONGRESO

La *Primera Comisión*, sobre «Reforma de los Estatutos del IHLADI», quedó instalada con la Mesa siguiente:

Presidente: Arturo Pagliari (Argentina)
 Vicepresidente: Rodolfo Ceprián Molina (Ecuador)
 Ponente: Oriol Casanovas y La Rosa (España)
 Secretario: Rubén Carnerero Castilla (España)

La *Segunda Comisión*, sobre «El proyecto jurídico de la ciudadanía universal: reflexiones según el derecho de libertad», quedó instalada con la Mesa siguiente:

Presidente: Hugo Llanos Mansilla (Chile)
 Vicepresidente: Alfredo Rizzo Romano (Argentina)
 Ponente: Fredys Orlando Sorto (Brasil)
 Secretario: Orlando Mejía Herrera (Nicaragua)

La *Tercera Comisión*, sobre «La influencia de los Derechos Humanos en el Derecho Internacional de Familia. Sustracción internacional de menores», quedó instalada con la Mesa siguiente:

Presidente: José Carlos Fernández Rozas (España)
 Vicepresidente: Núria Bouza Vidal (España)
 Ponente: Adriana Dreyzin de Klor (Argentina)
 Secretaria: Estefanía Martinoli Uriondo (Argentina)

La *Cuarta Comisión*, sobre «La fragmentación: ¿una amenaza para la unidad del Derecho Internacional?», quedó instalada con la Mesa siguiente:

Presidente: José Juste Ruiz (España)
 Vicepresidente: Ricardo Méndez Silva (México)
 Ponente: Arturo Pagliari (Argentina)
 Secretario: Pablo Antonio Fernández Sánchez (España)

CONCLUSIONES DEL XXVI CONGRESO

I COMISIÓN

REFORMA DE LOS ESTATUTOS DEL INSTITUTO
HISPANO-LUSO-AMERICANO DE DERECHO INTERNACIONAL

El XXVI Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional,

Aprueba el texto reformado de los Estatutos que se incluye en Anexo.

Encarga al Presidente del Instituto y al Secretario General que realicen las gestiones necesarias, conjunta o separadamente, para la inscripción de los Estatutos en el Registro Nacional de Asociaciones del Ministerio del Interior de España. Para la realización de dichas gestiones podrán ser auxiliados por una Comisión formada por los miembros y asociados residentes en Madrid presentes en este Congreso.

Encarga al Secretario General que comunique los Estatutos a todos los miembros y asociados del Instituto, quienes seguirán gozando de los derechos y obligaciones correspondientes a su respectiva calidad.

ANEXO

ESTATUTOS DEL INSTITUTO HISPANO-LUSO-AMERICANO
DE DERECHO INTERNACIONAL

I. Carácter, fines y sede

Artículo 1. El Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (en adelante IHLADI), fundado a raíz del Congreso de Derecho Internacional celebrado en Madrid en 1951, es una asociación científica sin carácter político, dedicada al estudio del Derecho Internacional, a promover su conocimiento y desarrollo entre sus integrantes y la sociedad en general.

Artículo 2. Para el logro de sus fines el Instituto se propone:

- a) Estudiar y difundir las concepciones, principios, instituciones, sistemas e instrumentos de Derecho Internacional que contribuyan a su desarrollo progresivo, a su codificación y a la convivencia pacífica e imperio de la justicia entre los pueblos.
- b) Estudiar, difundir y actualizar los principios que inspiraron a la Escuela Clásica Española de Derecho Internacional y los aportes realizados por los grandes internacionalistas de lengua española y portuguesa de la comunidad iberoamericana y filipina.
- c) Contribuir con sus estudios, dentro del ámbito de sus actividades, a facilitar la creación y el funcionamiento, bajo normas jurídicas y principios de justicia, de organizaciones y entidades que tiendan a la mejor convivencia humana.
- d) Mantener relaciones con universidades, institutos, asociaciones y centros científicos que propugnen propósitos similares, y con entidades y organizaciones internacionales gubernamentales y no gubernamentales, a fin de lograr un mejor conocimiento e intercambio de proyectos, informes, trabajos y publicaciones y de sus respectivas actividades.
- e) Fomentar la solidaridad y el compañerismo entre los juristas cultivadores del Derecho Internacional, preferentemente entre los de la comunidad iberoamericana y filipina, mediante sus actividades e intercambio intelectual.

Artículo 3. Para el cumplimiento de sus fines el IHLADI promoverá y organizará diversas actividades entre las que se cuentan:

- a) La celebración de Congresos científicos, en lo posible cada dos años, en una ciudad de la comunidad iberoamericana y filipina.
- b) Publicar un *Anuario* que contenga las resoluciones aprobadas por los Congresos, las ponencias en ellos debatidas, las comunicaciones, las actividades del Instituto y los estudios y trabajos de sus miembros y asociados.
- c) Promover y facilitar el intercambio de información y documentación jurídica entre sus miembros y asociados, directamente entre ellos o por medio de la Secretaría General del Instituto o de las secciones nacionales del mismo.

Artículo 4. Como homenaje a Fray Francisco de Vitoria, el Instituto se localiza idealmente en Salamanca. Su sede efectiva se establece en el domicilio del Secretario General.

Artículo 5. El ámbito territorial de sus actividades es todo el territorio nacional, sin perjuicio de la naturaleza internacional de sus fines y actividades.

II. De los miembros y asociados

Artículo 6. Podrán formar parte del IHLADI aquellas personas mayores de edad y con capacidad de obrar que, por sus méritos y contribución al estudio del Derecho Internacional, se presenten como candidatos y sean elegidos para formar parte del mismo.

Artículo 7. El Instituto se compone de miembros y asociados, nacionales de los países de la comunidad iberoamericana y filipina elegidos todos por votación secreta. Para ser elegido deberá obtener el candidato la mitad más uno de los votos depositados personalmente por los electores en el momento de la votación. En la elección se tratará, en lo posible, de mantener una distribución geográfica equitativa.

Artículo 8. Los miembros del Instituto no excederán de ochenta y serán, en lo posible, por lo menos uno de cada Estado de la comunidad iberoamericana y filipina. Serán electos por la Junta de Miembros entre los asociados que hayan pertenecido al Instituto no menos de seis años y asistido a tres Congresos, tomando en cuenta sus merecimientos y su colaboración con el Instituto. Tendrán derecho a participar con voz y voto en las sesiones científicas del Instituto y en la elección de nuevos miembros y asociados.

Artículo 9. Para la elección de miembros, la Secretaría General preparará una lista de los asociados que reúnan los requisitos correspondientes, indicando el máximo de vacantes a cubrir, que será distribuida a todos los miembros del Instituto antes de la iniciación del Congreso.

Artículo 10. Los miembros que hayan presentado su renuncia podrán ostentar la cualidad de «miembro emérito del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional» si el Consejo Directivo se lo reconoce debido a su participación activa en al menos ocho Congresos.

Artículo 11. Los asociados no excederán de ciento veinte. Serán elegidos entre iusinternacionalistas de la comunidad iberoamericana y filipina, en sesión plenaria del Congreso, procurándose, en lo posible, asegurar el acceso al Instituto de nacionales de todos los Estados de la comunidad. Tendrán derecho a participar, igual que los miembros, con voz y voto, en las sesiones científicas del Instituto y en la elección de nuevos asociados.

Artículo 12. Las candidaturas de nuevos asociados deberán ser propuestas por las respectivas secciones nacionales del Estado del que sean nacionales los candidatos propuestos. En caso de que no exista todavía organizada la sección nacional del

correspondiente país, la propuesta puede ser hecha, conjuntamente, por un número no menor al 50 por 100 de los miembros y asociados de dicho Estado. En casos especiales, el Consejo Directivo podrá proponer candidaturas para nuevos asociados.

Artículo 13. La candidatura de asociados debe ser dirigida a la Secretaría General del Instituto antes de la celebración del Congreso en que vaya a procederse a la elección, acompañada del *curriculum vitae* del candidato, en el que se presenten sus merecimientos, incluida su presencia como observador en congresos anteriores. La Secretaría General elaborará una lista de los candidatos propuestos que reúnan los requisitos correspondientes, indicando el número máximo de vacantes a cubrir y la distribuirá, junto con un resumen de los *curricula vitae* científicos y académicos de los candidatos y nombre de los proponentes, a todos los integrantes del Instituto antes de la fecha en que deba procederse a la elección. La elección de nuevos asociados se hará de acuerdo con esta lista.

Artículo 14. El Instituto, por decisión de la Junta de Miembros, puede elegir como miembros de honor a personalidades que se hayan distinguido extraordinariamente en el campo del Derecho Internacional o a jurisconsultos que hayan cooperado de manera excepcional a los fines del Instituto. Los miembros de honor gozan de todos los derechos y prerrogativas de los miembros y están exentos del pago de cuotas y contribuciones.

Artículo 15. El candidato para miembro de honor debe ser propuesto por el Consejo Directivo o por un número no menor de diez miembros, que comprenda por lo menos la mitad de los miembros de la nacionalidad del candidato propuesto. La propuesta debe ser hecha a la Secretaría General antes de la iniciación del Congreso.

Artículo 16. Los miembros y asociados tienen los siguientes derechos:

- a) Participar en las actividades y la organización del Instituto de acuerdo con sus Estatutos.
- b) Ser informados acerca de la composición de los órganos del Instituto, de su estado de cuentas y de su actividad.
- c) A recibir, en el momento de su publicación y sin coste adicional, el *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*.
- d) A ser oídos, con carácter previo a la adopción de medidas disciplinarias que les afecten, y a ser informados de los hechos que den lugar a tales medidas, debiendo ser motivado el acuerdo que, en su caso, imponga una sanción.
- e) A impugnar los acuerdos de los órganos que estimen contrarios a la ley o a los Estatutos.

Artículo 17. Los miembros y asociados vienen obligados a:

Compartir las finalidades del IHLADI y colaborar para su consecución.

Pagar las cuotas y aportaciones que les correspondan.

Cumplir el resto de las obligaciones que resultan de las disposiciones estatutarias.

Acatar y cumplir los acuerdos válidamente adoptados por los órganos del IHLADI.

Artículo 18. La condición de miembro o asociado se perderá:

Por voluntad propia del miembro o asociado, comunicada por escrito al Secretario General.

Por haber dejado de asistir, sin causa justificada, a tres Congresos consecutivos.

Por no prestar colaboración a los fines o actividades del Instituto.

La falta de pago de tres cuotas anuales consecutivas produce, en todos los casos, el cese del miembro o asociado, salvo que se hagan efectivas cuando se celebre el siguiente Congreso.

El Consejo Directivo es el encargado de apreciar si son justificadas o no las causas de inasistencia del miembro o asociado, así como la colaboración a los fines del Instituto.

Artículo 19. La conducta incorrecta de un miembro o asociado supondrá su expulsión del Instituto por decisión del Consejo Directivo, que el interesado podrá solicitar sea reconsiderada por la Junta de Miembros.

III. De las secciones nacionales y entidades afiliadas

Artículo 20. Los miembros y asociados de un mismo país, podrán constituirse en sección nacional, lo que deberá ser comunicado a la Secretaría General del Instituto, para su registro como tal. Si la sección nacional no estuviere constituida, o aun existiendo no pudiera cumplir con las funciones y competencias que los presentes Estatutos confieren a las secciones nacionales, los miembros y asociados de cada país asumen dichas competencias y funciones, en orden a la formulación de propuestas al Instituto y la organización y desarrollo de actividades en el marco de sus fines.

Las secciones nacionales podrán incorporar a miembros o asociados de otras nacionalidades que residan en su territorio. En este caso, el miembro o asociado quedará en suspenso en dichas categorías en la sección nacional del país de su nacionalidad, condición que recobrará al regresar al mismo. En ningún caso un miembro o asociado puede pertenecer a dos secciones nacionales.

Artículo 21. Cada sección nacional, por el voto afirmativo de la mayoría de sus miembros y asociados, podrá incorporar a su seno, con el carácter de colaboradores, aquellos juristas del país o residentes en él que se destaquen por su dedicación y competencia en el Derecho Internacional o disciplinas afines.

Artículo 22. Además de las otras atribuciones que les otorguen estos Estatutos y los Reglamentos del Instituto, las secciones nacionales por sí solas, o de acuerdo con otras secciones nacionales, podrán organizar seminarios u otras actividades científicas para el mejor cumplimiento de los fines que persigue el Instituto.

Artículo 23. Serán organizaciones afiliadas al Instituto las entidades científicas de la comunidad iberoamericana y filipina cuyos fines sean análogos a los de este, siempre que lo soliciten y sea aprobada su incorporación como tales por la Junta de Miembros. Las organizaciones afiliadas mantendrán la colaboración, gozarán de las prerrogativas y tendrán las obligaciones que se señalen en el Reglamento respectivo y en el acuerdo que se suscriba con ellas, y podrán participar, con voz, pero sin voto, en las reuniones científicas que organice el Instituto.

IV. Del Gobierno y Administración del Instituto

Artículo 24. La organización interna y el funcionamiento del Instituto serán democráticos, con pleno respeto al pluralismo.

Artículo 25. La dirección y administración del Instituto corresponde a su Junta de Miembros, que esta integrada por todos los que posean dicha condición. A ella le compete, entre otras materias, elegir mediante votación secreta y por la mitad más uno de los votos presentes y votantes, a los integrantes del Consejo Directivo y al Secretario General. Los miembros tendrán derecho a elegir y a ser elegidos para los cargos del Consejo Directivo.

La Junta de Miembros elegirá al Secretario General y, si procede, aprobará sus informes, fijará las cuotas y tomará las medidas necesarias para la buena marcha del Instituto.

Artículo 26. El Consejo Directivo se compondrá por el Presidente del Instituto, diez Directores y el Secretario General del Instituto. El Secretario General participará en las sesiones que celebre el Consejo Directivo, con voz y voto; sin embargo, no tendrá derecho a voto en las materias que le conciernan. Tanto el Presidente como los Directores deberán ser de distintas nacionalidades y miembros del Instituto. El mandato de los miembros del Consejo Directivo durará cuatro años o hasta que sean electos sus sustitutos por la Junta de Miembros. La composición del Consejo se renovará por mitad en cada Congreso ordinario.

Artículo 27. Competerá al Consejo Directivo ejecutar los acuerdos del Instituto y promover la adecuada realización de sus fines y funcionamiento, mediante la organización de actividades científicas o en la forma que estime conveniente. Corresponderá al Consejo Directivo el ejercicio de la potestad reglamentaria de desarrollo de los presentes Estatutos

Corresponde al Consejo Directivo proponer a la Junta de Miembros la elección del Presidente de la Comisión Organizadora del siguiente Congreso.

Artículo 28. El Consejo Directivo se reunirá cuantas veces lo considere necesario, a petición de por lo menos cuatro de sus miembros o a requerimiento del Presidente o del Secretario General. Cuando la importancia de la materia lo requiera, de no poder reunirse el Consejo Directivo con la urgencia requerida, sus miembros serán consultados por correspondencia o mediante correo electrónico. El voto del Presidente decidirá en caso de empate.

Artículo 29. El Presidente de la Comisión Organizadora del Congreso será Presidente del Instituto y su mandato terminará en el momento en que se nombre Presidente del Instituto al Presidente de la Comisión Organizadora del siguiente Congreso. El Presidente ostenta la representación del Instituto y presidirá las sesiones del Consejo Directivo, de la Junta de Miembros y las plenarias de los Congresos.

Artículo 30. En caso de ausencia, enfermedad o vacante del Presidente del Instituto le sustituirá el Director de mayor edad y, si hubiese dos o más de la misma edad, quien de entre ellos fuere el miembro más antiguo del Instituto. En casos especiales, el Presidente puede delegar la representación del Instituto para determinados actos en otro miembro del Consejo Directivo.

Artículo 31. El Secretario General es elegido por la Junta de Miembros, mediante la mitad más uno de los miembros presentes y votantes, para un periodo de tres Congresos, al término del cual podrá ser reelegido.

Artículo 32. En el ejercicio de sus funciones el Secretario General:

- a) Llevará la correspondencia y el archivo, será el encargado de la coordinación de las actividades del Instituto, conforme las instrucciones que reciba de los Congresos, del Consejo Directivo o del Presidente.
- b) Velará por el prestigio del Instituto y su buen funcionamiento.
- c) Actuará, cuando proceda, como medio de comunicación con los Gobiernos, entidades culturales, entidades afiliadas y secciones nacionales de los Estados miembros de la comunidad iberoamericana y filipina, así

como respecto a la Comisión Organizadora del siguiente Congreso, el Consejo Directivo y los miembros y asociados.

- d) Tendrá a su cargo la convocatoria a las sesiones y la redacción de las actas.
- e) Publicará y distribuirá el *Anuario*, las ponencias y comunicaciones que se presenten a cada Congreso, así como las demás publicaciones que procedan al cumplimiento de los fines del Instituto. En caso de que otro miembro del Instituto sea Director del Anuario, coadyuvará en su publicación y supervisará los costes de su impresión.
- f) Actuará de Tesorero, llevará las cuentas del Instituto, cobrará las cuotas ordinarias y extraordinarias que se establezcan, recibirá las donaciones y otras ayudas de índole económica que se hagan al Instituto. En el caso de donaciones o de ayudas requerirá la autorización previa del Presidente o del Consejo Directivo. Hará los gastos que sean necesarios para el funcionamiento del Instituto, así como los que le solicite el Presidente, o estén contemplados en el programa-presupuesto que apruebe la Junta de Miembros con base en el Proyecto que él mismo formule.

Artículo 33. Con la aprobación del Presidente, el Secretario General podrá nombrar Secretarios adjuntos que lo auxilien en el desempeño de sus funciones. En caso de ausencia, enfermedad o vacancia del Secretario General le sustituirá el Secretario Adjunto, si lo hubiere, hasta que la Junta de Miembros nombre a su sucesor.

Artículo 34. El Secretario General deberá informar a los miembros y asociados del Instituto, por lo menos una vez al año, de las actividades más importantes que haya desarrollado en su cargo. Además, informará, por escrito, sobre la marcha económica del Instituto, así como del pago de las cuotas ordinarias y extraordinarias establecidas y de ayudas económicas recibidas.

Artículo 35. El Consejo Directivo, la Junta de Miembros y las sesiones plenarias del Congreso quedarán válidamente constituidas cuando concorra la mitad de los miembros del Consejo Directivo y una cuarta parte de quienes compongan la Junta de Miembros o las sesiones plenarias del Congreso.

Salvo que en los Estatutos se disponga otra cosa, los acuerdos se adoptarán por mayoría simple de los presentes y votantes, decidiendo, en caso de empate, el voto de calidad del Presidente o de quien haga sus veces.

V. De los Congresos

Artículo 36. El Instituto se reunirá regularmente en Congreso ordinario, cada dos años, en una ciudad de la comunidad iberoamericana y filipina. Al final de cada

Congreso, siempre que sea posible, la Junta de Miembros designará el lugar y la fecha del siguiente y al Presidente de la Comisión Organizadora del mismo, que deberá ser miembro del Instituto y nacional del país en donde se celebrará ese Congreso. Tal decisión podrá delegarse en el Consejo Directivo o en el Secretario General.

Artículo 37. La Comisión Organizadora, junto con el Secretario General, se encargará de la debida organización del Congreso, de sus relaciones con el Gobierno y las autoridades y entidades del país sede, y se ocupará de todo lo concerniente al éxito de las labores del Congreso.

Artículo 38. El Presidente de la Comisión Organizadora designará un Secretario y a los demás integrantes de la misma, quienes, en lo posible, deben ser miembros o asociados del Instituto. Como auxiliares de la misma, podrá designar a otras personas que no reúnan esas calidades, las cuales podrán participar en las sesiones de la Comisión, con voz, pero sin voto. En sus trabajos de preparación del Congreso, la Comisión Organizadora actuará en estrecha y constante comunicación con el Presidente y el Secretario General del Instituto y se guiará, en lo posible, por las instrucciones que de ellos reciba.

Artículo 39. La Junta de Miembros o, en su caso, el Consejo Directivo, al designar al Presidente de la Comisión Organizadora del siguiente Congreso, seleccionará los temas que deberán considerarse en el mismo y designará a los respectivos ponentes, tratando en lo posible que se mantenga una distribución geográfica equitativa.

Artículo 40. El Presidente y el Secretario General del Instituto actuarán, respectivamente, como Presidente y Secretario General del Congreso, y el Secretario de la Comisión Organizadora actuará como Secretario General adjunto del mismo. Además, integrará con ellos la Mesa Directiva del Congreso un Vicepresidente, que será elegido en la primera sesión que celebre el Congreso.

Artículo 41. El Congreso distribuirá su labor en Comisiones para el examen de las ponencias y aprobación de las conclusiones pertinentes que hayan de ser sometidas al Pleno del Congreso.

Cada Comisión del Congreso elegirá su Mesa Directiva, que estará integrada por un Presidente, un Vicepresidente y un Secretario. El ponente formará parte de la Mesa de la respectiva Comisión. En las sesiones de las Comisiones y en las plenarios del Congreso podrán participar, con voz y voto, todos los miembros y asociados. La aprobación de las conclusiones se hará por la mayoría de los miembros y asociados inscritos como participantes en la respectiva Comisión y serán ratificadas por el Pleno del Congreso.

Artículo 42. Los ponentes enviarán sus ponencias al Secretario General del Instituto por lo menos con dos meses de anticipación a la fecha fijada para la iniciación del Congreso, a fin de que las distribuya a todos los miembros y asociados lo antes posible.

Artículo 43. Cada Congreso podrá designar como miembros honorarios del mismo, por acuerdo del Consejo Directivo, a determinadas personalidades del lugar donde se celebre.

Artículo 44. Podrán ser observadores en los Congresos o actividades científicas del Instituto las personas que el Consejo Directivo, la Junta de Miembros o el Secretario General inviten al efecto o, a su solicitud, acepten su participación en tal calidad. Tendrán derecho a voz en las Comisiones de los Congresos o actividades científicas del Instituto, pero no a voto.

Artículo 45. Serán idiomas oficiales y de trabajo del Instituto el español y el portugués.

Artículo 46. La adjudicación de los premios que el Instituto otorgue por trabajos científicos o por otros conceptos será hecha en sesión plenaria del Congreso.

Artículo 47. El Consejo Directivo podrá convocar Congresos extraordinarios cuando lo estime necesario.

Artículo 48. El Instituto podrá celebrar sesiones administrativas y académicas en el transcurso de cada Congreso para los fines previstos en estos Estatutos.

Artículo 49. Las resoluciones aprobadas en los Congresos, como expresión del criterio del Instituto, se adoptarán por la mitad más uno de los votos de los miembros y asociados presentes y votantes. Cuando la votación se efectúe nominalmente, a petición de cualquiera de sus miembros o asociados presentes, en el acta correspondiente se harán constar los nombres de quienes voten a favor, en contra y de los que abstengan, así como el razonamiento de votos de quienes lo soliciten. El Congreso no podrá tomar acuerdo alguno que no haya sido discutido previamente en Comisión, salvo los de agradecimiento a las autoridades y entidades locales por su colaboración con el Instituto.

Para reconsiderar los acuerdos del Congreso será necesario el voto conforme de los dos tercios de los miembros y asociados presentes y votantes.

Artículo 50. Cuando circunstancias excepcionales impidan la celebración del Congreso en el lugar y fecha previstos, el Secretario General, consultado el Consejo

Directivo, podrá posponer la fecha o designar otro lugar y fecha, de acuerdo con la Comisión Organizadora a que se refiere este capítulo. En caso de cambio de lugar, si este lugar fuere de otro país, se sustituirá por el mismo procedimiento, el Presidente de la Comisión organizadora designado por otro miembro nacional del nuevo país.

VI. Del Anuario del Instituto

Artículo 51. La Junta de Miembros podrá nombrar un Director del *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional* que se encargará de coordinar la edición del mismo. En dicho *Anuario* se publicarán las Conclusiones de los Congresos, las ponencias presentadas en las Comisiones, las Comunicaciones, los trabajos científicos elaborados por los miembros y asociados y cuantas informaciones puedan ser útiles para difundir las actividades del Instituto y de sus miembros y asociados.

Artículo 52. El Director del *Anuario* actuará en estrecha colaboración con el Secretario General y designará, con la aprobación de la Junta de Miembros, su Consejo de redacción y los colaboradores que le puedan auxiliar en el ejercicio de sus funciones.

Artículo 53. El Director del *Anuario* presentará, para su aprobación por el Consejo Directivo, una propuesta de Reglamento sobre su funcionamiento.

VII. Del emblema e insignias del Instituto

Artículo 54. El emblema del Instituto consistirá en un escudo de plata con una esfera armilar en su color, rematada con la Cruz de Malta de las Carabelas de Colón, sobre ondas de azur, flanqueadas por las columnas de Hércules con la divisa Plus Ultra. El todo orlado en punta con el lema *Tranquillitas Ordinis*, y en cabeza con las palabras Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, en letras de oro sobre gules.

Artículo 55. Las insignias que han de usar quienes compongan el Instituto serán las siguientes:

El Presidente, collar de plata sobredorada, con el emblema indicado anteriormente rematado como cimera por el coronil de los Reyes Católicos. Las restantes piezas del collar llevarán motivos aislados de dicho emblema, alternando las columnas con el PLUS ULTRA y la esfera armilar sobre ondas de azur con el TRANQUILLITAS ORDINIS.

El Secretario General, collar de plata con idénticas piezas del collar del Presidente.

Los miembros ostentarán la misma medalla que el Presidente, pendiente de cordón oro. Los asociados la usarán con cordón rojo.

VIII. Disposiciones generales

Artículo 56. Los bienes del Instituto serán los que actualmente sean de su propiedad y los siguientes:

1. Las cuotas y aportaciones de los miembros y asociados.
2. Las subvenciones, donaciones, herencias y legados que reciba.
3. El producto de sus publicaciones, bienes y servicios.

Artículo 57. El cierre del ejercicio asociativo coincidirá con el último día del año natural.

Artículo 58. El Instituto se constituye por tiempo indefinido. En caso de disolución —que habrá de acordarse en Congreso extraordinario por mayoría de votos que representen los dos tercios de los miembros más los dos tercios de los asociados integrantes del Instituto—, se nombrará una Comisión liquidadora con las funciones que establece la ley. Los fondos y bienes existentes, después de pagar todas las deudas, se entregarán a la Universidad de Salamanca para su utilización en la enseñanza y promoción del Derecho Internacional.

Artículo 59. El Congreso aprobará su propio reglamento y los reglamentos relativos a la adjudicación de premios. Los demás reglamentos serán aprobados por el Consejo Directivo, o con autorización de este, por los respectivos órganos o entidades. Cualquier modificación que se introduzca a un reglamento no entrará en vigor sino un año después de su aprobación, salvo que se disponga en sentido contrario por una mayoría no menor de los dos tercios de los presentes y votantes.

Artículo 60. Los presentes Estatutos podrán ser modificados cuando lo solicite el Consejo Directivo o lo propongan por lo menos veinte miembros o treinta asociados. La solicitud de modificación deberá ser motivada y dirigida al Consejo Directivo o al Congreso a través del Secretario General. Si se decide la modificación, se designará un ponente, y la ponencia que presente se considerará en el siguiente Congreso ordinario del Instituto. Para modificar los Estatutos se requerirá la votación favorable de la mitad más uno de los miembros y asociados, presentes y votantes, en el Congreso respectivo.

IX. Disposiciones transitorias

Artículo 61. Los presentes Estatutos se inscribirán en el Registro Nacional de Asociaciones del Ministerio del Interior de España, momento en el que entrarán en vigor, quedando el Presidente del Instituto y el Secretario General encargados de hacer las gestiones necesarias, conjunta o separadamente, en lo que respecta al funcionamiento del Instituto, de acuerdo con estos Estatutos y conforme a las leyes del país de la sede.

Artículo 62. Los actuales miembros de honor, miembros y asociados del Instituto seguirán como tales, con todas las obligaciones y prerrogativas que para su respectiva calidad establecen estos Estatutos.

Artículo 63. Quienes hubieran cesado como miembros o asociados recuperarán la condición que les corresponda como miembros o asociados si manifiestan expresamente su deseo de seguir perteneciendo al Instituto por medio de comunicación escrita dirigida al Secretario General dentro del plazo de seis meses contados a partir de la fecha en que reciban el texto de los presentes Estatutos, que el Secretario General les enviará, y se pongan al día en el pago de sus cuotas.

Artículo 64. El Secretario General comunicará los presentes Estatutos a todos los miembros y asociados, destacando las obligaciones que les corresponden. Quienes adeuden dos o más anualidades dispondrán de un plazo de seis meses para regularizar su situación.

II COMISIÓN

EL PROYECTO JURÍDICO DE LA CIUDADANÍA UNIVERSAL: REFLEXIONES SEGÚN EL DERECHO DE LIBERTAD

El XXVI Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (IHLADI),

Considerando que un sinnúmero de personas sufren en el mundo de graves problemas por la falta de acceso a derechos básicos de ciudadanía, tanto en el marco interno como en el internacional, lo cual compromete la dignidad humana de categorías específicas de personas, especialmente los inmigrantes, los indocumentados y los apátridas. La existencia de millones de personas en esa situación condiciona la efectividad de los instrumentos de protección de los Derechos Humanos, además de generar tensión, amenazar la paz y la estabilidad internacionales.

Considerando que es urgente llamar la atención de la sociedad internacional para encontrar una solución jurídica para la protección de los grupos mencionados, solución que pasa por la promoción del desarrollo de los Estados y pueblos menos favorecidos, que son los principales generadores de grupos vulnerables, y por la concesión de un mínimo de derechos básicos de ciudadanía en escala mundial a todo ser humano sin discriminación de cualquier naturaleza.

Considerando que la libertad, como bien supremo de la ciudadanía, y la solidaridad universal como principio jurídico y ético deben prevalecer en la sociedad internacional, con arreglo al catálogo de derechos de la Humanidad, contemplados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y demás instrumentos internacionales de Derechos Humanos, como ideal común de todos los pueblos

RECOMIENDA:

Al Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas, al Consejo Económico y Social y a los demás órganos competentes, así como a los Estados miembros, que promuevan una conferencia internacional para discutir la viabilidad de concesión de una ciudadanía universal, de contenido jurídico mínimo, a todos los seres humanos. La referida ciudadanía sería complementaria de la nacional.

III COMISIÓN

LA INFLUENCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE FAMILIA. SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

El XXVI Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional.

Considerando la incorporación de los convenios de Derechos Humanos a los ordenamientos nacionales, las soluciones a los conflictos del Derecho Internacional de Familia, —sea que provengan de la legislación, sea de fallos judiciales— responden a un proceso de humanización.

Teniendo en cuenta que la incorporación y el reconocimiento de efectos jurídicos a la unión civil o al matrimonio entre personas del mismo sexo, a la filiación asistida, incluido el alquiler de vientres, y a la adopción de un menor por el

compañero homosexual de uno de los progenitores, a la familia monoparental y a las familias ensambladas, integran el contexto que permeabiliza este sector de la ciencia jurídica contemporánea.

Atendiendo a que las nuevas figuras que reconoce el Derecho Internacional de Familia merecen el respeto que los convenios de Derechos Humanos establecen en orden a jerarquizar la dignificación de la persona humana sin admitir ningún tipo de discriminación.

Reafirmando la importancia que reviste la cooperación jurisdiccional internacional a los fines de cumplir con los objetivos de las Convenciones sobre la Protección Internacional de Menores, en particular la conformación de redes jurisdiccionales.

Reconociendo que el incremento de la movilidad internacional de las personas unido a las situaciones jurídicas familiares internacionales genera un aumento significativo de casos que quedan captados por las convenciones que regulan la sustracción internacional de menores,

Ha adoptado las siguientes

CONCLUSIONES:

1. Una correcta aplicación de las convenciones internacionales sobre la materia, necesariamente requiere que estas se articulen con los tratados de Derechos Humanos y la legislación autónoma de los Estados.

2. El estudio analítico de la jurisprudencia, en especial latinoamericana, permite observar que en una importante casuística se confunde el objetivo de la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, con el tema de fondo —el otorgamiento de tenencia, guarda, custodia— que corresponde tramitar ante los tribunales de la residencia habitual del menor.

3. Ante la propuesta presentada por Suiza a los fines de conformar un grupo de expertos para elaborar un Protocolo a la Convención de La Haya de 1980, se señala que, en este tema, la falta de solución a los casos no se debe a carencias o lagunas normativas, sino a problemas de interpretación del texto y a la falta de normas procesales de los derechos internos que resulten congruentes con lo dispuesto por la Convención. Sin embargo, no es posible ampararse en el respeto al principio de celeridad para desconocer otro fundamental como es el derecho al «debido proceso».

4. Los jueces y tribunales deben actuar conforme al criterio de discrecionalidad judicial, debiendo imprimir al trámite los procedimientos necesarios para dotar al mismo de un equilibrio entre la celeridad, que hace a la esencia del supuesto, y la seguridad jurídica, que implica el respeto a los principios de vigencia universal que rescatan la tutela judicial efectiva.

5. En esta materia, la adopción de un régimen de protección de menores a nivel mundial y regional son compatibles y complementarios. En ámbitos geográficos más reducidos, al existir una mayor homogeneidad jurídica y cultural, se facilita la adopción de instrumentos de cooperación judicial más eficaces en la lucha contra la sustracción internacional de menores.

IV COMISIÓN

LA FRAGMENTACIÓN: ¿UNA AMENAZA PARA LA UNIDAD DEL DERECHO INTERNACIONAL?

El XXVI Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional.

Considerando que el denominado problema de la fragmentación del Derecho Internacional deriva de la expansión e intensificación de las redes globales de cooperación internacional, y que la sectorialización es parte consustancial de un sistema jurídico.

Considerando que dicha expansión e intensificación genera conflictos normativos entre los diferentes regímenes jurídicos y, lo que puede resultar mucho más grave, con el Derecho Internacional común.

Considerando que los procesos de regionalización en la escena internacional, útiles para homogeneizar y profundizar en la cooperación internacional, a veces, podrían dificultar la coherencia y la compatibilidad con el sistema normativo internacional.

Ha adoptado las siguientes

CONCLUSIONES:

1. El Derecho Internacional establece límites a la diversidad de regímenes jurídicos, manteniendo su unidad en cuanto a su propia estructura, el procedi-

miento de elaboración y aplicación de sus normas, la puesta en práctica de la responsabilidad internacional, derivada de los incumplimientos o de las consecuencias perjudiciales para terceros, y el mantenimiento de las funciones esenciales del Derecho Internacional.

2. La ley especial no siempre puede sustituir a la ley general, ni esta puede pretender siempre ignorar la ley especial. En la aplicación de la norma especial, el Derecho General no queda excluido, sino que simplemente mantiene su efecto y aplicación en un segundo plano. Para ello hay que recurrir al principio del efecto útil en lugar del principio de eficacia.

3. En la aplicación de la norma especial, ya sea con otra norma especial o de naturaleza general, se hace necesario determinar la relación existente entre ellas, cuando ambas son válidas y aplicables a una misma situación.

4. Los regímenes jurídicos especiales operan como *lex specialis*, pero no como regímenes autónomos, pues se enmarcan dentro del sistema jurídico internacional y, en ausencia o insuficiencia de reglas, se recurre a las reglas comunes de donde parten y donde se integran, lo que permite asegurar que el Derecho Internacional constituye un sistema jurídico.

5. Las reglas de interpretación aseguran la unidad del sistema porque entre las normas internacionales, sean generales o especiales, sean universales o regionales, hay complementariedad e interdependencia. Dicha interpretación ejerce de factor centrípeto para facilitar la unidad del Derecho Internacional como un sistema transversal de principios y normas.

6. La existencia de normas imperativas (art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados), la primacía de la Carta de Naciones Unidas (art. 103), y/o algunas obligaciones *erga omnes* son elementos que contribuyen a mantener la unidad del Derecho Internacional. Un orden jurídico solo puede existir en la medida en que garantice a los sujetos la unidad normativa a fin de servir como marco eficaz para sus relaciones.

7. Para la unidad del Derecho Internacional, tan preocupante como la diversificación normativa, pudiera resultar la diversificación institucional, es decir, la multiplicidad de órganos jurisdiccionales o cuasi jurisdiccionales que pueden provocar jurisprudencias contradictorias. Sin embargo, suponen un mayor grado de compromiso con la solución de controversias, función primordial del Derecho Internacional.

8. Una solución para resolver las posibles contradicciones sería el requerimiento de una más amplia formación iusinternacionalista de los llamados a aplicar el Derecho, como jueces o árbitros. Igualmente, sería muy útil intensificar el diálogo entre tribunales para que se puedan influir mutuamente y enriquecerse con sus respectivas jurisprudencias.

9. Para una mejor salvaguarda del Derecho Internacional común sería adecuado, también, una más extensa incorporación de sus valores y principios en los ordenamientos constitucionales de los Estados.

10. Igualmente, sería útil para la unidad del Derecho Internacional establecer vías o instrumentos de aplicación del Derecho Internacional común en los distintos regímenes jurídicos.

OTROS ACUERDOS DEL XXVI 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 Presidente de la República Dominicana, Dr. Leonel Fernández, por haber aceptado la Presidencia de Honor del Congreso.

— Voto de agradecimiento a FUNGLODE, por el patrocinio y por haber servido de sede del Congreso, y a su Director Ejecutivo, Marco A. Herrera, y a su Secretaria, Laura Castellanos, por la colaboración prestada.

— Voto de agradecimiento al Presidente saliente del Instituto, Dr. Arturo Pagliari, por la labor desempeñada durante los dos años de su mandato.

— Voto de agradecimiento a los miembros de la Comisión organizadora del XXVI Congreso y, muy especialmente, a su presidente, Dr. Manuel Morales Lama, por la eficaz labor desempeñada en la preparación y realización del mismo, así como al personal de apoyo de la Secretaría, por su valiosa cooperación.

— Voto de felicitación a los ponentes, Dres. Oriol Casanovas y La Rosa (España), Arturo Pagliari (Argentina), Fredys Orlando Sorto (Brasil), y Adriana Dreyzin de Klor

(Argentina), por la valiosa contribución científica de sus ponencias, que prestigiaron los trabajos del XXVI Congreso.

— Voto de agradecimiento a los componentes de las Mesas de las Comisiones y a los autores de las comunicaciones presentadas al Congreso.

— Voto de pésame por el fallecimiento de los recordados colegas del Instituto, Dres. Ramón Silva Alonso (Paraguay), Héctor Gros Espiell (Uruguay), Fabio Carballo Montero (Costa Rica), Jorge Giner (Argentina), Luís Ignacio Sánchez Rodríguez (España) y Braulio Guerra Malo (México). Que en paz descansen.

— En relación con la sede del próximo Congreso, no hubo propuestas en la reunión de la Junta de Miembros, por lo que el Secretario General hará las gestiones oportunas para la consecución de una sede.

— En cuanto al temario científico, si bien hubo diversas propuestas, no se aprobó ninguna en firme, por lo que se acordó que deberá ser decidido por el Presidente del Instituto, el Secretario General y el Presidente de la Comisión organizadora del mismo, una vez que se cuente con una sede definitiva.

IN MEMORIAM A LUIS IGNACIO SÁNCHEZ RODRÍGUEZ (1948-2010)

El fallecimiento prematuro del profesor Sánchez Rodríguez, en plena madurez intelectual, ha conmocionado a la comunidad académica de internacionalistas españoles e iberoamericanos. Nacido en la ciudad de Oviedo, donde cursó la Licenciatura de Derecho y se doctoró bajo la tutela del profesor Julio González Campos, a la sazón Catedrático de Derecho Internacional en esa universidad y desde entonces su dilecto maestro, accedió muy joven a una cátedra universitaria en la Universidad del País Vasco, pasando luego por las universidades de Oviedo y Alcalá para recalar finalmente, en 1990, en la Universidad Complutense, donde dirigió Departamento de Derecho Internacional desde 1993 a 2006.

Durante su rica trayectoria universitaria, el profesor Sánchez Rodríguez ocupó cargos relevantes de gestión por su sentido de la responsabilidad (fue decano y secretario general en la Universidad de Oviedo), aunque era obvio que la gestión académica no le entusiasmaba; dirigió la *Revista Española de Derecho Internacional (REDI)* desde 1997 a 2001; fue profesor visitante en prestigiosos centros extranjeros e impartió un curso en la Academia de Derecho Internacional de La Haya en 1997; participó activamente en la consolidación del manual de *Derecho Internacional Público* dirigido por el profesor González Campos, en coautoría con la profesora Paz Andrés Sáenz de Santa María, logrando convertirlo en un texto de referencia de la doctrina internacionalista española; pero sobre todo se dedicó con gran ahínco a la dirección de tesis doctorales y a la formación de un apreciable grupo de profesores, entre lo que hoy se cuentan varios catedráticos y profesores titulares de universidad, que le guardan sentimientos de afecto y gratitud, y que constituyen sin duda una de las mejores pruebas de su compromiso y dedicación profesional.

El profesor Sánchez Rodríguez ha sido autor de una vasta obra científica, que ha cubierto sectores claves del Derecho Internacional Público, como la formación de las normas internacionales, el Derecho de los tratados, el Derecho del Mar, la competencia territorial del Estado o la jurisdicción internacional, por citar sólo algunos que les fueron muy queridos y por los que guardó siempre predilección; aunque su inclinación investigadora era la propia de un generalista, partidario de adentrarse en ámbitos diversos, de no renunciar a trabajar un buen tema si la ocasión se presentaba y de poseer una visión global del conjunto de la disciplina.

No obstante, además de su producción científica, resulta inevitable recordar aquí su labor como abogado y consejero ante la Corte Internacional de Justicia, que contribuyó sobremanera a enriquecer su obra, dotándola de una vertiente práctica, volcada en el conocimiento de la práctica y de la jurisprudencia internacional. Trabajó en varios casos para los gobiernos de Honduras y de España, prin-

principalmente en contenciosos territoriales en Centroamérica. Sentía, por cierto, un gran interés por Iberoamérica, que se incrementó a causa de sus tareas profesionales. Y que pudo también desarrollar como asociado, primero, y luego como miembro de nuestro Instituto, de cuyos congresos era participante asiduo y activo, siendo ponente en un par de ellos, granjeándose con suma facilidad el aprecio profesional y el afecto personal de sus colegas.

Sólo nos resta manifestar nuestro más sentido pésame a su familia, en particular a su esposa Julia del Rosal, a sus dos hijos y también a sus discípulos, lamentar la desaparición de la entrañable figura humana de un asturiano de pro y honra su memoria prosiguiendo nuestros esfuerzos en el seno del Instituto por un mundo más justo y en paz.

CARLOS JIMÉNEZ PIERNAS

ÍNDICES

ÍNDICE ONOMÁSTICO

- ABADE DE SAINT-PIERRE, 120
 ABARCA JUNCO, 28
 ADAM MUÑOZ, 28
 AGUIAR, 181, 188
 AGUILAR, 40
 AKE, 138
 ALTUSIO, 114
 ÁLVAREZ, 93
 ÁLVAREZ PÉREZ, 132
 ÁLVAREZ RUBIO, 181, 182
 ANDRUET, 23
 ANNAN, 147
 ANZILOTTI, 54, 92
 AQUINO, 110
 ARANGIO RUIZ, 86
 ARENAS GARCÍA, 181
 ARENDT, 105, 125, 126
 ARIAS NAVARRO, 142
 ARIAS-SALGADO MONTALVO, 152
 ARISTÓTELES, 109, 110
 ARMAS-PIRTER, 186
 ARONOVITZ, 35
 ATTIAS-DONFUR, 26
 AZNAR, 149
 BAKER, 129, 147, 148, 150
 BALLESTEROS, 151, 154
 BARBERIS, 78, 79
 BARBOZA, 74
 BARCLAY, 118
 BEAUMONT, 29
 BENDAHAH SILVEIRA, 44
 BENS, 132
 BERLIN, 110, 112, 118
 BERNAD Y ÁLVAREZ DE EULATE, 161
 BETEGÓN, 160
 BIANCHI, 98
 BOBBIO, 119, 120, 122
 BODIN, 118
 BOELE-WOELKI, 26
 BONELLI, 131
 BORRÁS, 181
 BOSSUET, 118
 BOTTOMORE, 105
 BOU FRANCH, 181, 182, 183, 187, 189, 199, 201
 BOUTROS-GHALI, 147
 BOUZA VIDAL, 181, 183, 199, 201, 203
 BURKE, 110
 CÁCERES, 23
 CALVO CARAVACA, 28
 CAMACHO, 149
 CAÑADO TRINDADE, 4, 25, 181, 191, 192
 CAPAZ, 132
 CAPUÑAY CHÁVEZ, 44
 CARDOZO, 113
 CARLYLE, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115
 CARNERERO CASTILLA, 183, 194, 195, 196, 201, 203
 CARRERO BLANCO, 135
 CARRO, 142, 143
 CARTER, 96
 CASSESE, 74
 CASTILLO DAUDÍ, 181, 189
 CAVALLI ASOLE, 44
 CEDENIOS PALACIOS, 44
 CEREZO DE DIEGO, 184, 199, 201
 CERVERA-QUIROGA, 132
 CHÁVEZ SÁNCHEZ, 181
 CÍCERO, 109, 110
 CONFORTI, 55
 CONSTANT, 104, 110, 112, 115, 116
 CORDERO TORRES, 131, 132
 CORELL, 129, 147, 148, 152
 CORTINA, 138, 142
 CRESQUES, 131

- CRIFÒ, 109
 D'AMATO, 96, 98
 DAILLIER, 100
 DE CASTRO, 132
 DE MIGUEL ASENSIO, 181, 184
 DE SINGLY, 26
 DE YTURRIAGA BARBERÁN, 129, 134, 188, 201
 DEGUIT, 54
 DÍEZ DE VELASCO, 161
 DOMÍNGUEZ LOZANO, 25
 DREYZIN DE KLOR, 21, 23, 28, 31, 34, 37, 199, 200, 203, 221
 DRNAS DE CLÉMENT, 4, 82, 181, 184, 200
 DULCERT, 131
 DUPUY, 50, 53, 54, 60, 61, 74, 75, 87, 89, 92, 101, 102
 DUQUE DE MEDINA SIDONIA, 131
 DWORKIN, 54
 ECHEGARAY DE MAUSSION, 36
 EMBAREK, 132
 FERNÁNDEZ ARROYO, 182
 FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, 181, 196
 FERNÁNDEZ DE LUGO, 131
 FERNÁNDEZ ROZAS, 28, 30, 181, 201, 203
 FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, 181, 185, 186, 201, 203
 FERNÁNDEZ SEGADO, 160
 FERNÁNDEZ TOMÁS, 132, 140
 FERRER, 131
 FERRER LLORET, 4, 186, 201
 FILMER, 118
 FLORY, 140
 FRANCO, 136, 142, 144
 FRIEDMANN, 53
 GARCÍA DE HERRERA, 131
 GARCÍA ROCA, 181, 186
 GARCIMARTÍN, 181
 GENTILIS, 118
 GEORGE, 29, 30
 GIDEL, 54
 GOLDSMITH, 96
 GONZÁLEZ, 44
 GONZÁLEZ CAMPOS, 25, 29, 80, 153, 181, 223
 GONZÁLEZ GÁLVEZ, 90
 GONZÁLEZ MARTÍN, 25, 181, 182, 202
 GRÓCIO, 118, 182
 GUILLAUME, 48, 95
 GUTIÉRREZ POSSE, 186, 199
 HAARSCHER, 24
 HÄFFNER, 48
 HART, 52, 54
 HASSAN II, 135, 137, 140, 141, 142
 HAYEK, 112, 115, 116, 117
 HERNÁNDEZ-BRETÓN, 35
 HERNÁNDEZ-PACHECO, 132
 HOBBS, 103, 110, 118, 120
 HOLMES, 113
 HOOKER, 114
 IRIARTE ÁNGEL, 28
 JAMES, 113
 JÁUREGUI, 130
 JAYME, 25, 27
 JELLINEK, 54
 JENKS, 53
 JENNINGS, 48
 JIMÉNEZ, M., 138
 JIMÉNEZ, T., 130
 JIMÉNEZ PIERNAS, 4, 87, 160, 162, 187, 201, 224, 246, 248, 250
 JOÃO SEM TERRA, 106
 JUAN II DE CASTILLA, 131
 JUSTE RUIZ, 187, 201, 203
 KAHN, 146
 KANT, I., 54, 103, 104, 108, 109, 117, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126
 KANT, M., 121, 123
 KAUFMANN, 93
 Kelsen, 52, 54, 91, 92, 95, 96, 104, 120
 KEMELMAJER DE CARLUCCI, 24
 KISSINGER, 141
 KOSKENNIEMI, 48, 60, 75, 80, 89, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 100
 LAFDAL, 132
 LAFER, 105
 LAPIERRE, 26
 LASKI, 93
 LAUTERPACHT, 54, 75, 93
 LE FUR, 93, 95
 LIÑÁN NOGUERAS, 170

- LLAMAS, 25
 LLOVERAS, 24
 LOCKE, 106, 107, 110, 114, 122
 LÓPEZ ESCUDERO, 161
 LÓPEZ GARCÍA, 148, 149, 155
 LÓPEZ MARTÍN, 182, 187, 192, 193, 194, 195, 200
 LUCERO DE GODOY, 36
 LUHMAN, 94
 MADISON, 117
 MAEKELT, 31
 MAESTRE CASAS, 25, 28, 32
 MALIK, 141
 MANGAS MARTÍN, 158, 170
 MARCO AURÉLIO, 116
 MARSHALL, 105, 106, 116, 117
 MARSÍLIO DE PÁDUA, 120
 MARTINEAU, 53, 91, 93, 95
 MARX, 103
 McDOUGAL, 96
 MEJÍA HERRERA, 4, 157, 158, 187, 202, 203
 MERKEL, 107
 MIAJA DE LA MUELA, 134
 MOHAMED IV, 149, 151
 MOHAMED, B., 132
 MONEREO PÉREZ, 113
 MONTESQUIEU, 103, 106, 107, 114, 121
 MORALES LAMA, 187, 199, 202, 221
 MOUKNASS, 142
 NHOUYVANISVONG, 181, 188
 NIETO NAVIA, 4, 185, 188, 199
 NINO, 21
 NÚÑEZ VERDÍN, 44
 ORTIZ AHLF, 23
 OSMAN, 142
 PALACIOS, 141
 PASCUAL VIVES, 4, 162, 171
 PATTERSON, 109, 110, 111, 112, 115, 117
 PECORA, 115
 PÉREZ DE AYALA, 131
 PÉREZ MANRIQUE, 44
 PÉREZ RUBALCABA, 130
 PÉREZ-EMBED, 131
 PEREZNIETO CASTRO, 25, 35
 PESCATORE, 160
 PINIÉS BIANCHI, 151
 PINIÉS RUBIO, 138, 141, 142, 143, 145, 151, 155
 PISHVA, 138
 PLATÃO, 110
 POIARES MADURO, 32
 POSNER, 96
 POUND, 109, 111, 113, 114, 115
 QUEL LÓPEZ, 182, 193, 196
 QUINDIMIL LÓPEZ, 158
 RAUX, 161
 RAZ, 54
 REIG FABADO, 183
 REISMAN, 96
 REUTER, 52
 REY CARO, 4, 82
 RODILES, 52, 59, 89, 90, 94, 96, 102
 RODRÍGUEZ BENOT, 182
 RODRÍGUEZ IGLESIAS, 161
 RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, 181
 RODRÍGUEZ ZAPATERO, 150, 154
 ROMANO, 54
 ROMERO, 155
 ROSS, A., 27
 ROSS, CH., 154
 ROUDINESCO, 26
 ROUSSEAU, 107, 110, 114, 118, 120, 124
 RUILOBA SANTANA, 135
 RUIZ MIGUEL, 143
 RYDBECK, 145
 SÁENZ DE SANTA MARÍA, 80, 153, 223
 SALINAS ALCEGA, 49, 50, 89, 97, 98, 101
 SALOMÓN, 24
 SÁNCHEZ LORENZO, 4, 21, 25, 28, 29, 30
 SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, 80, 98, 101, 153, 182, 193, 194, 195, 222, 223
 SARACHO CORNET, 37
 SCHELLE, 54, 91, 95
 SCHEWENZER, 29
 SCHWARZENBERGER, 93
 SCHWEBEL, 48
 SEGALÉN, 26
 SEN, 117
 SÉNECA, 109
 SIMMA, 48
 SMITH, M.C., 124

- SÓCRATES, 110, 116
 SOLÍS, 142
 SORMAN, 105
 SORTO, 4, 103, 108, 199, 201, 203, 221
 SPIJKERS, 73, 81, 86
 STRAUSS, 110
 STRUPP, 93
 STUART MILL, 103, 111, 112, 115, 116, 117
 TAGLE DE FERREYRA, 42, 44
 TIRADO ROBLES, 49
 TRAVEN, 123
 TRIEPEL, 54
 TRIMBLE, 96
 TRIMMINGS, 29
 TRUYOL Y SERRA, 25
 ULAD, A., 131, 132
 ULAD, EL-MANI, 131
 UREÑA ÁLVAREZ, 135
 VALLADÃO, 106
 VILLABELLA ARMENGOL, 159
 VIRGÓS, 181
 VISSCHER, 52
 WALDHEIM, 140, 141, 145
 WALSUM, 154
 WALTERS, 141
 WEIL, 53
 WINTER, 170
 WITTE, 170
 YANGEER LEE, 33

ÍNDICE ANALÍTICO

- Absolutismo, 93, 106, 107, 109, 114, 118, 120
 Acción autónoma, 39, 45
 Acuerdos de Madrid, 143, 144, 152
 Administración del territorio, 138, 152, 154
 África Occidental Española, 132
 Aplicación, 24, 30, 35, 47, 62, 63, 65, 70, 89, 133, 135, 140, 151, 158, 163, 167, 170, 171, 176
 Arbitraje, 74, 132, 182, 183, 187
 Lando arbitral, 157, 159, 161, 162, 164, 165, 167, 177, 182, 196
 Tribunales Arbitrales, 162, 238
 Argelia, 135, 137, 138, 140, 144, 145, 148, 149
 Autodeterminación, 135, 136, 138, 140, 148, 151
 Autonomía, 50, 53, 59, 60, 61, 74, 82, 89, 111, 115, 129, 134, 147, 149, 150, 151, 152, 153, 155, 162, 172
 Autonomía da vontade, 119
 Autoridad efectiva, 135
 Autoridade, 106, 107, 112, 113, 114, 118, 120, 124
Bill of Rights, 106
 Canarias, 131, 143
 Ciudadanía ateniense, 104, 108
 Ciudadanía europea, 107
 Ciudadanía universal, 103, 104, 108, 119, 122, 125
 Codificación, 29, 30, 34, 35, 53, 93
 Colonización, 132, 137, 139, 140
Common Law, 111, 113
 Competencia judicial internacional, 30, 43
 Conflicto normativo, 57, 58, 83
 Constitucionalismo, 80, 88, 90, 91, 92, 93, 101
 Contrato social, 118
 Convenios multilaterales, 47, 48, 53, 56, 70, 73
 Convención sobre los Derechos del Niño de 1989: 33, 34, 39, 41, 42
 Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción de Menores de 1980: 22, 36, 37, 38, 39, 42, 43
 Cooperación interjurisdiccional, 30
Corpus Juris Civilis, 113
 Debido proceso, 21, 32, 41, 42, 43, 184, 218
 Declaração de Direitos, 106, 108, 111, 114
 Defensor *pacis*, 120
 Democracia representativa, 104, 121, 122
 Derecho convencional, 34, 55, 82
 Derecho de los Tratados, 70, 72, 162, 171, 192, 223
 Derecho de la Guerra, 118
 Derecho Internacional de Familia, 21, 22, 23, 24, 26, 28, 29, 40, 45, 203, 217, 218
 Adopción internacional de menores, 34
 Cobro internacional de alimentos, 34
 Custodia, 38, 39, 40, 41, 43, 218
 Derecho de guarda y visita, 37
 Filiación, 27, 30, 217
 Institución de la familia, 26
 — Familia monoparental, 27, 218
 — Familia ensamblada, 27
 — Unión civil, 27, 217
 Patria potestad, 37, 38
 Residencia habitual, 36, 37, 38, 39, 42, 44, 218
 Restitución internacional, 25, 34, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 181
 Retorno, 37, 40, 183
 Subrogación, 27, 29, 30
 — Acuerdos de subrogación internacional, 29, 30

- Sustracción internacional de menores, 21, 22, 25, 26, 32, 33, 34, 35, 36, 40, 44, 45, 203, 217, 218, 219
- Tráfico internacional de menores, 34
- Derecho Internacional Privado, 21, 23, 24, 25, 26, 32, 33, 36, 40, 44, 45, 203, 217, 218, 219
- Derecho Marcario Comunitario, 157, 168, 175
- Descolonización, 129, 130, 133, 134, 135, 137, 138, 140, 141, 143, 144, 145, 146, 150, 151, 152, 153, 154, 155
- Dictamen del Tribunal Internacional de Justicia, 129, 132, 139
- Direito cosmopolita, 121, 122, 123
- Direito de hospitalidade, 103, 108, 120, 123, 124, 125
- Direito natural, 108, 110, 115, 120
- Direitos civis, 105, 106, 115, 116
- Direitos sociais, 106, 107
- Diversificación, 47, 48, 49, 51, 52, 56, 61, 101, 102, 220
- Dominación colonial, 135
- Eficacia, 22, 30, 32, 47, 51, 56, 70, 71, 74, 83, 90, 92, 97, 99, 101, 163, 165, 220
- Eficacia de sentencia extranjera, 30
- Erga omnes*, 64, 73, 83, 85, 86, 87, 88, 92, 101, 192, 220
- Escola Estóica, 108
- Estoicismo, 24, 108, 110
- Estado absoluto, 106, 118
- Estados Unidos, 60, 61, 104, 107, 111, 116, 122, 123, 125, 140, 141, 142, 147, 150, 152, 154, 155, 183, 195, 202
- Estatuto jurídico, 130
- Excepción de orden público internacional, 31
- Flujos migratorios, 28, 45
- Foros de codificación internacional, 35
- Forum Shopping*, 55
- Fragmentación, 47
- Francia, 54, 132, 139, 141, 142, 147, 150, 152, 154, 155, 163, 164, 195
- Frente Polisario, 136, 145, 146, 147, 148, 149, 151, 153, 154
- Fuente del conocimiento del Derecho, 160, 166
- Fuente del Derecho, 57, 68, 78, 79, 83, 97, 159, 160, 165, 185
- Globalización-Globalização/ Mundialización, 21, 23, 25, 28, 47, 48, 49, 51, 52, 55, 75, 84, 94, 105, 183, 184, 185//28, 48, 49, 50
- Multiculturalidad, 28, 32
- Homologación de sentencia extranjera, 27
- Idade Média, 109, 110, 111, 112, 113, 114
- Ifni, 131, 132, 133, 135, 137
- Império romano, 109, 110, 111
- Independencia, 76, 101, 107, 114, 115, 116, 122, 133, 134, 136, 146, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 162, 174
- Informe Corell, 129, 147, 148, 152
- Inmunidad, 157, 173, 174, 175, 176, 181
- Inmunidad parlamentaria, 174, 175
- Integración sistémica, 47, 55, 56, 68
- Integridad territorial, 138, 142, 150
- Ius cogens*, 64, 81, 82, 83, 84, 86, 87, 88, 89, 92, 101, 192, 195
- Jerarquía normativa, 47, 56, 80, 88, 90, 102
- Jurisprudencia/Jurisprudencia internacional, 159, 160, 163, 165, 166, 169, 170//66, 68, 74, 83, 88, 174, 182, 183, 187, 191, 193, 224
- Jurisprudencia argentina, 21
- Jurisprudencia contradictoria, 97
- Jurisprudencia europea, 157, 158, 161, 162, 163, 165, 167, 168, 170, 171, 172, 174, 176, 177
- Jurisprudencia interpretativa, 162, 169
- Jurisprudencia sociológica, 113
- Jusnaturalismo, 24, 119
- Leviatã*, 118
- Lex specialis*, 55, 56, 57, 58, 59, 61, 62, 79, 93, 102, 220
- Liberalismo, 104, 105, 110, 112, 115
- Liberdade, 103, 104, 105, 106, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 124, 125
- Liberdade individual, 110, 112, 115, 116
- Liberdade jurídica, 119
- Liberdade moral, 119
- Liberdade dos antigos, 115
- Libertad política, 110
- Libre determinación, 86, 130, 134, 135, 136, 137, 140, 141, 144, 146, 147, 149, 150, 151, 153, 154, 155

- Magna Carta*, 113
- Magna Carta Libertatum*, 106
- Marcha Verde, 129, 140, 141, 142, 149, 152
- Mauritania, 135, 136, 137, 138, 140, 142, 143, 144, 145, 146, 148, 152
- Medida cautelar, 35, 37
- Medidas compensatorias, 167, 238
- Medidas de protección, 34
- MERCOSUR, 28, 157, 158, 159, 162, 164, 165, 167, 177
- Cooperación Jurisdiccional, 28, 30, 31, 45, 218
- Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, 159, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 175, 176
- Movimiento de Liberación Nacional, 136
- Nacionalidade, 106, 123, 125
- Normas dispositivas, 80, 83
- Normas imperativas, 51, 71, 73, 80, 81, 82, 83, 84, 86, 87, 88, 192, 220
- Nulidad, 41, 42, 81, 82, 92
- Obiter dicta*, 159, 161, 173, 175, 177
- Opinión Consultiva, 56, 158, 171, 174
- Orden jurídico, 50, 52, 53, 54, 55, 61, 68, 70, 71, 78, 80, 88, 89, 90, 92, 94, 191, 220
- Organización de Naciones Unidas (ONU)
- Asamblea General, 48, 56, 66, 71, 73, 85, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 144, 145, 146, 149, 152, 153
- Consejo de Seguridad, 87, 140, 141, 142, 146, 147, 148, 149, 150, 153, 154, 155
- MINURSO, 129, 146, 147, 154
- Misión de Visita, 129, 136, 137, 138
- Representante Personal del Secretario General para el Sahara Occidental, 146, 147
- Secretario General, 133, 135, 136, 137, 138, 140, 141, 144, 145, 146, 147, 149, 150, 153
- Tribunal Internacional de Justicia, 132, 137, 139, 140, 152
- Parlamento Centroamericano, 173, 174, 175
- Paz Perpétua*, 103, 104, 108, 120, 121, 122, 123, 125
- Plan Baker, 148, 149, 150, 154
- Pluralismo, 27, 52, 90, 91, 92, 93, 94, 209
- Poder originário, 114, 121
- Potencia administradora, 135, 144, 148, 149, 152, 153
- Primacía, 57, 64, 80, 83, 87, 91, 100, 161, 166, 169, 170, 172, 173, 220
- Principio de armonización, 47, 88
- Principio de libre circulación, 157, 161, 162, 163, 164, 175
- Principio de no discriminación, 163, 164, 165
- Principio de proporcionalidad, 157, 161, 163, 165, 167, 175,
- Principios del Derecho Comunitario, 157, 169, 172
- Principio de aplicabilidad inmediata, 170, 172, 173, 176
- Principio de responsabilidad del Estado por incumplimiento de la normativa comunitaria, 172
- Principio del efecto directo, 166, 169, 170, 172, 173, 176, 184, 185
- Procesos de integración, 34, 166, 176, 184, 185
- Sistemas de integración latinoamericanos, 157, 158, 159, 176, 177
- Organizaciones Internacionales de Integración, 158, 175, 176
- Comunidad Andina de Naciones (CAN), 158, 159, 168, 171, 177
- Mercado Común del Sur (MERCOSUR), 28, 157, 158, 159, 162, 164, 165, 167, 177
- Organización para la Unidad Africana (OUA), 145, 146, 153
- Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), 157, 158, 159, 172, 177
- Tribunales de integración latinoamericanos, 157, 161
- Proliferación de tribunales, 90, 196
- Provincialización, 133, 135
- Ratio decidendi*, 158, 161, 164, 167, 169, 171, 173, 175, 177
- Referéndum, 135, 136, 137, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 153, 154

- Regímenes autónomos o especiales, 47, 48, 56, 57, 59, 60, 61, 62, 75, 89, 90, 97, 102, 220
- Derecho del Mar, 52, 59, 75, 100, 192, 194, 223
- Derecho del Medio Ambiente, 48, 50, 52, 59, 97, 192
- Derecho Mercantil, 59, 97
- Derecho Penal Internacional, 97
- Regionalismo, 47, 48, 49, 50, 51, 76, 77, 78, 79, 83, 84, 90, 93, 100, 101, 102
- República Árabe Saharaui Democrática (RASD), 145, 146, 147, 154
- Resolución, 31, 41, 42, 61, 64, 73, 74, 133, 137, 139, 140, 141, 143, 144, 172, 173
- Responsabilidad internacional, 47, 71, 72, 73, 92, 98, 185, 188, 192, 220
- Revolução Francesa, 104, 107
- Revolução Industrial, 107
- Río de Oro, 131, 132, 136, 137, 139
- Roma imperial, 111, 113
- Roma republicana, 111, 113
- Sahara Occidental, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156
- Administración española, 130
- Administración *de facto*, 24, 130, 153
- Conflicto armado, 129, 145
- Sakiet el-Hamra, 132, 136, 137, 139
- Sectorialización, 49, 51, 98, 219
- Seguridad, 47, 50, 56, 57, 59, 70, 74, 75, 77, 92, 96, 97, 99, 102, 139, 150, 163, 164
- Seguridad Jurídica, 34, 43, 53, 60, 97, 162, 219
- Soberanía, 23, 27, 31, 49, 53, 76, 77, 78, 81, 91, 92, 114, 117, 121, 124, 130, 135, 139, 140, 142, 148, 150, 151, 152, 153, 155, 158, 194
- Subsistemas jurídicos, 50, 61, 74
- Territorio nacional, 34, 133, 205
- Territorios no autónomos, 130, 133, 134, 135, 144, 148, 152
- The Federalists Papers*, 107
- Tratado de Paz y Amistad, 131
- Tratados de Derecho Humanos, 23, 25, 26, 30, 32, 33, 39, 40, 41, 42, 73, 218
- Carta de Ciudadanía, 24, 45, 54
- Declaración Universal de Derechos Humanos/ Declaração Universal dos Direitos Humanos, 26, 30, 185, 190, 217//104, 105, 108, 120, 125
- Derechos Humanos/Direitos Humanos, 22, 23, 24, 25, 28, 39, 40, 41, 44, 52, 57, 58, 59, 61, 73, 74, 75, 80, 83, 84, 97//104, 105, 108, 123, 125
- Proceso de humanización, 28, 191, 217
- Derechos Fundamentales, 23, 25, 86, 181, 186
- Libertad Individual, 26
- Igualdad de la persona humana, 26
- Tribunales Internacionales, 31, 58, 62, 79, 176, 196
- Corte Centroamericana de Justicia (CCJ), 159, 172, 173, 174, 175, 176
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), 25, 190
- Corte Internacional de Justicia (CIJ), 48, 56, 60, 61, 68, 73, 74, 80, 86, 87, 90, 92, 100
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA), 157, 159, 165, 168, 169, 170, 171, 175, 176
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), 157, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 170, 171, 172, 174, 177
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), 157, 158, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177
- Tribunales Nacionales, 45, 58, 62
- Corte Suprema de Justicia de Buenos Aires (CSJBA), 36, 39, 41, 42
- Tribunal Permanente de Revisión (TPR), 159, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 175, 176
- Tutela Judicial Efectiva, 27, 32, 42, 44, 187, 219
- Unidad del Derecho Internacional, 47, 52, 58, 80, 93, 97, 98, 100, 102, 176, 203, 219, 220, 221
- Universalidad, 50, 52, 78, 95, 122
- Yemáa*, 126, 136, 143, 145
- Yorikke*, 123

ÍNDICE DE TRATADOS

A) MULTILATERALES

- Convenio de la Haya de 29 de julio de 1899 sobre Solución Pacífica de los Conflictos Internacionales, 73
- Convenio de La Haya para el Arreglo Pacífico de los Conflictos Internacionales, de 18 de octubre de 1907, 73
- Tratado de Paz de Versalles o Pacto de la Sociedad de Naciones, de 28 de junio de 1919 (contenido en los veintiséis primeros artículos del Tratado de Paz, firmado en Versalles), 73
- Tratado de París o de Renuncia a la Guerra (Pacto Brian Kellog), de 27 de agosto de 1928, 73
- Acta General para el Arreglo Pacífico de Controversias Internacionales, de 26 de septiembre de 1928, revisada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1949, 73
- Carta de las Naciones Unidas, de 26 de junio de 1945, 29, 73, 76, 80, 82, 84, 85, 87, 91, 100, 133, 134, 152, 220
- Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, de 26 de junio de 1945, 74, 84, 160
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 2 de mayo de 1948, 30
- Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969, 47, 55, 56, 58, 62, 63, 65, 68, 69, 70, 72, 75, 81, 82, 84, 88, 99, 100
- Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción de Menores, de 25 de octubre de 1980, 22, 34, 36, 37, 38, 39, 40, 42, 43, 45
- Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en materia de Adopción de Menores, de 24 de mayo de 1984, 34
- Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, de 15 de julio de 1989, 34, 36
- Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, de 15 de julio de 1989, 34
- Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, 33, 34, 39, 41, 42
- Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia, de 10 de diciembre de 1992, 172
- Convenio relativo a la Protección del Niño y la Cooperación en materia de Adopción Internacional, de 29 de mayo de 1993, 34
- Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, de 18 de marzo de 1994, 34
- Convenio relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños, de 19 de octubre de 1996, 34
- Convenio sobre el Cobro Internacional de Alimentos con respecto a los Niños y otras formas de Manutención de la Familia, de 23 de noviembre de 2007, 34
- Tratado de la Unión Europea (reformado por el Tratado de Lisboa), de 1 de diciembre de 2009, 157
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de 1 de diciembre de 2009, 163, 167

B) BILATERALES**España**

- Tratado de Paz y Amistad entre España y Marruecos, de 26 de abril de 1860, 131
- Convenio entre España y Francia sobre delimitación de Río de Oro y Guinea, de 27 de junio de 1900, 132
- Convenio entre España y Francia relativo a Marruecos, de 3 de octubre de 1904, 132
- Convenio entre España y Francia por el que se fija la situación de España y Francia en Marruecos, de 27 de noviembre de 1912, 132
- Tratado entre España y el Reino de Marruecos para la retrocesión de Ifni, de 4 de enero de 1969, 135
- Declaración de Principios entre España, Marruecos y Mauritania sobre el Sahara Occidental (Acuerdos de Madrid), de 14 de noviembre de 1975, 143, 144, 145, 152

Francia

- Convenio entre España y Francia sobre delimitación de Río de Oro y Guinea, de 27 de junio de 1900, 132
- Convenio entre España y Francia relativo a Marruecos, de 3 de octubre de 1904, 132
- Convenio entre España y Francia por el que se fija la situación de España y Francia en Marruecos, de 27 de noviembre de 1912, 132

Marruecos

- Tratado de Paz y Amistad entre España y Marruecos, de 26 de abril de 1860, 131
- Tratado entre España y el Reino de Marruecos para la retrocesión de Ifni, de 4 de enero de 1969, 135
- Declaración de Principios entre España, Marruecos y Mauritania sobre el Sahara Occidental (Acuerdos de Madrid), de 14 de noviembre de 1975, 143, 144, 145, 152
- Acuerdo entre Marruecos y el Frente Polisario de alto el fuego, de 6 septiembre de 1991, 146
- Acuerdo entre Marruecos y el Frente Polisario sobre el referéndum de autodeterminación, de 16 de septiembre de 1997, 147

Mauritania

- Declaración de principios entre España, Marruecos y Mauritania sobre el Sahara Occidental (Acuerdos de Madrid), de 14 de noviembre de 1975, 143, 144, 145, 152
- Acuerdo de paz entre Mauritania y el Frente Polisario, de 10 de agosto de 1979, 145

ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA**I. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL****1. Corte Permanente de Justicia Internacional****A) Competencia contenciosa**

- *Caso del Lotus (Francia/Turquía)*, Sentencia de 7-9-1927, 92

2. Corte Internacional de Justicia**A) Competencia contenciosa**

- *Caso de la Barcelona Traction, Segunda fase (Bélgica c. España)*, Sentencia de 5-2-1970, 85, 86, 87
- *Caso del personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán (EEUU c. Irán)*, Sentencia de 24-5-1980, 60, 61
- *Caso de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua c. EEUU)*, Sentencia de 27-6-1986, 73, 76
- *Caso de Timor Oriental (Portugal c. Australia)*, Sentencia de 30-6-1995, 86
- *Caso relativo a la aplicación de la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio (Bosnia-Herzegovina c. Yugoslavia)*, Sentencia de 11-7-1996, 86, 195, 196
- *Caso de las actividades armadas en el territorio del Congo (RDC c. Ruanda)* competencia y admisibilidad, Sentencia de 3-2-2006, 186, 194, 195

B) Competencia consultiva

- Opinión Consultiva sobre el *Sahara Occidental*, de 16-10-1975, 140
- Opinión Consultiva sobre la *Legalidad del uso por los Estados de armas nucleares en conflictos armados*, de 8-7-1996, 56
- Opinión Consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, de 9-7-2004, 56, 195

3. Decisiones Arbitrales**Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR**

- *Lauda n° 1/2005, del Tribunal Permanente de Revisión constituido para entender en el recurso de revisión presentado por la República Oriental del Uruguay contra el*

- laudo arbitral del Tribunal Arbitral Ad Hoc de fecha 25 de octubre de 2005 en la controversia «prohibición de importación de neumáticos remoldeados procedentes del Uruguay» (Uruguay c. Argentina), de 20-12-2005, 162, 165, 167*
- *Laudo complementario n° 1/2006, del Tribunal Permanente de Revisión que resuelve el recurso de aclaratoria interpuesto por la República Argentina en relación al laudo arbitral dictado por este ente el 20 de diciembre de 2005 en la controversia «prohibición de importación de neumáticos remoldeados procedentes del Uruguay» (Uruguay c. Argentina), de 13-1-2006, 164*
 - *Laudo n° 1/2007, del Tribunal Permanente de Revisión constituido para entender en la solicitud de pronunciamiento sobre exceso en la aplicación de medidas compensatorias-Controversia entre Uruguay y Argentina sobre prohibición de importación de neumáticos remoldeados procedentes del Uruguay (Uruguay c. Argentina), de 8-6-2007, 167*

4. Otros Tribunales

A) Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia

- *Caso IT-95-17/1-T, Prosecutor c. Furundzija, Sentencia del TPIY, de 10-12-1998, 86*

B) Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas hasta el 1 de diciembre de 2009)

- *Asunto 26/62, NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Administración de Impuestos de los Países Bajos, Sentencia de 5-2-1963, 166, 170, 172*
- *Asunto C-6/64, Costa c. ENEL, Sentencia de 15-7-1964, 166, 170, 172*
- *Asunto C-56/64 y C-58/64, Consten y Grundig/Comisión, Sentencia de 13-7-1966, 163*
- *Asunto C-33/70, Spa SACE, Sentencia de 17-12-1970, 171*
- *Asunto C-22/70, Comisión/Consejo «AETR», Sentencia de 31-3-1971, 171*
- *Asunto C-37/73 y C-38/73, Sociaal Fonds de Diamantarbeiders, Sentencia de 13-12-1973, 162*
- *Asunto C-152/73, Sotgiu, Sentencia de 12-2-1974, 165*
- *Asunto C-8/74, Dassonville, Sentencia de 11-7-1974, 163*
- *Asunto C-6/74, Moulijn/Comisión, Sentencia de 21-11-1974, 171*
- *Asunto C-61/77, Comisión/Irlanda, Sentencia de 16-2-1978, 165*
- *Asunto C-120/78, Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, Sentencia de 20-2-1979 (Cassis de Dijon), 163*
- *Asunto C-154/78, Valsabbia/Comisión, Sentencia de 18-3-1980, 162*
- *Asunto C-15/81, Gaston Schul, Sentencia de 5-5-1982, 162*
- *Asunto C-15/83, Denkvit Nederland BV. Hoofdproductschap voor Akkerbouwproducten, Sentencia de 17-5-1984, 167*
- *Asunto C-1/87, Universe Tankship/Comisión, Auto de 17-6-1987, 174*
- *Asunto C-51/87, Comisión/Consejo, Sentencia de 27-9-1988, 162*
- *Asunto C-2/88, Zwartveld y otros, Sentencia de 13-7-1990, 174*
- *Asunto C-125/94, Aprile S.R.L. c. Amministrazione delle Finanze dello Stato, Sentencia de 5-10-1995, 162*

- *Asunto C-126/94, Cadi Surgelés y otros, Sentencia de 7-11-1996, 162*
- *Asunto C-265/95, Comisión/Francia, Sentencia de 9-12-1997, 163, 164*
- *Asunto C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer & Co. GmbH c. Klijsen Handel B.V, Sentencia de 22-6-1999, 169*
- *Asunto C-44/98, BASF AG/Präsident des Deutschen Patentamts, Sentencia de 21-9-1999, 163*
- *Asunto C-254/98, Schutzverband Gegen Unlauteren Wettbewerb c. TK-Heimdienst Sass GmbH, Sentencia de 13-1-2000, 163*
- *Asunto C-387/97, Comisión/República Helénica, Sentencia de 4-7-2000, 167*
- *Asunto C-112/00, Schmidberger vs. Austria, Sentencia de 12-6-2003, 163*
- *Asunto C-278/01, Comisión/Reino de España, Sentencia de 25-11-2003, 167*
- *Asunto C-463/01, Comisión/Alemania, Sentencia de 14-12-2004, 163*
- *Asunto C-309/02, Radlberger Gentränkegesellschaft y S. Spitz, Sentencia de 14-12-2004, 163*
- *Asunto C-304/02, Comisión/República Francesa, Sentencia de 12-7-2005, 167*
- *Asunto C-320/03, Comisión/Austria, Sentencia de 15-11-2005, 163, 165*
- *Asunto C-177/04, Comisión/República Francesa, Sentencia de 14-3-2006, 167*
- *Asunto C-200/07 y C-201/07, Alfonso Luigi Marra/Eduardo De Gregorio, Sentencia de 21-10-2008, 174*
- *Asunto C-110/05, Comisión/Italia, Sentencia de 10-2-2009, 163*
- *Asunto C-88/07, Comisión/España, Sentencia de 5-3-2009, 163*
- *Asunto C-570/07 y C-571/07, Blanco Pérez y Chao Gómez, Sentencia de 1-6-2010, 163*
- *Asunto C-127/09, Coty Prestige Lancaster Group GmbH c. Simex Trading AG, Sentencia de 3-6-2010, 169*
- *Asunto C-108/09, Ker-Optika bt contra ÁNTSZ Dél-dunántúli Regionális Intézet, Sentencia de 2/12/2010, 163*
- *Asunto C-291/09, Francesco Guarnieri & Cie c. Vandeveld Eddy VOF, Sentencia de 7-4-2011, 163*
- *Asunto C-317/10P, Union Investment Privatfonds GmbH/UniCredito Italiano, Sentencia de 16-6-2011, 169*
- *Asunto C-46/10, Viking Gas A/S v Kosan Gas A/S, Sentencia de 14-7-2011, 169*

C) Tribunal General de la Unión Europea (Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas hasta el 1 de diciembre de 2009)

- *Asunto T-497/93, Hogan/Tribunal de Justicia, Sentencia de 29-3-1995, 174*
- *Asunto T-17/00, Rothley y otros/Parlamento, Ordenanza de 2-5-2000, 174*
- *Asunto T-316/00, Viking-Umwelttechnik/OHMI combinación de color verde/gris, Sentencia de 25-9-2002, 169*

D) Corte de Justicia Centroamericana

- *Resolución de 13-12-1996 sobre Opinión Consultiva del Parlamento Centroamericano en relación a la competencia de la Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala en torno al artículo 27 del Tratado de Constitutivo del Parlamento Centroamericano, Gaceta Oficial n° 4, de 22-2-1997, p. 5., 173*

- Resolución I. Incumplimiento de normas comunitarias del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA). Asunto Estado de Nicaragua c. Estado de Honduras, Sentencia de 27-11-2001, Gaceta Oficial n° 13, de 4-12-2001, p. 2, 172
- Solicitud de Opinión Consultiva Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro con Sede en San Salvador, República de El Salvador, Ana Victoria del Rosario Martínez Rodríguez. Magistrada Vicepresidente y Sergio Luis Rivera Márquez, Magistrado, de conformidad con el Artículo 22 literal k) del Convenio de Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia, Sentencia de 25-1-2008, Expediente 2-18-1 – 2008, Publicaciones, <http://portal.ccej.org.ni>, 173

E) Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

- Asunto «Aktiebolaget VOLVO», Sentencia dictada en el proceso 1-IP-87, de 3-12-1987, 171
- Asunto «Acegrasas», Sentencia dictada en la interpretación prejudicial 30-IP-98, de 16-6-1999, 169
- Asunto «Envíos de dinero BBVA Bancomer + Gráfica a color», Sentencia dictada en el expediente n° 89-IP-2005, de 20-7-2005, 168

II. JURISPRUDENCIA INTERNA

Argentina

Corte Suprema de la Nación

- CSJN, K., S. y otros c. R., G s/ restitución internacional de menores, Sentencia de 3-7-2009, La Ley, 27-07-2009, 38
- CSJN, B., S. M. c/ P., V. A. s/ restitución de hijo, Sentencia de 19-5-2010, 36

Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires

- CSJBA, B., S. M. c. P., V. A. s. restitución de menores, Sentencia de 4-2-2009, 36
- CSJBA, C. 104.149, V., M.J. Exhortos y oficios/Nulidad de oficio, Sentencia de 15-07-2009, 41
- CSJBA, V. M. J exhortos y oficios, Sentencia de 15-7-2009, 42

Brasil

Sentencia del Supremo Tribunal de Justicia de Brasil

- Sentença Estrangeira n° 4.525 - US (2009/0077159-0), de 25 de junho de 2010, 27

ÍNDICE DE LEGISLACIÓN

Argentina

- Ley 25.626 de 8-8-2002, sobre prohibición a la importación de determinadas mercancías incluidas en la Nomenclatura Común del MERCOSUR e individualizadas y clasificadas en el Sistema Armonizado de Designación y codificación de Mercancías (Boletín Oficial, 09-08-2002), 164
- Constitución Nacional Argentina de 22-8-1994 (Boletín Oficial, 23-8-1994), 21, 24

España

- Real Orden de 26 de diciembre de 1884, por la que se declara el protectorado español sobre el Sahara. 131, 139
- Real Decreto de 10 de julio de 1885, por el que se nombra un Comisario Regio para África Occidental, 131
- Real Decreto de 6 de abril de 1887, por el que el protectorado es subordinado a la Capitanía General de Canarias, 131
- Decreto de 10 de enero de 1958, sobre Territorios españoles de África Occidental Organiza el Gobierno General (BOE, 14-1-1958), 132
- Ley 18/1961, de 19 de abril de 1961, sobre el Sahara y Organización del Régimen Jurídico (BOE, 21-4-1961), 133
- Ley 40/1975, de 19 de noviembre de 1975, sobre descolonización del Sahara (BOE, 20-11-1975), 144

Estados Unidos

- Declaração de Direitos da Virgínia, de 12 de junho de 1776, 120
- Constituição dos Estados Unidos, de 21 de junho de 1788, 111
- Carta dos Direitos dos Estados Unidos ou Declaração dos Direitos dos Cidadãos dos Estados Unidos, de 15 de dezembro de 1791, 111

Francia

- Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, 2 de outubro de 1789, 120

Reino Unido

- Magna Carta das Liberdades ou Concórdia entre o Rei João e os Barões para a outorga das liberdades da igreja e do reino inglês, de 15 de junho de 1215, 106
- Declaração de Direitos de 1689 (Bill of Rights), de 13 de fevereiro de 1689, 106

AHLADI:
NORMAS GENERALES DE PUBLICACIÓN

NORMAS GENERALES DE PUBLICACIÓN DEL ANUARIO HISPANO LUSO-AMERICANO DE DERECHO INTERNACIONAL (AHLADI)

1. El *AHLADI* es una publicación periódica del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, que ofrece en lengua española y portuguesa artículos y estudios doctrinales, con particular atención a la práctica de la comunidad de naciones iberoamericana y filipina. Además, recoge las actividades que viene desarrollando el citado Instituto desde su creación, muy en particular las ponencias presentadas y las resoluciones adoptadas en los congresos que periódicamente celebra. Cierra cada volumen una sección de bibliografía con las publicaciones de sus miembros y asociados. Este *Anuario*, por tanto, proporciona a los lectores de todo el mundo una información selecta de la doctrina iberoamericana y filipina desde la perspectiva del Derecho Internacional Público, el Derecho Internacional Privado y el Derecho de la Integración.

2. Los originales deberán presentarse antes del 31 de marzo de cada año, en formato WORD. Los trabajos de doctrina tendrán una extensión máxima de 40 páginas en el caso de los artículos, y de 20 páginas en el caso de las notas (a doble espacio, en DIN A-4, y letra Times New Roman 12 para el texto y 10 para las notas a pie de página). En la primera página deberá figurar el título del trabajo, nombre y apellidos del autor o autores, seguido de su condición de miembro o asociado del Instituto o, en su caso, del nombre de su centro de trabajo habitual, y de un sumario en el cual se recogerán todos los epígrafes y subepígrafes del trabajo [I.; 1.; A); a);...].

3. Tanto los artículos como las notas doctrinales deberán remitirse acompañadas de un resumen en español y en inglés, de una extensión máxima de 500 palabras, y de un conjunto de índices alfabéticos de: abreviaturas efectivamente utilizadas; analítico o de conceptos; nombres; casos (distinguiendo entre la jurisprudencia internacional y nacional); convenios (distinguiendo entre bilaterales y multilaterales), y legislación interna.

4. Los originales podrán ser presentados en español o en portugués. El autor corregirá sólo primeras pruebas. La evaluación de los originales abarcará también su calidad lingüística, que deberá ser homologable a la empleada habitualmente en el *Anuario*. Se aconseja una sintaxis sencilla y frases breves. Los originales no publicados serán devueltos a sus autores.

5. Sólo se publicarán trabajos originales. La publicación de un trabajo en el *Anuario* implicará, a su vez, la aceptación por el autor de la prohibición expresa de cualquier otra publicación del trabajo en la misma lengua por un período de 2 años a contar desde su publicación. Los autores no recibirán honorarios; sólo un ejemplar del *Anuario* que contenga su contribución y 25 separatas.

6. Se deberá aplicar el siguiente sistema de referencias bibliográficas. Cada vez que se cite por primera vez, se indicará para los libros y en este orden: nombre (sólo las iniciales) y apellidos del autor en minúsculas; título completo de la obra, en cursiva; número de la edición en su caso; lugar y fecha de publicación; y páginas a las que se refiere la cita. Ej.: J.A. Carrillo Salcedo, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid 2004, pp. 123-129.

Para los artículos de revistas (o capítulos de libros) se indicará y por este orden: nombre (sólo las iniciales) y apellidos del autor en minúsculas; título completo del artículo entre comillas; título abreviado comúnmente aceptado de la revista (o título completo del libro) en cursiva, según la lista de abreviaturas del *Anuario*; número, tomo o volumen, y año de publicación; número de página inicial y final en las que se encuentre el trabajo; y páginas a las que se refiere. Ej.: A. Gómez Robledo, «La Convención de Ginebra sobre la plataforma continental», *AHLADI*, vol. 1 (1959), 62-69, pp. 65-66.

7. Los títulos de las obras y de los artículos citados deberán indicarse siempre en su lengua original. Tampoco se traducirán las citas textuales en otras lenguas. Se proporcionará en texto y notas, siempre que sea posible, la versión oficial de los casos y textos normativos citados.

8. Todos los originales presentados se someterán a la correspondiente evaluación científica, a cargo de dos expertos elegidos por el Consejo de Redacción, quienes decidirán sobre la conveniencia de su publicación, atendiendo a los objetivos, la metodología y los resultados obtenidos por el trabajo. En el proceso interno de evaluación se garantizará el anonimato. Una vez aceptado el original, se entenderá como definitivo y no podrá ser modificado por el autor.

9. Los originales destinados a la publicación, los libros y artículos para reseña y toda la correspondencia deberá dirigirse a la Redacción del *AHLADI*, en la siguiente dirección: Prof. Carlos Jiménez Piernas. Facultad de Derecho. Universidad de Alcalá. c/ Libreros, 27. CP 28801-Alcalá de Henares (Madrid). Correo electrónico: carlos.jimenez@uah.es

NORMAS GERAIS DE PUBLICAÇÃO DO ANUARIO HISPANO LUSO-AMERICANO DE DERECHO INTERNACIONAL (AHLADI)

1. O *AHLADI* é uma publicação periódica do Instituto Hispano-Luso-Americano de Direito Internacional, que oferece nos idiomas espanhol e português notas e estudos doutrinários, com particular atenção a prática da comunidade de nações ibero-americana e filipina. Ademais, recorre às atividades desenvolvidas pelo referido Instituto desde sua criação, em particular as palestras apresentadas e as resoluções adotadas nos congressos que de forma periódica o Instituto celebra. Cada volume é finalizado com uma seção de bibliografia que acolhe as publicações dos seus membros e associados. Definitivamente, o *Anuario* proporciona aos leitores uma informação da doutrina ibero-americana e filipina a partir da perspectiva do Direito Internacional Público, do Direito Internacional Privado e do Direito da Integração.

2. Os originais devem ser apresentados antes do dia 31 de março de cada ano, em formato WORD. Os trabalhos doutrinários devem respeitar uma extensão máxima de 40 páginas no caso dos estudos, e de 20 páginas no caso das notas (espaço duplo, forma DIN A-4, e letra Times New Roman 12 para o texto e 10 para as notas de pé de página). Na primeira página deve aparecer o título do trabalho, nome completo do autor ou autores, referência a condição de membro ou associado do Instituto ou, no seu caso, lugar do trabalho habitual do autor, e, finalmente, um sumário com as epígrafes e subepígrafes do trabalho [I; 1; A); a); ...].

3. Os Estudos e as Notas devem vir acompanhados de resumos em espanhol e em inglês, de uma extensão máxima de 500 palavras. Ademais, deverá enviar os seguintes índices por ordem alfabética: abreviaturas, conceitos, nomes, jurisprudência nacional e internacional, tratados (bilaterais e multilaterais) e legislação interna.

4. Os originais poderão ser apresentados em espanhol ou em português. Ao autor se enviarão as primeiras provas de imprensa do trabalho para a devida correção. Na valorização do trabalho também se considerará a qualidade da redação. Aconselha-se uma sintaxe simples e com frases curtas. Devolver-se-ão aos autores os originais não publicados.

5. Unicamente se publicarão trabalhos originais. A publicação de um trabalho no *Anuario* implica o aceite do autor da proibição de qualquer outra publica-

ção similar no mesmo idioma pelo período de 2 anos a contar da própria publicação. Os autores não cobrarão honorários e receberão um exemplar do *Anuario* que contenha seu trabalho e 25 separatas.

6. Com referencia as citações bibliográficas, cada vez que se cite por primeira vez, se indicará para os livros: as iniciais do nome do autor em maiúscula seguidas do sobrenome com a primeira letra em maiúscula; título completo da obra, em itálico; número da edição; lugar e data da publicação; e páginas das que se refere a citação: Exemplo: J. A. Carrillo Salcedo, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid 2004, pp. 123-129.

Com referência aos artigos de revistas (ou capítulos de livros) se indicará: as iniciais do nome do autor em maiúscula seguidas do sobrenome com a primeira letra em maiúscula; título completo do artigo entre aspas; título abreviado da revista segundo a lista de abreviaturas do *Anuario* (ou título completo do livro) em itálico, número, volume, e ano da publicação; número da página inicial e final do trabalho; e, finalmente, as páginas concretas de referência. Exemplo: A. Gómez Robledo, «La Convención de Ginebra sobre la plataforma continental», *AHLADI*, vol. 1 (1959), 62-69, pp. 65-66.

7. Os títulos das obras e dos artigos citados deverão ser indicados no idioma original. Também não serão objeto de tradução as citações textuais em outros idiomas. Proporcionar-se-á em texto e notas, sempre que seja possível, a versão oficial dos assuntos e dos textos normativos citados.

8. Todos os originais apresentados se submeterão a correspondente valorização científica, a cargo de especialistas indicados pelo Conselho de Redação que devem decidir sobre a conveniência da publicação, com base nos objetivos, metodologia e resultados obtidos pelo trabalho. No processo interno de valorização se assegura o anonimato. Uma vez aceito o original, considerar-se-á como definitivo e não poderá ser modificado pelo autor.

9. Os originais destinados a publicação, os livros e os artigos para comentários e toda a correspondência devem ser dirigidos a Redação do *AHLADI*: Prof. Carlos Jiménez Piernas. Facultad de Derecho. Universidad de Alcalá. C/ Libreros, 27. Alcalá de Henares (Comunidad de Madrid) E-28801. E-mail: carlos.jimenez@uah.es

GENERAL RULES FOR PUBLICATION IN THE ANUARIO HISPANO-LUSO-AMERICANO DE DERECHO INTERNACIONAL (AHLADI)

1. The *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (AHLADI)* is the periodical publication of the «Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional». This *Yearbook* publishes articles and studies on doctrine in Spanish and Portuguese languages, with particular reference to the Ibero-American and Philippine practice. In addition, the *Yearbook* accounts for the activities developed by the Institute since its establishment, especially for the papers presented and the resolutions adopted at its periodic congresses. The volume is closed by a bibliography section with the publications of all members and associates. Therefore, this *Yearbook* provides worldwide readers with quality information about Ibero-American and Philippine doctrine in the fields of Public and Private International Law and Integration Law.

2. Manuscripts must be submitted by 31 March each year, in WORD format. The maximum length for contributions on doctrine is 40 pages for articles and 20 pages for notes (A-4 paper, double-spaced, using Times New Roman 12 for text and 10 for footnotes). The first page should show the title of the contribution, the full name of the author or authors, followed by their member or associate status within the Institute (in any other cases, by the name of their habitual workplace), and a summary listing all the headings and subheadings used in the manuscript [I.; 1.; A); a),...].

3. Both articles and notes on doctrine must be submitted along with an abstract in Spanish and English which shall not exceed 500 words. A set of alphabetical indexes shall be included as well, namely, abbreviations, concepts, authors, cases (international v. domestic jurisprudence), treaties (bilateral v. multilateral), and domestic legislation.

4. Manuscripts may be submitted either in Spanish or in Portuguese. The author will be asked to correct only the first proofs. Assessment of manuscripts will also include linguistic quality, which shall meet the *AHLADI* standard. A plain syntax and short sentences are well recommended. Manuscripts not published will be returned to their authors.

5. Only original works will be accepted. Publication of a contribution in the *AHLADI* implies the author's acceptance of an embargo on its work anywhere

else, for a two- year period after the publication. Authors will not receive any fees; a gift copy of the *Yearbook* with their contributions as well as 25 offprints will be sent to them.

6. The accepted format for references to the literature is as follows. Upon first citation, in the case of books the note should state, in the given order: first name (only initials) and surname of the author in lowercase; full title of the book, in italics; edition number; publication place and date; pages referred to in the citation, e.g. J.A. Carrillo Salcedo, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid 2004, pp. 123-129.

For journal articles (or book chapters), the note should state, in the given order: first name (only initials) and surname of the author in lowercase; full title of the article, in quotation marks; the generally-accepted abbreviation of the title of the journal (or book full title) in italics, according to the abbreviations list within the *Yearbook*; number, issue or volume and year of publication (into brackets); the first and last page numbers of the article quoted; pages referred to, e.g. A. Gómez Robledo, «La Convención de Ginebra sobre la plataforma continental», *AHLADI*, vol.1 (1959), 62-69, pp. 65-66.

7. Titles of books and articles shall be quoted in the original language. Literal quotations in other languages shall not be translated in order to avoid back-translation. Whenever possible the cases and normative texts quoted should be the official versions.

8. All manuscripts submitted will be referred by two experts elected by the Editorial Board. These referees will decide on the advisability of publishing them, according to the objectives, methodology and results produced by the works. Anonymity is guaranteed in the internal assessment process. Once a manuscript is accepted, it is considered as definitive and no changes may be introduced by authors.

9. Manuscripts to be published, books and articles for review and all correspondence shall be sent to the editors of the *AHLADI* at the following address: Prof. Carlos Jiménez Piernas. Facultad de Derecho. Universidad de Alcalá. C/ Libreros, 27. C.P. 28801, Alcalá de Henares, Madrid, Spain. E-mail: carlos.jimenez@uah.es