



UNIVERSIDAD DE
MONTEVIDEO
Facultad de Derecho

Revista de DERECHO

MENSAJE DEL DECANO

Universidad, Derecho y Cultura

DOCTRINA

ACHARD, Jorge

La determinación del daño marcario: una nueva regla de tres pasos

ANIDO BONILLA, Raúl

De la afectación como área natural protegida

BASAURE MIRANDA, Isaac Marcelo

La Corte Suprema de Justicia Argentina y un cambio en su jurisprudencia relativa a la Corte Interamericana de Derechos Humanos

HITTERS, Juan Carlos

Control de Convencionalidad

TELLECHEA BERGMAN, Eduardo

Hacia una necesaria profundización de la cooperación jurisdiccional internacional y el reconocimiento de los fallos extranjeros en el ámbito interamericano.

CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

CHABÉN, Nelson Yemil

La consistencia de nuestra oferta exportable

JURISPRUDENCIA COMENTADA

ROJAS RODRÍGUEZ, Mathias

A propósito de un fallo que impidió realizar un aborto bajo la vigencia de la ley 18.987

INFORMACIONES

Carreras de grado

Maestrías y postgrados

Otras noticias de interés

TESINAS DE MASTERS

DE LEÓN DELGADO, María Amelia;

MIRANDA LAKATOS, Verónica y

LLONA SILVA, César

Las "normas privadas" sobre medidas sanitarias y fitosanitarias y el sistema multilateral de comercio

MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

RIGUETTI, Agustina; ÁLVAREZ,

Camila; ROJAS, Mathías; OLLERO,

Melanie; URCHITANO, Micaela y

CEDROLA, Paulina

Valor y fuerza de los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la interpretación del corpus iuris Interamericano: la cosa interpretada

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

Revista Uruguaya de Protección de

Datos Personales (Agosto, 2017),

Nº 2, 123 páginas. Por Carlos Delpiazzo



Revista de DERECHO

MENSAJE DEL DECANO

Universidad, Derecho y Cultura

DOCTRINA

ACHARD, Jorge

La determinación del daño marcario: una nueva regla de tres pasos15

ANIDO BONILLA, Raúl

De la afectación como área natural protegida33

BASAURE MIRANDA, Isaac Marcelo

La Corte Suprema de Justicia Argentina y un cambio en su jurisprudencia relativa a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....63

HITTERS, Juan Carlos

Control de Convencionalidad.....75

TELLECHEA BERGMAN, Eduardo

Hacia una necesaria profundización de la cooperación jurisdiccional internacional y el reconocimiento de los fallos extranjeros en el ámbito interamericano103

CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

CHABÉN, Nelson Yemil

La consistencia de nuestra oferta exportable127

JURISPRUDENCIA COMENTADA

ROJAS RODRÍGUEZ, Mathias

A propósito de un fallo que impidió realizar un aborto bajo la vigencia de la ley 18.987135

INFORMACIONES

Carreras de grado
Maestrías y postgrados
Otras noticias de interés

TESINAS DE MASTERS

DE LEÓN DELGADO, María Amelia; MIRANDA LAKATOS, Verónica y LLONA SILVA, César

Las "normas privadas" sobre medidas sanitarias y fitosanitarias y el sistema multilateral de comercio.....187

MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

RIGUETTI, Agustina; ÁLVAREZ, Camila; ROJAS, Mathías; OLLERO, Melanie;

URCHITANO, Micaela y CEDROLA, Paulina
Valor y fuerza de los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la interpretación del corpus iuris Interamericano: la cosa interpretada337

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

Revista Uruguaya de Protección de Datos Personales (Agosto, 2017), N° 2, 123 páginas. Por Carlos Delpiazzo

MENSAJE DEL DECANO

Universidad, Derecho y Cultura

Gracias porque todavía quedan

Hay algo que todos los uruguayos debemos reconocer y es a las personas que todavía hoy en nuestro país tienen vocación docente. Vocación viene de “vocare” o llamado y son muchos los que aun en nuestros días sienten y responden con entusiasmo y dedicación esa invitación a enseñar y sobre todo a educar, ya que estas expresiones no son sinónimas.

En ámbitos públicos como privados, en la capital como en las ciudades del interior y en múltiples lugares no tan densos de población sigue habiendo personas que se dedican a transmitir sus conocimientos y experiencias a otros. Y no es únicamente en el área del saber intelectual, sino también en materia de oficios y habilidades manuales, técnicas u operacionales que esa transmisión se sigue dando. Con sacrificios a veces impensables y poco conocidos, pensando en los estudiantes antes que en las remuneraciones, con altas dosis de paciencia y de buen humor, muchos orientales de ley siguen enseñando, pero sobre todo educando a otros. Pues no solamente transmiten sus conocimientos, sino que se esfuerzan por hacerlo de cierta manera.

Con tenacidad, picardía y buena onda. Exigen y comprenden a cada alumno en particular. Repiten cuantas veces sea necesario un concepto si alguno no lo terminó de captar. Tratan con enorme respeto a todos y cada uno de sus educandos y al mismo tiempo exigen ese respeto hacia ellos mismos. Esto no significa que impongan miedo, ni fuerza bruta; implica que reflejan su autoridad con un simple comentario sin levantar la voz o con una cierta mirada, pues con eso alcanza si esa autoridad está presente en el docente y la sabe transmitir.

Son exigentes pero comprensivos y por ello justos. Tratan de igual manera a quienes son iguales y de forma diferente a los desiguales. Exigen porque saben querer y entienden que el amor es exigente. Educando,



Revista de **DERECHO**

Publicación semestral de la
Facultad de Derecho de la
Universidad de Montevideo

Director

Santiago Pérez del Castillo

Director Fundador

Carlos E. Delpiazzo

Sub. Director y Redactor Responsable

Miguel Casanova

Lord Ponsonby 2506

Consejo Editorial

Carlos de Cores

Alberto Faget Prati

Jorge Fernandez Reyes

Mercedes Jiménez de Aréchaga

Pedro Montano Gómez

Santiago Pérez del Castillo

Siegbert Rippe

Comisión de Publicaciones

Beatriz Bugallo

Miguel Casanova

Juan Manuel Gutiérrez

Secretaría Técnica

Natalia Veloso

Redacción y suscripciones

Facultad de Derecho

Universidad de Montevideo

Lord Ponsonby 2506

11600 Montevideo – Uruguay

Impresión

Tradinco S.A.

Minas 1367

Telefax: 2409 4463 – 2409 5589

Montevideo – Uruguay

E-mail: tradinco@adinet.com.uy

Depósito Legal 360.809 / 17

Edición amparada en el decreto

218/996 (Comisión del Papel)

ISSN: 1510-5172

ISSN (en línea): 2307-1610

Las expresiones y opiniones vertidas por los autores de cada obra publicada en esta Revista, son de su exclusiva responsabilidad
Año XVI (2017), N° 32

y si tienen la habilidad o el don para entretener, también lo hacen. Pero saben que su primera tarea es educar, no entretener y tener divertidos a sus alumnos. Son conscientes que no tienen por qué ser payasos de circo; para eso están los circos y los programas de entretenimiento. Inspiran confianza, pero nunca son confianzudos. Y toleran con habilidad y buen humor los chistes de sus educandos siempre que no caigan en la grosería o falta de respeto; pues a la inversa, saben divertirse con ellos sin perder las riendas de lo que pretenden enseñar y educar.

Dejan fuera del aula, el taller o el ámbito donde enseñan sus preocupaciones y angustias; se dedican a transmitir lo que deben transmitir, sin resentimientos ni adoctrinamientos encubiertos.

Hacen mil y un sacrificios para llegar en hora y también para finalizar a tiempo sus clases. Dedicar horas y horas a corregir trabajos escritos para entregarlos dentro de los plazos estipulados y no inventan excusas para dilatar su devolución. Explican los errores cometidos y dan pautas para que el alumno descubra y sepa dónde se equivocó o qué le faltó para responder una pregunta de forma más amplia y profunda. Se toman la molestia de corregir los errores matemáticos, de ortografía y de semántica porque están convencidos que los contenidos por sí solos no bastan, sino que deben complementarse con una buena y bella presentación formal. Saben que las formas visten los contenidos y estos docentes también se interesan por transmitir el cuidado por los aspectos estéticos.

Incentivan a sus educandos a pensar por sí mismos; no a repetir como loros lo que otros han pensado y expresado. Los desafían a discutir y discrepar en grupo y con ellos mismos como docentes, siempre que sea con altura y respeto. No le tienen miedo a los que más y mejor estudiaron un tema y se animan a disentir; por el contrario, los estimulan y los elogian pública y privadamente por ser audaces, innovadores y sanamente rebeldes.

Son tolerantes pero exigentes. Pacientes, pero no pusilánimes. No admiten que los sentimientos predominen sobre la razón de sus educandos. Saben que los sentimientos y las pasiones transforman a las personas en volátiles y manipulables y por eso, no utilizan esas herramientas para manejar a su gusto a los que deben educar. Se dedican a reforzar y ejercitar la racionalidad y la voluntad de sus alumnos, como un entrenador físico se dedica a reforzar y ejercitar los músculos específicos de sus entrenados. Comprenden perfectamente que una razón ejercitada y una voluntad fortalecida, son las mejores maneras de contrarrestar los embates imprevistos y ambivalentes de los entusiasmos febriles, de las emociones pasajeras y de las voluntades blandas, fofas y moldeables. Les interesa escuchar de sus alumnos la expresión “yo pienso...”, no tanto la expresión “yo siento...”.

Son docentes dentro como fuera de sus aulas. Enseñan con el ejemplo a cuidar los salones de clase o los talleres. Levantan objetos tirados y los depositan en los lugares adecuados. No tiran basura o papeles en cualquier lado y obligan a otros a hacer lo mismo. Pero antes de obligar, predicar con el ejemplo. Su vocación por educar los insta a hacerlo a tiempo completo, en todo momento y en cualquier espacio.

La pasión y entusiasmo que tienen por su materia la saben transmitir a otros y muchas veces contagian a sus educandos de una manera tan eficaz que logran convertirlos en nuevos docentes de esa materia, sea ella científica, humanística, biológica, artística, manual o sea cualquier oficio.

No se desentienen de los estudiantes más rezagados. Por el contrario, hacen lo posible para que éstos se enganchen en el tren del aprendizaje y no queden a la vera del camino del aprendizaje y autodesarrollo, del saber, los valores y de las actitudes que pretenden inculcar.

Son anónimos en este reconocimiento, ¡pero vaya que tienen nombres, son reconocidos y valorados por miles de alumnos que pasaron por sus cursos!

Porque son así, porque existen todavía muchos, porque contribuyen a trabajar y estudiar más y mejor a sus alumnos; porque se preocupan en formarlos en todas las dimensiones de su personalidad; y porque no esperan ningún otro reconocimiento más que sus educandos sean cada vez mejores ciudadanos, mejores republicanos y mejores personas en todos los quehaceres cotidianos, a todos ellos el país entero les debe un sincero y esperanzado agradecimiento.

Que nunca nos falten y que cada día aparezcan más. Este es el desafío más trascendente que tendremos para los próximos quince años. Y pongámonos a temblar si creemos o confiamos que una máquina o una computadora va a poder reemplazarlos.

Diciembre, 2017

Nicolás Etcheverry Estrázulas

REGLAMENTO EDITORIAL

La **Revista de Derecho** es una publicación semestral de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo.

Desde el año 2002 ha aparecido regularmente, incluyendo las siguientes secciones:

- Mensaje del Decano o del Director
- Doctrina
- Conferencias y clases magistrales
- Jurisprudencia comentada
- Información de la Facultad
- Tesinas de Masters
- Monografías de estudiantes
- Notas de libros y revistas

Desde el punto de vista sustancial, la valoración científica preliminar de los trabajos a publicar se realiza por un calificado Consejo Editorial integrado por Catedráticos de distintas disciplinas. Posteriormente, los trabajos preseleccionados son revisados por pares externos (peer review) quienes evalúan los trabajos recibidos y hacen recomendaciones para su eventual publicación. Cumplido el proceso, el Consejo Editorial elige los trabajos a ser publicados en cada sección de la revista.

El envío de trabajos a la **Revista de Derecho** de la Universidad de Montevideo implica la autorización para que los mismos sean publicados y reproducidos en cualquier medio de difusión aplicado por la Revista. Las expresiones y opiniones vertidas por los autores de cada obra publicada en esta Revista, son de su exclusiva responsabilidad.

Normas Formales de publicación de trabajos de doctrina

1) Los trabajos deben ser enviados por correo electrónico a redaccionfder@um.edu.uy. Las fechas límite para recepción de trabajos son 30 de abril y 30 de octubre.

2) Deben ser inéditos, originales y podrán ser enviados en español o en inglés.

3) Aunque no existe una limitación estricta de la extensión de los trabajos, se recomienda que no excedan las 10.000 palabras.

4) Los trabajos deben ser remitidos en formato Word, Times New Roman, Tamaño 12, interlineado sencillo.

5) El trabajo debe ir acompañado de una presentación que incluya la siguiente información:

- i) Título en español y en inglés.
- ii) Nombre de los autores con indicación de la institución a la que pertenecen.
- iii) Dirección electrónica para la correspondencia con la revista.
- iv) Abstract del trabajo (entre 100 y 200 palabras)
- v) Establecer entre 3 y 5 palabras claves (key words) del trabajo en inglés y en español.

6) Los diferentes apartados del trabajo deben estructurarse según la numeración arábica: 1., 1.1., 1.1.1. y sucesivamente.

7) Las siglas que se incluyan deben acompañarse por su significado, entre paréntesis, la primera vez que se utilicen. Ejemplo: CC (Código Civil).

8) Las referencias bibliográficas deben ser realizadas al pie del texto (formato: Times New Roman, Tamaño 10, interlineado sencillo) siguiendo el siguiente estructura:

- Libros: AUTOR, Título, Editorial, Ciudad, Año.

Ejemplo: GAGLIARDO, M., Sociedades Anónimas, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

- Revistas: AUTOR, "Título", Revista, Volumen, Número, Año y Páginas.

Ejemplo: HAYEK, F., "The use of Knowledge in society", en The American Economic Review, vol. 35, n° 4, 1945, pp. 51 y ss.

9) Las referencias de Jurisprudencia deben establecer: país de origen, órgano judicial que dictó, número y fecha de la sentencia.

10) Las referencias de Derecho positivo deben incluir: país de origen, órgano que dictó la norma, nombre (en caso de corresponder), número y fecha.



DOCTRINA

ACHARD, Jorge

La determinación del daño marcario: una nueva regla de tres pasos

ANIDO BONILLA, Raúl

De la afectación como área natural protegida

BASAURE MIRANDA, Isaac Marcelo

La Corte Suprema de Justicia Argentina y un cambio en su jurisprudencia relativa a la Corte Interamericana de Derechos Humanos

HITTERS, Juan Carlos

Control de Convencionalidad

TELLECHEA BERGMAN, Eduardo

Hacia una necesaria profundización de la cooperación jurisdiccional internacional y el reconocimiento de los fallos extranjeros en el ámbito interamericano.

LA DETERMINACIÓN DEL DAÑO MARCARIO: UNA NUEVA REGLA DE TRES PASOS

THE QUANTIFICATION OF TRADEMARK DAMAGES: A new three-step rule

JORGE ACHARD*

RESUMEN: El objetivo del presente trabajo es profundizar en el estudio de la determinación de los daños marcarios, estudiando nuestra legislación así como legislación comparada y las últimas sentencias relevantes en la materia, con el objetivo final de proponer un método simple que permita fijar criterios básicos para su determinación. La determinación de los daños marcarios suele ser uno de los obstáculos más complejos de sortear por parte de los titulares de marcas a la hora de iniciar un reclamo de daños y perjuicios a quien utilizó su marca sin autorización. La complejidad del tema y las dudas jurisprudenciales en la materia ha llevado a una innecesaria saturación del sistema penal. En el estudio de la casuística local hemos encontrado cuatro clases diferentes de infracciones marcarias: 1. Venta de productos falsificados y confundibles con los productos originales; 2. Venta de productos falsificados pero que no provocan confusión con los productos originales; 3. Uso de marca sin autorización del titular, con el fin de identificar un producto o servicio a ser comercializado, sin que exista producto o servicio original; 4. Uso de marca sin autorización del titular con fines ajenos a la identificación de un determinado producto o servicio. Para determinar el daño en cada una de las hipótesis mencionadas se debe utilizar las distintas herramientas existentes hasta el momento tales como el daño patrimonial, el daño extra-patrimonial y el lucro cesante a través de un concepto novedosos para nuestro medio que se denomina “licencia hipotética”.

ABSTRACT: The objective of the present work is to further study the determination of trademark damages, studying our legislation as well as comparative legislation and the last relevant judgments in the matter, with the final aim of proposing a simple method that allows to establish basic criteria for its determination. The determination of trademark damages is usually one of the most complex obstacles to be overcome by trademark owners when initiating a claim for damages to those who used their trademark without authorization. The complexity of the subject and the jurisprudential doubts in the matter has led to an unnecessary saturation of the criminal system. This is why, at both the comparative and national levels, specific criteria have been established that can be used to determine trademark damage, depending on the assumptions in which we find ourselves. In the study of the local cases we have found four different classes of trademark infringements: 1. Sale of counterfeit that confused products with the original

* Doctor en derecho y Ciencias sociales. Universidad de la República. jorgeachard79@gmail.com

products: 2. Sale of counterfeit products that do not cause confusion with the original products; 3. Use of a trademark without authorization of the owner, in order to identify a product or service to be commercialized, without any original product or service; 4. Use of a trademark without authorization of the holder for purposes beyond the identification of a particular product or service. In order to determine the damage in each of the aforementioned hypotheses, it is necessary to use the different existing tools so far, such as property damage, extra-patrimonial damage and loss of income through a novel concept for us that is called "license hypothetical".

PALABRAS CLAVES: marcas, daños y perjuicios, daño extra-patrimonial, licencia hipotética.

KEYWORDS: trademark, damages, hypothetical license.

Introducción

La determinación del daño en materia de marcas suele ser uno de los principales obstáculos a los que los titulares de marcas se enfrentan a lo hora de iniciar acciones judiciales contra los infractores.

Los obstáculos técnicos que deben sortear no son pocos siendo que nuestra normativa marcaria no brinda ninguna herramienta específica para su determinación. Simplemente se limita a remitirnos al régimen general de daños y perjuicios extracontractuales establecidos en nuestro código civil decimonónico.

Claramente el mundo el siglo XXI, no es ni remotamente comparable al mundo del s. XIX, por lo que el esfuerzo interpretativo que deben realizar los actores del derecho para hacerse con un fallo justo y equilibrado puede volverse una tarea titánica.

A su vez, la ineficiencia del sistema procesal civil para reparar los daños ocasionado por la infracciones marcarias, ha llevado a una indeseada saturación del sistema penal, el que se ve compelido a estudiar denuncias menores o de baja cuantía económica ya que es el único mecanismo realmente eficiente con que cuentan los representantes de las marcas para combatir la piratería. De contar con un sistema civil más eficiente, sin duda muchas de las denuncias penales podrían ser canalizadas por esta vía.

Por esto es que el objetivo de este trabajo es proponer algunos elementos y métodos que pueden resultar útiles para establecer criterios objetivos y alcanzar un *quantum* en la indemnización por ilícito de marcas.

Por último, este artículo se basa sobre la siguiente premisa:

Siempre que exista un uso no autorizado de marca estaremos ante un evento dañoso que deberá ser reparado, con la única excepción de lo

previsto en el art. 12 del Protocolo de Armonización de Normas sobre Propiedad Intelectual del Mercosur (en adelante PANPIM) ratificado por ley 17052.

Toda otra hipótesis de uso no autorizado de marcas tendrá como consecuencia inevitable la reparación de la daño.

Esta premisa surge de la aplicación del **Principio de Reparación integral del daño**,¹ principio de raigambre constitucional formulada muy claramente por parte de la doctrina a la que haremos remisión en honor a la brevedad del presente artículo.²

Este análisis se hace tomando como base la experiencia jurisprudencial nacional y extranjera junto a la legislación más avanzada en la materia.

1. Legislación nacional

La fuente principal de derecho está en lo previsto en el artículo 1319 del código Civil que reza: "*Todo hecho ilícito del hombre que causa a otro un daño, impone a aquel por cuyo dolo, culpa o negligencia ha sucedido, la obligación de repararlo. Cuando el hecho ilícito se ha cumplido con dolo, esto es, con intención de dañar, constituye un delito; cuando falta esa intención de dañar, el hecho ilícito constituye un cuasidelito.*"

1323: "*El daño comprende no solo el mal directamente causado, sino también la privación de ganancia que fuere consecuencia inmediata del hecho ilícito*".

En base a la normativa civil y una vez determinada la existencia de un hecho ilícito, es tarea del intérprete cuantificar y probar el monto al que ascienden los daños y perjuicios causados.

Ahora los criterios tradicionalmente sustentados para cuantificar el daño en activos físicos está calculado sobre la base de la reparación del mismo (daño emergente) más la pérdida de ganancia durante el tiempo que el mismo no estuvo disponible (lucro cesante).

Este criterio previsto en nuestra legislación está pensado para el caso de bienes físicos, en los cuales el daño producido tendrá consecuencias directas en sus titulares en virtud de la imposibilidad de acceso al mismo.

Sin embargo, la realidad de los activos intangibles (marcas, derechos de autor, patentes) es sustancialmente diversa. El derecho afectado del titular de un derecho marcario es justamente el derecho de *ius prohibendi*, cuya violación puede no presentar daños fí-

1 Juan E. Blengio. El Principio de Reparación Integral del daño. Revista Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil. Tomo IV. Año 2016. P. 33.

2 Luis Larrañaga. El Principio de Reparación Integral del daño. Revista Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil. Tomo IV. Año 2016. P. 137.

sicos o materiales directos estimables desde un punto de vista contable, sino que puede provocar daños indirectos al valor de la marca, la reputación de la empresa y/o lucro cesante por no pago de un respectivo canon, al que debió abonar de haber existido un acuerdo entre partes.

Por tanto, resulta trascendente la elaboración de criterios que simplifiquen la determinación de los daños y perjuicios ocasionados por la comisión de ilícitos marcarios. Nuestra jurisprudencia ha sido errática y confusa en la elaboración de estos criterios. Esperamos que este trabajo ayude a clarificar los mismos y a uniformizar estos principios.

Siguiendo los principios generales de nuestro Código civil, el daño causado por la falsificación marcaria puede provenir de:

- el mal directamente causado a su titular o
- la privación de ganancias que fuera consecuencia inmediata del hecho ilícito.

Nuestra jurisprudencia ha entendido en anteriores fallos que el mal directamente causado a su titular solo se produce cuando es posible acreditar una baja en las ventas del titular de las marcas. Es casi imposible (salvo en casos muy extremos que nunca pude ver en mi práctica profesional) poder determinar en un ciclo económico, que una baja en la venta de productos puede ser atribuida a un caso específico de falsificación marcaria o uso indebido de una marca, lo que hace devenir este requisito de prueba *imposible*.³

Esto por varias razones: en primer lugar, porque los factores que pueden determinar la suba o no de las ventas de una empresa son tantos que sería imposible aislar los fenómenos económico-comerciales para establecer un nexo causal entre un ciclo económico determinado y un caso de uso indebido de marcas. En segundo lugar, porque en la práctica son pocos los casos en los cuales el uso indebido de una marca llevará a la existencia de confundibilidad de productos y por tanto no podrá alegarse un daño comercial. La confundibilidad de los productos está determinada por múltiples factores entre los que podemos mencionar: el lugar de venta, la presentación del producto, la garantía, etc. En tercer lugar, porque el daño no es cuantificable de manera directa sino que estaríamos en los daños causados al prestigio y la reputación de una marca o una empresa, algo que no es fácil de medir en forma precisa.

En otro aspecto, otro de los daños causados al titular de una marca no está en pérdidas directas, sino en el lucro que debió haber percibido su titular si el infractor hubiese cumplido solicitado una licencia. Este criterio denominado “licencia hipotética” ya cuenta con previsión expresa en algunas legislaciones y me referiré a él con posterioridad.

2. Jurisprudencia nacional

Ha existido otra corriente jurisprudencia que, apoyada en doctrina nacional y extranjera, sostiene que el daño patrimonial directo y efectivo causado al titular de una marca

³ Virginia Cervieri, Acción de daños y perjuicios, en Anuario de Derecho Comercial. Tomo 9 Año: 2001, p. 386.

puede resultar de la privación de ganancia, la que surge de manera directa de determinar el lucro del infractor.

Es, siguiendo este razonamiento, que varios tribunales han cuantificado los daños y perjuicios ocasionados por ilícitos marcarios en función de la venta de los productos falsificados, pero a precio del producto legítimo, partiendo de la base que la venta de los productos falsos implicó una pérdida al titular marcario igual a la pérdida ocasionada por la venta de productos de productos originales.

En el mismo sentido se han pronunciado en nuestro país Lamas⁴, Gutiérrez Carrau⁵, Cervieri⁶ y Bugallo⁷.

En cuanto a la jurisprudencia nacional, a vía de ejemplo:

- Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno Sentencia N° 20 de 6 de marzo de 1995: “La determinación del monto surgirá del proceso de liquidación de sentencia. La base de cálculo será la diferencia entre el total de las sumas obtenidas por las ventas del producto en infracción (“BOMBRILO”) y el costo de importación de dicha mercadería puesta en Montevideo, (los rubros para arribar al costo de importación serán los referidos a fs 53 “in fine” y 54 “supra”).”
- Sentencia N° 91 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4° Turno: en este caso el colegiado tomó como base para el cálculo del monto del daño el margen de ganancia de la empresa perjudicada con la venta de cada producto genuino y lo multiplicó por la cantidad de productos en infracción comercializados, incautados o importados.
- Sentencia N° 6 de 25 de febrero de 2000, dictada por la titular del Juzgado de Paz Departamental de 15° Turno y confirmada en segunda instancia por la Dra. Beatriz Venturini: “Respecto de los daños y perjuicio emergentes de la infracción, fundada en los artículos 1319 del Código Civil y 87 de la Ley de marcas, se ha señalado que la dificultad de probar el monto exacto no debe obstar al resarcimiento. Bastará probar la existencia del ilícito y las ventas efectuadas con la marca en infracción para que el juzgador tenga una base suficiente para la fijación de la reparación”.
- Finalmente, la Sentencia del Juzgado Letrado de Maldonado de 5° Turno: “Como ha expresado la jurisprudencia vernácula en esta etapa de liquidación de sentencia no es posible dejar de fallar argumentando deficiencias probatorias en este sentido el Tribunal de Apelaciones de 2° Turno ha expresado: No es posible rechazar la pretensión en la etapa de liquidación fundándose en la ausencia de prueba sobre el quantum de la indemnización, cuando ya se ha dado por probado el perjuicio en la etapa de conocimiento, tal como lo ha sostenido anteriormente esta Sala (Sent.

4 Mario Daniel Lamas. Derecho de Marcas en el Uruguay. Año 1999 P. 281.

5 Juan Manuel Gutiérrez Carrau, Manual Teórico-Práctico de marcas. Año 2009. p. 199

6 Virginia Cervieri, Anuario de Derecho Comercial, Tomo 9. 2001, págs.. 385 y ss. Año 2001

7 Beatriz Bugallo, Propiedad Intelectual. FCU, 1a. Ed. 2006, Pág. 206

174/87 RUDO 3/88 caso 548, pág. 399) En estos casos existe igualmente obligación del Juez de fijar un quantum del perjuicio ya probado en cuanto a su existencia, pudiendo sobre la base de que analógicamente la estimación del reclamante puede ser tomada como una declaración jurada moderada a su prudente arbitrio (art 15 Código Civil y 378 inc. 3 CGP)."

Nuestra máxima corporación también tuvo ocasión de analizar la cuestión, afiliándose mayoritariamente a la tesis restrictiva para determinación y rechazando el reclamo. Sin embargo, uno de sus miembros fue discordante y se fundamentó en las tesis expuestas por Bugallo y Lamas. Al respecto citamos la **opinión del actual Ministro de la Suprema Corte de Justicia, Dr. Jorge Larrieux, discordante en el fallo N° 3213/2011** emitido por la Corporación:

"Siguiendo en el punto a los autores nacionales Beatriz Bugallo, y Mario Daniel Lamas, estimo que para la determinación de daños y perjuicios en materia marcaria no debe estarse al régimen general establecido en el Artículo 1319 del Código Civil.

Beatriz Bugallo sostiene que al momento de plantearse un accionamiento por daños y perjuicios por ilícita utilización marcaria, se presentan dos posiciones: una de ellas considera que debe apelarse al régimen general del Artículo 1319 del Código Civil, mientras que la otra sostiene que estamos ante un caso particular o especial de régimen de accionamiento por daños y perjuicios, propio de la materia marcaria (Cf. Bugallo, Beatriz, Propiedad Intelectual, FCU, 1a. Ed. 2006, Pág. 206). La referida autora sostiene que la posición tradicional, seguida en derecho nacional por Freira, impide en definitiva el ejercicio de derechos por el titular marcario (Cf. Bugallo, op. cit., Pág. 206).

*... los argumentos de la doctrina que sostiene esta posición especial en materia de reparación para cuestiones marcarias, se sustentan en que sobre la base del Artículo 88 de la Ley No. 17.011 se crea un régimen especial en materia de acción de daños y perjuicios, porque si no fuera así sería ilógico que el legislador hubiera reiterado un principio general. **En esta teoría la obligación de indemnizar nace de la obtención de ganancias a partir del uso de un signo propiedad de un tercero, confundible con el signo de un tercero, sin necesidad de que el titular cuyo derecho fue infringido pruebe el daño efectivo en su patrimonio** (Cf. Bugallo, op. cit., Pág. 208).*

Por tanto, si se otorga el derecho exclusivo de uso de una marca a su titular, y por ese solo hecho, aunque no la use, se le acuerda acción para su protección, el ilícito queda configurado con el uso no autorizado por parte de un tercero, que trae aparejado como consecuencia un daño de tipo "in re ipsa". Este argumento encuentra sustento en que la determinación de los daños y perjuicios puede hacerse tan dificultosa que deba calificársela de prueba "imposible" (Cf. Bugallo, op. cit., Pág. 207), lo que dejaría siempre sin satisfacción la reparación de daños sufridos por el titular de la marca, o lo que es lo mismo, quedaría sin tutela aquiliana de su derecho.

En autos emerge firme el hecho de que se usó ilegítimamente la marca “A” por parte de la co-demandada Alce Aluminio S.A., marca que era utilizada además por la impetrante, y que se encontraba registrada conforme a derecho. Siguiendo a Bugallo (en op. cit., Pág. 207), esta situación de registración permite conocer al demandado la preexistencia de la marca registrada, y por su parte hace prácticamente “imposible” la prueba relativa a qué consumidores se confundieron y compraron la mercadería del infractor, o qué disminución de ventas o magro aumento de éstas se deben directamente al ilícito marcario, todo lo cual podría desembocar en una protección indirecta del infractor que no respeta el derecho del titular de la marca, ya que jamás respondería del daño causado por su dificultad probatoria.

En esta misma línea de pensamiento se encuentra el autor Mario Daniel Lamas, quien sostiene que el hecho de existir una marca registrada usada por otro indebidamente, lleva a que doctrina y jurisprudencia tiendan a determinar criterios objetivos para estimar el monto de los daños y perjuicios, ya que el otro camino posible, que es el de acreditar que como consecuencia de la venta de productos ilegítimos el titular de la marca dejó de vender tantos productos legítimos, llevaría inevitablemente a que los infractores se burlaran de la Ley, porque se trata de una prueba prácticamente imposible (Cf. Lamas, Mario Daniel, *Derecho de Marcas en el Uruguay*, Ed. Barbat & Cikato, Pág. 282). El referido autor (en op. cit., Pág. 282), sostiene, citando posición de Jorge Otamendi, que “Una posición contraria contribuiría a la creación de un halo de impunidad alrededor de las infracciones marcarias, penales o civiles”. Este mismo autor (en op. cit., pág. 282) entiende, citando opinión del estadounidense Callmann, que “las más elementales concepciones de justicia y de orden público requieren que quien actúa indebidamente correrá con el riesgo de la incertidumbre que su propio acto indebido ha creado” (cursiva y negrita nuestra).⁸

Este razonamiento (que en lo personal comparto plenamente) sirve únicamente para explicar alguna de las hipótesis de ilícitos que uno puede encontrar en la vida cotidiana, pero no para cuantificar los daños provocados en una gran cantidad de casos existentes en la vida real: por ejemplo, ¿qué sucede si la marca no se encuentra en uso? ¿Qué sucede si no existen productos originales que sean confundibles? ¿Qué sucede si el hecho ilícito está en la pérdida de prestigio o dilución de la marca (hecho ilícito establecido en PANPIM)? ¿Cómo cuantificamos el daño en estos casos?

A continuación analizaremos las distintas hipótesis que pueden suceder en materia de infracción marcaria y las herramientas jurídicas que contamos para su cuantificación.

8 1) Comparto la posición del discordo Larrioux con la salvedad no menor de entender que el establecimiento de criterios específicos para la cuantificación del daño de manera alguna implica ir en contra de nuestro sistema decimonónico. Nuestro sistema de daños y perjuicios previsto en el Código Civil no prevé un mecanismo específico de determinación de los daños y perjuicios, esto queda librado al interprete el que deberá analizarlos a la luz de cada caso concreto, y por lo anteriormente mencionado se deberá tomar en cuenta las específicas características de los daños provocados en activos no materiales tales como son las marcas.

3. En relación con el daño Extra-patrimonial o Moral

La noción de daño moral es sumamente diverso y ha mutado tanto en doctrina como jurisprudencia, existiendo una innegable tendencia a la ampliación de radio de acción. Sin pretender agotar el tema encontramos que el *“daño no patrimonial” en sentido estricto es lo referente a los efectos anímicos o sufrimientos moral y a los dolores físicos; en esta postura el daño moral no se independiza del dolor y no se concibe aquel sin este..Scognamiglio, opina que debe atenderse a tres tipos de daños: patrimonial, personal y moral, siendo estos dos últimos extrapatrimoniales, define el daño patrimonial como aquel que lesiona bienes patrimoniales en tanto que el daño personal refiere a aquel que vulnera los derechos inherentes a la personalidad, y, finalmente el daño moral se vincula a los dolores y turbaciones psíquicas, esto es, a los sentimientos y los afectos del sujeto.*⁹

Gamarra entiende que el daño moral *“está íntimamente vinculado a la violación de los derechos de la personalidad: los atentados a la integridad física (amputación de un miembro, cicatrices deformante, al honor, a la intimidad, la libertad, difamación, dolor por la muerte de un ser querido, “shock” nervioso producido por un accidente, el dolor físico y la angustia mental, la pérdida de la expectativa de vida.”*¹⁰

Como puede verse tradicionalmente se ha definido al daño moral como "un intenso dolor o aflicción psicológica" que sufre una persona en virtud de un hecho ilícito (ej: fallecimiento de un familiar, pérdida de alguna habilidad personal, etc). Esto ha permitido a los jueces reparar daños de imposible cuantificación, al que se denominó daño moral, y que cuenta como base normativa lo establecido en el art. 1611 del Código Civil.

Con el tiempo el ámbito de aplicación se ha ido extendiendo al punto que hoy se utiliza para cuantificar daños por incumplimientos contractuales.¹¹ Sin embargo, la definición tradicionalmente aceptada de daño moral ha generado dudas sobre su aplicación a las personas jurídicas, en razón de que no serían pasibles de sufrir una fuerte afeción. Siendo que el sistema marcario es un instituto comercial, la titularidad de las marcas se encontrará en su mayoría en manos de personas jurídicas, por lo que este elemento resulta esencial.

Ya en su momento Gamarra nos decía que: *“Finalmente cabe señalar que las personas jurídicas pueden accionar también por daño moral, porque puede haber daño no patrimonial diverso al dolor, y la persona jurídica perjudicarse como consecuencia de una campaña difamatoria, ofensas a su honor o reputación, usurpación del nombre, violación del secreto epistolar. El art. 338, Cód. Penal, ratifica este criterio, pues contempla el caso de ofensa contra una corporación social, política o administrativa y autoriza a la “corporación ofendida” para que promueva la denuncia penal”.*¹²

El Prof. Jorge Otamendi (citado por Juan Manuel Gutiérrez Carrau)¹³ nos dice: *“Se ha admitido que quien ha sufrido un perjuicio moral o social, compatible con su naturaleza, cual es*

9 Federico Arregui Mondada. Libro: El daño moral y su cuantificación. Artículo “El daño moral”. P. 39. Año 2016.

10 Jorge Gamarra. Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Tomo XIX. P. 257. Año 1991.

11 Federico Arregui Mondada. Libro: El daño moral y su cuantificación. Artículo “El daño moral”. P. 49 Año 2016.

12 Jorge Gamarra. Tratado de Derecho civil Uruguayo. P. 278. Año 1991

13 Juan Manuel Gutiérrez Carrau. Manual Teórico – práctico de marcas. P. 201. Año 2009.

el menoscabo de su reputación y prestigio comercial, en el caso de una sociedad, debe ser resarcido” Y más adelante: *“esta discusión, obviamente no se plantea cuando el titular de la marca original es una persona física...El daño que el uso de una marca en infracción puede ocasionar, cuando es de mala calidad, a la marca falsificada o imitada, es absolutamente intangible. Pero no por ello menos cierto. La buena imagen, el prestigio, la reputación de una marca, pueden sufrir un daño irreparable si el público comienza a creer que el producto que ella distingue es de mala calidad. Una labor de años puede destruirse en poco tiempo. Se afectará así la reputación, el prestigio y se ocasiona, en la medida señalada un daño moral a la marca, y a veces también a su titular.”*

A efectos de sortear esta problemática considero más apropiado la utilización del término **daño extra-patrimonial**, como concepto superador y de alcance más amplio que el daño moral. Es importante resaltar que este concepto ya cuenta con referencia legal en el art. 36 de la ley 17250 (ley de relaciones de consumo).

En conclusión, y siguiendo la posición de Gamarra y Otamendi, nada obsta la indemnización del daño extrapatrimonial en personas jurídicas, por lo que este instituto es perfectamente aplicable para la indemnización de los daños por ilícitos marcarios.

4. Hipótesis de uso ilícito de marca y su incidencia en la cuantificación de los daños

Encontramos **cuatro hipótesis de uso ilegítimo de marca**. Cada una de las hipótesis tendrá su propio sistema de cuantificación de daños:

- a. Venta de productos falsificados y confundibles con los productos originales.
- b. Venta de productos falsificados pero que no provocan confusión con los productos originales.
- c. Uso de marca sin autorización del titular, con el fin de identificar un producto o servicio a ser comercializado, sin que exista producto o servicio original.
- d. Uso de marca sin autorización del titular con fines ajenos a la identificación de un determinado producto o servicio.

4.1. Primera hipótesis: Venta de productos falsificados y confundibles con versión original.

Tal como ha sido explicado anteriormente nuestra jurisprudencia calcula los daños marcarios sobre la ganancia obtenida por la venta de productos falsos realizada por el infractor, sobre el valor de venta del producto original.

Este método de cálculo estuvo fundamentado en que si los productos son confundibles con la versión original, es razonable concluir que la venta del producto falso es directamente proporcional al lucro cesante ocasionado al titular del derecho. A efectos de calcular la ganancia la jurisprudencia ha estimado que la tasa de ganancia es de entre

un 30% a un 50% del valor de venta del producto original, siempre calculado sobre la cantidad de productos falsos que se hayan vendido.

El problema que plantea el criterio anteriormente mencionado es que en la práctica son pocas las veces en que se encuentra un caso donde existe un producto falsificado que sea 100% confundible con su versión original, no por el símbolo marcario (el que habitualmente es 100% confundible), sino con el producto. En general la calidad del producto falsificado, el precio y/o el lugar de venta, llevan al consumidor a poder identificar un producto original de uno falso con suma facilidad.

Por tanto, puede suceder que un juez rechace este método para el cálculo de daños marcarios en virtud de la inexistencia de confundibilidad entre los productos. Para evitar esto se propone el siguiente método.

4.2. Segunda hipótesis: Venta de productos falsificados pero que no provocan confusión con los productos originales.

En este caso, se vuelve necesario buscar otro criterio para la determinación de los daños marcarios ya que al no existir confusión entre los productos no habría existido pérdida en las ventas.

En mi opinión en la hipótesis analizada el daño se encuentra ocasionado en doble plano:

- En primer lugar, por la propia venta de productos falsificados, pero en este caso su entidad no estará asociada al valor del producto original, ya que si no son confundibles, el consumidor sabía perfectamente lo que estaba comprando y por tanto no es razonable prever que el titular de la marca haya tenido pérdida directa por venta de productos. En este caso deberemos basar el cálculo del daño en el valor del producto falso, tomando la tasa de ganancia del mismo como referencia. El fundamento de este criterio se basa en que si el infractor no debía identificar sus productos con un determinado signo, e igualmente lo hizo, es porque precisaba del mismo para venderlos, por lo que la ganancia de estos deberá pertenecer al titular del signo marcario utilizado.
- En segundo lugar, este elemento deberá ser complementado con el daño extrapatrimonial ocasionado por la venta de estos productos. En la gran mayoría de los casos en que se venden productos falsos y los mismos no son confundibles con los originales es debido a la mala calidad de estos productos falsos. En efecto, quien invierte en el posicionamiento de su marca, es porque invierte en la calidad de sus productos, y esta es la razón de ser de la institución de las marcas en el mundo entero, que se compita en mejorar los productos y no únicamente por precio. Es así que la venta de productos de mala calidad diluye la fuerza distintiva de la marca y le quita valor comercial (art. 11 de ley 17052). Este daño claramente es de imposible cuantificación mediante método contables tradicionales, por lo que únicamente puede ser determinado mediante el procedimiento previsto en el art. 1611 del Código Civil (daño extra-patrimonial).

Por tanto para este caso el cálculo de los daños se debe realizar en base al precio de venta de los productos falsificados más el daño extra-patrimonial ocasionado a la marca por la venta de productos falsificados generalmente de inferior calidad (lo que por supuesto deberá ser probado) debiendo tomarse en consideración a estos efectos el valor de la marca y la cantidad de productos efectivamente comercializados.

4.3. Tercera hipótesis: Uso de marca sin autorización del titular, con el fin de identificar un producto o servicio a ser comercializado, sin que exista producto o servicio original.

En este caso no son de aplicación los dos criterios mencionados anteriores debido a que no existe producto original con el que realizar la comparación de confundibilidad (daño patrimonial) ni de calidad (daño extra-patrimonial).

Sin embargo existe una prohibición legal para del uso del signo marcario que debe ser acatada y por tanto un derecho que ha sido vulnerado, el que en virtud del principio de reparación integral del daño no puede quedar sin reparar.

Ahora, si alguien hace uso del derecho de otro en una actividad comercial es porque el mismo le brindó alguna ventaja comparativa en el mercado, la que se vuelve ilegítima. Por tanto si existió un lucro que se volvió ilegítimo por incumplimiento de las normas marcarias deberemos buscar un método que permita calcular los daños ocasionados.

Quien vio esa ventaja comparativa en la utilización del signo marcario perfectamente pudo haber pagado un canon para su utilización y hacer de la misma un uso legítimo con respeto de los derechos del titular del signo marcario. A este criterio se le denomina "licencia hipotética" y ya cuenta con consagración legal en Europa. A mi juicio, a falta de consagración legal expresa, en nuestro derecho el mismo se encuentra comprendido dentro del denominado "Lucro Cesante".

Por esta razón entiendo que el criterio más justo para determinar el daño causado en esta hipótesis, está en determinar mediante pericia contable cual hubiese sido el canon que se debió pagar por la utilización del signo marcario en virtud de las ventas realizadas.

Recurrir a una pericia contable a efectos de determinar el valor de los daños ocasionados no sería exclusivo de las normas marcarias, ya que existen previsiones similares en otros institutos civiles, a saber: tenemos la previsión del 1720 del Código Civil y art. 17 lit. B de la ley 17164 (Ley de Patentes).

4.4. Cuarta hipótesis: Uso de marca sin autorización del titular con fines ajenos a la identificación de un determinado producto o servicio.

Este es el caso de las parodias, películas, etc. Es un acto ilícito la utilización de signos marcarios sin autorización del titular del mismo para cualquier hipótesis que no sea la mencionada en este art. 12 de la ley 17052. Este incluye su utilización para películas, obras de teatro, parodias, etc.

El daño provocado en esta infracción claramente no puede ser evaluado con las mismas herramientas que las hipótesis anteriores ya que no estaríamos en una situación de lucro comercial directamente relacionada con la identificación de productos mediante un determinado signo, base sobre la que se asientan las demás criterios de cuantificación mencionados.

Ahora, en este caso pueden darse dos situaciones radicalmente distintas y que necesariamente influyen en la determinación del daño ocasionado. Por un lado este uso puede no ocasionar ningún daño extra-patrimonial al titular del derecho, y si una fuente de lucro para el infractor. Por otro lado, puede provocar enormes daños extra-patrimoniales al titular de la marca. Esto dependerá del uso que se le brinde.

Por tanto entiendo que el damnificado deberá tener la opción de solicitar:

- El daño extrapatrimonial ocasionado.
- Determinación de un canon por el uso no autorizado de la marca (“licencia hipotética”).

La opción a ejercer dependerá de las circunstancias del uso y del daño que pudo haberse ocasionado en virtud de la exposición pública realizada y del valor de la marca utilizada.

5. Sistema Europeo De Determinación Del Daños En Materia De Propiedad Intelectual

Resulta sumamente interesante analizar la normativa europea de cuantificación del daño marcario debido a que los conceptos vertidos en el presente trabajo ya cuentan con consagración legal específica. Veamos.

La cuantificación de los daños está establecida en la **directiva 2004/48/CE que en su art. 13** expresa:

“Los Estados miembros garantizarán que las autoridades judiciales competentes ordenen, a instancia de la parte perjudicada, al infractor que, a sabiendas o con motivos razonables para saberlo, haya intervenido en una actividad infractora, el pago al titular del derecho de una indemnización adecuada a los daños y perjuicios efectivos que haya sufrido como consecuencia de la infracción. Cuando las autoridades judiciales fijen los daños y perjuicios: a) tendrán en cuenta todos los aspectos pertinentes, como las consecuencias económicas negativas, entre

ellas las **pérdidas de beneficios**, que haya sufrido la parte perjudicada, cualesquiera **beneficios ilegítimos obtenidos por el infractor** y, cuando proceda, elementos distintos de los factores económicos, tales como el **daño moral causado** por la infracción al titular del derecho, o b) como alternativa a lo dispuesto en la letra a), podrán, cuando proceda, fijar los daños y perjuicios mediante una cantidad a tanto alzado sobre la base de elementos como, cuando menos, **el importe de los cánones o derechos que se le adeudarían** si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión. 2. Cuando el infractor no hubiere intervenido en la actividad infractora a sabiendas ni con motivos razonables para saberlo, los Estados miembros podrán establecer la posibilidad de que las autoridades judiciales ordenen la recuperación de los beneficios o el pago de daños y perjuicios que podrán ser preestablecidos.”

Como puede verse la directiva europea prevé los criterios anteriormente expresados en este trabajo, aunque sin una sistematización específica, dejando librado a la determinación del juez en cada caso y según la pretensión del actor.

Al respecto resulta interesante el comentario que sobre la misma realiza el Presidente de la sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante y Tribunal de Marca Comunitaria **Enrique García-Chamón Cervera**¹⁴: “Si el titular de la marca lesionada pretende una indemnización superior a la mínima puede optar por cualquiera de los criterios “para fijar la indemnización de daños y perjuicios” contenidos en el artículo 43.2 LM -EDL 2001/44999-. En este precepto, siguiendo con excesiva literalidad lo dispuesto en el artículo 13 de la Directiva 2004/48/CE -EDL 2004/44566-, distingue, de un lado, las llamadas consecuencias económicas negativas y, de otro lado, la llamada regalía hipotética. Dentro de las consecuencias económicas negativas se incluyen los beneficios que el titular habría obtenido mediante el uso de la marca si no hubiera tenido lugar la violación. Propiamente, estamos en presencia del lucro cesante. El método para determinar su cuantía exigiría demostrar al actor que a partir del momento de la infracción ha experimentado un descenso importante en sus beneficios causado directamente por la conducta infractora del demandado. Sin embargo, en la práctica se parte de que las unidades de productos o servicios vendidos por el infractor lo hubieran sido por el titular de la marca y este número se multiplicará por el beneficio que el actor obtiene con la venta de sus unidades de productos y servicios. Este criterio obliga al actor a alegar y justificar cuál es el beneficio obtenido por cada unidad de producto o servicio cuyos signos distintivos han sido infringidos. Será el demandado quien deberá oponerse al referido cálculo argumentando que su actividad no tiene posibilidad de interferir total o parcialmente con la del titular de la marca o que el beneficio por unidad alegado por el perjudicado es inferior. Este criterio de determinación de la cuantía indemnizatoria apenas se utiliza en la práctica forense, quizás porque obliga al titular de la marca a facilitar información sobre sus datos económicos que pueden llegar a ser conocidos por sus competidores. Dentro de las consecuencias económicas negativas también puede optar el perjudicado por los beneficios que haya obtenido el infractor como consecuencia de la violación. Este criterio se aleja de la indemnización o resarcimiento del daño y se aproxima a la idea del enriquecimiento sin causa lícita en la medida en que prescinde del daño causalmente provocado por la conducta infractora y lo que realmente se pretende es la restitución del beneficio ilícitamente obtenido por el infractor al invadir sin causa justificada el ámbito de exclusión del titular de la marca. Debe precisarse que el beneficio se limita al obtenido con los productos o servicios ilícitamente marcados y no puede

14 Enrique García-Chamón Cervera: “La acción indemnizatoria derivada de la infracción de la marca” publicado en http://www.elderecho.com/civil/accion-indemnizatoria-derivada-infraccion-marca_11_535555004.html fecha de descarga: setiembre 2017.

extenderse al beneficio obtenido por la explotación en general de la actividad de la empresa...**El método para el cálculo de este criterio de determinación de la cuantía indemnizatoria se obtiene tras las siguientes operaciones:** 1) número de unidades ilícitamente marcadas por el infractor; 2) determinación del beneficio obtenido por el infractor al restar del precio de venta los gastos directos; 3) el producto derivado de la multiplicación de los factores anteriores constituye la cuantía indemnizatoria. Este criterio de determinación de la cuantía indemnizatoria es utilizado con frecuencia en los procedimientos judiciales de infracción de marca pero tiene el grave inconveniente de que necesita de la cooperación del infractor, siempre muy renuente en la práctica, en orden a facilitar información sobre las variables necesarias para su cálculo como son el número de unidades vendidas, el precio de venta y los costes directos.

Regalía hipotética. Es otro de los criterios cuantificadores de la indemnización que puede elegir el perjudicado si pretende una cuantía superior a la indemnización mínima. Se prevé en el artículo 43.2.b) LM-EDL 2001/44999- con los siguientes términos: "La cantidad que como precio el infractor hubiera debido de pagar al titular por la concesión de una licencia que le hubiera permitido llevar a cabo su utilización conforme a derecho". Tampoco atiende al daño real y efectivo sufrido por el titular de la marca lesionada sino que se aproxima a los supuestos de enriquecimiento sin causa lícita en la medida en que se dirige a la restitución al titular de lo que no ha percibido tras el acto de infracción de su marca sin perseguir resarcir o reparar el daño. Ya hemos indicado más arriba que la jurisprudencia señala que este criterio cuantificador es útil en los casos de dificultad en la prueba del daño porque prescinde de él. **En la práctica forense es un criterio cada vez más utilizado porque prescinde de la información sobre los datos económicos del titular de la marca o del infractor pero, a cambio, exige la aportación con la demanda de un informe pericial que sustente el método empleado para su cálculo.** No es necesario para la elección de este criterio cuantificador que el titular de la marca conceda habitualmente licencias porque el tenor literal del precepto legal parte de una hipótesis: el precio que hubiera satisfecho el infractor al titular en el caso de que le hubiera otorgado una licencia de su marca."

6. Comentario sobre sentencias extranjeras

Sentencia 98/2016 Tribunal Supremo Sala Civil de Madrid

Al respecto encontramos la sentencia mencionada *ut supra* en la cual se hace efectiva aplicación de los criterios mencionados precedentemente por lo que considera interesante mencionarla como ejemplo de las mismas.

"La sentencia de esta Sala núm. 706/2010, de 18 de noviembre, con cita de las núm. 936/2009, de 2 de marzo, y 40/2008, de 5 de febrero, señala que el derecho del titular de la marca a la llamada regalía hipotética responde a la necesidad de que no quede sin protección el perjudicado por

la infracción de la marca como consecuencia de la dificultad que normalmente representa probar en el proceso los beneficios obtenidos con ella por el infractor; y que se trata de un perjuicio evidente o necesariamente derivado de la infracción - "manifesta non egent probatione". Este sistema indemnizatorio tiene su origen en el art. 13 de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, que fue traspuesta por la Ley 19/2006, que modificó, entre otras normas, el artículo 43 LM... A su vez, el considerando 26 de la Directiva explica que, con el fin de reparar el perjuicio sufrido como consecuencia de infracciones de propiedad intelectual (en el sentido amplio que utiliza la normativa internacional, que incluye lo que en España denominamos como propiedad industrial): «[e]l importe de la indemnización por daños y perjuicios concedida al titular debe tener en cuenta todos los aspectos pertinentes, como los beneficios dejados de obtener por el titular del derecho o los beneficios ilícitos obtenidos por el infractor, así como, cuando proceda, el daño moral ocasionado al titular. O como alternativa cuando, por ejemplo, sea difícil determinar el importe del perjuicio realmente sufrido, el importe de la indemnización podría inferirse de elementos como los cánones o derechos que se le adeudarían si el infractor hubiera pedido la autorización de utilizar el derecho de propiedad intelectual de que se trate. El objetivo no es instaurar una obligación de establecer indemnizaciones punitivas, sino permitir una indemnización basada en un criterio objetivo... Como dijo la ya citada sentencia de esta Sala 706/2010, de 18 de noviembre, **probada la infracción de la marca de la actora, la opción indemnizatoria de la regalía hipotética «[n]o puede quedar frustrada por la ausencia de prueba de la realidad de los perjuicios, ante la evidencia "ex re" del lucro cesante a consecuencia, en la modalidad dicha, de una utilización de los signos registrados, jurídicamente admisible mediante licencia».**».

A mi juicio, la aplicación de los criterios mencionados precedentemente perfectamente son de aplicación en nuestro derecho, realizando una interpretación de los principios generales sobre atribución del daño, principios a los que remite en forma genérica nuestra normativa marcaria.

Comentarios sobre la sentencia 3844/2016 del Tribunal Supremo de España, Sala Civil.

Como resumen del caso se transcriben los siguientes:

“Constancio presentó una demanda contra Producciones Mandarina y contra Gestevisión Telecinco en la que, en síntesis, solicitaba que se declarara que las demandadas habían vulnerado sus derechos de propiedad intelectual sobre la obra "Dos patrias, Cuba y la noche" y las condenara a cesar en cualquier vulneración de tales derechos y a indemnizarle en 6.740 euros por la infracción de los derechos de explotación y en 10.000 euros por el daño moral. Para la determinación de la indemnización por la infracción de los derechos de explotación de su obra, el demandante utilizó el criterio de la licencia o regalía hipotética, esto es, el importe de los cánones o derechos que se le adeudarían si las infractoras le hubieran pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión. Para fijar su importe, el demandante utilizó las tarifas de Egeda, la entidad de gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual de los productores audiovisuales. La indemnización por daños morales la calculó a tanto alzado, tomando en consideración circunstancias tales como la cuestión sobre la que trataba el documental en que se utilizaron los fragmentos de la obra (la prostitución infantil), la cuota de audiencia de este documental, el desprecio con que fueron tratados los derechos morales del demandante, etc.”

Finalmente el Tribunal Supremo de España resolvió:

*“Las circunstancias concurrentes, en concreto la vulneración de derechos morales del autor tales como el derecho a la integridad de la obra y al reconocimiento de la autoría, el daño causado al prestigio y reputación del demandante por haberse utilizado una obra que pretendía ser poética en un documental sobre prostitución infantil, y la cuota de audiencia de este documental en una cadena de televisión de ámbito nacional, son elementos que permiten afirmar que **el demandante no solo sufrió perjuicios patrimoniales al resultar vulnerados sus derechos de explotación, sino también daños morales que no resultaron indemnizados con la exigua indemnización resultante de la aplicación del criterio de la licencia hipotética**”.*

En resumen, se condenó al infractor al pago de daños patrimoniales, calculados mediante el sistema de la licencia hipotética, sumado a daños morales ocasionados por el uso indebido de las imágenes.

Por más que la presente sentencia esté específicamente referida a una obra protegida por derecho de autor, los criterios para la determinación del daño son perfectamente aplicables en nuestro país a las marcas y nuestra jurisprudencia podría tomarlas como referencia en futuros casos de nuestro país. En relación con los derechos de autor nuestra normativa prevé la existencia de multa o daños punitivos, por lo que podríamos estar hablando que existe un sistema especial de determinación de daños para derechos de autor, lamentablemente esto no está previsto en materia marcaria, aunque su aplicación por analogía podría ser objeto de debate.

7. Conclusiones

La determinación del *quantum debeatur* dependerá de la clase de uso ilícito marcario. Para su determinación contamos con varias herramientas legales que deberán ser aplicadas según sea del caso. En resumen:

- a. Para el caso de **venta de productos falsificados que sean confundibles con un producto legítimo**, se deberá cuantificar el daño en virtud del lucro cesante del titular del derecho, el que deberá ser calculado sobre la tasa de ganancia de la venta de productos falsificados al precio del producto original.
- b. Para el caso de **venta de productos falsificados no confundibles con su versión original**, se deberá cuantificar el daño en virtud del lucro operado por el vendedor de productos falsos más el daño moral provocado al titular del derecho marcario.
- c. Para el caso de **uso de marca sin autorización del titular** del derecho realizado con el fin de identificar un producto o servicio a ser comercializado **sin que exista producto o servicio original**, se deberá fijar un canon o licencia hipotética a pagar por el uso de la marca mediante pericia contable.
- d. Para el caso de **uso de marca sin autorización del titular con fines ajenos a la identificación de un determinado producto o servicios**, el titular del derecho podrá optar entre solicitar el daño extrapatrimonial ocasionado o la determinación de un canon a pagar.

8. La regla de los tres pasos

Como estos criterios para la determinación de los daños depende de cada una de las circunstancias, su determinación puede ser realizada siguiente el siguiente procedimiento:

- Determinar si existe mercadería original.
- Determinar si el consumidor puede llegar a confundir los productos o servicios falsos con los verdaderos.
- En caso de no existir mercadería original se deberá analizar el uso que el infractor le otorga a la marca:
 - Si es para identificar productos o servicios.
 - Si no es para identificar productos o servicio.

Siguiendo estos pasos uno puede determinar con facilidad cual sería el método idóneo para cuantificar los daños ocasionados al legítimo titular de la marca.

Es importante aclarar que el método aquí descrito es únicamente funcional para la determinación del *quantum debeat*, no así del *an debeat* el que es condición *sine qua non* para aplicación de este método. Por ejemplo, la inexistencia de confundibilidad entre productos de manera alguna puede obstar el resarcimiento provocado el hecho ilícito, sino que determinará qué criterio de cuantificación del daño es aplicable. Tal como fuera fundamentado anteriormente a mi juicio todo uso sin autorización de marca es un hecho ilícito que genera daños, los que deberán ser reparados.

DE LA AFECTACIÓN COMO ÁREA NATURAL PROTEGIDA

RAÚL ANIDO BONILLA*

1. De las disposiciones

En la ley 18308, en el título IV, de “La planificación para el desarrollo sostenible”, se regula la categorización del suelo en el territorio, de competencia exclusiva de los Gobiernos Departamentales mediante los instrumentos de ordenamiento territorial. Dicha actividad normativa de los Gobiernos Departamentales reconoce tres categorías: rural, urbano y suburbano; sin perjuicio de que los instrumentos de ordenamiento territorial puedan disponer subcategorías. Y, en la categoría suelo rural, en el artículo 31 de dicha ley, se prevé la subcategoría rural natural, la que, nos dice “podrá comprender las áreas del territorio protegido con el fin de mantener el medio natural, la biodiversidad o proteger el paisaje u otros valores patrimoniales, ambientales o espaciales”, así como, también, “podrá comprender...el álveo de las lagunas, lagos, embalses y cursos de agua del dominio público o fiscal, del mar territorial y las fajas de defensa de costa.”

Dentro de la categoría suelo rural natural se ubican las áreas naturales protegidas, que encuentran su regulación en la ley 17234; sin perjuicio de que su regulación se complemente, conforme lo dispone el artículo 31 inciso final de la ley 18308, con “toda otra limitación que establezcan los instrumentos” (de ordenamiento territorial).

Así vemos cómo en las áreas naturales protegidas convergen dos regulaciones: la medioambiental y la de ordenamiento territorial. Así, en ésta, hallamos en el artículo 4° de la ley 18308, lo que califica como “materia del ordenamiento territorial”, la que comprende, entre otras, en el literal c, “la identificación y definición de áreas bajo régimen de Administración especial de protección, por su interés ecológico, patrimonial, paisajístico, cultural y de conservación del medio ambiente y los recursos naturales.” Y, dentro de los principios rectores del ordenamiento territorial, en el artículo 5° de la ley 18308, se nos dice que “son principios rectores del ordenamiento territorial y desarrollo sostenible: a) La adopción de las decisiones y las actuaciones sobre el territorio a través de la planificación ambientalmente sustentable, con equidad social y cohesión territorial”, así como “j) La tutela y valorización del patrimonio cultural, constituido por el conjunto de bienes en el territorio a los que se atribuyen valores de interés ambiental, ..., referidos al medio natural y la diversidad biológica, unidades de paisaje, ...”.

* Escribano Público, Profesor de Investigación Jurídica y Práctica Profesional en la Universidad de Montevideo.

Dentro de la regulación medioambiental y de ordenamiento territorial, en el artículo 9 de la ley 17234 (conocida como de “áreas naturales protegidas”) leemos que “Cuando los padrones a que refiere el artículo 7º (los que componen el Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas) de la presente ley, sean de propiedad privada, previamente calificados, antes de ser enajenados, deberán ser ofrecidos al Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente, el que dispondrá de un plazo de sesenta días para manifestar si acepta o no dicho ofrecimiento. En caso que la Administración no se pronuncie en ese plazo, se tendrá por rechazado el ofrecimiento.” “Expresada la voluntad de aceptación de la oferta, el Estado dispondrá de un plazo de noventa días para celebrar el contrato de compraventa.” “Si el propietario no cumpliera con esta obligación, será pasible de la multa prevista en el último inciso del artículo 35 de la ley N° 11.029, de 12 de enero de 1948.”

El artículo 7º de la ley 17234 dispone que “El Poder Ejecutivo, a propuesta del Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente, deberá: A) Seleccionar y delimitar las áreas naturales que incorporará al Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas. En todos los casos el Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente, con carácter previo a la elevación de propuestas al Poder Ejecutivo, pondrá de manifiesto en sus oficinas el proyecto de selección y delimitación y dispondrá la realización de una audiencia pública. A tales fines, efectuará una comunicación mediante publicación en el Diario Oficial y en otro diario de circulación nacional, a partir de la cual correrá un plazo que determinará la reglamentación, para que cualquier interesado pueda acceder a la vista del proyecto y formular las apreciaciones que considera convenientes. La reglamentación determinará también la forma de convocatoria y los demás aspectos inherentes a la realización de la audiencia pública, en la que podrá intervenir cualquier interesado.”

En decreto dictado el 9 de febrero de 2015 se aprueba la selección del área natural protegida denominada “Humedales de Santa Lucía”, delimita la respectiva área, la incorpora al Sistema Nacional de Áreas Protegidas bajo la categoría de “área protegida con recursos manejados”, y determina los predios de los departamentos de Canelones, Montevideo y San José afectados por dicha incorporación. Asimismo en dicho decreto se dispone “como medida de protección de toda el área” “la promoción de buenas prácticas agropecuarias, de actividades extractivas y de turismo sustentable, procurando la generación de oportunidades de desarrollo para la población local, y la observación de una aplicación ejemplar de normas nacionales y departamentales de protección ambiental y desarrollo sostenible”, así como “la prohibición dentro de la misma de nuevas urbanizaciones, salvo aquellas expresamente previstas en los instrumentos de ordenamiento territorial que, con base en lo establecido en la ley 18.308 de 2008, se encuentren aprobados a la fecha del presente decreto, o en el plan del manejo del área”. Y, finalmente, se comete al Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente, “la comunicación del presente a la Dirección General de Registros del Ministerio de Educación y Cultura y a los Gobiernos Departamentales de Canelones, Montevideo y San José...”

2. De la conexión entre ordenamiento territorial y medio ambiente

Maeso Seco¹ nos ha hablado de una triple conexión entre medio ambiente y ordenamiento territorial, diciéndonos que el Derecho ambiental y el Derecho urbanístico (lo que nosotros llamamos del ordenamiento territorial) son nociones y ramas del ordenamiento jurídico estrechamente relacionadas entre sí. Dicha conexión se manifiesta en el aspecto físico o material, en el plano sistemático-constitucional, y en el derivado del carácter horizontal o transversal de la propia materia del medio ambiente. Pero ambas, agregamos, implican límites al derecho de propiedad. Tanto que Gómez-Ferrer² denunciara la “confusión entre las funciones públicas y la función social de la propiedad privada” y el “riesgo de que se regule el urbanismo desde la perspectiva del derecho de propiedad, y de los derechos y deberes del propietario”. Ambas regulaciones inciden en el régimen estatutario del derecho de propiedad, afectándolo con deberes –verdaderas obligaciones *ob rem-* derivados, entre otros, de las normas que concretizan los principios del derecho ambiental y del ordenamiento territorial.

En el plano físico o material ambas ramas del Derecho coinciden en su objeto de regulación físico o material: el suelo; ello en cuanto ambas se proponen ordenar una misma realidad física denominada suelo. Aunque, nos advierte Maeso Seco, dicha coincidencia no encuentre continuidad en el plano de la teleología o de los propósitos finales.

Así Ortega Álvarez³ nos dice que el Derecho del medio ambiente se caracteriza por la finalidad de sus normas y porque este nuevo enfoque finalista ha propiciado la aparición de principios jurídicos propios que se imponen precisamente para hacer posible el cumplimiento de estos fines; los que coinciden en un fin último de garantizar la supervivencia del planeta a través de la preservación, conservación y mejora de los elementos físicos y químicos que la hacen posible, la que se descompone entre la garantía de los recursos y de los elementos esenciales en los que se basa la transmisión de la vida (aire, agua, suelo) y la regulación preventiva de los procesos humanos y naturales que pueden poner en peligro la cadena de elementos que aseguran la vida en el planeta. Mientras que Estévez Goytre⁴ recoge la definición de Derecho Urbanístico como “aquella parte del Derecho Administrativo que tiene por objeto la regulación del régimen jurídico aplicable a las distintas clases de suelo, haciendo compatible el derecho a la edificación con el cumplimiento de una serie de cargas establecidas en beneficio de la comunidad directamente por la legislación urbanística aplicable o, en su virtud, por el planeamiento urbanístico”.

1 Luis F. MAESO SECO, “Medio ambiente y urbanismo” en *Tratado de Derecho ambiental* dirigido por Luis ORTEGA ÁLVAREZ y María Consuelo ALONSO GARCÍA con la coordinación de Rosario DE VICENTE MARTÍNEZ, Tirant lo blach, Valencia, 2013, pág. 821 y ss.

2 GÓMEZ FERRER, Rafael, en AA.VV. , *Comentarios a la Ley reguladora de la actividad urbanística*, Valencia, Generalitat Valenciana, 1995, pág. 204 citado por VAQUER CABALLERÍA, Marcos, “Constitución, Ley de suelo y ordenamiento territorial y urbanístico” en FERNÁNDEZ, PAREJO ALFONSO, BAÑO LEÓN, MENÉNDEZ REXACH, VAQUER CABALLERÍA, *El nuevo régimen jurídico del suelo*, Iustel, 1ª edición, 2008, pág. 86

3 ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, “Concepto de medio ambiente” en ORTEGA ÁLVAREZ-ALONSO GARCÍA (Dirs.), *Tratado de Derecho Ambiental*, tirant lo blanch, Valencia, 2013, pág.35

4 ESTÉVEZ GOYTRE, Ricardo, Manuel de derecho urbanístico, Comares/urbanismo, 8ª edición actualizada, Granada 2016, pág. 10

3. De los pensamientos directores medioambientales a la regulación del ordenamiento territorial

Larenz⁵ nos ha dicho que los principios jurídicos son los pensamientos directores de una regulación jurídica existente o posible. Y, precisamente, en nuestro sistema jurídico, los pensamientos directores que Ortega Álvarez nos dice se encuentran presentes en la regulación medioambiental también los hallamos en la regulación del ordenamiento territorial. Quizás sea porque ya estamos ante la integración entre las variables ambiental y urbanística del suelo que él⁶ propiciara; diciéndonos⁷ que el legislador y la normativa urbanística tienen que “ambientalizarse”, al tiempo que el legislador y la normativa del medio ambiente han de “urbanizarse”. Y tanto se ha “ambientalizado” la regulación del ordenamiento territorial y del mismo derecho agrario que la ley 15239, en su artículo primero, declara “de Interés Nacional promover y regular el uso y la conservación de los suelos y de las aguas superficiales destinadas a fines agropecuarios”; disponiéndose, además, que es “deber del Estado velar por prevenir y controlar la erosión y degradación de los suelos, las inundaciones y la sedimentación en cursos de agua y en los lagos y lagunas naturales y artificiales, así como detener y fijar las dunas”. Mientras que en el artículo segundo se establece que “todas las personas tienen la obligación de colaborar con el Estado en la conservación, el uso y el manejo adecuado de los suelos y de las aguas”. Lo que se liga a que la ley 17777 (por la que se dictan normas relativas a las sociedades agrarias, asociaciones agrarias y sociedades civiles con objeto agrario), en su artículo tercero, al definir la actividad agraria, se reputa “también” como tal el “manejo y uso con fines productivos de los recursos naturales renovables”. Además de las disposiciones referidas en la ley de ordenamiento territorial (ley 18308) antes referidas.

En tal sentido vemos cómo los principios que ORTEGA ÁLVAREZ⁸ enuncia de ordenación ambiental, como los de globalidad, horizontalidad (o transverabilidad)⁹,

5 LARENZ, Karl, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*. Civitas, reimpresión 1991, pág. 32

6 MAESO SECO (n.1), pág. 836

7 MAESO SECO (n.1), pág. 839

8 ORTEGA ÁLVAREZ (n. 3), pág. 36 y ss.

9 Al analizar el carácter transversal de la regulación del medio ambiente, Maeso Seco nos explica que el medio ambiente constituye una materia horizontal o transversal en cuanto alude al conjunto de recursos naturales (bióticos y abióticos), así como a los sistemas ecológicos puestos al servicio del ser humano (visión antropocéntrica del medio ambiente), inclusión hecha del paisaje y de otras nociones culturales y estéticas, que hace posible la vida, lo que lo convierte en una materia indudable y “...metafóricamente transversal...” Pero, en nuestro sistema jurídico, la misma regulación del ordenamiento territorial dispone que los suelos categoría “rural natural” se tipifican por “comprender las áreas de territorio protegido con el fin de mantener el medio natural, la biodiversidad o proteger el paisaje u otros valores patrimoniales, ambientales o espaciales.” Y, además, la regulación de las sociedades y asociaciones agrarias admite, “además”, de la actividad agraria, la de “conservación, aprovechamiento y mejora de los recursos naturales renovables, así como la promoción respecto al agro, de soluciones y mejoras materiales y sociales para el medio rural, incluyendo aquellos paisajísticos, de recreo natural o turismo rural”.

sostenibilidad, solidaridad, prevención¹⁰, y el de integración de costes ambientales¹¹, se encuentran igualmente presentes en la regulación agraria y en la regulación del ordenamiento territorial. Así en la ley 18564, en su artículo 2º establece potestades sancionatorias ante el incumplimiento de las normas que regulan el uso y el manejo de los suelos y de las agua (sostenibilidad e integración de costes ambientales). Y así, también, en la regulación del ordenamiento territorial, además de establecer un “derecho de preferencia” (artículo 66), se dispone la necesidad del permiso (también llamado “acto administrativo de autorización”) respectivo ante toda modificación predial (prevención), “la obligatoriedad del cumplimiento” de las “determinaciones” derivadas de los instrumentos de ordenamiento territorial “para todas las personas, públicas y privadas” (horizontalidad), el “deber” de todo propietario “de proteger el medio ambiente y la diversidad” (globalidad), y “la reserva de suelo para vivienda de interés social” (solidaridad). A través de ello vemos cómo en la regulación del régimen jurídico aplicable a las distintas clases de suelo se encuentran presentes los “pensamientos directores” de la regulación medioambiental.

4. De los bienes jurídicos medio ambiente y suelo

En el plano sistemático-constitucional, se nos advierte por Parejo Alfonso¹² y Maeso Seco de que los bienes jurídicos “medio ambiente” y “suelo” tienen idéntico valor de principios rectores de la política social y económica. Para ello se basan en el artículo 45 de la Constitución española y en el artículo 37 de la Carta de Derechos Europea, y en relación al suelo, en el artículo 47 de la Constitución española, transfigurado en derecho a una vivienda digna y a la no-especulación. Creemos que la misma afirmación se puede emitir en nuestro sistema jurídico, en el que, en el artículo 47 de la Constitución en el que leemos que “El agua es un recurso natural esencial para la vida.” “El acceso al agua potable y el acceso al saneamiento, constituyen derechos humanos fundamentales”. “El acceso al agua potable y el acceso al saneamiento, constituyen derechos humanos fundamentales.” “1) La política nacional de Aguas y Saneamiento se basará en: a) el ordenamiento del territorio, conservación y protección del Medio Ambiente y la restauración de la naturaleza. b) La gestión sustentable, solidaria con las generaciones futuras, de los recursos hídricos y la preservación del ciclo hidrológico que constituyen asuntos de interés general...”. Dicha disposición se suma a que, conforme el mismo artículo 47 de la Constitución, “La protección del medio ambiente es de interés general. Las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción

10 El principio de prevención, nos dice Ortega Álvarez, es debido al alto potencial de irreparabilidad de los daños ambientales, y se cifra, como es fácil colegir en la potestad del sometimiento de las actividades con riesgo ambiental a los preceptivos controles, tanto previo, como de funcionamiento. Dentro de este principio se encuadra la técnica de evaluación de impacto y el subprincipio de cautela, en base al cual puede limitarse una actividad potencialmente peligrosa para el medio aun sin haber sido probado exhaustivamente la relación causa-efecto. El principio 14 de la declaración de Río señala que “Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.”

11 El principio de causalidad obliga a no detener la acción preventiva o reparadora en el escalafón último donde se haya manifestado el daño ambiental, sino que deben recorrerse todos los escalafones previos hasta averiguar cuál es la causa del resultado dañoso. Y, finalmente, el principio de integración de costes ambientales pretende introducir la economía ambiental en el circuito de la economía productiva tradicional.

12 *Lecciones de Derecho Administrativo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007, págs., 53 a 56, citado por MAESO SECO (n. 3), pág. 823

o contaminación graves al medio ambiente. ...". E, igualmente, en relación a la vivienda digna, el artículo 45 de la Constitución, se dispone que "Todo habitante de la República tiene derecho a gozar de vivienda decorosa. La ley propenderá a asegurar la vivienda higiénica y económica, ...". Pero estos derechos, creemos, coexisten necesariamente con el derecho de todos los habitantes de la República "a ser protegidos en el goce de su ... libertad, seguridad y propiedad." Y, aquí, también, a través de la propiedad, se reconoce al suelo, como "principio rector" de nuestro sistema jurídico.

La Constitución, junto a las normas que regulan la organización de los poderes públicos, estatuye las normas que regulan las relaciones entre el Estado y los ciudadanos; lo que se ha llamado "constitución en sentido material". Estas disposiciones Guastini¹³ las ha llamado disposiciones "sustanciales", aclarando que constituyen una "declaración de derechos y/o disposiciones teleológicas, que formulan "principios" y programas políticos." Asimismo Guastini¹⁴ nos dice que la llamada concepción contemporánea de la Constitución "contiene un proyecto detallado de "sociedad justa"". Sociedad justa en la que encontramos la protección del medio ambiente, junto a la libertad y la seguridad, los que, al decir de Guastini, se corresponden a "principios generales y normas programáticas susceptibles de múltiples concretizaciones". En estas afirmaciones de Guastini hallamos rastros de la concepción que postula que los textos constitucionales no se limitan a formular "reglas", sino que establecen "principios" y/o proclaman "valores".¹⁵ Y, al estudiar la interpretación de las disposiciones constitucionales que expresan principios generales Guastini¹⁶ nos reenvía a la concretización de los mismos y a la "estrategia" de la ponderación o "balanceamiento". Y, la concretización de los principios, nos dice¹⁷, significa determinar las reglas "implícitas" (en sentido amplio) que pueden obtenerse del mismo, y, por lo tanto, "determinar su ámbito de aplicación, decidir a cuáles clases de supuestos concretos es aplicable"; y, "determinar al mismo tiempo sus excepciones, o sea, determinar al mismo tiempo sus excepciones, o sea las subclases de supuestos a los que no es aplicable". Así, ante la regulación medioambiental, y las normas que la concretizan, ya estamos en presencia de un principio general del derecho, y, que, como tal, ingresa en la lógica de éstos, marcada, como indicara Guastini, por la ponderación y por la determinación de reglas implícitas.

5. Del medio ambiente y la propiedad privada como valores ideológicos básicos del orden jurídico

Aarnio¹⁸, entre los tipos de principios, halla los que describe como "valores ideológicos básicos del orden jurídico", entre los que ubica el principio de imperio de la ley, el de suposición de la suposición del legislador racional, y, en los países con economía de mercado, el principio de la propiedad privada. No tenemos problema alguno en considerar la protección medioambiental como principio que es parte "de los valores

13 GUASTINI, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Trotta-Instituto de Investigaciones jurídicas UNAM, 2008, pág. 44

14 GUASTINI(n. 13), pág. 49

15 GUASTINI (n. 13), pág. 55

16 GUASTINI (n. 13), pág. 73

17 GUASTINI (n. 13), pág. 79

18 AARNIO, Aulis, "Las reglas en serio" en AARNIO-GARZÓN VALDÉS-UUSITALO, *La normatividad del derecho*, Gedisa editorial, 1ª edición, Barcelona, abril de 1997, pág. 20

ideológicos básicos del orden jurídico”, pero que, como tal, coexiste con otros principios que también son parte “de los valores ideológicos básicos del orden jurídico”, como la propiedad privada y la seguridad jurídica. Todos los que nos conducen a la “estrategia” de la ponderación o “balanceamiento”, que nos llevará a lo que Gaustini¹⁹, al hablar de la concretización de un principio, llama reglas “implícitas” (en sentido amplio) que, nos dice, “pueden obtenerse del mismo, y por lo tanto: a) en primer lugar, determinar su ámbito de aplicación, decidir a cuáles clases de supuestos concretos es aplicable; b) en segundo lugar, determinar al mismo tiempo sus excepciones, o sea las subclases de supuestos a los que no es aplicable.

Todo ello no impide que, como lo afirmara Ortega Álvarez²⁰, el Derecho del medio ambiente se caracterice “por la finalidad de sus normas y porque este nuevo enfoque finalista ha propiciado la aparición de principios jurídicos propios”, entre los que ubica los principios de prevención, de causalidad y de integración. Pero, creemos, que estos principios, entran en lo que Betti²¹ llamara “lógica de la materia disciplinada” –en este caso la medioambiental-, que se separa de los principios que se corresponden a la “lógica del Derecho”, que la describe como la que se corresponde a “la disciplina”, al “tratamiento jurídico como tal, considerado en su doble momento sistemático ...y teleológico”, en la que se hallan el principio de protección medioambiental, junto a los referidos principios de propiedad privada, libertad y seguridad jurídica. La referida distinción bettiana creemos que bien se puede corresponder a la distinción entre principios generales de la materia -entre los que se ubican los citados por Ortega Álvarez como propios del Derecho medioambiental- y principios generales del derecho, entre los que se ubica el de protección medioambiental con otros principios como el de confianza, y los antes referidos de propiedad, seguridad jurídica y libertad. Los que, impregnados de un sentido teleológico, determinarán que la lógica que marque su concretización, y de las normas que la concreten, sea no una lógica formal, sino teleológica. En cuanto, como lo dijera Kaufmann²², “el método jurídico no es, en primer lugar, lógico formal, sino teleológico.”

6. Del medio ambiente y los derechos fundamentales

Simón Yarza²³ nos ha dicho que la principal de todas las dimensiones *iusfundamentales* que posee el medio ambiente no es, en puridad, su función defensiva (frente a las injerencias estatales), sino su *función protectora* (frente a las injerencias privadas). Ello se debe a que la mayor parte de las amenazas que se ciernen sobre el entorno provienen de sujetos privados. Así, al tiempo que aumentan las actividades nocivas y peligrosas de los individuos, la tradicional función estatal de velar por la seguridad se traduce en un extraordinario crecimiento de su actividad administrativa, lo que conduce inevitable-

19 GUASTINI (n. 13), pág. 79

20 ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, “Concepto de medio ambiente” en *Tratado de Derecho ambiental* dirigido por Luis ORTEGA ÁLVAREZ y María Consuelo ALONSO GARCÍA con la coordinación de Rosario DE VICENTE MARTÍNEZ, Tirant lo blach, Valencia, 2013, pág. 35

21 BETTI, Emlio, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1975, pág. 249

22 KAUFMANN, A., *Analogía y naturaleza de la cosa*, Editorial Jurídica de Chile, 1976, pág. 55 y ss.

23 SIMÓN YARZA, Fernando, *Medio ambiente y derechos fundamentales*, Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid-2012, pág.8

mente a un “Estado administrativo” según expresión de Schmitt. Dicha *función protectora* se concretiza, en la regulación de las áreas naturales protegidas, a través de “limitaciones o prohibiciones respecto de las actividades que se realicen” en dichas áreas, y zonas adyacentes, enunciadas en el artículo 8 de la ley 17234; hasta llegar a la expropiación de las mismas “cuyos titulares no presten su consentimiento para la incorporación de los mismos al Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas”; sin perjuicio de lo cual “el Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente podrá declarar tales áreas sujetas a las condiciones de uso y manejo que determine...” (artículo 6° de dicha ley). No tenemos dudas de la función protectora que conforma la *ratio legis* de dichas normas. Pero en ellas se mantiene la referida horizontalidad, en cuanto, en el inciso segundo del artículo quinto de la misma ley 17234 leemos que la afectación como áreas naturales protegidas, y las asignaciones de categorías dentro de las mismas, “regirá para los casos de áreas pertenecientes al patrimonio del Estado, así como de los particulares que a tales efectos presten su consentimiento”.

7. De las limitaciones y prohibiciones en la regulación de las áreas naturales protegidas.

En dicha función protectora se nos habla de “limitaciones o prohibiciones respecto de las actividades que se realicen en las áreas comprendidas en el Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas y zonas adyacentes”. En dicho texto la conjunción disyuntiva “o”, conforme el mismo Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española²⁴, “denota diferencia, separación o alternativa entre dos más...cosas o ideas”. Aquí las ideas son “limitaciones” y “prohibiciones”. De los Mozos²⁵ nos ha dicho que la legislación que impone limitaciones a la propiedad, establece una adecuación funcional de los bienes al cumplimiento de tales finalidades. De ahí que derive a la expresión finca funcional, lo que De los Mozos²⁶ explica en cuanto por las limitaciones no se imponen límites a la propiedad, como una servidumbre, “sino que tales límites derivan de la delimitación o definición *objetiva*.” En similar sentido se había pronunciado Rodotà, de quien Delgado de Miguel²⁷ ya nos recordara que sostenía que “si la función debe considerarse como componente de la estructura de la propiedad los datos reconducibles a ésta (deberes y cargas que gravan al titular) no se pueden colocar en el exterior de la situación como límites de derecho público o de cualquier otro modo que se quiera considerarlos”. Desde el significado de “limitaciones”, la Real Academia Española²⁸ nos reenvía a limitar, y de éste presenta como significado el de “fijar la extensión que pueden tener (...) los derechos y facultades de alguien”.

Así la propiedad, siguiendo las palabras de Rodotà, está afectada por “deberes y cargas”, y, en el texto del referido artículo 8 de la ley 17234, “limitaciones y prohibiciones”. ¿Cómo distinguimos unas de otras? Creemos que, siguiendo el razonamiento que

24 Espasa, 22ª edición, pág. 1601

25 DE LOS MOZOS, José Luis, *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica*. EDERSA, Madrid-1993, pág. 270

26 Ob. cit. pág. 269

27 DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco, *Derecho agrario ambiental. Propiedad y ecología*. Aranzadi. Pamplona-1992, pág. 65

28 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, cit., pág. 1380

ha acompañado la bipartición, que manejara la doctrina alemana, entre “*Nichtdürfen*” y “*Nichtkönnen*”, llegamos necesariamente a la distinción, planteada por Villa²⁹, entre los límites al poder de los particulares (el *Können*) y los límites a la licitud del ejercicio del respectivo poder (el *Dürfen*). Distinción que, en la citada disposición, podemos llevar al correlato entre prohibición y límite al lícito ejercicio del respectivo poder. Y, como ya lo observara Rodotà, “lo que debe hacerse es reconstruir la *ratio* y el interés tutelado”. Y, así, derivamos, hacia la autorización, que Gasparri³⁰, nos la ha presentado como aquel acto que hace posible el ejercicio de un derecho o de un poder que ya pertenece a su titular”; y que, en su variante, que llama “legitimadora”, determina la remoción de un límite en el ejercicio de un derecho. Ello explica que, en el artículo sexto de la ley 16466, ciertas “actividades, construcciones u obras, públicas o privadas” queden sometidas al “previo estudio de impacto ambiental”; y que, conforme el artículo séptimo de dicha ley, “para iniciar la ejecución de las actividades, construcciones, u obras en las que estén involucradas cualesquiera de las situaciones descriptas en el artículo anterior, los interesados deberán obtener la autorización previa del Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente...” Y, en la regulación del ordenamiento territorial, hallamos que en el artículo 50 de la ley 18308, en ciertas situaciones, se prevé la edificación “en la faja de defensa de costas” “únicamente” mediante autorización “presentando un Plan Especial...”. Por lo que, en coherencia con sistema que conforma la regulación del ordenamiento territorial, determinaremos qué situaciones de las previstas en artículo octavo de la ley 17234, concretizan situaciones de “limitaciones” y de “prohibiciones”, atendiendo, como lo señalara Rodotà, a la respectiva *ratio* y el interés tutelado.

8. De los derechos de protección a la seguridad jurídica como determinabilidad

Se han presentado como principios que integran el derecho medioambiental, los de calidad de vida (dignidad humana), desarrollo sostenible (solidaridad colectiva), y de protección frente al riesgo. Así Simón Yarza³¹ nos dice que las principales expresiones del crecimiento de la intervención estatal a través de un “Estado de precaución medioambiental” se concretiza en el Derecho administrativo. Por tal vía, siguiendo a Ballbé Mallol, observa una concepción de la seguridad entendida ante todo como “prevención de riesgos y peligros que afectan a la salud y al derecho a la vida de la gente”. De tal modo se aprecia, mediante tal concepción, un desplazamiento desde el concepto tradicional de peligro del derecho de policía hacia el concepto más difuso de *riesgo*, que se caracteriza por la indeterminación de su origen y por su incertidumbre. De ahí que se afirme que el derecho a la seguridad trasciende el marco del Derecho administrativo, hallando su expresión en la dogmática de los derechos fundamentales, como lo marcara Isensee³², merced al desarrollo de la comprensión de los mismos como deberes de protección estatal frente a las agresiones privadas. A ello se corresponde una línea jurisprudencial iniciada por el Tribunal Constitucional alemán seguida por al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que justifica que Doménech Pascual³³ escribiera que “los dere-

29 VILLA, Gianroberto, *Contratto e violazione di norme imperative*, Giuffrè-Milano, 1993, pág. 15

30 GASPARRI, Pietro, voz “autorizzazione” “Diritto Amministrativo”, en *Enciclopedia del Diritto*, tomo , págs. 509-510

31 Ob. Cit. pág. 25

32 Citado por Simón Yarza, ob. cit. pág. 25

33 Citado por Simón Yarza, ob. cit. pág. 26

chos de protección estatal constituyen los derechos fundamentales típicos de la sociedad del riesgo en la cual vivimos”. Pero, agregamos, aquella seguridad entendida ante todo como “prevención de riesgos y peligros” medioambientales coexiste necesariamente con todas las demás concretizaciones del principio de seguridad jurídica. Y, así, coexiste con lo que Ávila³⁴ ha llamado “seguridad como determinabilidad”; afirmando que la seguridad, por otro lado, representa un estado ideal de certeza (relativa) como la posibilidad de que el ciudadano consiga prever, con un alto grado de determinación, el contenido de las normas materiales y procedimentales a que está y estará sujeto.

Ávila³⁵ ha observado la transición de un Estado Liberal, hacia una Estado Social (generador de prestaciones), a un Estado propulsor (fijador de planes), un Estado Reflexivo (fijador de programas)³⁶, para llegar al Estado Incitador (productor de influencias)³⁷, en cuyo ámbito se establecen vínculos de coordinación y cooperación. A ello se suma –continúa Ávila³⁸–, el Estado, que, en vez de ponerse verticalmente en la posición de imponer restricciones a los particulares, los busca para establecer con ellos vínculos horizontales de cooperación, que justifican el movimiento denominado “fuga al Derecho privado”. Y, agrega, que este nuevo marco de tareas estatales motiva, a su vez, la continua creación de nuevas ramas jurídicas, como el Derecho ambiental. Así vemos como Ávila, desde su “teoría de la seguridad jurídica”, nos plantea el Derecho ambiental en el marco de un Estado que genera vínculos horizontales de cooperación. Entre ellos, leyendo el literal H del artículo 2° de la ley 17234, hallamos el objetivo de “contribuir al desarrollo socioeconómico, fomentando la participación de las comunidades locales en las actividades relacionadas con las áreas naturales protegidas, así como también las oportunidades compatibles de trabajo en las mismas o en las zonas de influencia”. Y, en la regulación del ordenamiento territorial, en el artículo 59 de la ley 18308, las, en el acápito, llamadas “Operaciones territoriales concertadas. Cooperación público-privada”.

9. Del concepto de desarrollo sostenible

En el derecho del medio ambiente hallamos el concepto de “desarrollo sostenible”, que fuera definido en 1987 en el Informe Brundtland de la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo de las Naciones Unidas como “el desarrollo que asegura las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para asumir sus propias necesidades”. Ante ello Simón Yarza³⁹ nos advierte que tal enunciado asume como punto de partida una concepción del medio en la que el centro es el ser humano y sus necesidades; tanto como se pone un énfasis particular en la naturaleza

34 Ob. cit. pág. 142

35 ÁVILA, Humberto, *Teoría de la seguridad jurídica*, Marcial Pon s, Madrid-2012, pág. 40

36 Este Estado fijador de planes y de programas lo vemos en la regulación del ordenamiento territorial a través de disposiciones como las contenidas en el artículo 21 de la ley 18308, en la que se nos habla de “programas de actuación integrada”, y el mismo artículo 1° de la ley 17234 que trata al “Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas” como instrumento de aplicación de las políticas y planes nacionales de protección ambiental”.

37 El Estado productor de influencias ya lo hemos visto en disposiciones como el artículo 2° de la ley 18564, que concretiza las para evitar la erosión y degradación del suelo o lograr su recuperación y asegurar la conservación de las aguas pluviales.

38 Ob. cit., pág. 40

39 YARZA, Simón, ob. cit. pág. 21

colectiva del desarrollo sostenible. Y, ante Constituciones anteriores a la determinación del concepto de “desarrollo sostenible”, como la nuestra, nos dice⁴⁰ que dicho concepto se puede subsumir dentro del principio de la calidad de vida, que sirve de criterio de ponderación entre el desarrollo económico y el derecho al medio ambiente. Dicho “desarrollo sostenible” se concretará en diversas técnicas, actos y procedimientos, para los cuales es indiferente que la propiedad de la respectiva finca sea fiscal o privada. Eso sí, cualquiera fuere el propietario de la respectiva finca, de lo que el artículo 31 de la ley 18308 llama “suelo categoría rural natural”, hallará su propiedad afectada en su utilidad jurídica por lo que el artículo 2645-ter del Código Civil italiano llama “vínculo real de destinación”. Ello determina que el artículo 3º de la ley 16466 disponga que “Es deber fundamental de toda persona, física o jurídica, abstenerse de todo acto que cause impacto ambiental que se traduzca en depredación, destrucción o contaminación graves del medio ambiente”; y que el artículo 3º de la ley 18308 determine que los instrumentos de ordenamiento territorial sean vinculantes para los planes, proyectos y actuaciones de las instituciones públicas, entes y servicios del Estado y de los particulares.”

10. De los derechos procedimentales

En el ámbito de la Unión Europea, en ligazón con “un genuino derecho fundamental al medio ambiente”, han germinado, al decir de Yarza, con particular fuerza, los llamados “derechos procedimentales”. Lo que llevara a Macrory, al que siguiera Yarza, a sostener que, “frente a la vaguedad de un derecho subjetivo ambiental omnicompreensivo, la creación de derechos procedimentales es considerada como una alternativa realista y eficaz”. Y el mismo, luego de formularse en el principio 10 de la declaración de Río, se ha especificado en la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales adoptado en Aarhus (Dinamarca) el 25 de junio de 1998, en el que se habla del derecho a la información mediambiental, que incluye tanto el acceso a la información (artículo 4) como la recogida y difusión de informaciones sobre el medio ambiente (artículo 5). Yarza⁴¹ nos dice que por “información sobre el medio ambiente” en el caso Mecklenburg, de 1998, el Tribunal (STJCE) declaró que “el legislador comunitario pretendió dar a dicha concepto un sentido amplio”.

En el ámbito europeo se nos ha hablado de los llamados derechos procedimentales en materia ambiental, destacándose la conexión entre el procedimiento y los derechos fundamentales, lo que despertara especial interés en Alemania a raíz de la propuesta de Häberle⁴² de un *status activus processualis*. Simón Yarza, comentando esta afirmación, nos dice que con ella se viene a subrayar que, en determinados ámbitos, una adecuada protección de los derechos fundamentales pasa por articular un procedimiento adecuado que permita participar al individuo en la formación de aquellas decisiones que inciden en su esfera de intereses. Ello lo comenta Simón Yarza⁴³, diciéndonos que ante la ausencia de un derecho al medio ambiente inmediatamente invocable y ante el amplio

40 YARZA, Simón, ob. Cit. pág. 23

41 YARZA, Simón, ob. Cit. pág. 32-33

42 Citado por SIMÓN YARZA, ob. cit. pág. 53

43 Ob. Cit. pág. 56-57

margen de apreciación del legislador en el cumplimiento de su deber de protección, los procedimientos de información y participación ciudadana se convierten en un medio indispensable para que los intereses más directamente afectados no se vean preteridos.

En la regulación del ordenamiento territorial, en el capítulo de la “Elaboración de los instrumentos de ordenamiento territorial y desarrollo sostenible” se nos habla de la “puesta de manifiesto” de “los principales estudios realizados y los criterios y propuestas generales que orientarán la formulación del documento final” (artículo 24 de la ley 18308) y de una “audiencia pública” “obligatoria para los Planes Locales y para todos los Instrumentos Especiales”. A ello se suma que “la omisión de las instancias obligatorias de participación social acarreará la nulidad del instrumento de ordenamiento territorial pertinente” (artículo 26); y que, conforme al artículo 78 de dicha ley, “los responsables de la elaboración de los instrumentos de ordenamiento territorial (...) deberán inscribir los mismos en el mencionado Inventario (Inventario Nacional de Ordenamiento Territorial)...”; estando “la información contenida en el Inventario” “disponible para consulta por parte de las instituciones interesadas y del público en general”. Y, en la originaria regulación medioambiental, el artículo 14 de la ley 16466 dispone que el Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente “podrá disponer la realización de una audiencia pública, cuando considere que el proyecto implica repercusiones graves de orden cultural, social o ambiental, a cuyos efectos determinará la forma de su convocatoria...”. Pero los “derechos procedimentales” creemos que no se limitan en la información y participación ciudadana, que se enuncia a través de proposiciones como la de que el Poder Ejecutivo “pondrá de manifiesto en sus oficinas el proyecto de selección y delimitación y dispondrá la realización de una audiencia pública”, a cuyos fines “efectuará una comunicación mediante una publicación en el Diario Oficial y en otro diario de circulación nacional”; sino que se deben extender, necesariamente, al procedimiento administrativo frente a los propietarios de “los padrones comprendidos en la situaciones a que refiere este Capítulo, a partir de lo cual no se podrá intervenir o modificar las condiciones naturales, los valores ambientales, paisajísticos, culturales o históricos existentes en ellos.” (Capítulo III “De la asignación de categorías del Título I de la ley 17234, que declara “de interés general la creación y gestión de un sistema nacional de áreas naturales protegidas...”)

11. De la afectación como área natural protegida

En la regulación de áreas naturales protegidas contenida en la ley 17234, se dispone, en su artículo sexto, la declaración de utilidad pública de la expropiación de aquellas áreas que reúnan las condiciones establecidas en el título “Disposiciones generales”, “cuyos titulares no prestaren su consentimiento para la incorporación de los mismos al Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas”. A lo que agrega que, “Sin perjuicio de ello, el Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente podrá declarar tales áreas sujetas a las condiciones de uso y manejo que determine, de conformidad con la disposiciones de la presente ley.” En dicha disposición, y regulación, encontramos una laguna, la que se concreta en cómo los “titulares” (suponemos titulares de derechos reales de propiedad, usufructo o posesión) toman conocimiento de que su finca rural se encuentra designada a fin de la incorporación al Sistema Nacional de Áreas

Naturales Protegidas. En cuanto, conforme dicha disposición, la afectación a la misma ha de ser “consentida”; lo que es coherente, en cuanto afecta lo que De los Mozos⁴⁴, siguiendo a Atias, ha denominado “facultades del propietario utilizador”, y eventualmente, el derecho a las rentas y, en su caso, una merca en el “derecho al capital”. Lo que se liga con la afirmación de Roy⁴⁵ de que “la afectación es...precisamente la expresión del *jus utendi* en su aspecto jurídico”. De ahí que creamos que el referido consentimiento a dicha afectación se corresponde a los conceptos manejados en nuestro Código Civil como “afectados por derechos reales” (artículo 1971), “constituir derechos reales” (art. 271 numeral 2º), “hipotecar o hacer cualquier acto de riguroso dominio” (artículo 2056).

Nos queda por responder cómo los afectados (limitados en los atributos de su derecho de propiedad) por la incorporación de la finca de su propiedad al Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas toman conocimiento de la misma, a fin de manifestar (“prestaren”) “su consentimiento”. Tapani Klami⁴⁶ nos ha dicho que es típico de la regulación jurídica que, en muchos casos, la regla principal no está escrita y sólo es presunta, mientras que las excepciones son expuestas explícitamente.

Lo que se encuentra explícito en la regulación del ordenamiento territorial, a través del artículo 7 de la ley 17234, literal A, es que “El Poder Ejecutivo, a propuesta del Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente, deberá ...seleccionar y delimitar las áreas naturales que incorporará al Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas. En todos los casos el Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente, con carácter previo a la elevación de propuestas al Poder Ejecutivo, pondrá de manifiesto en sus oficinas el proyecto de selección y delimitación y dispondrá la realización de una audiencia pública. A tales fines, efectuará una comunicación mediante publicación en el Diario Oficial y en otro diario de comunicación nacional, a partir de la cual correrá un plazo que determinará la reglamentación, para que cualquier interesado pueda acceder a la vista del proyecto y formular las apreciaciones que considere convenientes...” A ello, en la misma disposición, se establece, en el literal D, “Establecer los plazos y formas para deslindar los padrones comprendidos en las situaciones a que se refiere este Capítulo, a partir de lo cual no se podrá intervenir o modificar las condiciones naturales, los valores ambientales, paisajísticos, culturales o históricos existentes en ellos.”

En dicha disposición se refiere a “...cualquier interesado” para que “pueda acceder a la vista del proyecto y formular las apreciaciones que considere convenientes...” mediante “una comunicación mediante publicación en el Diario Oficial y en otro diario de comunicación nacional”. De ahí que derivemos si en la expresión “cualquier interesado” se comprende al propietario de la finca que se afecta por la designación (“incorporada”) como área natural protegida, de quien se nos dice ha de manifestar su “consentimiento para la incorporación” de la misma “al Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegi-

44 DE LOS MOZOS, José Luis, ob. cit. pág. 235

45 ROY, Brigitte, “L’affectation des biens en Droit civil québécois”, en La Revue du Notariat, Montréal, volumen 103, diciembre de 2001, pág. 390

46 TAPANI KLAMI, Hannu, “Res ad ethicam venit” Algunos comentarios acerca de reglas, principios y hechos”, en Aulis Aarnio, Ernesto Garzón Valdés, Jyrki Uusitalo (comps.), *La normatividad del derecho*, Gedisa, 1ª edición, Barcelona, abril de 1997, pág. 42

das". O, si, en cambio, el propietario, no se encuentra comprendido en aquella expresión de "cualquier interesado".

12. De la validez ejemplar de la notificación de la afectación

Ferrara⁴⁷, remitiéndonos a la noción rawlsiana de "razón pública" y su parámetro concomitante de lo "razonable", nos dice que "si se pretende impedir que la razón pública colapse y acabe por convertirse en una razón práctica guiada por principios, la mejor forma de entender la fuerza normativa de lo razonable es concebirla como la fuerza de la ejemplaridad." Y Ferrara⁴⁸, al estudiar "los límites de la razón pública", nos dice que en Teoría de la Justicia de Rawls la idea fundamental que subyace a la noción de razón pública ya estaba presente bajo los términos "justificación" y "principio de publicidad". Y, así, nos dice Ferrara, Rawls liga la "justificación" con la "razonabilidad", la que relacionara con "cuestiones de justicia" y de "esencia constitucionales". Pero Ferrara⁴⁹, repasando la obra de Rawls, nos remite a "*The Idea of Public Reason Revisited*", en las que nos planteara que "demos razones públicas que apoyen los principios y las políticas que se supone que nuestra doctrina comprensiva apoya". Y, así, se nos habla de "concepciones razonables del bien", del "punto de vista de la reciprocidad y la equidad entre ciudadanos libres e iguales que desean vivir bajo un Estado de Derecho". Desde tales puntos de partida Ferrara⁵⁰ llega a afirmar que lo razonable es lo que mejor se ajusta a las verdades de partida que constituyen el punto de partida, para luego decirnos⁵¹ que *lo razonable* (en el sentido de lo más razonable entre los argumentos razonables de la razón pública) se puede entender mejor como *lo ejemplar*.

En los planteos que recoge Ferrara de Rawls, y los suyos propios, queremos destacar las referencias "a los principios y las políticas que se supone que nuestra doctrina comprensiva apoya", a la "equidad entre ciudadanos libres e iguales que desean vivir bajo un Estado de Derecho", y la ligazón entre lo razonable con lo ejemplar. La referencia a "los principios y las políticas", lo ligamos, creemos que necesariamente, con el concepto de sistema que nos propusiera Canaris⁵², que lo definiera como *un ordenamiento axiológico o teleológico de principios generales del derecho*, donde con la nota de orden teleológico se alude más al elemento de coherencia valorativa y con la nota de los principios generales se alude más a la unidad interna.

También se nos ha hablado de "la equidad entre ciudadanos libres e iguales". Vallet de Goytisolo⁵³, al estudiar las funciones que los comentaristas atribuyeran a la equidad, ante lo que llamara "realidad viva del derecho", incluían, entre otras, las de ser fundamento de la interpretación, dando preferencia no solo a la *mens legislatoris* sobre los *verba*,

47 FERRARA, Alessandro, *La fuerza del ejemplo. Exploraciones del paradigma del juicio*. Gedisa editorial. 1ª edición, abril de 2008, Barcelona, págs.. 28-29

48 Ob. cit. pág. 94

49 Ob. cit. pág. 97

50 Ob. cit. pág. 109

51 Ob. cit. pág. 113

52 CANARIS, Claus-Wilhelm, *El sistema en la jurisprudencia*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid-1998, pág. 55

53 VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms., *El razonamiento jurídico y la equidad*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid-1997, pág. 94 y ss.

sino también a la *mens* y a la *ratio legis* objetivas en concordancia con la *ratio iuris*; y la de armonizar las normas jurídicas, determinando lo que sea aplicable de cada una en el caso de que se trate. Pero fue Tomás MIERES, hacia la mitad del siglo XV, quien más estudiara la función de la equidad, afirmando que *secundum legem*, presenta la función de “orientar la analogía, atendiendo a cuál era la *rerum convenientia*; utilizar la pauta de dar trato igual y respetar a cada cual lo suyo; guiar la interpretación, “*quod aequitas est fundamentum interpretandi leges, et iura, et pacta*”, procurando buscar la razón de la ley en lo que ésta resultare dotada de buena razón y equidad, “*quia lex praesumiter iusta*”, junto a la de flexibilizar la ley, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso.

En relación a lo ejemplar, que manejara Ferrara, Luis Figa⁵⁴ escribía que el razonamiento por la analogía es “silenciado por la lógica moderna” pero “no es silenciado por la ciencia” que recurre a la teoría de los “modelos”. Mientras que Chaim Perelman⁵⁵, en “La lógica jurídica y la nueva retórica”, ha precisado que ha de dejarse un sitio importante a los argumentos que se fundan en la estructura de lo real, como el razonamiento por medio de ejemplos y también el modelo o la analogía, merced a los cuales “se extraen regularidades, leyes o estructuras (digamos, incluso, principios), que sirven de base a los argumentos fundados sobre la estructura de lo real”.

Así vemos como la analogía, orientada por la equidad –conforme la *rerum convenientia*-, ligada al principio de igualdad –tratar lo igual en igual medida-, nos conduce al modelo estatuido para todos los titulares de derecho de propiedad, o, aún de posesión, que sean afectados por la Administración: su notificación a fin de que tengan conocimiento de la respectiva afectación. El modelo (con validez ejemplar) creemos encontrarlo en el artículo 15 de la ley de expropiación en su inciso tercero, al que luego se añadiera el artículo 244 numeral 3º de la ley 18362. Y, por ende, estamos, como adelantáramos, ante la concretización de un principio que coexiste con otros, como los de seguridad jurídica, buena fe y confianza. Al hablarnos de la exigencia del orden, Canaris nos enseñaba que se deriva, sin más, del reconocido postulado de justicia de que se ha de tratar lo igual de modo igual y lo diferente en proporción a su diferencia: se insta al legislador y al juez a retomar “consecuentemente” la valoración que una vez se ha sentado, a “pensarla hasta el final” en todas sus consecuencias particulares y a romperla sólo con sentido, es decir, por motivos objetivos –en otras palabras: a *proceder consecuentemente*-.

13. Del medio ambiente desde valor fundamental de la colectividad a derecho prestacional

El derecho al medio ambiente en los textos constitucionales europeos se presenta como “mandato de protección” a través de la tutela del paisaje, como en el artículo 9 de la Constitución italiana, y en la misma, indirectamente, integrando el derecho a la salud, reconocido como derecho social en el artículo 32 párrafo primero. Frente a ello Yarza⁵⁶, con base en la lectura conjunta de ambas normas, nos dice que desde los años ochenta la Corte Constitucional italiana viene otorgando al medio ambiente el carácter de “valor

54 Citado por VALLET DE GOYTISOLO, ob. cit., pág. 107

55 Citado por VALLET DE GOYTISOLO, ob. cit., pág. 107

56 YARZA, Simón, ob. Cit. pág. 36-37

fundamental de la colectividad". La constitución francesa, hasta hace poco, también carecía de disposiciones explícitas sobre el medio ambiente; por lo que las leyes de protección ambiental solían invocar, como soporte, de todas formas, el derecho a la salud. Lo que ha conducido a que Alexy⁵⁷ nos ha hable del derecho al medio ambiente como ejemplo de lo que denomina "derecho fundamental como un todo", debido a la multiplicidad de posiciones jurídicas en que se podría traducir.

Por otro lado Simón Yarza⁵⁸, estudiando la relación entre el medio ambiente y los derechos fundamentales, nos habla del tratamiento del medio ambiente como un "derecho prestacional"; planteándose que todo deber de protección el Estado constituye un derecho prestacional "en sentido amplio". Así nos dice que las respectivas prestaciones se encuadrarían en la categoría jurídica, reconocida en Alemania como parte del principio de protección de la dignidad humana (art. 1.1 LFB), de los "mínimos existenciales". También se ha hablado de un derecho "autónomo" al medio ambiente, de lo que, en España, hablan, entre otros, Jordano Fraga y López Ramón⁵⁹; afirmando que el derecho al medio ambiente es un derecho humano y, como tal, merece la máxima protección constitucional. Ante ello, Simón Yarza indica como principal objeción que, como tal, se trata de un bien colectivo y es, por lo tanto, inadecuado para recibir la protección de los derechos fundamentales.

14. Del medio ambiente y la propiedad privada como derechos humanos

Pero si el derecho al medio ambiente es un derecho humano, creemos que la propiedad también lo es. Así KAUFFMANN⁶⁰ nos dice que la propiedad es en virtud de su esencia ni sustancia ni valor pecuniario, sino, con GOETHE, "el círculo que mi actividad llena, nada por arriba nada por abajo". Así la propiedad es *actio*, es quehacer, autorrealización de la persona.

En el mismo sentido ARENDT⁶¹ en su libro "La condición humana" liga la esfera privada con la propiedad. Así nos dice que "vivir una vida privada por completo significa por encima de todo estar privado de cosas esenciales a una verdadera vida humana: estar privado de la realidad que proviene de hallarse relacionado y separado de ellos a través del intermediario de un mundo común de cosas, estar privado de realizar algo más permanente que la propia vida. La privación de lo privado radica en la ausencia de los demás; hasta donde concierne a los otros, el hombre privado no aparece y, por lo tanto, es como si no existiera". Y, precisamente, si se destruye la esfera pública y la privada se "quita al hombre no sólo su lugar en el mundo sino también su hogar privado, donde en otro tiempo se sentía protegido del mundo y donde, en todo caso, incluso los excluidos del mundo podían encontrar un sustituto en el calor del hogar y en la limitada realidad de la vida familiar." Prueba de ello lo halla en el mundo romano, en el que "nunca se sacrificó lo privado a lo público", sino que por el contrario se comprendió "que estas dos esferas sólo podían existir mediante la coexistencia". En tal sentido

57 Citado por SIMÓN YARZA, ob. cit. pág. 45

58 Ob. Cit. pág. 62

59 Citados por SIMÓN YARZA, ob. cit. pág. 66

60 Arthur KAUFFMANN, *Hermenéutica y Derecho*, Editorial Comares, Granada-2007, pág. 202

61 Hannah ARENDT, *La condición humana*, Paidós, 1ª ed. 9ª reimp., Buenos Aires-2013, pág. 67 y ss.

PLINIO EL JOVEN⁶² escribía “que, para los esclavos, la casa del dueño era lo que la *res publica* para los ciudadanos”.

Es tal la naturaleza de la relación entre la esfera pública y la privada que la etapa final de la desaparición de la primera vaya acompañada por la amenaza de la liquidación de la segunda. Así ARENDT⁶³ nos dice que no es casualidad que toda la discusión se haya convertido finalmente en una argumentación sobre la deseabilidad o indeseabilidad de la propiedad poseída privadamente. En tal sentido nos dice⁶⁴ que, en sus orígenes, la propiedad significaba ni más ni menos el tener un sitio de uno en alguna parte concreta del mundo y por lo tanto pertenecer al cuerpo político; siendo la cabeza de una de las familias que juntas formaban la esfera pública. Es por ello que la riqueza de un extranjero o de un esclavo no era bajo ninguna circunstancia sustituto de la propiedad, y la pobreza no privaba al cabeza de familia de su sitio en el mundo ni de la ciudadanía resultante de ello.

15. Del medio ambiente como mandato objetivo de protección

De ahí que Simón Yarza⁶⁵ sostenga que la protección constitucional más adecuada del medio ambiente como bien colectivo no es la propia de los derechos fundamentales, sino la de los fines de la actividad estatal o los mandatos objetivos de protección. Ello, aunque las formulaciones jurídico-objetivas parecen indicar la existencia de auténticos derechos subjetivos, en cuanto no son literalmente, como reconoce que señalan Brandl y Bungert, ni “prototipos de derechos fundamentales, ni prototipos de declaraciones de declaraciones de un política pública”. En tal sentido Simón Yarza⁶⁶ nos dice que Brandl y Bungert han escrito que “la formulación de cada previsión medioambiental cae en algún lugar en el *continuum* entre el derecho subjetivo fundamental en un extremo, y la declaración objetiva de una política pública en el otro.” Lo que en la doctrina española Jiménez Campo⁶⁷ llamara “derechos aparentes”.

Y, si hablamos de “mandatos objetivos de protección”, en nuestra doctrina Martins⁶⁸ definía el procedimiento administrativo como “...el medio de dar satisfacción jurídica parcial, con intervención de un órgano de la justicia administrativa, a las pretensiones de los afectados en sus derechos subjetivos o intereses legítimos por la actividad administrativa pública estatal...”. Y, en el mismo reglamento de procedimiento administrativo, en el artículo 2º, se lee que “...la Administración debe servir con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno al Derecho y debe actuar de acuerdo con los siguientes principios generales...debido procedimiento; ... buena fe, ...”. Por consiguiente, el

62 Citado por ARENDT, ob. cit. (6), pág. 68

63 Ob. cit. (6) pág. 69

64 Ob.cit. (6) pág. 70

65 Ob. Cit. pág. 71

66 Ob. Cig. pág. 71

67 Citado por Simón Yarza, ob. cit. pág. 72.

68 MARTINS, Daniel Hugo, “Análisis de las acciones de nulidad y reparación patrimonial en el derecho positivo vigente en el Uruguay y en la Argentina”, R.U.E.A., N° 1, 1979, pág. 33 citado por ARAMENDIA FALCO, Mercedes y PIO GUARNIERI, Juan Pablo, FCU, 1ª edición, marzo de 2015, págs. 13-14

mandado objetivo de protección medioambiental coexistirá con los restantes mandatos objetivos de protección, entre ellos, la propiedad y la libertad.

16. De la propiedad a la libertad

Atias⁶⁹, al que sigue De los Mozos⁷⁰, nos dice que “detallar los diversos elementos de la propiedad, estudiarles separadamente, supone ya desnaturalizar el conjunto; la más notable característica de la propiedad es justamente la de reagrupar todos los atributos posibles, acumulándoles, para dejar a su beneficiario sin concurrencia. Dicho de otro modo, no hay ciertamente definición positiva de la propiedad; la propiedad es todo; es lo que permanece cuando nada ha sido recortado en la relación directa que una le persona y la cosa, cuando nada ha sido olvidado en la enumeración de los poderes imaginables.” Y, al enunciar el contenido del derecho de propiedad nos habla del “aspecto material de la propiedad: utilidad natural de la cosa” y el “aspecto jurídico de la propiedad: la utilidad de la cosa”. Utilidad ésta que se liga al valor de la respectiva cosa que la determina como bien, lo que dicho autor enunciara como “una prerrogativa jurídica sobre el valor de la cosa”. Así se ha llegado a la definición valorista de los bienes que formula Laurent⁷¹: “toda cosa que representa un valor”.

El aspecto jurídico de la propiedad, la utilidad de la cosa, se concreta en lo que se ha llamado “derecho al capital”, que Atias⁷² lo presenta a través del derecho de disposición, el que implica la libertad de dejar de ser propietario. Así la facultad de disposición es la prerrogativa más profunda y más radical, tanto que ella misma es condición de la existencia de las otras. Es así que escribe que el derecho de disposición implica la libertad de elegir sucesor. Y, precisamente, esta libertad es la que afecta el llamado “derecho de preferencia” o “derecho de tanteo”.

Por tal vía vemos como se liga la propiedad con la libertad. Alexy⁷³ ha escrito de la conveniencia de concebir una libertad particular de una persona como una relación triádica: *la libertad de una persona*, como suma de sus libertades particulares, y *la libertad de una sociedad*, como la suma de las libertades de las personas que en ella viven. Así nos dice que esta concepción se orienta esencialmente hacia las personas en cuanto titulares de la libertad; agregando que “libre” puede calificarse también una acción o la voluntad. De ahí que Alexy afirme que “la libertad de las acciones, al igual que la libertad de la voluntad, es una abstracción relativa a la libertad de las personas”. Así la libertad de elegir sucesor es una concreción del derecho fundamental de libertad, en concreto de la libertad civil. Tanto que ya a principios del siglo XX (en 1901), Costa y Martínez⁷⁴ nos hablaba de la constitución del *status* individual, que lleva consigo la soberanía absoluta

69 Christian ATIAS, *Droit Civil, Les biens, tome I*, Librairies Techniques, 1980, págs. 79-80

70 José Luis DE LOS MOZOS, *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica*, Editorial Revista de Derecho Privado, 1993, pág. 234 y ss.

71 Julien LAURENT, *La propriété des droits*, L.G.D.J., 2012, pag. 207

72 Ob. cit. pag. 83-84

73 Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid-2008, pág. 187

74 Joaquín COSTA Y MARTÍNEZ, *El problema de la ignorancia del derecho*, Civitas, pág. 59 y ss.

en la esfera del derecho individual, que, entre otras libertades, comprendía la libertad de disponer libremente por testamento y el derecho de pactar con fuerza de ley.

Desde la ligación entre la libertad de las personas y la libertad de acción se llega a la diferencia según el objeto de la libertad sea una *alternativa de acción* o *sólo una acción*. De ahí que Alexy⁷⁵ afirme que la libertad positiva pueda representarse como una relación triádica. En el concepto positivo de libertad existe una relación de tipo especial entre el impedimento de la libertad y el objeto de la libertad, la acción necesaria o razonable, es decir, la acción correcta. Ello conlleva que cuando el titular de la libertad es liberado de los impedimentos a la libertad y, en este sentido, es una persona libre o razonable, entonces lleva a cabo necesariamente la acción correcta. Pero también implica, necesariamente, para, cuando exista un impedimento de libertad, el mismo tránsito por los caminos de la razonabilidad que determine que el mismo se corresponda a una acción correcta. En tal sentido Cianciardo⁷⁶, dentro del principio de razonabilidad, nos habla del juicio de adecuación; que coloca como el primer subprincipio de aquél. Así nos dice que lo primero que se exige de una medida es que tenga un fin; lo segundo, que sea adecuada para el logro de ese fin. De modo que si se pretende imponer un impedimento a la libertad de elegir sucesor a través de un derecho de preferencia, exigiéndose al lesionado en su libertad una determinada conducta, el mismo se imponga “adecuadamente”. Para determinar la referida adecuación creemos que primero debemos precisar qué tipo de norma es la que surge del artículo 9 de la ley 17234, que impone al propietario el deber de ofertar (“deberán ser ofrecidos al Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente”). Hart⁷⁷, al estudiar el contenido de las normas, nos hablaba de normas de mandato (de conducta) y normas que confieren poderes; describiendo aquéllas como las que imponen un deber, de modo que su desobediencia se corresponde a la transgresión de un deber y, en consecuencia se impone una sanción. Y, en el caso, precisamente, la sanción es “la multa prevista en el último inciso del artículo 35 de la ley N° 11.029”. Y, en consideración a dicho deber de conducta, la medida adecuada que se impone al Estado, precisamente, es “la notificación a los propietarios conocidos y presentes”; sin perjuicio de la “la comunicación de la afectación a la Dirección General de Registros del Ministerio de Educación y Cultura...”. Así vemos en dicha notificación, o, en su caso, en dicha “comunicación”, el presupuesto para la vigencia del deber de ofertar como carga del respectivo propietario.

Cuando el objeto de la libertad es una alternativa de acción se habla de “libertad *negativa*”, ella nos habla de las posibilidades de una persona para hacer algo. Es por ello que Alexy nos habla de una relación triádica, en cuanto el tercer miembro es una *alternativa de acción*. Y, precisamente, para la creación de una situación de libertad jurídica es indispensable tan sólo una omisión del Estado; tanto como para asegurar la libertad jurídica no es indispensable ningún derecho prestacional sino sólo un derecho de defensa. Y, en relación al propietario, y a la libertad del propietario de elegir sucesor, la alternativa de acción se concreta en enajenar la finca a quien quiera y mediante el título hábil para

75 Ob. cit. pág. 189

76 Juan CIANCIARDO, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*. Ábaco. Buenos Aires-2004, pág. 62

77 H.L.A. HART, *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2ª edición (reimpresión), págs. 34-35

transferir del dominio que le plazca. En tal sentido Moscarini⁷⁸ nos ha hablado de la atribución de una posición jurídica subjetiva de ventaja a favor de la persona preferente, pero, al mismo tiempo, creemos, debemos advertir que dicha posición jurídica subjetiva de ventaja se debe concretar adecuadamente. Así Alexy⁷⁹, cuando trata las libertades protegidas, nos dice que éstas no se limitan a la existencia de una norma constitucional, sino que “ella consiste en un haz de derechos a algo y también de normas objetivas que aseguran al titular al derecho fundamental la posibilidad de ejecutar las prestaciones permitidas”. Del mismo modo y en la misma medida creemos que se impone al Estado que cuando limita o afecta un derecho fundamental lo haga mediante “normas objetivas que aseguran al titular al derecho fundamental la posibilidad de ejecutar las prestaciones” a las que está obligado. Para lo cual, en la referida normativa, se previó la publicidad de las respectivas afectaciones mediante el sistema registral; lo que creemos no sustituye la necesaria notificación estatuida a través de normas ejemplares.

17. Entre derechos-exclusión y derechos-prestación

Laurent⁸⁰ nos plantea la oposición entre derecho-exclusión y derecho-prestación. Así caracteriza los derechos-exclusión como aquellos que presentan un vínculo exclusivo entre el derecho y su beneficiario; aún cuando no puedan ser considerados cosas. A pesar de que establecen vínculos entre las personas y las cosas, racionalmente no pueden tener la misma naturaleza que su objeto. Lo que más se aproxima a ello es la clásica descripción romana del derecho de propiedad: *res mea est*. En cambio, al marcar la tipología de los derechos-prestación, Laurent⁸¹ nos dice que su titular puede acceder a utilidades de una cosa de la que no es propietario, a través de la prestación del propietario-deudor; permitiendo la repartición de la suma de utilidades de la cosa. Asimismo nos dice que el titular de un derecho-prestación necesita de la actividad de una persona, en cuanto tiene por objeto obtener una cierta utilidad (*service*).

Al marcar el interés de la que Laurent⁸² llama la *summa divisio*, marcando al derecho-exclusión como heredero de *jus* (derecho-cosa) y al derecho-prestación del subjetivismo (derecho-poder); y, retomando las definiciones clásicas de derecho subjetivo halla que el señorío de la voluntad de que nos hablara Windscheid se corresponde al derecho-exclusión. Pero, precisamente, en el caso de la “oferta de venta”, contenida en el artículo 9° de la ley 17234, no estamos ante un derecho-exclusión; sino ante un derecho-prestación, imponiéndose al propietario una cierta actividad. Ello ya había sido advertido por Moscarini⁸³, quien al estudiar la estructura y la forma de la oferta en materia del derecho de preferencia, nos dice que la manifestación de voluntad dirigida al beneficiario por el derecho de preferencia transita en la alternativa de configurarla como *denuntiatio* (simple notificación) o como verdadera propuesta, por la que con la aceptación de éste, y su recepción por el emitente, hace que se perfeccione un contrato preliminar o definitivo. Siempre a través de una prestación.

78 Lucio MOSCARINI, *Voz “prelazione” en Enciclopedia del Diritto*, tomo XXXIV, pág. 981

79 Ob. cit. pág. 199*

80 Julien LAURENT, *La propriété des droits*, L.G.D.J., 2012, pág. 63

81 Ob. cit. pág. 64-65

82 Ob. cit. pág. 66

83 Lucio V. MOSCARINI, “Prelazione” en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXXIV, pág. 988

Así la afectación al propietario que se deriva de la imposición del derecho de preferencia no es análoga a la de las “resoluciones administrativas que determinan restricciones o limitaciones al derecho de propiedad de un predio determinado” de que se nos habla en el numeral 12 del artículo 17 de la ley registral (16.871). Las restricciones o limitaciones que sólo producen efectos informativos en su inscripción son aquellas que se corresponden a un derecho-exclusión o a una limitación estática del mismo, las que, desde que inmediatamente limitan al derecho de propiedad y no imponen deber alguno de conducta del propietario, pueden determinar una publicidad de tal tipo que no afecte su eficacia. Un ejemplo de ellas son las comunicaciones previstas en el artículo 12 del Código de Aguas, que tienen por objeto la publicidad “de los derechos de aprovechamiento de aguas del dominio público o privado”. Pero precisamente, si en ello hallamos un ejemplo de dichas “resoluciones administrativas”, ellas se corresponden a tales derechos a favor de determinados titulares, y complementaria a la del Registro que lleva “el Ministerio competente”. Y en todo caso de corresponde a un caso de lo que Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida⁸⁴ han llamado “eficacia ofensiva de la inscripción”, que, según ellos, se corresponde a la que tiene por fin atribuir a quien inscribe una titularidad firme e inatacable; que en el citado caso son “los titulares de derechos al aprovechamiento de aguas y álveos”.

18. De la falsa analogía entre el tercero registral y el obligado

Laurent⁸⁵, al estudiar el argumento *a contrario*, ha escrito que “el silencio del legislador, por sí solo, no prueba nada, pues el silencio no dice nada.”. Sin embargo, sí cree que se puede utilizar el argumento *a contrario* cuando “lejos de contrariar los principios generales, los apoya.”

En las situaciones de afectación del propietario mediante normas de mandato, como las que impone el derecho de preferencia, no se puede acudir al silencio normativo para, desde él, mediante el argumento *a contrario*, aducir que como no se exige que el obligado sepa o, en su caso, le sea cognoscible, que, precisamente, pesa sobre él un determinado deber, en caso de incumplirse, se le imponga una sanción. Ello en cuanto, por tal vía, haríamos un uso incorrecto del argumento *a contrario*, que sólo es admisible cuando me lleva del silencio, o de la excepción, al principio. Y el principio, precisamente, está marcado por los principios generales de derecho de buena fe y de seguridad jurídica.

Vaz Ferreira⁸⁶ nos advertía de los “errores de falsa oposición”, que describía cómo la que consiste en tomar por contradictorio lo que no es contradictorio, y, dentro de ella, de tomar lo complementario por contradictorio. También creemos que es igualmente errado tomar lo opuesto como igual, lo contradictorio como idéntico o análogo. Así no se puede hallar analogía alguna entre la situación del tercero registral y la del obligado.

84 José Luis LACRUZ BERDEJO y Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA, *Derecho inmobiliario registral*, Bosch, Barcelona-1984, pág. 161

85 Citado por Juan VALLET DE GOYTISOLO, *Metodología de la determinación del derecho*. II. Parte sistemática, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A. Consejo General del Notariado, pág. 637

86 Carlos VAZ FERREIRA, *Lógica viva*, Homenaje de la Cámara de Senadores de la República Oriental del Uruguay, Montevideo-1963, pág.21

Pugliatti⁸⁷ hallaba la función de la publicidad registral a través de una función primaria de conoscibilidad, mientras que Nicolò y Gazzoni encontraban la función de la publicidad en la dilucidación de conflictos entre varios adquirentes de un mismo bien. Pero cualquiera sea la función que se le asigne a la publicidad registral ella transita necesariamente por la inoponibilidad, que Ragel Sánchez⁸⁸ fundamenta en el respeto de los derechos adquiridos con anterioridad, y que Lacruz Berdejo-Sancho Rebullida⁸⁹ fundaran en la protección de la apariencia generada por la publicidad registral, sancionando la negligencia de quien no inscribe. Y ella tiene por protagonista al tercero.

Distinto es cuando estamos ante normas de conducta y derechos-prestación. En ellas y en éstos es indispensable que a quienes se les exige un determinado deber tomen conocimiento del mismo. Por lo que, en tal caso, la publicidad registral ya no tendrá solo la función de inoponibilidad, sino que funcionará (de ser posible) como subrogado de la notificación. Es por ello que en tales casos jamás podremos acudir a las consecuencias de una publicidad noticia, pues la razón y fin de la carga de inscribir se halla no ya solo en la protección del tercero adquirente sino también en una fuente de conocimiento del propietario afectado en su libertad de elegir sucesor, tomando conocimiento del deber. Aunque creamos que, igualmente, en tales casos, es necesaria, además, la notificación al afectado.

19. De las limitaciones de la propiedad y las normas de acción

Se ha pretendido que la afectación de la libertad de elegir sucesor del propietario es tan inmediata como lo sea la vigencia de la respectiva ley o decreto. En tal sentido, refiriéndose a las obligaciones legales que se corresponden a las limitaciones de la propiedad, Biasco Marino⁹⁰ ha escrito que el origen legal de las mismas determina que todo tercero pueda y deba conocerlas, porque, precisamente, “son de origen legal y entran en el régimen general de las leyes.” Y, además, como obligaciones legales “son de orden público y de Derecho Público.”

Así Biasco Marino⁹¹ nos habla de normas de relación y normas de acción. Como normas de relación entiende las que “establecen los vínculos existentes entre el Estado y, en general, las personas jurídicas estatales y los particulares. Regulan aspectos sustantivos de las relaciones jurídicas, es decir lo que llamamos derechos y libertades, y de esas normas se derivan –digamos- relaciones jurídicas bilaterales, que comúnmente llamamos derechos, cuando son activas y obligaciones, cuando son pasivas...” Las normas de acción, nos dice, “está dirigido al funcionamiento de la Administración”, por lo cual “son normas de carácter instrumental y no sustancial”. Y, al ejemplificar, dichas normas indica como normas de relación a las que regulan el derecho de propiedad, en las que incluyen las que limitan al mismo, y como ejemplo de normas de acción las que establecen

87 Citado por Ennio RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali*, Giuffrè editore-2004, pág. 162

88 Luid-Felipe RANGEL SÁNCHEZ, *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad*. Tirant lo blanch. Valencia-1994, pág. 107

89 Ob. cit. pág. 165

90 Emilio BIASCO MARINO, “Alcance de la cláusula de estilo “libre de obligaciones y gravámenes” ante las limitaciones a la propiedad”, en Rev. AEU, vol. 78, n° 7-12, págs. 200 y 205.

91 Ob. cit. pág. 201

y regulan el proceso de expropiación; pues están indicándole a la Administración cuál es el camino que debe seguir.

Pero, si acudimos a la regulación “Del procedimiento administrativo” de expropiación, que Biasco Marino plantea como ejemplo de normas de acción, hallamos que en el artículo 15 de la ley 3958 se dispone la notificación personal a los propietarios, “sin perjuicio del emplazamiento que se hará por publicaciones por medio de edictos con las indicaciones del caso sobre el inmueble a expropiar”. Y, precisamente, la misma ley 17234, en el artículo sexto, inciso tercero, nos reenvía, a la regulación del “procedimiento expropiatorio”; estableciendo que “se regirá por las disposiciones de la ley N° 3.958”, que integra la citada disposición.

Por ello vemos que la pretensión de la aplicación inmediata de las respectivas afectaciones, cuanto estamos ante normas de acción, se desvanece; haciéndose necesaria “la notificación al o a los propietarios de los inmuebles que resultarán gravados por las mismas.”

20. De la ignorancia del derecho

Costa y Martínez⁹² nos recuerda cómo Vives, en el más famoso de sus libros, titulado de *Causis corruptarum artium*, se plantea ¿“Donde está la justicia del principio *ignorantia juris neminem excusat* (se preguntaba), siendo tantas las leyes y tan abultadas y dificultosas, que nadie podría saberlas todas? Con ellas no trazáis una pauta benigna, paternal para conducirse en la vida, sino que tramáis emboscada (*insidias struitis*) á la ignorancia y sencillez del pueblo (*simplicitati populari*).” Así Costa y Martínez⁹³ escribe cómo en Roma el *status juris*, siendo completo, envolviendo el “caput”, suponía y llevaba consigo la soberanía absoluta en la esfera del derecho individual; ó más claro, constituía el individuo en lo que expresa la palabra, en un *Estado*; Estado completo, lo mismo que la familia, lo mismo que el municipio, lo mismo que la nación, que podía ejercitar todos los poderes en la esfera de sus relaciones personales y tenía su más alta expresión en la facultad de legislar, mediante lo que llamaban los romanos *lex contractus*, *lex testamenti*. Ello, nos dice Costa y Martínez, envolvía un presentimiento vivo de la verdadera naturaleza de la persona “*jurídica*”, la cual no es meramente el *sujeto* del derecho, sino juntamente y al par *sujeto y objeto*; que encierra dentro de sí los fines para que el derecho está dado, parte de los medios necesarios para realizarlos y actividad racional para aplicar éstos a aquéllos cumpliéndose á sí propio lo que se debe. En esa “relación de libre condicionalidad” á que llamamos Derecho, el individuo es, por una parte, sujeto de fines, y por otra sujeto de medios; en esta segunda posición se dice “obligado”, deudor, condicionante; en la primera, “exigente”, acreedor, condicionado: tiene, por tanto, derechos y obligaciones respecto de sí propio, y para cumplir esas obligaciones, una esfera de acción exclusivamente suya, inviolable, donde nadie puede legítimamente inmiscuirse, dentro de la cual no hay ni cabe más diputado, senador, ministro, juez, magistrado, monarca o presidente que él mismo.

92 Joaquín COSTA y MARTÍNEZ, *El problema de la ignorancia del derecho*, CIVITAS, Madrid, pág. 39

93 Ob. cit. pág. 59

Sin embargo algo es claro que la presunción del conocimiento del derecho no impide ni el error de derecho ni la buena fe. Así Lalaguna⁹⁴ ha pretendido distinguir entre ignorancia y error de derecho, para ello se basa en el término objetivo de referencia de aquella y en la situación de conocimiento errado; refiriéndose por esta al conjunto de situaciones en que se puede encontrar una persona como sujeto de derechos. Así se niega a entender el error de derecho como una forma específica de ignorancia de la ley. Y, en tal caso, el error de derecho como cualquier otro error que no implique dolo, culpa grave o duda, es compatible con la buena fe; tanto como acontece en materia de buena fe posesoria.

Oliva Blázquez⁹⁵, siguiendo a Criscuoli⁹⁶, nos dice que el error de derecho y el principio de la inexcusabilidad de la ignorancia de las leyes son dos figuras distintas que “no deberían encontrarse jamás”, ya que se mueven en “planos diferentes”, en “órbitas distintas”, y tienen ámbitos de aplicación que no son coincidentes. Así nos recuerda que Roca Sastre y Puig Brutau escribían que “no se trata aquí de la observancia de ninguna norma, sino de un caso de falsa determinación de la voluntad contractual por errónea concepción del derecho”. Ello en cuanto, nos dice Oliva Blázquez, el problema que se plantea es el de determinar la influencia que puede tener el error de derecho sobre determinados actos jurídicos respecto de los cuales el ordenamiento toma en especial consideración la voluntariedad y consciencia de los sujetos implicados. En tal sentido se cita a Coviello, en cuanto éste afirmara que se trata de saber si puede o no invocarse el *error iuris* como presupuesto positivo (buena fe). En este ámbito, nos dice Oliva Blázquez⁹⁷, puede observarse cómo no aparece por ningún lado la cuestión del cumplimiento de la ley, ya que quien invoca el error de derecho no lo hace con la pretensión de eludir una norma, sino con la finalidad de lograr que su ignorancia o falsa representación determina determinadas consecuencias. Ello lo vemos en materias como el pago de lo indebido (art. 1317-1318 del Código Civil, el pago de buena fe al poseedor del crédito (art. 1455 del Código Civil), la posesión de buena fe (artículo 1207 del Código Civil), y la buena fe en el matrimonio putativo (artículo 211 del Código Civil), y la buena fe de quien construye en suelo ajeno (art. 751 inciso segundo del Código Civil). En todos ellos la buena fe no impide la aplicación de la respectiva, sino que considera a través de un régimen propio la situación de los terceros de buena fe; destacándose como, en el último caso, es la conducta del propietario la que genera la buena fe, tanto como en el caso ha sido la conducta (omisa) del Estado la que la generara.

Y, entre los principios generales del derecho aplicable a la materia hallamos el deber de respeto recíproco, de la confianza legítima, de la buena fe y de la seguridad jurídica.

94 Enrique LALAGUNA, “La ignorancia de la ley y el error de derecho”, en *Estudios de Filosofía del Derecho y Ciencia jurídica en memoria y homenaje al catedrático don Luis Legaz Lacambra (1906-1980)*, Madrid-1983, pág. 677 citado por Francisco OLIVA BLÁZQUEZ, *El error iuris en el Derecho Civil*, Consejo General del Notariado, 2010, pág. 189

95 Ob. cit. pág. 192 y ss.

96 Giovanni CRISCUOLI, “Errore di Diritto e Riconoscibilità”, *Rivista di Diritto Civile*, 1986, pág. 383 a 412

97 Ob. cit. pág. 196

21. Del principio general del respeto recíproco

Larenz⁹⁸, partiendo del ejemplo de dos náufragos en una isla, nos conduce hacia el que denomina “principio general del respeto recíproco”. La relación entre ellos se puede plantear en una alternativa: el más fuerte somete a su voluntad al otro, dirigiéndoles órdenes o aprovechándose del otro para sus fines, o que decidan regular sus relaciones sobre la base de la equiparación y del reconocimiento recíproco del otro. En tal caso el interés de todos en la situación exige una cooperación más profunda.

Así nos dice que el presupuesto básico de toda relación jurídica entre dos o más personas es su recíproco reconocimiento como tales, que por encima de cada uno de los asuntos que les afectan en común y son por eso comunes, determina que ninguno está sometido al otro.

Dicho principio Larenz⁹⁹ lo liga al pensamiento kantiano. Ello en cuanto Kant¹⁰⁰ escribía que todo hombre tiene una pretensión jurídica al respeto de sus semejantes y recíprocamente está obligado a respetar a los demás. En tal sentido -nos recuerda Larenz- este principio atraviesa todo el ordenamiento jurídico.

En el caso de la “oferta de venta”, contenido en el artículo 9 de la ley 17234, el Estado debe ejecutar la cooperación necesaria (notificación) a fin de que el deudor ejerza el deber de conducta que se concretiza en el derecho de ofertar, y, además, cumplir con la carga impuesta de la publicidad registral de la respectiva afectación. Por tal vía, en caso de omisión del Estado, será él mismo el que genere en el propietario el error excusable de que la finca no se hallaba gravada por la citada afectación.

22. Del caso de la “viuda de Berlín” a la confianza legítima

Jorge Coviello¹⁰¹ nos cuenta del caso de la “viuda de Berlín”, conocido también como de la “anciana viuda”, que trata de la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo Superior de Berlín del 14 de noviembre de 1956, por la que se reconoce el derecho de protección de la confianza invocada por la viuda de un funcionario que vivía en la entonces República Democrática Alemana, a quien se le había oficialmente certificado que si se trasladaba a Berlín Occidental tendría derecho a percibir su pensión, por lo que, en consecuencia, basada en la creencia de la corrección de lo informado por la Administración, concretó el cambio de radicación, con los gastos que ello significaba, y comenzó a percibir su pensión. Tiempo después se comprobó que no cumplía las condiciones legales, en virtud de la equivocada información que había recibido, por lo que se le exigió que devolviera las sumas indebidamente abonadas. La protección invocada por la viuda tuvo acogida en el tribunal alemán, decisión esta que fue confirmada por el Tribunal Administrativo Federal el 25 de octubre de 1957. Lo más interesante del caso es que se resolvió no solo que no correspondía la revocación *ex tunc* del acto, sino tampoco *ex nunc*, por lo que la Administración tuvo que continuar pagando la pensión.

98 Karl Larenz, Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica. Civitas, Reimpresión 19191, pág. 55

99 Ob. cit. págs. 55-56

100 En Metafísica de las costumbres, cit. por LARENZ, ob. cit. pág. 56

101 Pedro José JORGE COVIELLO, “La confianza legítima”, en *Estudios jurídicos*, N° 11 año 2013, Montevideo-Uruguay, pág. 13

Poco tiempo después, el Tribunal Administrativo de Baviera, en consonancia con dicha doctrina, sostuvo que en los supuestos de actos administrativos de favorecimiento ilegales se configura la presencia de bienes jurídicos de rango superior que el principio de la legalidad, como es el caso de la seguridad y de la protección de la confianza, y llegó a la conclusión de que correspondía limitar la revocación *ex nunc*.

Así, dos conceptos basilares como el de seguridad jurídica y el de proporcionalidad conjugan con la idea de que el individuo es una persona y no debe ser considerado un simple objeto, lo cual conduce a la necesidad de garantizar cierta seguridad jurídica a la individuos y a imponer al Estado un ejercicio moderado de su poder.

Ello ha llevado a que en la doctrina europea se hable del principio de confianza legítima, de inspiración alemana y recepción por el Derecho comunitario, que ha venido siendo acogido por diversas jurisdicciones europeas, entre ellas, la española. López Menudo, Guichot Reina y Carrillo Donaire¹⁰² nos dicen que este principio, con distintas denominaciones y construcciones, es conocido en todos los Derechos en cuanto tiene un sustrato en la noción más general de buena fe. Así, ante los críticos a tal tendencia, afirman que este principio se sitúa en el filo entre el parámetro de lo legal y de lo ilegal, o, en materia de responsabilidad administrativa, y en la terminología española, entre el funcionamiento normal y el anormal: se trata de medidas que, “legales en sí”, pueden causar en determinadas circunstancias un daño a un particular, que resulte contrario a una noción de equidad, de justicia distributiva o de buena fe que éste deba por sí solo arrostrar, teniendo en cuenta que la medida ha sido adoptada en beneficio de la comunidad. Pero, en el caso que estemos en el caso en que se afecte una finca sin la notificación al propietario de la misma, ni siquiera estaremos ante actos administrativos que ni siquiera son “legales en sí”.

López Menudo, Guichot Reina y Carrillo Donaire observan que el principio de confianza legítima tiene un importante papel en materia de responsabilidad patrimonial en el Derecho europeo, constituyéndose en su campo más importante de acción. En tal sentido nos hablan de que una medida puede ser legal en sí pero vulnerar la confianza legítima que pudo generarse ante un concreto particular a la vista de las circunstancias de su caso, a menudo incluso desconocidas cuando dicha medida se adoptó. En estos casos, nos dicen, el Derecho no ordena anular dicha medida *erga omnes*, sino compensar, frecuentemente con una indemnización, el “olvido” de haber dispuesto medidas compensatorias o transitorias que hubieran podido evitar que la confianza previamente generada quedase frustrada.

Y, precisamente, las citadas medidas compensatorias en la materia se concreten en no haber notificado la afectación al propietario y no haber inscrito la misma; determinará la indiscutible vulneración de la confianza del propietario, creemos que impidiéndole, al Estado, el cobro de la respectiva multa. Sin perjuicio de otras consecuencias que tal apartamiento del Estado del modelo de un “Estado ejemplar” determine.

102 Francisco LÓPEZ MENUDO, Emilio GICHOT REINA, Juan Antonio CARRILLO DONAITE, La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos, Lex Nova, 1ª edición, diciembre de 2005, pág. 66

23. De la buena fe

Betti¹⁰³ ha afirmado que un concepto fundamental para entender el problema de la cooperación a la que sirve la relación obligatoria es el concepto de buena fe; que, como hemos visto, se extiende desde el Derecho Privado al Derecho Público. Así Betti¹⁰⁴ nos habla de “las obligaciones integrativas instrumentales” que caracteriza como aquellas que deben asegurar el cumplimiento de la prestación y están, por tanto, estrechamente ligadas a la prestación debida, de la que no pueden escindirse en modo alguno. Para ellas no puede pensarse en una acción judicial autónoma. No son obligaciones que sean exigibles por sí mismas, pero si su inobservancia provoca una ejecución defectuosa del contrato, un cumplimiento inexacto, la inobservancia misma de tal obligación hará responsable al deudor por incumplimiento. Tales son las obligaciones de omisión, que forman el reverso de la obligación positiva de prestación, o aquellas que son preparatorias para la exacta ejecución de la prestación.

Así Betti¹⁰⁵ nos habla de obligaciones integrativas preparatorias, las que, nos dice, sirven para hacer posible la prestación que deberá realizarse en el momento pactado. Las que, en la materia, se corresponden a las tantas veces requerida notificación y publicidad registral. Lo que hace que el Estado ingresara en el mismo subprincipio del acto propio, que le impide exigir el cobro de la multa, cuando él mismo ha sido, a través de su omisión, quien ha creado la creencia falsa en el propietario que le imposibilitara cumplir con la conducta debida.

En la civilista alemana se han visto las obligaciones integrativas que se derivan como corolarios del principio de la buena fe se diferencian según el criterio de la mayor o menor aproximación en que se encuentren respecto a las obligaciones principales a que se refieren. La proximidad puede ser mayor o menor: es mayor en aquellas obligaciones de custodia y diligencia que son auxiliares e inmediatamente integran la obligación principal de prestación. Junto a estas y a otras obligaciones de respeto y de conservación del interés de la contraparte en la prestación, hay también obligaciones auxiliares que sirven para asegurar la realización útil de la prestación. Y, en la posición más distanciada de la obligación principal de prestación están las obligaciones generales de conservación del interés de la otra parte, que se llaman, con una expresión ahora técnica, obligaciones de protección (*Schutzpflichten*), que están dirigidas a prevenir y alejar daños de la esfera de intereses de la contraparte: ya que por el solo hecho de existir una relación de obligación, una parte entra en contacto con la esfera jurídica de la otra y tiene la posibilidad de perjudicarla. Y, precisamente, en esta materia estamos ante un caso de obligación protección que el Estado no ha cumplido.

24. De la seguridad jurídica

Jorge Coviello¹⁰⁶ nos cuenta cómo los Derechos británico y de los países de la *common law* han hecho un desarrollo de los principios de seguridad jurídica (*legal certainty*) y de

103 Emilio BETTI, “Teoría general de las obligaciones” tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid-1969, pág. 69

104 Ob. cit. pág. 106

105 Ob. cit. pág. 107

106 Ob. cit. pág. 29

confianza legítima (*legitimate expectations*). Al buscar el motivo de la protección de dichas expectativas, Forsyth¹⁰⁷ afirmaba que si el Ejecutivo asume, en forma expresa o tácita, un comportamiento determinado, el particular espera que tal actitud será ulteriormente seguida. Ello se seguramente fundamental para el buen gobierno y sería monstruoso si el Ejecutivo pudiera libremente renegar de sus compromisos. Así concluye que la confianza pública (*public trust*) en el gobierno no debe quedar indefensa.

Como vinculábamos la confianza legítima con la buena fe, también se vincula la *legitimate expectations* con el *estoppel*. Sin embargo, nos dice Jorge Coviello¹⁰⁸, hay coincidencia doctrinaria en que la confianza legítima actúa donde el *estoppel*, institución del Derecho privado, no lo puede hacer, puesto que no es invocable —en términos generales— cuando la autoridad administrativa excedió su competencia. Por ello se ha dicho que, si bien no es sorprendente en el derecho inglés que las *legitimate expectations* requieran una manifestación de justicia (*fairness*), antes que un tipo *estoppel*. No es desacertado decir que la muy británica idea del *fairness* es la que ha campeado en derredor de las *legitimate expectations*.

En el Derecho inglés se ha transitado desde las *procedural expectations* a las *substantive legitimate expectations*. Jorge Coviello nos dice que el principio conocido como *procedural expectations* fue introducido por Lord Justice DENNING de la corte de Apelaciones en el caso Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs, en el que se afirmaba que un órgano administrativo puede ser obligado a dar al afectado la oportunidad de ser oído, pero que “todo depende de si él (el afectado) tiene algún derecho o interés o, añadiría, alguna confianza legítima, de la que no sería justo privarlo sin oír lo que tenga que decir.” Por las *substantive legitimate expectations* no solo se limita a que la persona afectada puede ser previamente oída, sino a la posibilidad de exigir que la Administración, ante un cambio de criterio, cumpla con la política que hasta entonces había seguido.

En el caso *Regina v. Commissioners of Inland Revenue ex parte Unilever PLC* (resuelto conjuntamente con el caso *Regina v. Commissioners of Inland Revenue ex parte Mattesson's Walls Limited*), del año 1996, el juez Sr. Thomas Bingham sostuvo que en el caso se concretaba el comprensible error de un honesto y cumplidor contribuyente, que durante muchos años fue compartido, de modo que “rechazar el reclamo de Unilever sobre su confianza..., sin una clara y genérica advertencia, es tan injusto como para importar un abuso de poder”, y agregó, compartiendo lo sostenido por el juez de primera instancia, que el rechazo del Revenue “era tan irrazonable hasta tornarse, en los términos del derecho público, irracional.”

En el derecho administrativo norteamericano se usa la expresión *takings* que Jorge Coviello¹⁰⁹ presenta como equivalente a la de limitaciones; diciéndonos que cuando la propiedad es afectada como consecuencia de las limitaciones propias de vivir en sociedad no nos encontramos ante un *taking*, sino simplemente con medidas de policía que adopta el Estado para armonizar la vida en comunidad, como ocurre con las restricciones al dominio. Cuando la limitación afecta la propiedad en un grado mayor del

107 “The provenance and protection of legitimate expectations”, *Cambridge Law Journal*, 47 (2), julio 1988, págs. 237-260, esp. pág. 239, Cit. por JORGE COVIELLO, ob. cit. pág. 29

108 Ob. cit. pág. 29

109 Ob. cit. pág. 35

tolerable es que se aparece el *taking*. A dichos casos, si bien se niegan a aplicar el *estoppel* al Estado, sí acuden a la que denominan *contract clause*, contemplada en el artículo 1, numeral 10, párrafo primero de la Constitución, que en la parte pertinente establece que ningún Estado dictará una ley que menoscabe las obligaciones contractuales. Así Tribe¹¹⁰ ha afirmado que con la cláusula contractual se amparan expectativas fundadas (*settled expectations*), entendidas como aquellas que una persona mantiene confiadamente por los compromisos expresamente asumidos por el soberano, y la discusión gira en torno a cuál es la dimensión en que el poder soberano del Estado puede llegar a incidir sobre ellas. Por lo cual –continúa dicho autor– cuando el Gobierno asume un compromiso aparece un argumento a favor de la cláusula, como igualmente la noción de justicia lleva a trascender a la cláusula en sí, en punto a arribar a un simple principio constitucional: “el Gobierno debe mantener su palabra”.

Fromont¹¹¹ nos ha hablado de la seguridad jurídica, junto a la proporcionalidad, como antecedente de la confianza legítima; diciéndonos que en el mundo jurídico alemán la seguridad jurídica (*Rechtssicherheit*) se denomina también principio de previsibilidad (*Vorhersehbarkeit*), descomponiéndose en los principios de publicidad de los actos de gobierno, de autoridad de cosa juzgada, de precisión o claridad de las reglas de derecho, y de buena fe. Así, nos dice, que la confianza legítima el Tribunal Administrativo Federal lo derivaba tanto del principio de seguridad jurídica como de la buena fe.

Como dijéramos, Ávila¹¹² nos ha hablado de la seguridad jurídica como determinabilidad. Así nos dice que la seguridad jurídica representa un estado ideal de certeza (relativa) como la posibilidad de que el ciudadano consiga prever, con un alto grado de determinación, el contenido de las normas materiales y procedimentales al que está y estará sujeto. Y esta seguridad jurídica, en el caso, también se le ha afectado al propietario.

Así vemos como, el derecho medioambiental, y los principios en que se concretiza, coexiste necesariamente con los principios de seguridad jurídica, buena fe (confianza legítima) y la misma confianza; teniendo presente en contenido éticos. Por lo tanto será inevitable en la aplicación de las normas que conforman la regulación medioambiental la ponderación, para, así, llegar a lo que Sieckmann¹¹³ ha llamado “mandatos de optimización”, que “ordenan que algo sea cumplido en la medida más grande posible, en lo relativo a las posibilidades reales y jurídicas.”

110 Citado por JORGE COVIELLO, ob. cit. pág. 36

111 Michel FROMONT, “République fédérale d’Allemagne. L’État de droit”, en *Revue de Droit Public et de la Science Politique*, año 1984, pp. 1203-1226, citado por Jorge Coviello, ob. cit. pág.15

112 Humberto ÁVILA, *Teoría de la seguridad jurídica*, Marcial Pons, 2012, pág. 142

113 SIECKMANN, Jan-R, *El modelo de los principios del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá-2006, pág.24

LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ARGENTINA Y UN CAMBIO EN SU JURISPRUDENCIA RELATIVA A LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

The Supreme Court of Argentina and a change in its jurisprudence regarding the Inter-American Court of Human Rights

ISAAC MARCELO BASAURE MIRANDA*

Resumen: El presente trabajo tiene como objetivo analizar si la reciente sentencia de la Corte Suprema de Justicia Argentina, supone un retroceso en los avances logrados dentro del ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En el fallo caratulado "Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso 'Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos", emitido el 14 de febrero de 2017, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, resolvió que la CIDH carece de potestad para revocar sus sentencias y, por tanto, a partir de éste precedente, sus pronunciamientos dejarían de ser vinculantes para el máximo tribunal argentino.

Palabras clave: Corte Suprema de Justicia – Corte Interamericana de Derechos Humanos – Convención Americana sobre Derechos Humanos – Argentina.

Abstract: The purpose of this paper is to analyze whether the recent judgment of the Supreme Court of Justice in Argentina is a step backwards in the progress achieved within the scope of the Inter - American System of Human Rights. In the ruling entitled "Ministry of Foreign Affairs and Worship Report sentenced in the case 'Fontevecchia and D'Amico v. Argentina' by the Inter-American Court of Human Rights, issued on February 14, 2017, the Supreme Court of Justice of the Nation ruled that the IACHR lacks the power to revoke its judgments and, therefore, from this precedent, Its pronouncements would no longer be binding on the Argentine Supreme Court.

Key-words: Supreme Court of Justice – Inter-American Court of Human Rights – American Convention on Human Rights – Argentina.

1. Introducción

El presente trabajo tiene como objetivo analizar si la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (en adelante CSJN), mediante el fallo "Ministerio de Relaciones

* Abogado por la Universidad Nacional de Lomas de Zamora (Buenos Aires, Argentina). Diplomado en Derechos Económicos, Sociales y Culturales por la Secretaría de Derechos Humanos y Pluralismo Cultural de la Nación en conjunto con la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco.

Correo electrónico: isaacbasature@gmail.com

Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso 'Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos",¹ (en adelante fallo Fontevecchia) de fecha 14 de febrero de 2017, ha provocado un retroceso que, potencialmente, debilitaría los avances logrados dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En el mencionado fallo, la CSJN estableció que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), carece de potestad para revocar sus sentencias, las cuales tienen autoridad de cosa juzgada.

Lo expuesto, crea un nuevo precedente, pues se modifica el paradigma jurisprudencial que hasta entonces había sostenido el máximo tribunal argentino, negándole a la CIDH su carácter vinculante en cuestiones que afecten los principios del derecho público argentino. A modo introductorio, mencionaremos los antecedentes que han originado dicho pronunciamiento. El 25 de septiembre del año 2001, la CSJN confirmó la sentencia de la sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, que había hecho lugar a la demanda de daños y perjuicios promovida por el ex Presidente de la República Argentina, Dr. Carlos Saúl Menem, contra Editorial Perfil, Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico. El fallo al que se alude, posee la siguiente caratula: "Menem, Carlos Saúl c/ Editorial Perfil S.A. y otros s/ daños y perjuicios – sumario".²

Menem interpuso una demanda por reparación al daño moral contra Editorial Perfil, debido a la difusión de artículos periodísticos relacionados con la presunta existencia de un hijo extramatrimonial, no reconocido por él. La CSJN entendió que, la difusión de estas notas, causó un daño moral al ex mandatario, lesionando en forma ilegítima su derecho a la intimidad, consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional (en adelante CN), y confirmó la condena pecuniaria impuesta por la cámara.

El 15 de noviembre de 2001, Jorge Fontevecchia, Héctor D'Amico y Horacio Verbitsky (en representación de la Asociación de Periodistas), presentaron el caso a la CIDH, arguyendo que la sentencia de la CSJN vulneraba el derecho a la libertad de pensamiento y expresión, contemplado en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos³ (en adelante CADH). La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe de Admisibilidad No. 51/05 del 12 de octubre de 2005⁴, declaró admisible la petición de Fontevecchia y D'Amico.

1 Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación. "Ministerio" CSJN 368/1998. 14 de febrero de 2017. Disponible en: www.csjn.gov.ar/ Consulta: 24 de abril de 2017. <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7357162>

2 Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallos: 324: 2895. 25 de septiembre de 2001. Disponible en www.csjn.gov.ar/ Consulta: 24 de abril de 2017. <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumento-Link.html?idAnalisis=509297>

3 Costa Rica. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 13: "Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección". 22 de noviembre de 1969.

4 Estados Unidos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe N°51/05. Petición 775/01. 12 de octubre de 2005. Disponible en: <http://cidh.oas.org> Consulta: 24 de abril de 2017. <http://cidh.oas.org/annualrep/2005sp/Argentina775.01sp.htm>

El 29 de noviembre de 2011, la CIDH declaró, por unanimidad, en su sentencia caratulada: “Fontevicchia y D’Amico VS Argentina”⁵, que el Estado argentino violó el derecho a la libertad de expresión, reconocido en el artículo 13⁴ de la CADH. Dispuso, además, que Argentina debía dejar sin efecto la condena civil impuesta a los periodistas por parte de la CSJN. A ésta última disposición, la CSJN se ha negado en el ya citado fallo Fontevicchia², argumentando que, cumplir con ella, sería violentar los principios fundamentales de derecho público argentino.

Expuestos los antecedentes, procederemos en el presente trabajo a dilucidar si, el pronunciamiento de la CSJN, implica un retroceso en la evolución del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Analizaremos para ello, la normativa argentina referida a la CADH y la jurisprudencia de la CSJN al respecto, teniendo como marco conceptual a la CN y su reforma de 1994.

2. La normativa argentina referida a la Convención Americana de Derechos Humanos y su relación con el fallo Fontevicchia de la CSJN.

Argentina firmó y ratificó la CADH a través de la ley N°23.054⁶ del año 1984, fue promulgada mediante decreto 836/1984⁷ por el entonces Presidente de la Nación, Dr. Raúl Alfonsín. La ley, en su artículo 2, dispuso: “Reconócese la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido, y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención bajo condición de reciprocidad”⁷.

En el año 1994, la CN fue reformada. Entre las muchas modificaciones y novedades, se incorporó en el capítulo cuarto, atribuciones del Congreso, el artículo 75 inciso 22, el cual establece que corresponde al Congreso: “Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”⁸. El inciso enumera, de forma taxativa, los tratados internacionales que han sido investidos con jerarquía constitucional por la CN, entre ellos, se incluye a la CADH y a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante DADH) : “...La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos...”⁹ es por ello que el inciso agrega tras mencionarlos: “En las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional”⁹. Aquí, la CN le otorga rango constitucional a la CADH. Ésta jerarquización, significa que ambos instrumentos se encuentran en igualdad de rango, es decir: ninguno de ellos tiene supremacía sobre el otro, sino que se complementan.

5 Costa Rica. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “Fontevicchia y D’Amico VS Argentina”. 29 de noviembre de 2011. Disponible en: <http://cidh.oas.org> Consulta: 24 de abril de 2017. http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=191

6 Argentina. Congreso de la Nación. Ley N°23.054. 1 de marzo de 1984. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/28152/norma.htm> Consulta: 24 de abril de 2017.

7 Argentina. Poder Ejecutivo Nacional. Decreto 836/1984. 19 de marzo de 1984. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/200000-204999/204714/norma.htm> Consulta: 24 de abril de 2017.

8 Constitución de la Nación Argentina. Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Buenos Aires. 1994.

Llegados a este punto, debemos hacer referencia al artículo 68.1 de la CADH, contemplado en el capítulo VIII, "De la Corte Interamericana de Derechos Humanos", Sección 3, Procedimiento, el mismo establece: "Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes"⁹. La norma es clara, sin embargo, la CSJN en el fallo *Fontev ecchia*² que motiva el presente trabajo, ha violado claramente el artículo citado, argumentando que, de cumplir con la sentencia de la CIDH, se estarían lesionando los principios del derecho público nacional. La CSJN entiende, además, que en caso de dejar sin efecto la sentencia civil a los periodistas *Fontev ecchia* y *D'Amico*, la CIDH se convertiría en una cuarta instancia del poder judicial argentino, privando a la CSJN de su carácter supremo.

Tal es lo que se desprende de su considerando 6º: "Que el carácter supremo de las decisiones de esta Corte de Justicia, cabeza del Poder Judicial de la Nación según lo dispuesto por el arto 108 de la Constitución, configura un elemento constitutivo de tales principios de derecho público"² y de su considerando 7º: "El punto 2 de la parte dispositiva del pronunciamiento del Tribunal internacional debe ser interpretado de manera armónica con el ejercicio de la máxima potestad jurisdiccional estatuida en el sistema republicano sostenido por el ordenamiento constitucional argentino (arts. 1º, 108 Y 116 de la Constitución Nacional). De lo contrario, se erigiría a la Corte IDH como una instancia "revisora" o "casatoria" de decisiones jurisdiccionales estatales, categoría que excede el carácter coadyuvante y complementario de la jurisdicción internacional"².

Respecto al considerando 7º, debemos mencionar que no existe posibilidad de que la CIDH se convierta en una "instancia revisora de decisiones jurisdiccionales estatales"², toda vez que la CIDH solo tiene competencia subsidiaria. Interviene, exclusivamente, en cuestiones en las que se violentan derechos humanos fundamentales, contemplados en la CADH, como el derecho a la libertad de expresión⁴ (precisamente es el bien jurídico protegido en el fallo *Fontev ecchia* y *D'Amico VS Argentina*⁶). El artículo 62.3 de la CADH, reza: "La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial"¹⁰. Como ya hemos visto, la ley N°23.054 reconoce dicha competencia por tiempo indefinido.

En ninguno de sus veinte considerandos, la CSJN advierte la gravedad del derecho de fondo que se discutió dentro del marco del fallo "*Fontev ecchia* y *D'Amico VS Argentina*"⁶ de la CIDH: el derecho a la libertad de pensamiento y expresión; por el contrario, se centra en la supremacía que la CSJN debe tener por sobre los tratados internacionales. En ese tenor, la CSJN expresa en su considerando 6º, segundo párrafo, que: "Esta potestad jurisdiccional, calificada como la más alta y eminente del ordenamiento jurídico argentino, connatural con la responsabilidad institucional que le corresponde a esta Corte como titular del Departamento Judicial del Gobierno Federal, se sustenta con el carácter inalterable de sus pronunciamientos regulares, firmes y pasados en autoridad de cosa juzgada, no siendo posible dejarlos sin efecto"¹². En este sentido, resulta oportuno men-

9 Costa Rica. Convención Americana sobre Derechos Humanos. 22 de noviembre de 1969.

cionar que los argumentos expuestos por la CSJN no son inéditos, ya que estas mismas objeciones fueron planteadas, debatidas y superadas por la Convención Constituyente de 1994, las cuales se analizarán en el siguiente apartado.

3. Elevación a rango constitucional de los tratados internacionales: la Convención Constituyente y su debate

Analizar el debate constituyente de 1994, circunscripto a la jerarquización constitucional de los tratados internacionales, resulta crucial para comprender los motivos por los cuales, los convencionales constituyentes, incorporaron los citados tratados a la CN. Máxime, cuando en la actualidad, la CSJN demuestra no compartir dichas razones, evocando argumentos que ya fueron salvados en el debate constituyente.

La Convención Constituyente, en su 22^a reunión, 3^a sesión ordinaria del 02 de agosto de 1994¹⁰, debatió la incorporación de los tratados internacionales a la CN. El Dr. Antonio Cafiero, como miembro informante del despacho de mayoría de la Comisión de Integración y Tratados Internacionales, declaró: “Teniendo en cuenta cómo han cambiado las relaciones desde 1853 (año en que se sancionó la primera CN argentina) a la fecha, considerando que el derecho internacional de aquel tiempo era el derecho de la guerra, hemos diseñado y repensado convertir esa vigencia positiva del derecho internacional a la luz de la evolución y del progreso, a la luz —lo reiteraré varias veces— de colocar al ser humano, a la persona humana, en el centro de las actividades, teniendo en cuenta la responsabilidad del Estado frente a esa persona, frenando el poder del Estado en favor de esa persona y en la tutela que la comunidad internacional quiere tener sobre ella”¹¹. Aquí, el Dr. Cafiero, expone uno de los fundamentos de la incorporación de los tratados: la evolución constante del derecho y su correspondiente adecuación a lo que la sociedad necesita para lograr una efectiva protección del ser humano.

En otro pasaje de su exposición, agrega: “El Estado no puede sustraerse de su responsabilidad con el pretexto de que es un ámbito —esencialmente— de su competencia nacional con un concepto antiguo de la soberanía, porque, de lo que se trata, es de la protección internacional. La persona es el sujeto del derecho internacional”¹¹. Como vemos, ésta última aserción de Cafiero rebate lo afirmado por la CSJN en el fallo *Fontevéchia*: “El constituyente ha consagrado en el citado arto 27 (CN), una esfera de reserva soberana (margen de apreciación nacional) delimitada por los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional, a los cuales los tratados internacionales-y con mayor razón aun la interpretación que de tales tratados se realice- deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad. A partir de esta cláusula no es posible hacer prevalecer automáticamente, sin escrutinio alguno, el derecho internacional -sea de fuente normativa o jurisprudencial- sobre el ordenamiento constitucional”¹².

El convencional constituyente, Dr. Rodolfo Barra, otro de los miembros informantes del dictamen de mayoría, por el cual se aprobó la incorporación de los tratados inter-

10 Argentina. Debate del dictamen de la Comisión de Redacción en los despachos originados en la Comisión de Integración y Tratados Internacionales. Orden del día n°7. 22^a reunión, 3^a sesión ordinaria. 02 de agosto de 1994. Disponible en: <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/Debate-constituyente.htm> Consulta: 25 de abril de 2017.

nacionales a la CN, va más allá: “La primacía del derecho internacional no encuentra su fundamento imperativo en la normas internas, sino que emana del propio derecho internacional”¹¹. Luego, Barra afirma: “Nuestra Corte Suprema de Justicia receptó estos principios en las causas Ekmekdjian c/ Sofovich de julio de 1992 y un año después, en “Fibraca c/ Comisión Mixta de Salto Grande”, donde señaló algo de gran importancia de cara al futuro derecho de la integración que estamos formando en el MERCOSUR: las decisiones de un tribunal creado por un tratado —era en ese caso el Tribunal Arbitral instituido por el Tratado de Salto Grande— no pueden ser revisadas por los tribunales internos, ni siquiera por nuestra propia Corte Suprema de Justicia. Esto resulta una clara aplicación del principio *pacta sunt servanda*, que está vigente y hace a la fundamentación del sistema del derecho internacional”¹¹. Como vemos, Barra expuso un argumento que colisiona con la modificación jurisprudencial que plantea hoy la CSJN en el fallo Fontevuechia.

Barra cita el principio “*pacta sunt servanda*”, dicho concepto fue receptado en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena (en adelante CV), aprobada y ratificada por Argentina mediante ley N°19.865¹¹. El artículo 26 de la CV sostiene: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”¹². Mientras que el artículo 27 dispone: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”¹³. El dictamen de mayoría de la Convención Constituyente, relativo a la incorporación de tratados internacionales, se adapta a ésta exigencia. Así lo manifestó el Dr. Cafiero: “...hemos elegido el modelo utilizado en la Convención de Viena sobre tratados multilaterales con organizaciones internacionales como sujeto del derecho internacional, con lo cual el Estado puede vincularse y celebrar tratados”¹¹.

Los pactos internacionales fueron incluidos en nuestra CN como parte de un proceso de integración regional, con la intención de reconocer los derechos humanos que se encuentran protegidos y tutelados por cada tratado incorporado. De modo que, la reforma constitucional de 1994 implicó un fortalecimiento de tales derechos en la región, al otorgar rango constitucional a los tratados mencionados en el artículo 75, inciso 22.

La intención original de los convencionales constituyentes, ha sido la de reforzar la CN con el agregado de nuevos tratados de alcance internacional, para expandir la protección jurídica supraestatal a los derechos fundamentales. Se modernizó nuestra CN para estar acorde al Sistema Interamericano de Derechos Humanos (tanto la CADH como la DADH, fueron elevados a rango constitucional). Se tuvo en cuenta la constante evolución del derecho y el impacto innegable que éste produce en la sociedad. Asimismo, fenómenos sociales del siglo XX que aún continúan en pleno auge durante el actual siglo XXI, como la globalización, plantean una infinidad de nuevas contingencias que el derecho, como depositario de la armonía social, debe resolver.

Los fundamentos que la CSJN esgrimió para no cumplir con la sentencia de la CIDH, se basan en que, de cumplirla, se violentarían los principios fundamentales de derecho

11 Argentina. Poder Ejecutivo Nacional. Ley N° 19.865. 3 de octubre de 1972. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/217116/norma.htm> Consulta: 25 de abril de 2017.

12 Austria. Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. 23 de mayo de 1969.

público argentino, incluidos en el artículo 27 de la CN¹³. La CSJN, en su considerando 18º, segundo párrafo, cita a Joaquín V. González para describir dichos principios: “Un tratado no puede alterar la supremacía de la Constitución Nacional, cambiar la forma de gobierno, suprimir una provincia o incorporar otras nuevas, limitar atribuciones expresamente conferidas a los poderes de gobierno, desintegrar social o políticamente al territorio; restringir los derechos civiles, políticos y sociales reconocidos por la Constitución a los habitantes del país, ni las prerrogativas acordadas a los extranjeros ni suprimir o disminuir en forma alguna las garantías constitucionales creadas para hacerlos efectivos”². Se afirma que la decisión de la CSJN es anacrónica, porque basa su interpretación restrictiva del derecho internacional, en una cita del senador nacional Joaquín V. González, correspondiente a las sesiones del senado del año 1919, es decir, casi 100 años atrás, obviando, de manera alarmante, el progreso normativo internacional en materia de derechos humanos que ha tenido lugar desde aquella fecha hasta la actualidad. Debemos mencionar que, el espíritu de la reforma constitucional de 1994, obliga al Estado argentino a acatar los fallos de la CIDH, al ser ésta una de las instituciones primordiales de la CADH, cuyo rango constitucional está contemplado en el artículo 75. Inc. 22, sumado al hecho de que el artículo 68.1 de la propia CADH obliga a Argentina a cumplir con los fallos de la CIDH.

La CSJN aduce que, de cumplir con lo dispuesto por la CIDH, posicionaría a esa corte internacional como una cuarta instancia, despojando a la CSJN de su carácter supremo. Estos argumentos no son nuevos, ya que fueron desarrollados en el proyecto que el partido político MODIN (Movimiento por la Dignidad y la Independencia) presentó durante el debate constituyente de 1994 y que, finalmente, fue descartado ante el dictamen de mayoría representado por los Dres. Cafiero y Barra. El Dr. Hilario Muruzabal, representante del MODIN, argumentó: “Entre nuestros constitucionalistas se han pronunciado en forma adversa al proyecto contenido en el dictamen de mayoría los más grandes maestros contemporáneos, siguiendo la tradición fijada por Joaquín V. González”¹¹, aquí debemos comentar que la actual CSJN, en el fallo que nos ocupa, también citó a Joaquín V. González para fundar el rechazo a la sentencia de la CIDH. Más adelante, Muruzabal resume la posición de su partido: “La incorporación del Pacto de San José de Costa Rica con rango constitucional significaría una prórroga de jurisdicción al organismo supranacional que surge del Pacto. Esto debe entenderse como una violación palmaria de los institutos del Derecho Constitucional sobre cosa juzgada y doble juzgamiento, toda vez que ese organismo podría revocar o revisar las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la máxima instancia judicial. También implicaría, como lo expresan varios constitucionalistas, una cesión de soberanía”¹¹. Finalmente, remata: “Entendemos que se trata de un tema no habilitado por la ley de convocatoria y que su tratamiento colisiona con los artículos 27, 30 y 31 de la Constitución Nacional, lo que lo transforma en una nulidad absoluta, de acuerdo con el artículo 6 de la ley de convocatoria”¹¹.

Las objeciones realizadas por el Dr. Muruzabal, guardan una similitud notable con la justificación que dio la CSJN en el fallo *Fontevicchia*²: primero, alude a la prórroga de

13 Argentina. Constitución de la Nación. Artículo 27: “El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”. 15 de diciembre de 1994.

jurisdicción, que se emparenta con la teoría planteada por la CSJN, en el sentido de que dar lugar a la sentencia de la CIDH, convertiría a ésta última en una “cuarta instancia” de la justicia argentina; segundo, habla de la cosa juzgada y del riesgo de un doble juzgamiento, coincidiendo con la postura expresada por la CSJN en el mencionado fallo: “Dejar sin efecto la sentencia de esta Corte pasada en autoridad de cosa juzgada es uno de los supuestos en los que la restitución resulta jurídicamente imposible”¹². Y, por último, ambos razonamientos plantean la violación del artículo 27 de la CN. Son idénticos argumentos, con distinto fin: mientras Muruzabal perseguía con ellos evitar la elevación a rango constitucional de la CADH y demás tratados internacionales, la CSJN se vale de ellos, en la actualidad, para negarse a cumplir con una sentencia que, según la CADH es de carácter obligatorio para el Estado argentino.

4. La Corte Suprema de Justicia de la Nación y su interpretación de los tratados internacionales a partir de la ratificación, por parte del Estado argentino, de la Convención de Viena

La ratificación por parte del Estado argentino de la CV, produjo un punto de inflexión en la jurisprudencia de la CSJN referida a la interpretación de los tratados internacionales. El fallo de la CSJN más significativo en éste aspecto, fue “Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros. s/Recurso de hecho”¹⁴, (en adelante fallo Ekmekdjian), del 07 de julio del año 1992.

La importancia del fallo reside en que, en sus considerandos, la CSJN estableció la primacía del derecho internacional por sobre el derecho interno, adecuándose a lo pactado en la CV. Los hechos que suscitaron el fallo tuvieron su origen en una entrevista televisiva, realizada por Gerardo Sofovich al poeta argentino Dalmiro Sáenz, en la que éste último manifestó ciertas opiniones lascivas sobre la Virgen María¹⁵. Ekmekdjian (jurista de derecho constitucional argentino), se consideró agraviado en su calidad de católico, por lo que solicitó al programa de TV, ejercer su derecho a réplica, consagrado en el artículo 14.1 de la CADH¹⁶. Su demanda fue desestimada tanto en primera como en segunda instancia, por lo que dedujo recurso extraordinario ante la CSJN¹⁵.

La CSJN declaró admisible el recurso extraordinario e hizo lugar a la queja, condenando a Sofovich a leer la carta que constituía el derecho a réplica de Ekmekdjian. En el considerando 19º del fallo, la CSJN sintetiza su pronunciamiento: “Que la necesaria aplicación del art. 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna

14 Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallos: 315:1492. 07 de julio de 1992. Disponible en: <http://www.sajj.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-ekmekdjian-miguel-angel-sofovich-gerardo-otros-recurso-hecho-fa92000322-1992-07-07/123456789-223-0002-9ots-eupmocsollaf>

Consulta: 25 de abril de 2017.

15 José Comas. “Escándalo en Argentina por unas expresiones obscenas sobre la Virgen”. *Diario El País*. 9 de julio 1988. Disponible en: http://elpais.com/diario/1988/07/09/sociedad/584402407_850215.html Consulta: 25 de abril de 2017.

16 Costa Rica. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 14.1: “Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley”. 22 de noviembre de 1969.

contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los términos del citado art. 27¹⁵.

A partir de este fallo, la CSJN le asigna plena validez a la CV, reconociendo la necesidad de ajustarse a sus artículos 26¹³ y 27¹³, para hacer cumplir las obligaciones que Argentina ha contraído a nivel internacional. Por lo que la CSJN considera contradictorio no cumplir con una disposición impuesta por un tratado internacional que ha sido ratificado por el Estado argentino. Efectuando un paralelo con el reciente fallo *Fontevecchia*², se puede advertir que la actual CSJN, al no adecuarse a lo estipulado por la CADH y por la CV, rechaza, implícitamente, lo pactado por el Estado Nacional, debilitando una institución clave dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos como es la CIDH, al negarle a sus sentencias el carácter de obligatoriedad.

La jurisprudencia de la CSJN, a lo largo de los años subsiguientes, continuó reafirmando lo establecido en el fallo *Ekmekdjian*¹⁵. Ejemplo de ello, es el fallo “*Fibraca Constructora SCA c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande. s/ Recurso de Hecho*”¹⁷ del año 1993, en el que la CSJN reconoce, nuevamente, en su considerando 3º, lo establecido en la CV: “La necesaria aplicación de este artículo (27 CV), impone a los órganos del Estado argentino □una vez asegurados los principios de derecho público constitucionales□ asignar primacía a los tratados ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria”¹⁸.

En el fallo *Fibraca* se estableció, además, la inmunidad de jurisdicción de los tribunales internacionales. Ante el recurso extraordinario interpuesto por un perito de la empresa constructora *Fibraca* contra una resolución del Tribunal Arbitral de Salto Grande, la CSJN resolvió desestimar tal recurso¹⁸, basándose en que el Acuerdo de Sede, aprobado por ley 21.756¹⁸, firmado por Argentina y Uruguay, otorgaba al Tribunal Arbitral de Salto Grande, inmunidad de jurisdicción, es decir que los pronunciamientos del Tribunal Internacional no son revisables ni por la justicia argentina ni por la uruguaya.

El 23 de diciembre del año 2004, la CSJN emitió el fallo caratulado: “*Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa*”¹⁹, en el que se aseveró, nuevamente, el reconocimiento y primacía de los tratados internacionales ratificados por el Estado argentino, por sobre la normativa interna. En concreto, se reconoció la obligatoriedad de las sentencias de la CIDH. El antecedente de este fallo se encuentra en la sentencia de la CIDH, en el caso “*Bulacio VS Argentina*”²⁰ de fecha 18 de septiembre de 2003. La CIDH declaró la responsabilidad internacional del Estado argen-

17 Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallos 316:1669. 07 de julio de 1993. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-fibraca-constructora-sca-comision-tecnica-mixta-salto-grande-recurso-hecho-fa93000274-1993-07-07/123456789-472-0003-9ots-eupmocsollaf> Consulta: 26 de abril de 2017.

18 Argentina. Poder Ejecutivo Nacional. Ley N° 21.756. 01 de marzo de 1978. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/210000-214999/212541/norma.htm> Consulta 26 de abril de 2017.

19 Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallos 327:5668. 23 de diciembre de 2004. Disponible en: <http://www.csjn.gov.ar/> Consulta: 26 de abril de 2017. <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=11139>

20 Costa Rica. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “*Bulacio VS Argentina*”. 18 de septiembre de 2003. Disponible en: <http://cidh.oas.org> Consulta: 26 de abril de 2017. http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=285

tino por violar los artículos 4,5, 7, 8, 19 y 25 de la CADH¹⁰, en perjuicio de Walter Bulacio, decidiendo en su punto 4, que: “El Estado debe proseguir y concluir la investigación del conjunto de los hechos de este caso y sancionar a los responsables de los mismos; que los familiares de la víctima deberán tener pleno acceso y capacidad de actuar, en todas las etapas e instancias de dichas investigaciones, de conformidad con la ley interna y las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²¹”.

En este contexto, el Ministerio Público Fiscal a cargo del Dr. Nicolás Becerra, interpuso recurso extraordinario ante la CSJN, con el fin de dejar sin efecto la sentencia de la sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, la misma ordenaba extinguir la acción penal interpuesta contra el ex comisario Miguel Ángel Espósito, titular de la seccional 53^a perteneciente a la Policía Federal, acusado del delito de privación ilegítima de la libertad agravada, en perjuicio del joven Walter Bulacio²⁰. La CSJN determinó procedente el recurso extraordinario y revocó la sentencia apelada. En su considerando 6º, la CSJN aceptó la decisión de la CIDH, al afirmar: “Que la decisión mencionada resulta de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino (art. 68.1, CADH), por lo cual también esta Corte, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional”²⁰.

Como se ha visto, la jurisprudencia argentina, luego de la ratificación de la CV, ha adoptado una postura que, ostensiblemente, reivindica el principio *pacta sunt servanda* dispuesto por los artículos 26 y 27 de la CV. En virtud del mencionado principio, la CSJN ha interpretado la supremacía y obligatoriedad, tanto de la CADH como de la CIDH. Sin embargo, la misma CSJN ha quebrantado ésta posición jurisprudencial en el fallo *Fontevicchia*².

5. Conclusión

Se concluye que el pronunciamiento vertido por parte de la CSJN en el fallo *Fontevicchia*², causa un severo retroceso en materia de evolución del derecho internacional de los derechos humanos a nivel continental. Los fundamentos de esta conclusión, son los siguientes:

La CIDH, como órgano instituido por la CADH, goza de plena validez dentro del ordenamiento jurídico constitucional argentino, al estar ésta última incluida dentro de los tratados internacionales mencionados en el artículo 75, inciso 22 de la CN⁹. Por su parte, la CADH, determina en su artículo 68.1¹⁰ que los Estados signatarios tienen la obligación de cumplir con las decisiones de la CIDH en todos los casos en que sean partes. La CSJN, al negarse a cumplir la sentencia de la CIDH, incurre en una clara violación de éste artículo.

Como se ha visto, una sólida jurisprudencia de la propia CSJN reconoce la obligación de cumplir con las sentencias de la CIDH en todos los casos en que el Estado argentino sea parte. Exigencia que Argentina aceptó, al ratificar la CADH mediante ley N°23.054⁷ en el año 1984, postura que se vio reafirmada en 1994, al incorporar el tratado a la CN.

El pronunciamiento de la CSJN desnaturaliza los principios bajo los cuales se concibieron la incorporación de los tratados internacionales a la CN: armonía, cooperación e integración internacional. Asimismo, rechaza el espíritu con el que los convencionales constituyentes¹¹ aprobaron la incorporación de los tratados internacionales a la CN, adoptando una posición completamente antagónica y extemporánea, cuya prueba principal, es la cita a Joaquín V. González². La CSJN, en el fallo *Fontevicchia*², niega el dictamen de mayoría presentado por la Comisión de Integración y Tratados Internacionales, perteneciente a la reforma constitucional de 1994, toda vez que dicha comisión, adoptó como modelo el principio *pacta sunt servanda*, consagrado en los artículos 26 y 27 de la CV. Al respecto, cabe citar el considerando 3º del voto en disidencia del Dr. Maqueda, contenido en el fallo aludido: “Que el deber de cumplir la decisión adoptada por la Corte Interamericana responde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado, según el cual los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*), y de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena...”²”

Finalmente, se concluye que, a partir del fallo analizado, la CSJN se posiciona como un órgano supremo, cuyas sentencias firmes, que detenten autoridad de cosa juzgada, no podrán ser sujetas a revisión por ningún tribunal internacional, debido a que la CSJN decidió no restringir su interpretación al caso concreto. La CSJN deja abierta, eventualmente, la posibilidad de decidir en qué circunstancias cumple con lo dispuesto por la CIDH. De modo que, las futuras controversias sobre derechos humanos que se presenten ante la CIDH, no podrán aspirar a ver restituidos sus derechos, en caso de contar con una decisión positiva del órgano internacional, ya que la propia CSJN decidirá en qué casos los pronunciamientos de la CIDH serán obligatorios y en qué casos no, configurando un retroceso, y un evidente debilitamiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

¿Puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejar sin efecto fallos de los Tribunales Superiores de los Países? (El Caso Fontevecchia vs. Argentina).

JUAN CARLOS HITTERS*

1. Antecedentes

A. Generalidades. Conflicto de competencias entre el Supremo Tribunal Argentino y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El difícil problema que pretendemos poner de relieve es focalizar las facultades decisorias de la Corte Interamericana de Derecho Humanos (Corte IDH) en su relación con los Supremos Tribunales de los diversos países que se han plegado al modelo del Pacto de San José de Costa Rica.

Es decir, lo que buscamos saber es si aquel cuerpo regional estaría en condiciones de ‘dejar sin efecto’ o ‘revocar’ los pronunciamientos de las más Altas Cortes domésticas.

Esta cuestión se ha planteado recientemente en la Argentina donde la Corte Suprema le disputa parte de la competencia al Tribunal Interamericano, sosteniendo que si bien las sentencias de éste son obligatorias, dicho organismo no puede “casar” o “dejar sin efecto” decisiones judiciales locales.

Desanudar esta madeja es trascendente porque se discuten en definitiva las potestades de estos órganos; y en tal cuestión no se puede albergar hesitación alguna porque hace a la *distribución de competencia* de ambos tribunales uno nacional y otro supranacional; y además implica resolver si para cumplir con los fallos interamericanos es necesaria una especie de ‘contralor previo’ por parte de los más altos cuerpos jurisdiccionales domésticos.

B. El caso Fontevecchia

1. Sentencia de Fondo y Reparaciones¹

Conviene aclarar previamente y de modo sintético, para luego desarrollar con mayor profundidad esta álgida cuestión, que la Corte Suprema de la Nación Argentina

* Convencional Constituyente y Vicepresidente Primero de la Comisión de Redacción (Reforma de la Constitución Nacional Argentina de 1994), Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad Nacional de La Plata) y Profesor Emérito (Universidad Nacional de La Plata). Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

¹ Corte IDH, Caso Fontevecchia y D’Amico Vs. Argentina, Sentencia de 29 de noviembre de 2011, Serie C No. 238.

(CSJN), el 14 de febrero de 2017² ha sostenido enfáticamente -por mayoría de fundamentos- *que ella no puede ser obligada a acatar el fallo supranacional de 'dejar sin efecto' un pronunciamiento doméstico*³.

Será importante poner de relieve que los Tribunales argentinos habían condenado a la Editorial Perfil y a los Directivos Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico, en el año 2001 haciendo lugar al pedimento del entonces Presidente de la Nación, Dr. Carlos Saúl Menem por la infracción a su *derecho a la intimidad* con motivo de la publicación de dos artículos en el año 1995 en la Revista Noticias; ambos se referían a un presunto hijo no reconocido del primer mandatario, así como a la relación de este último con su madre.

Luego la Corte IDH puso énfasis en sostener que *no hubo una injerencia arbitraria* en el derecho a la vida privada del Presidente, funcionario público electivo del más alto grado del país. Ello así pues las publicaciones de marras constituyeron un ejercicio legítimo del derecho a la libre expresión, habida cuenta que se trataban de: 1) *asuntos de interés público* y 2) *el presunto afectado no había contribuido a resguardar la noticia cuya difusión a posteriori objetó*.

Entendió entonces que al condenar a la Revista y a los Sres. Fontevecchia y D'Amico se cometió el error al excluir de toda ponderación, en el caso concreto, los aspectos de *interés público de la información*.

Aquí queda en claro que la Corte IDH le imputó a la jurisdicción doméstica un déficit, al 'no valorar tal cuestión esencial'.

2. Primera Supervisión⁴

Como es sabido el Tribunal regional tiene la competencia de Supervisar el Cumplimiento⁵ de sus fallos⁶.

Por ello el 19 de septiembre de 2015 ante la falta de acatamiento de alguna de las mandas impuestas en el proveimiento interamericano de 2011⁷ sostuvo éste que pasados

2 CSJN, 14 de febrero de 2017, 368/1998 (34-M)/CS1 Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada para el caso "Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina" por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

3 En tanto la Corte IDH resolvió "...Mantener abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento respecto de las medidas de reparación (...) relativas a: dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Jorge Fontevecchia y Hector D'Amico así como todas sus consecuencias...", conf. Corte IDH, Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2016.

4 Corte IDH, Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de septiembre de 2015, ver párrs. 93 y 94.

5 Hitters, Juan Carlos, *Cumplimiento de las Sentencias de la Corte Interamericana*, en Revista La Ley, 6 de junio de 2012, p. 1.

6 Dicha potestad surge de la propia jurisprudencia de la entidad jurisdiccional de marras, caso "Baena Ricardo y otros Vs. Panamá", y además se desprende de lo dispuesto en los artículos 33, 62.1, 62.3 y 65 de la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 30 de su Estatuto y 69 del Reglamento.

7 Corte IDH, Caso Fontevecchia, Sentencia de 29 de noviembre de 2011, cit.

dos años y ocho meses del pronunciamiento prístino, la Argentina no había informado respecto de implementación del acatamiento de la aludida sentencia ni presentó escrito alguno⁸, lo que implica un incumplimiento de la obligación de informar. Por esto dijo que ante el silencio estatal la Supervisión debía continuar⁹.

3. Segunda Supervisión¹⁰

Luego, el 22 de noviembre de 2016 consideró que a esa fecha, el Estado había acatado la mayoría de los mandatos de la sentencia de 2011, salvo: a) *dejar sin efecto la condena civil a los Sres. Jorge Fontevéchia y Héctor D'Amico* y todas sus consecuencias (puntos dispositivo 2° de la Sentencia); y b) entregar en concepto de reintegro las sumas efectivamente pagadas, las costas y gastos de la etapa internacional.¹¹

Por ello *mantuvo abierto el proceso de Supervisión* y no cerró el caso.

8 Señala la Corte en esta Supervisión de Cumplimiento que: "... los Estados Partes de la Convención Americana tienen la obligación convencional de implementar tanto a nivel internacional como interno y de forma pronta e íntegra, lo dispuesto por el Tribunal en las Sentencias que a ellos conciernan, obligación que, como lo señala el derecho internacional consuetudinario y lo ha recordado la Corte, vincula a todos los poderes y órganos estatales (Cfr. *Caso Castillo Petrucci Vs. Perú*. Resolución de 17 de noviembre de 1999, Considerando tercero; *Caso Baena Ricardo Vs. Panamá*. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104, párr. 131, y *Caso Masacres de Río Negro y Gudiel Álvarez*. Resolución de 21 de agosto de 2014, Considerando sexto) y que, de no cumplirse, se incurre en un ilícito internacional. Al respecto, es menester añadir que siempre, según el derecho internacional consuetudinario y lo afirmado por la Corte, al producirse un hecho ilícito atribuible a un Estado, surge la responsabilidad internacional de éste por violación de una norma internacional, dándose así origen a una relación jurídica nueva que consiste en la obligación de reparar (Cfr. *Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina*. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39, párr. 40, y *Supervisión conjunta de 11 casos Vs. Guatemala*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de agosto de 2014, Considerando sexto). Tal como ha indicado la Corte (Cfr. *Caso Castillo Páez Vs. Perú*. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 43, párr. 50, y *Caso Cruz Sánchez Vs. Perú*. Sentencia de 17 de abril de 2015, Serie C No. 292, párr. 451.), el artículo 63.1 de la Convención reproduce el texto de una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del derecho de la responsabilidad internacional de los Estados (Cfr. *Supervisión conjunta de 11 casos Vs. Guatemala*. Resolución del 21 de agosto de 2014, Considerando sexto)" Corte IDH, Caso Fontevéchia Supervisión de Cumplimiento, Resolución de 1 de septiembre de 2015, cit., Considerando quinto (Primera Supervisión).

9 Por ello resolvió: "1) Disponer que Argentina adopte, en definitiva y a la mayor brevedad posible, las medidas que sean necesarias para dar efectivo y pronto cumplimiento a las reparaciones dispuestas en la Sentencia de fondo, reparaciones y costas dictada en el presente caso, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 2) Disponer que el Estado presente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a más tardar el 31 de marzo de 2016, un informe en el cual indique las medidas adoptadas para cumplir con las reparaciones ordenadas por esta Corte, de conformidad con la parte considerativa de esta Resolución, 3) Disponer que los representantes de las víctimas y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presenten observaciones al informe del Estado mencionado en el punto resolutivo anterior, en los plazos de cuatro y seis semanas, respectivamente, contados a partir de la recepción del informe, y 4) Disponer que la Secretaría de la Corte notifique la presente Resolución al Estado, a los representantes de las víctimas y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", Corte IDH, Caso Fontevéchia Supervisión de Cumplimiento, Resolución de 1 de septiembre de 2015, cit., Resuelve, puntos 3, 4, 5 y 6.

10 Corte IDH, Caso Fontevéchia y D'Amico Vs. Argentina, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2016.

11 Ver párrafo 105, 117, 128 y 129 de la sentencia Corte IDH, Caso Fontevéchia y D'Amico Vs. Argentina, 2011.

2. Contenido del Fallo de la Corte Suprema Nacional del 14 de febrero de 2017 (Caso "... Ministerio de Relaciones y Culto...")

Para dejar perfectamente enfocada esta problemática no será ocioso llevar a cabo una pequeña explicación de los tramos de estas actuaciones que pasaron por tres tribunales locales, por la Comisión IDH y luego la Corte IDH. En efecto la demanda original fue desestimada en Primera Instancia. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil la revocó, y como consecuencia hizo lugar a la pretensión del entonces Presidente Dr. Carlos Menem y condenó a la Revista Noticias y a los demandados ya aludidos, fijando un monto indemnizatorio. La Corte Suprema de la Nación, en su pronunciamiento del 25 de septiembre de 2001, ratificó la sentencia del *aquo*, sólo reduciendo la cuantía indemnizatoria.

Con posterioridad primero intervino la Comisión IDH y luego la Corte IDH en su fallo de Fondo del 29 de noviembre de 2011, y en las dos Supervisiones que ya aludimos, la primera del 1 de septiembre de 2015 y la segunda del 22 de noviembre de 2016.

La Corte regional ordenó entre otros tópicos que se debía: "a. *Dejar sin efecto la condena civil impuesta a Jorge Fontevicchia y Héctor D'Amico, como así también todas sus consecuencias...*"¹².

Este pronunciamiento fue parcialmente acatado por el sistema doméstico, salvo el apartado "a.", ya que el más alto tribunal de la Nación, en su fallo de 14 de febrero de 2017¹³ expuso, por mayoría compuesta por los jueces Dr. Ricardo Lorenzetti, Dra. Elena Highton de Nolasco, Dr. Carlos Rosenkrantz, y el voto concordante del Dr. Horacio Rosatti, y con el voto disidente del Dr. Juan Carlos Maqueda, que el cuerpo interamericano "no puede dejar sin efecto la condena civil impuesta", pese a que señaló que las sentencias de la Corte IDH dictadas en procesos contenciosos contra el Estado Argentino son, en principio, de cumplimiento obligatorio. Empero añadió que "...Dicha obligatoriedad, sin embargo, alcanza únicamente a las sentencias de dictadas por el tribunal internacional dentro del marco de sus potestades remediales. En efecto, es con ese alcance que el Estado Argentino se ha obligado internacionalmente a acatar las decisiones de la Corte IDH..."¹⁴ (énfasis añadido).

En definitiva la CSJN le negó a su par regional la potestad de revocar fallos domésticos de la más alta jerarquía local.

A. Postura de la mayoría de la Corte Nacional

En forma estenográfica corresponde reiterar que según el más alto cuerpo jurisdiccional doméstico éste no puede 'dejar sin efecto la condena civil impuesta' habida cuenta que la Corte IDH carece de aptitud para disponer esta orden. Señaló en paralelo que dicho cuer-

12 Además dispuso publicar un resumen oficial de su sentencia elaborado por la Corte Suprema, por una sola vez, en el Diario Oficial y en un diario de amplia circulación nacional, así como publicar la sentencia completa de la Corte Interamericana en la página del Centro de Información Judicial de la Corte Suprema; y asimismo entregar sumas de dinero reconocidas como reintegro de los montos de condena oportunamente fijados en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, como de los correspondientes a las reparaciones admitidas en su decisión internacional (daño material, gastos derivados del trámite del proceso interno como del procedimiento internacional).

13 CSJ 368/1998, *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe*, (cit.)

14 CSJ 368/1998, *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe*, (cit.), Cdo. 6°.

po interamericano no constituye una cuarta instancia que revise o anule decisiones judiciales estatales dado que la jurisdicción es *subsidiaria*, *coadyuvante* y *complementaria*¹⁵.

Adunó en paralelo que la vía de ‘*dejar sin efecto*’ una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada es “un mecanismo restitutivo que no se encuentra previsto en el texto convencional”. Agregando que por definición los Tribunales Internacionales son de *competencia limitada de la manera prescrita en los instrumentos que los han constituido*.

Dejar sin efecto -añadió- equivale a “revocar” y que ese trámite está fuera de la competencia convencional.

Postuló en ese sentido que el artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) no contempla este andarivel, que tampoco ha sido siquiera imaginado -dice- en los Trabajos Preparatorios de la Convención¹⁶.

‘Dejar sin efecto’ un decisorio de la CSJN con calidad de *res judicata* es uno de los supuestos en los que la restitución resulta jurídicamente imposible a la luz del artículo 27 de la Constitución Nacional ya que dicha norma impone una *esfera de reserva soberana*¹⁷ que se denomina *fórmula argentina*, postulado este que no ha sido modificado en la Convención Constituyente de 1994.

Antes de seguir adelante conviene alertar que lo hasta acá expresado por la mayoría de la CSJN no resulta ser una novedad, ya que remarca en gran parte lo sostenido por los votos disidentes del los Dres. Fayt y Boggiano en los autos Arancibia Clavel¹⁸, y repetido luego por el Dr. Fayt en su voto minoritario “Espósito”¹⁹, entre otros²⁰.

15 CSJ 368/1998, *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe*, (cit.), Cdo. 8°.

16 Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San

José, Costa Rica 7-22 de noviembre de 1969, Actas y Documentos, Secretaría General, Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C., OEA/Ser.K/XVI/1.2. Cfr. CSJ 368/1998, *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe*, (cit.), Cdo. 14°.

17 CSJ 368/1998, *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe*, (cit.), Cdo. 16°.

18 CSJN – 24/08/2004 – “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros – Causa N° 259”.

19 CSJN, E 224 - XXIX. 23 de diciembre de 2004, “Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa -Bulacio, Walter David-”.

20 Con respecto al incumplimiento de los tratados en el ámbito doméstico, la argentina (CSJN. Expte. 1307/2003) fue condenada por primera vez por la Corte IDH (fallo del 28 de noviembre de 2002, “Cantos vs. Argentina”), por violentar los artículos 1.1, 8 y 25 de la CADH. En efecto, el más alto órgano de justicia local no dio acatamiento al pronunciamiento supranacional con respecto a unas costas producidas en el derecho interno y a la reducción de los honorarios de los peritos y abogados intervinientes. Como respuesta de ello el Superior Tribunal de la Argentina (en una sentencia dividida), ante el pedido del Procurador Nacional respecto a que se cumpla el fallo interamericano (esto es reducir la paga de los emolumentos profesionales), sostuvo por mayoría que no podía disponer lo pedido porque de esa manera se afectaría el derecho de los terceros que no intervinieron en el pleito, y que además no podía afectarse a cosa juzgada local que había dispuesto un monto mayor. Allí el Dr. Maqueda en su voto minoritario puso de relieve que el Estado debía dar cumplimiento a las disposiciones de la Corte Interamericana por ser obligatorias. El 26 de agosto de 2010, al Supervisar la Corte IDH dichas actuaciones, dispuso que el Estado debía adoptar las medidas necesarias para dar cumplimiento pronto a los puntos resolutivos pendientes de acatamiento de la sentencia regional. Esta todavía no ha sido cumplida por el derecho interno pese a que ha habido varias actuaciones para no violentar el fallo regional.

B. Postura concurrente del Juez Rosatti

Este Ministro -que fue miembro de la Convención Nacional Constituyente- se pliega a los argumentos de la mayoría, particularmente en lo que hace a la esfera de *reserva soberana* de nuestro país, añadiendo fundamentos propios²¹.

Para mientes en que “no se puede hacer prevalecer automáticamente y sin escrutinio alguno el derecho internacional -sea de fuente normativa o jurisprudencial- sobre el ordenamiento constitucional argentino, a los cuales los Tratados Internacionales (y con más razón la interpretación de dichos tratados) deben ajustarse y con los cuales debe guardar conformidad”²².

Esta interpretación, agrega, es reflejo de una fuerte tradición constitucional doméstica, tal como supo exponer Joaquín V. González: “Un Tratado no puede tener la supremacía de la Constitución Nacional”.

Señala que frase de la Corte IDH “dejar sin efecto” debe interpretarse de manera armónica con el ejercicio de la máxima potestad jurisdiccional instituida en el sistema republicano constituido por el ordenamiento constitucional argentino (artículos 1º, 8º y 16º), “no siendo posible concretar la revocación formal del decisorio nacional sin violentar lo dispuesto en los artículos 27 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional Argentina, cláusulas por cuya observancia esta Corte debe velar”²³.

C. Postura minoritaria del Juez Maqueda

El Ministro referido en el epígrafe -que también integró la Convención Constituyente de 1994- se pone, en alguna medida, en las antípodas de sus colegas, entiende que los decisorios de la Corte Interamericana deben cumplirse en su totalidad.

Por ello siguiendo a pies juntillas los fundamentos de la Corte IDH en el caso “Fontevicchia”, sostiene justamente que corresponde ‘dejar sin efecto’ la anterior decisión de la Corte nacional fallada con otra composición.

El Dr. Maqueda coherentemente con sus opiniones anteriores, en su lúcido voto discrepa con los jueces de la mayoría, pues siendo las sentencias del organismo interamericano “obligatorias” y “vinculantes” en el ámbito de su competencia; no acatarlas -dice- implica una infracción convencional (art. 27 de la Convención de Viena sobre el

21 Señaló el Juez Rosatti que “...a la luz de la obligación que surge del art. 68.1 de la CADH -que ha sido suscrita por la República Argentina y goza de jerarquía constitucional (art. 75, inciso 22 de la Constitución Nacional), por la cual el Estado Nacional se compromete a cumplir con las decisiones de la Corte IDH en los procesos en que ha sido parte, corresponde poner de manifiesto lo siguiente: Con relación al inciso c) del considerando 2º, se ha informado a este Tribunal que, por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores, se encuentra en vías de cumplimiento la medida de reparación prevista en el punto 4 de la parte dispositiva del referido fallo, hecho que da cuenta del principio de ejecución de dicho punto del pronunciamiento internacional (véase fs. 23/24 del escrito 2869/2016; fs. 1 del escrito 3201/2016). Con relación al inciso b) del considerando 2º, el 22 de noviembre de 2016 la Corte IOB declaró que el Estado argentino dio cumplimiento total a la medida de reparación ordenada en el punto 3 de su sentencia, relativa a la realización de las publicaciones del pronunciamiento internacional y del resumen oficial en los medios allí contemplados. Cfr. CSJ 368/1998, *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe*, (cit.), Voto del dr. Rosatti, Cdo. 4º.

22 CSJ 368/1998, *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe*, (cit.), Voto del dr. Rosatti, Cdo. 5º.

23 CSJ 368/1998, *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe*, (cit.), Voto del dr. Rosatti, Cdo. 8º.

Derecho de los Tratados)²⁴. Además explica que negarse a dejarlas sin efecto, evita cuestionamientos futuros (Cdo. 6°).

3. Casos en los que la Corte IDH ha mandado a “dejar sin efecto” fallos locales

A. Generalidades

Si bien es por demás sabido que los órganos judiciales pueden -y a veces deben- modificar su jurisprudencia cuando resulte necesario, no lo es menos que en este asunto la CSJN se pasó a las antípodas, concretando una doctrina que nos parece muy endeble.

En verdad lo resuelto en “Fontevicchia” por el Tribunal del Pacto no es una novedad ya que ha habido otros precedentes del mismo cuerpo en sentido similar.

Antes que nada -y para evitar confusiones- hay que tener bien en cuenta que en este trabajo estamos hablando de casos en que el Tribunal de Costa Rica ha dejado sin efecto *sentencias*, pues como parece una obviedad en muchísimos otros asuntos mandó a dejar sin efecto, ‘prácticas’, ‘normas’ y ‘leyes’ violatorias de la Convención²⁵.

Vamos a traer a colación algunos asuntos sobre el particular sin pretender agotar los casos.

B. El Caso Palamara Iribarne vs. Chile²⁶

En el fallo citado en el epígrafe la Corte IDH determinó que los procesos llevados a cabo en la *jurisdicción ‘penal’ militar* en contra de la víctima no tuvieron las garantías de competencia, imparcialidad e independencia necesarios en un Estado democrático, el país debe “dejar sin efecto” en el plazo de seis meses la sentencia emitida por la Corte Marcial de la armada chilena por el delito de desacato²⁷.

Esta sentencia espeja una saga de pronunciamientos -sobre todo de México- de ese Tribunal donde fustigó la posibilidad de que los cuerpos judiciales castrenses juzguen a civiles por delitos comunes²⁸.

24 CSJ 368/1998, *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe*, (cit.), Voto del dr. Maqueda, Cdos. 4° y 5°.

25 Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el Juez Mexicano*, en Carbonel y Salazar (Coordinadores), *Derechos Humanos: un nuevo modelo constitucional*, México, UNAM, II. J., 2011, pp. 339-429. Ídem Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Coordinador, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en “*El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*”, Fundap, México, 2012, p. 163.

26 Corte IDH, Caso Palamara Iribarne Vs. Chile, Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.

27 Corte IDH, Caso Palamara Iribarne Vs. Chile, (cit.), párr. 253.

28 Como bien dice la jurista chilena María José Eva Parada (*Chile ante el sistema interamericano, el caso Palamara*, Anuario de Derechos Humanos, Universidad de Chile, repositorio.uchile.cl, 2006) el fallo es de gran importancia para ese país, pues entre otras cosas exige adecuar el ordenamiento interno no sólo en lo que señala con relación a las leyes de desacato, sino también en lo que respecta a la justicia militar. En ese orden de ideas la Ley 20477 del 22 de noviembre de 2016 restringió la competencia de los Tribunales Militares de la forma aquí indicada.

Importa alertar que Chile finalmente cumplió con el mandato de “dejar sin efecto en todos sus extremos las sentencias condenatorias emitidas en contra del señor Humberto Palamara”²⁹ (quien fue la víctima)³⁰.

Sin duda que la solución aquí brindada no podía ser enfocada de otra manera, ya que se trataba de una sentencia de un Tribunal Penal Militar totalmente incompetente y parcial.

C. El Caso *Tristán Donoso vs. Panamá*³¹

Otro ejemplo de esta matriz lo podemos ver en “*Tristán Donoso Vs. Panamá*” donde finalmente la Corte IDH condenó a ‘dejar sin efecto’ una sentencia penal por violentar el Pacto de San José de Costa Rica.

La víctima, Santander Tristán Donoso, trabajaba en el año 1996 como Asesor legal de una Diócesis y en paralelo como abogado litigante y defensor. En su momento tuvo una conversación telefónica privada con su cliente que fue interceptada y grabada subrepticiamente de donde surgiría prima facie que el Procurador General de la Nación, habría recibido en el año 1994 un dinero en calidad de donación de dudosa procedencia. Dicho funcionario público divulgó el contenido y debido a ello el letrado aludido finalmente fue condenado por el delito de injurias.

Ante tal situación, luego de agotar los recursos internos, patrocinado por el CEJIL promovió la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) que luego llegó a la Corte IDH. El Tribunal regional con fecha 21 de enero de 2009 condenó al Estado a “... *dejar sin efecto la condena penal (...) y todas las consecuencias que de ella se deriven, en el plazo de un año contado a partir de la notificación de la presente sentencia...*”³² (énfasis añadido).

En cumplimiento de lo dispuesto Corte IDH, la Sala Segunda de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia (CCSJ) de Panamá, absolvió al mencionado letrado de los cargos como autor del delito de calumnias; y *dejó sin efecto* las penas impuestas de dieciocho meses de prisión, la inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos y el pago de la indemnización civil por el daño material causado a la víctima.

29 Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de septiembre de 2016.

30 Véase CEJIL, *Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó resolución en relación con el caso Palamara Iribarne vs. Chile*, de 27 de agosto de 2009.

31 Corte IDH, Caso Tristán Donoso Vs. Panamá, Sentencia de 27 de enero de 2009, Serie C No. 193.

32 Dijo allí: “Esta Corte ha determinado que la sanción penal emitida en contra del señor Tristán Donoso afectó su derecho a la libertad de expresión (*supra* párr. 130). Por lo tanto el Tribunal dispone que, conforme a su jurisprudencia, el Estado debe dejar sin efecto dicha sentencia en todos sus extremos, incluyendo los alcances que ésta pudiere tener respecto de terceros, a saber: a) la calificación del señor Tristán Donoso como autor del delito de calumnia; b) la imposición de la pena de 18 meses de prisión (reemplazada por 75 días-multa); c) la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por igual término; d) la indemnización civil pendiente de determinación; y e) la inclusión de su nombre de cualquier registro penal. Para ello, el Estado cuenta con un plazo de un año contado a partir de la notificación de la presente Sentencia”. Corte IDH, Caso Tristán Donoso Vs. Panamá, (cit.), párr. 195; *ibidem* Puntos Resolutivos, Disposición 14°.

Por todo ello, en la Supervisión³³ del 1 de septiembre de 2010 a Corte IDH dio por cumplido en forma total los puntos resolutiveos de la Sentencia ya aludida y *archivó las actuaciones*³⁴.

Obsérvese que el máximo órgano de justicia de Panamá, en su Sala Segunda, acató sin ambages lo dispuesto por la Corte regional, *‘dejó sin efecto’* la providencia condenatoria, *basándose exclusivamente en el mandato de la Corte IDH*.

D. El Caso Kimel vs. Argentina³⁵

Eduardo Kimel era un conocido periodista de investigación quién escribió el libro *“La masacre de San Patricio”*, ocurrida durante la dictadura militar argentina el día 4 de julio de 1976. Allí se aludía a un asesinato de cinco religiosos de la Orden de los Palotinos. El actor criticó la actuación de las autoridades encargadas de la investigación y al Juez en particular. El Magistrado promovió una querrela criminal de la cual resultó condenado en primera instancia Kimel a un año de prisión en suspenso y una multa de veinte mil pesos.

Resulta preciso señalar para entender en pocas líneas el trámite de estas actuaciones que transitaron por el derecho interno, luego por la Comisión IDH y por último en la Corte IDH.

Allí la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal había absuelto en 1996 -por mayoría- al Sr. Kimel. Sin embargo la Corte Suprema Nacional, también por mayoría, con fecha 22 de diciembre de 1998³⁶, revocó la sentencia absolutoria de segunda instancia y remitió la causa a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal para que dictara una nueva sentencia. El máximo órgano jurisdiccional nacional considero que la decisión había sido arbitraria.

Después el 17 de marzo de 1999 la Sala IV siguiendo los lineamientos de la Corte doméstica confirmó parcialmente la decisión condenatoria de primera instancia en lo que respecta a las penas, pero en vez de sentenciar al Sr. Kimel por injurias, entendió que se había configurado el delito de calumnias.

Contra la providencia de alzada el afectado interpuso un recurso extraordinario ante la Corte Suprema Nacional que fue rechazado, lo mismo que una queja que también fue desestimada, por lo que la condena quedó firme en el campo argentino el 14 de septiembre de 2000.

Ya en la instancia supranacional el Tribunal interamericano el 2 de mayo de 2008 concluyó, entre otros temas, que el Estado debe *dejar sin efecto* la condena penal impuesta a

33 Corte IDH. Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1 de septiembre de 2010.

34 Con fecha 1 de septiembre de 2010.

35 Corte IDH, Caso Kimel Vs. Argentina, Sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C No. 177.

36 CSJN Fallos 321-3596.

Kimel y todas las consecuencias que de ella se deriven, en el plazo de seis meses a partir de la notificación de la sentencia.

Luego -y otra vez al ámbito doméstico-, el pronunciamiento de la Sala IV aludido fue atacado por vía del recurso de revisión, y resuelto el 10 de noviembre de 2011³⁷, el que se apontocó en dos pilares: 1) el fallo de la Corte IDH que había mandado dejar sin efecto la sentencia; y 2) que la modificación legal dispuesta por la Ley argentina 26.551³⁸ de los tipos penales en las que se basó la postura condenatoria, habilita el recurso de revisión (artículo 479 inc. 5 del Código Procesal Penal). Ante dicha petición el Fiscal General y la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, en su calidad de “Amigo del Tribunal” aceptaron que se haga lugar al recurso de revisión.

En base a ello dicha Sala de la Cámara Nacional de Casación Penal, y basándose más en la modificación legislativa que en el fallo de la Corte IDH hizo lugar al recurso de revisión y dejó sin efecto el pronunciamiento condenatorio *acatando de ese modo el decisorio interamericano del 2 de mayo de 2008*.

Finalmente la Corte IDH luego de tres Supervisiones declaró que el Estado Argentino ha dado total cumplimiento a la obligación de *dejar sin efecto* la condena penal por lo que decidió archivar el expediente³⁹.

Se advierte aquí que el Poder Judicial doméstico, por vía indirecta (a través del recurso de revisión) *dejó sin efecto* una sentencia local, que esta vez no había sido dictada por la Corte Suprema, sino por un Tribunal inferior.

E. El Caso Bueno Alvez vs. Argentina⁴⁰

En el caso aludido en el epígrafe, tramitado durante la época democrática en Argentina (1988), fue detenido Bueno Alvez quien denunció casos de tortura. Como consecuencia de ello se condenó a René Jesús Derecho, por el delito de torturas de las que había

37 Causa N° 13.272, Fallo de la Sala III, C.N. P. “Kimel, Eduardo Gabriel sobre recurso de revisión” registro 17/08/2011.

38 Cabe enfatizar que como consecuencia del tránsito supranacional del caso Kimel se sancionó el 18 de noviembre de 2009 la Ley 26.551, que modificó parcialmente el Código Penal del país. Por el artículo 1° de dicha norma legislativa se sustituyó el artículo 109 por el siguiente texto: “la calumnia o falsa imputación a una persona física determinada de la comisión de un delito concreto y circunstanciado que dé lugar a la acción pública, será reprimida por multa de pesos tres mil (\$ 3.000) a pesos treinta mil (\$ 30.000). En ningún caso configurarán delito de calumnia las expresiones referidas a asuntos de interés público o las cuales no sean asertivas”. El artículo 2° de dicha ley modificó el artículo 110 del siguiente modo: “el que intencionalmente deshonrar o desacreditar a una persona física determinada será reprimido con multa de pesos mil quinientos (\$ 1.500) a pesos veinte mil (\$ 20.000). En ningún caso configurarán delito de injurias las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas tampoco configurarán delito de injurias los calificativos lesivos del honor cuando guardas en relación con un asunto de interés público”.

39 El pronunciamiento fue el siguiente: “...Declara que: El Estado ha dado cumplimiento total a la obligación de dejar sin efecto la condena penal impuesta al señor Kimel y todas las consecuencias que de ella se deriven (*punto resolutivo séptimo de la Sentencia*), de conformidad con lo señalado en los Considerandos noveno a décimo tercero de la presente Resolución. Y Resuelve: 1. Dar por concluido el caso Kimel, dado que la República Argentina ha dado cumplimiento íntegro a lo dispuesto en la Sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 2 de mayo de 2008.2. Archivar el expediente del presente caso. 3. Comunicar esta Resolución a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos por conducto del Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del año 2013. 4. Que la Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos notifique la presente Resolución a la República Argentina, a los representantes de los familiares de la víctima y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos...” Corte IDH, Caso Kimel Vs. Argentina, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 5 de febrero de 2013.

40 Corte IDH, Caso Bueno Alves Vs. Argentina, Sentencia de 11 de mayo de 2007, Serie C No. 164.

resultado víctima también a Pérez Galindo, siendo el caso sobreseído por el Tribunal Supremo Argentino como consecuencia de haberse declarado extinguida la acción penal por prescripción⁴¹.

Contra el fallo, y en las mismas actuaciones, el Sr. Pérez Galindo -como querellante- dedujo un recurso de aclaratoria, vía que fue recalificada por la Corte Suprema como "recurso de revocatoria". Este cuerpo hizo lugar a tal planteo -por mayoría-⁴² citando expresamente las consideraciones expuestas en el precedente "Espósito"⁴³. En consecuencia, sin más argumentación que la referencia al caso Bulacio, le dio cabida a la revocatoria, *dejando sin efecto el fallo de la propia Corte* y devolviendo las actuaciones al Tribunal de origen⁴⁴.

F. El Caso Herrero Ulloa vs. Costa Rica

El caso Herrera Ulloa⁴⁵ tiene una gran similitud con el asunto "Fontevicchia".

Mauricio Herrera Ulloa fue condenado por vía penal y civil en el derecho interno Costarricense a raíz de varias publicaciones. Se trató de un periodista que trabajaba en el Diario local La Nación que publicó, en su momento, un grupo de artículos en los cuales denunciaba por diversas conductas ilícitas a un funcionario, Félix Przedborski, que representaba a dicha nación ante un organismo supranacional, la Organización Internacional de Energía Atómica (EURATON).

Este último incoo en mayo de 1995 dos querellas por "delitos de difamación, calumnias y publicaciones ofensas". Herrera Ulloa finalmente fue condenado por el máximo tribunal de justicia del país, lo mismo que a la empresa periodística donde trabajaba.

Posteriormente la Corte IDH sancionó al Estado de marras considerando que en el territorio aludido no estaba prevista la doble instancia en materia penal, de conformidad con el artículo 8.2.h del Pacto de San José de Costa Rica, y existiendo otras irregularidades al debido proceso legal. Sostuvo que se debía dejar sin efecto en todos los extremos la sentencia penal condenatoria.

En la Supervisión de Sentencia del 22 de noviembre del 2010, la Corte IDH señaló que Costa Rica cumplió a cabalidad con el fallo.

Adviértase que en este asunto en el derecho interno en lugar de *'anular'* literalmente la decisión condenatoria y sus consecuencias; el Estado acató las órdenes de la siguiente manera: 1- Por medio del Juzgado Contencioso Administrativo ordenó la cancelación

41 Corte Suprema de Justicia de la Nación, Derecho, René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal -causa N° 24.079-. D. 1682. XL. Sentencia 29 de Noviembre de 2011.

42 Con los sufragios de los Jueces: Highton de Nolasco, Petracchi, Zaffaroni y Maqueda según su voto, y con las disidencias de los jueces Faty y Argibay quienes propusieron hacer lugar a la prescripción.

43 CSJN. Caso "Espósito", año 2004. Fallos: 327:5668.

44 La Corte IDH en su Supervisión de Sentencia del 5 de julio de 2011, dispuso entre otras cosas realizar las debidas investigaciones para determinar las correspondientes responsabilidades por los hechos de este caso y aplicar las consecuencias que la ley prevea (punto 3.b).

45 Corte IDH, Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, Sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C No. 107.

de los intereses etc., y 2- En cuanto a las costas, a través de un Tribunal Constitucional Administrativo puso a disposición del Diario La Nación los fondos pertinentes⁴⁶.

No va a resultar ocioso puntualizar que a causa de ello ese cuerpo judicial interamericano dio por cerrado el caso y archivó las actuaciones⁴⁷.

Obsérvese que ni el Estado en general, ni el Poder Judicial en particular hicieron objeciones algunas a la posibilidad de “*dejar sin efecto*” fallos domésticos, no se cuestionó entonces -como hizo la CSJN Argentina- las potestades del órgano regional.

De paso debemos tener presente que no fue el Tribunal Superior el que cumplió el fallo, sino otros órganos del ámbito doméstico.

4. Es posible dejar sin efecto fallos domésticos

Argumentos del fallo argentino comentado

Como anticipamos el pronunciamiento bajo análisis si bien implicó un tratamiento meduloso de la cuestión que venimos enfocando, consideramos que la mayoría se ha apegado demasiado al *dualismo*, minimizando de algún modo las potestades de la Corte IDH en lo que tiene que ver con los artículos 62 inc. 3 y 68 de la CADH. Fluye de la postura mayoritaria que si bien los pronunciamientos de ese órgano jurisdiccional regional son obligatorios, *no pueden ordenarle a la más alta jerarquía judicial doméstica, cazar, anular o dejar sin efecto sentencias*.

Lo que importa aquí no es tanto el incumplimiento de la CSJN, *sino los principios que fijó el fallo*; que puede significar un paso atrás para la Argentina en el ámbito de los derechos humanos y en el control de convencionalidad⁴⁸.

46 Sobre el particular dijo el Tribunal “...Con respecto a la obligación de dejar sin efecto, en todos sus extremos, la sentencia emitida el 12 de noviembre de 1999 por el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José (punto resolutorio cuarto de la Sentencia), el Estado informó lo siguiente: a) sobre la suma adeudada por intereses, el Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda aprobó, mediante resolución de 8 de septiembre de 2009, la cancelación de intereses legales y moratorios por un monto de ₡8.447.457,44 colones, el cual fue depositado a favor de La Nación el 13 de noviembre de 2009, y b) en cuanto al monto adeudado por costas personales, el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera del Segundo Circuito Judicial de San José, aprobó por medio de resolución de 23 de febrero de 2010 la suma de ₡422.372,87 colones, la cual se encuentra a disposición de la empresa para ser girada contra el fondo de costas que el Estado mantiene para este fin”. Asimismo, señaló que ha solicitado la gestión de los trámites correspondientes para que dicho monto sea depositado en la cuenta bancaria de la empresa. Por lo anterior, el Estado consideró que ‘ha satisfecho las obligaciones derivadas de la Sentencia de 2 de julio de 2004, motivo por el cual solicitó que se declare el cumplimiento definitivo en este aspecto’”, Corte IDH, Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2010, párr. 7.

47 En tal sentido resolvió: “...1. Dar por concluido el caso Herrera Ulloa, dado que la República de Costa Rica ha dado cumplimiento íntegro a lo ordenado en la Sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 2 de julio de 2004; 2. Archivar el expediente del presente caso; 3. Comunicar esta Resolución a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos en su próximo período ordinario de sesiones por conducto del Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del año 2010; y 4. Requerir a la Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que notifique la presente Resolución a la República de Costa Rica, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a los representantes de la víctima”, Corte IDH, Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, 22 de noviembre de 2010, cit., puntos resolutorios.

48 Hitters, Juan Carlos, *Control de Convencionalidad. Adelantos y retrocesos*, Editorial Porrúa, Colección Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional N° 111, México, 2015.

Se parte del artículo 27 de la Constitución Nacional, que señala que los Tratados con las potencias extranjeras *deben estar en conformidad con los principios de derecho público establecidos por la Carta Magna*. Parece surgir de ese postulado un debate que todavía continúa sobre la prioridad de la Constitución con respecto a los Tratados Internacionales y viceversa. Por ello el pronunciamiento de marras parte de la idea de que la jurisdicción supranacional tiene una esencia “subsidiaria” y que nuestro tribunal “supremo” nacional por su carácter de tal, *no puede recibir órdenes del cuerpo jurisdiccional interamericano*.

Lo que debe quedar bien en claro es que los fallos de la Corte IDH tienen como fuentes el *ius cogens* (la costumbre internacional), y los Tratados sobre Derechos Humanos, que como vemos son de distinta esencia que los Tratados entre dos Estados.

De allí que según nuestra posición el artículo 27 de la Constitución Nacional obviamente no tuvo en miras -considerando la época- los Tratados sobre Derechos Humanos que implican *una cesión parcial de la soberanía* cuando el Estado se adhiere a ellos; porque la Corte IDH no es un Tribunal extranjero, sino que forma una soldadura indestructible entre el derecho interno y el derecho internacional.

Siendo ello así puede ser que la Corte IDH haya utilizado en varias oportunidades la frase *‘dejar sin efecto’* de manera no muy feliz en su aspecto terminológico ya que en lugar de sostener ello pudo decir que el derecho doméstico se adapte a la Convención, sin aludir a esa expresión (“*dejar sin efecto*”) que lleva a posturas ríspidas en el campo local. Por ello pensamos que en el futuro debería adaptarse esta fraseología sin mutar su esencia.

Lo cierto es que las cuestiones *sub exámine* llegan al Tribunal Supremo argentino vía un oficio de la Cancillería (Dirección General de Derechos Humanos) para que ese cuerpo “...cumpla en lo que corresponda y de conformidad con su competencia, con la sentencia publicada por la Corte Interamericana...” (párr. 4º).

Recuérdese que la Corte IDH había dispuesto: *a- dejar sin efecto la condena civil así como todas sus consecuencias; b- publicar un resumen oficial de la sentencia; y c- entregar las sumas reconocidas en dicho fallo*.

Uno de los puntos nucleares del fallo analizado *es que el cuerpo interamericano no tiene competencia para ordenar a los órganos jurisdiccionales de la más alta jerarquía del derecho interno ‘dejar sin efecto’ sus sentencias*, y otro de los argumentos basilares radica -según la mayoría (cdo. 16º)- en que *dejar sin efecto una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada es uno de los supuestos en los que la restitución “resulta jurídicamente imposible a la luz de los principios centrales del derecho público argentino”*.

Entre esos postulados inconvencibles se halla -dice el pronunciamiento- el “carácter de órgano supremo” de la Corte de Justicia de la Nación. De ahí entonces que según esta opinión -que no compartimos- el mismo no puede recibir “órdenes” internacionales; se trata de una “*esfera de reserva soberana*” (art. 27 Constitución Nacional) a la cual los Tratados Internacionales deben ajustarse. Esta pauta es totalmente ratificada por el Ministro

Rosatti⁴⁹(cdos. 4º, 5º y 6º).

Parece fácil deducir de lo antes contextualizado, que los fundamentos de la mayoría sumados a los del Juez Rosatti se apuntocan en alguna medida en la disidencia del Dr. Fayt en el caso Espósito⁵⁰ (cdo. 13º) que a su vez venían instalados en Arancibia Clavel⁵¹. Es decir que el ex Ministro supremo enlaza los argumentos de “Arancibia Clavel” y de “Espósito” que en definitiva -eso creemos- florecen en el asunto “Ministerio de Relaciones Exteriores” (Fontevecchia) aquí comentado⁵².

Sin perjuicio de que el Dr. Rosatti pone énfasis en sostener que los Tratados internacionales están en una escala inferior a la Constitución Nacional -por lo que deduce que no puede cumplirse la orden de la Corte IDH de ‘dejar sin efecto’ el fallo de la Corte Nacional del 2011. Aclara -y en esto estamos totalmente de acuerdo- (en el cdo. 8º de su voto), que en un contexto de “diálogo jurisprudencial” debe procurarse mantener la convergencia decisional entre los organismos con competencia para dirimir conflictos en los ámbitos nacional e internacional “reconociendo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos como último intérprete de la CADH (art. 62, puntos I y III CADH)” y a la Corte Suprema de Justicia de la Nación como último intérprete de la Constitución Nacional Argentina (arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional)”. Por ello concluye en que la sentencia Fontevecchia está “prácticamente cumplida”⁵³, lo único que no es posible es revocar -aduna- el decisorio nacional.

En síntesis de los basamentos centrales del fallo mayoritario podemos llegar a las siguientes conclusiones: 1- no es competencia de la Corte Interamericana “dejar sin efecto” un fallo de la más alta autoridad judicial del país; 2- tal mecanismo restitutivo no está contemplado en el artículo 63.1 de la CADH, ni siquiera fue pensado en los trabajos preparatorios de la Convención Americana; 3- la competencia de la Corte del Pacto está “limitada” sobre la base del principio de subsidiariedad. Esta comprensión -dice la CSJN- está abrazada enfáticamente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus doctrinas del *margen de apreciación nacional*; 4- el cimero tribunal regional no revisa los pronunciamientos domésticos; 5- dejar sin efecto equivaldría a “revocar”; 6- la *integrum restitutio* -el remedio restitutivo- vista por la Corte IDH como forma de reparación, sólo funciona cuando es posible llevarla a cabo, ya que por ejemplo si la víctima muere hay

49 Sostiene este Ministro -citando a Joaquín V. González- que un Tratado no puede alterar la supremacía de la Constitución Nacional, por ejemplo, cambiando la forma de gobierno, suprimiendo una provincia, ni suprimir o disminuir en forma alguna las garantías constitucionales creadas para hacerlos efectivos “... en cuanto a la Constitución Nacional sea lo que es, el artículo 27 tiene para la Nación significado singular en el derecho internacional” (cita textual de Joaquín V. González).

50 Dijo allí que “... el artículo 27 de la Constitución Nacional debe ser ponderado como una norma de inestimable valor para la soberanía de un país, en particular, frente al estado de las relaciones actuales entre los integrantes de la comunidad internacional. Por ello, la interpretación propiciada preserva -ante las marcadas asimetrías económicas y sociales que pueden presentar los Estados signatarios de un mismo Tratado-, el avance de los más poderosos sobre los asuntos internos de los más débiles; en suma, aventa la desnaturalización de las bases mismas del Derecho Internacional contemporáneo pues procura evitar que detrás de un aparente humanismo jurídico se permitan ejercicios coloniales de extensión de la soberanía” aquí cita su disidencia en el caso “Arancibia Clavel, considerando 16º”.

51 CSJN. Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio y asociación ilícita -causa n° 259-, sentencia del 8 de Marzo de 2005.

52 Repárese, y esto creemos que es de gran importancia, que en ambos expedientes donde vota el Dr. Fayt en disidencia se tratan cuestiones “penales”, mientras que aquí estamos haciendo referencia a asuntos “civiles”.

53 En esto -como veremos-, no estamos de acuerdo.

que elegir otra vía de reparación; 7- la cualidad de “órgano supremo” de la CSJN forma parte de los principios de derecho público a los que hace referencia el artículo 27 de la Constitución Nacional. El constituyente -añade- ha consagrado en la citada norma⁵⁴, una esfera de reserva soberana, a la cual los tratados internacionales deben ajustarse. Por ello no es posible hacer prevalecer automáticamente -sin escrutinio alguno-, el derecho internacional sobre la Carta Magna; 8- la CSJN no niega obligatoriedad al pronunciamiento del tribunal internacional, solo que en este caso carece de competencia; 9- por último, tanto la mayoría como el voto coincidente del Dr. Rosatti, entienden que la cuestión debe resolverse en un contexto de diálogo jurisprudencial partiendo de la base -para dirimir conflictos en los ámbitos nacional e internacional-, que la Corte IDH es el último intérprete de la CADH (artículo 62, puntos 1 y 3 CADH), y que la CSJN es el último intérprete de la Constitución Nacional (artículos 116 y 117).

5. Réplica

A. Tratados clásicos y Tratados sobre derechos humanos

Antes que nada conviene repetir que no coincidimos con todos los argumentos del pronunciamiento local de la mayoría, pues los principios de derecho público, a los que según el mismo deben conformarse los Tratados, que no fueron pensados para esta época donde imperan los “Tratados sobre Derechos Humanos”, sin perjuicio -claro está- de lo dispuesto en la Reforma de 1994, esencialmente en el artículo 75 inciso 22 de ese ordenamiento que obviamente los tuvo en cuenta.

Es importante hacer una marcada dicotomía entre los Tratados clásicos, y los que reglamentan internacionalmente los Derechos Humanos, aunque que se aprecian notables diferencias entre los tradicionales y los atinentes a las libertades del hombre. En efecto, éstos tienen un contenido que apunta a una garantía mínima cuyo desarrollo progresivo casi siempre se prevé; además no están restringidos por la contraposición del interés de los signatarios, ni rige para ellos el principio de reciprocidad entre los derechos y obligaciones contraídas. En este tipo de instrumentos el destinatario es el ser humano; y los Estados en estos casos no tienen un interés propio, puesto que apuntan a mantener las prerrogativas del ser humano. Por otra parte la mayoría de ellos crea para los gobiernos obligaciones *erga omnes*, y además no se aplican las reglas generales sobre “reservas”, que imperan para los tratados clásicos⁵⁵.

Digamos que el *objeto y fin* de los documentos abordados en este apartado, son los derechos fundamentales del hombre, y *no quedan sin efecto* -como los otros- en caso de incumplimiento de las partes. Uno de sus rasgos definidores es que se le reconoce al individuo la calidad de sujeto de derecho internacional.

Siendo ello así fácil es colegir que cuando el voto mayoritario habla de la *fórmula argentina, de la reserva de soberanía, y de los tratados que estén en conformidad con los principios del derecho público argentino* establecidos en el artículo 27 de la Constitución Nacional (cdos. 16, 17 y 18), creemos que el razonamiento no se autoabastece ya que existe una notable

54 Citando a Joaquín V. González, como ya vimos.

55 Hitters, Juan Carlos, *Control de Convencionalidad. Adelantos y Retrocesos*, ob. cit., Capítulo XI, p. 108.

diferencia entre aquellos tratados y los que regulan los derechos humanos ya aludidos.

En efecto la Carta Magna de 1853 – 1860 aludía a los Tratados de paz y comercio de aquel momento que nada tienen que ver con las Convenciones internacionales tuitivas de las potestades y libertades del hombre⁵⁶.

B. *Kompetenz kompetenz*

El fallo de la CSJN considera que la entidad judicial Interamericana no tiene “competencia” para dejar sin efecto sentencias domésticas que han pasado en autoridad de cosa juzgada.

Sin embargo como se infiere de un postulado clásico del derecho procesal, es el cuerpo de la más alta jerarquía judicial quien *tiene la aptitud de juzgar sobre su propia competencia*.

Si bien es cierto que la Conferencia Especializada⁵⁷ eliminó la potestad que surgía del artículo 51 del Proyecto de la Comisión (a diferencia de su homónima europea⁵⁸ que la contempló), la Convención Americana nada dijo sobre esta temática, aunque de su contexto se infiere tal posibilidad, por ser la Corte IDH el único órgano jurisdiccional del modelo regional. Además –como expresa Buergethal– tal laguna fácilmente puede llenarse sosteniendo que es regla del derecho internacional generalmente reconocido, que es incumbencia del más alto cuerpo de justicia sentenciar sobre su propia competencia, lo que los alemanes llaman *kompetenz kompetenz*. Es que decidir esto, al igual que interpretar el Estatuto y el Reglamento que rigen su organización y funciones, constituye una atribución esencial de *la independencia que debe poseer todo órgano convencional*.

Así lo ha hecho presente la Corte IDH al parar mientes en que, como todo cuerpo con funciones jurisdiccionales, tiene el poder inherente a sus atribuciones de determinar el alcance de su propia competencia, ya que el reconocimiento de la misma por el Estado presupone la admisión del derecho del Tribunal a resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 62.1 de la Convención Americana⁵⁹. En tal sentido, ha considerado que no puede dejar a la voluntad de los países la

56 En este sentido sostiene con acierto Midón que aquel precepto aludía a los Tratados de paz y comercio propios de ese contexto histórico “... paz en cuanto antítesis de guerra y comercio en la más pura acepción de compraventa de mercancías”, Midón, Mario, *El alzamiento de la corte ante una sentencia de la CIDH* (citado por Gil Domínguez, Andrés, Estado constitucional y convencional de derecho y control de convencionalidad, La Ley, Boletín del 3/4/2017).

57 Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, Secretaría General, Organización de los Estados Americanos, OE/Ser.K/XVI/1.2., San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969. Véase Hitters, Juan Carlos, *Control de Convencionalidad*, ob. cit., capítulo XI, pag. 108.

58 El artículo 49 del Convenio de Roma dice: “En caso de que sea discutida la competencia del Tribunal, éste decidirá sobre la misma”. Tal criterio había sido instalado por el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (Buergethal, Thomas, *Las Convenciones Europeas y Americana: algunas similitudes y diferencias*; en *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C. 1980, p. 121)

59 Corte IDH, casos: *Baena Ricardo*, sentencia de 28 de noviembre de 2003, cit., párr. 68; *del Tribunal Constitucional*, sentencia de 24 de septiembre de 1999, párr. 33; *Ivcher Bronstein*, sentencia de 24 de septiembre de 1999, párr. 34; *Niñas Yean y Bosico*, sentencia de 8 de septiembre de 2005, párr. 78; *de las Hermanas Serrano Cruz*, sentencia de 23 de noviembre de 2004, párr. 74; *Almonacid Arellano*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 45; *García Prieto*, sentencia de 20 de noviembre de 2007, párr. 41; *Radilla Pacheco*, sentencia de 23 de noviembre de 2009, párr. 14.

determinación de cuáles hechos se encuentran excluidos de su competencia⁶⁰.

De ello fácilmente cabe colegir que cualquiera sea el argumento de la Corte argentina, la potestad de decidir la competencia de la interamericana es exclusiva del Tribunal con asiento en Costa Rica⁶¹.

C. Vuelta al dualismo

Desde otro punto de vista, como bien señalan algunos autores al no darle a los Tratados internacionales la verdadera jerarquía constitucional que poseen se vuelve a la teoría dualista⁶² -por oposición a la monista- apareciendo generalmente una serie de conflictos entre ambos modelos en relación con la “autonomía” de cada uno y con la “prioridad” o “prelación” que le corresponde.

D. El principio de subsidiariedad

Sostiene el voto mayoritario, en el asunto comentado, que impera en el modelo regional el *principio de subsidiariedad*, criterio que compartimos ampliamente (considerando 8°). Pero de ello no puede inferirse de ninguna manera que en el sector nacional es posible resolver los juicios sin acatar los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana⁶³.

La premisa de la CADH es que los países deben concluir sus problemas dentro de sus fronteras, *pero a sabiendas de que si se equivocan, las actuaciones pueden llegar -vía la Comisión IDH- a la propia Corte que es -como varias veces dijimos- el último y más genuino intérprete de los tratados a los que el país se ha plegado*⁶⁴.

Cuando la el Tribunal cimero nacional en el voto del Dr. Rosatti hace referencia al

60 Aplicación de esta potestad se observa en el caso *Vélez Loor*, en el que se había cuestionado la competencia de la Corte IDH para conocer de violaciones a la Convención contra la Tortura. Por ello expresó allí que “*Si bien el artículo 8 de la Convención contra la Tortura (Este precepto dispone respecto a la competencia para aplicarla que “una vez agotado el ordenamiento jurídico interno del respectivo Estado y los recursos que éste prevé, el caso podrá ser sometido a instancias internacionales cuya competencia haya sido aceptada por ese Estado” al que se atribuye la violación de dicho tratado) no menciona explícitamente a la Corte Interamericana, este Tribunal se ha referido a su propia competencia para interpretar y aplicar dicha Convención, en base a un medio de interpretación complementario, como son los trabajos preparatorios, ante la posible ambigüedad de la disposición*”, Corte IDH, casos *Vélez Loor vs. Panamá*, cit., párr. 33; y *González y otras (“Campo Algodonero”)*, cit., párr. 51.

61 Desde esta vertiente ha dicho el profesor Nogueira Alcalá que en Chile las reglas derivadas de la Convención Americana son normas internacionales incorporadas al derecho interno por lo cual deben ser aplicadas por la jurisdicción local como fuente del ordenamiento jurídico del país, además de ser normas internacionales cuyo intérprete supremo es la Corte de San José. Nogueira Alcalá, Humberto, *Los desafíos de la sentencia de la Corte interamericana en el caso Almonacid Arellano*, Revista Ius et Praxis, 12(2):363-364, 2006.

62 Abramovich, Víctor, *Comentarios sobre el “Caso Fontevicchia”*, 17 de febrero de 2017, CJDHUNLA.

63 Hitters, Juan Carlos, *La responsabilidad del Estado por violación de Tratados Internacionales*, Revista Estudios Constitucionales, Año 5 N°1, Universidad de Talca 2007, pág. 208 y siguientes.

64 Al respecto, debe recordarse, como lo ha establecido el mencionado cuerpo regional que “el Estado es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno [...], antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos” (Conf. Corte IDH, Caso *Acevedo Jaramillo* y otros Vs. Perú, Sentencia de 7 de febrero de 2006, Serie C No. 144, párr. 66), Corte IDH, Caso *Brewer Carías* Vs. Venezuela, Sentencia de 26 de mayo de 2014. Serie C No. 278, Voto Conjunto Disidente los Jueces Manuel E. Ventura Robles y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 63.

“diálogo” pensamos que una de las formas más contundentes para lograrlo es “armonizando” el derecho nacional y el internacional de los derechos humanos a través de lo que se ha dado en llamar “*cláusula de interpretación conforme*”⁶⁵ (artículos 27, 75 inc. 22 y 108 de la Constitución Nacional y art. 27 de la CADH).

En síntesis el principio de subsidiariedad tiene en miras que en el ámbito doméstico se concluyen los pleitos (art. 46.1 CADH), el Tribunal regional sólo interviene -y con amplias potestades- cuando no se han respetado las convenciones.

Bajo esta hermenéutica, si bien el fallo analizado habla de “diálogo”, no debería haber concluido en que los pronunciamientos de la corte local *no pueden ser dejados sin efecto por el Tribunal interamericano*.

E. Margen de apreciación nacional

El fundamento del “margen de apreciación nacional” utilizado por la mayoría nos parece que no puede llegar a resultados tan contundentes. Tiene límites y juega a fondo, sólo cuando no hay jurisprudencia de la Corte IDH sobre el tema.

La CSJN señala que el tribunal interamericano no posee carácter de órgano de casación o de apelación, citando en esto un fallo del tribunal regional “Genie Lacayo”⁶⁶. De esa manera liga los conceptos de “*margen de apreciación nacional*” con el de “subsidiariedad” (cdo. 10º)⁶⁷, deduciendo que la Corte IDH no posee el poder de dejar sin efecto la sentencia de la causa en cuestión porque esto significaría inmiscuirse en el derecho interno (cdo. 11º).

Uno de los temas más complicados de esta problemática es saber *cuál es el margen y qué amplitud tiene*⁶⁸. Tal figura ha sido utilizada -dice nuestra Corte Nacional- por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁶⁹. La podemos definir como una especie de “deferencia” del cuerpo supranacional hacia las autoridades locales, para que sean éstas las que fallen en determinadas cuestiones, con independencia de los organismos que imponen los tratados internacionales. Ello se da en aquellas hipótesis en las que el cuerpo jurisdiccional internacional “considera” que los judiciales internos están en mejores condiciones para fallar el asunto.

65 La misma consiste en una técnica hermenéutica por medio de la cual las reglas contenidas en las Cartas Magnas locales son “armonizadas” con los postulados y principios que surgen de los tratados de derechos humanos. Hablamos de Tratados constitucionalizados.

66 Corte IDH, Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua, Sentencia de 29 de enero de 1997, Serie C No. 30.

67 Díaz Grego, María, *Margen de apreciación nacional*, en *Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales*, Universidad de Alcalá, Última actualización: 09/05/2011, (http://diccionario.Pradpi.org/inicio/indez.php/términos_pub/view/94).

68 Como vimos esta es la teoría que manejó el Dr. Fayt en sus votos de Simón, Mazzeo y Bulacio, entre otros.

69 Aunque en puridad de verdad fue la Ex Comisión Europea de Derechos Humanos la que hizo expresa referencia a tal corriente, hundiendo sus raíces en la idea del *marge d’appréciation* aplicada por el Consejo de Estado Francés. Díaz Grego, ... ob. cit.

Por eso pensamos que el campo se “achica” cuando existen criterios o estándares establecidos por la Corte IDH⁷⁰.

De todos modos lo cierto es que tal cual ya lo expresamos, sería conveniente “flexibilizar” en lo posible esa posición que impone la supremacía convencional o interpretación jerárquica, por el “principio de la coordinación” entre los sistemas nacionales e internacionales y viceversa⁷¹, esto es lo que ha dado en llamarse Diálogo jurisprudencial entre justicia local y la internacional⁷².

Un ejemplo que ha dado la Corte interamericana sobre la aplicación del margen de apreciación nacional fue en el caso *Castañeda Gutman vs. México*⁷³, donde “permitió” que la Dirección del Gobierno y su actividad democrática interior sea competencia exclusiva del Estado mexicano, en ciertos temas electorales⁷⁴.

Sin embargo en asuntos como el caso “*Gelman vs. Uruguay*”⁷⁵ el cuerpo regional de marras le negó a la Suprema Corte⁷⁶ de ese país la posibilidad de poner en juego el margen de apreciación nacional. Ello ocurrió cuando el Tribunal interamericano se ocupó del problema en la Supervisión de Cumplimiento de Sentencia⁷⁷, sosteniendo que ese país debía acatar el fallo dictado por ella.

Este fue un caso muy similar a *Fontevicchia-Ministerio*⁷⁸, ya que la Corte IDH entendió que la Suprema Corte oriental no había acatado su fallo “*Gelman vs. Uruguay*”.

6. Consecuencias jurídicas de la falta de anulación

Al haber rechazado la CSJN en el año 2011 la posibilidad de *dejar sin efecto su fallo del 2001*⁷⁹, quedan dos decisorios firmes que encierran una contradicción.

El tribunal cimero argentino había condenado en el año 2001 a los accionados por violación al derecho a la integridad moral, el honor y la intimidad de las personas (artí-

70 Véase García Ramírez, Sergio, *El control judicial interno de convencionalidad*, en IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, A.C., Vol. V, núm. 28, diciembre de 2011, Puebla, México.

71 Carpizo, Enrique, *El control de convencionalidad y su relación con el sistema constitucional Mexicano. Hacia una simple actividad protectora de los derechos humanos*, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, año XLVI, núm. 138, sept.-dic. de 2013, págs. 939-971.

72 Nogueira Alcalá, Humberto, *El diálogo jurisdiccional entre tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile*, Ponencia del XXV Congreso Argentino de Derecho Internacional, La Plata, Argentina, organizado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de las Universidades Nacional de La Plata, Católica de La Plata y Universidad del Este, septiembre de 2013.

73 Sentencia de 6 de agosto de 2008.

74 Carpizo, Enrique, *El control de convencionalidad*, ob. cit.

75 Corte IDH, Caso *Gelman Vs. Uruguay*, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C No. 221, párrs. 241 a 246.

76 Caso “*M.L., J.F.F., O – Denuncia Excepción de Inconstitucionalidad ... IUE -II- 109971/2011*”, Sentencia del 18/02/2013, por mayoría.

77 Caso *Gelman vs. Uruguay*, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución del 20 de marzo de 2013, párrafo 69.

78 Similar pero no idéntico, porque la Corte Uruguaya, a diferencia de la Argentina le había negado valor vinculante al pronunciamiento de la Corte Interamericana sobre el tema.

79 CNJN, 324:2985, del 25/09/2001 (cit.).

culos 14°, 19° y 33° Constitución Nacional, 17° párrs. 1° y 2° del Pacto Internacional de los Derechos Políticos y Civiles; y 2° y 3° de la CADH), y a pagar una indemnización a favor del ex Presidente Carlos Menem.

La Corte IDH en el 2011 hizo lugar a la demanda contra el Estado Argentino y dispuso dejar sin efecto aquella “*condena civil*” así como todas sus consecuencias. Recuérdese que en la vía doméstica se había dispuesto indemnizar a Carlos Menem, y que el tribunal supranacional dijo que tal reparación era improcedente. Esto implicó que al haber abonado el Estado la indemnización correspondiente por la sentencia del año 2001, luego y como consecuencia de ello, tal pago puede verse como un enriquecimiento (sin causa) en virtud de lo dispuesto en el artículo 1794 del Código Civil, lo que podría potenciar al Estado a llevar a cabo la repetición⁸⁰.

Lo cierto es que como acabamos de sostener, y pese a la interpretación de la Corte Argentina⁸¹, la contradicción sería: por un lado pagarle a Menem (fallo CSJN 2001), y por otra parte el Estado Nacional debe entregar las sumas reconocidas en el fallo regional⁸².

Si esto se acata a pie juntillas el Estado estaría haciendo un pago indebido.

7. La controvertida interpretación del Tribunal Supremo Nacional

Este órgano judicial llevó a cabo una forzada interpretación del Sistema Interamericano -creemos- para llegar a la conclusión de que no puede ser obligado a ‘dejar sin efecto’ los pronunciamientos que él emite.

A nuestro modo de ver las reglas regionales *no necesitan ningún tipo de interpretación*, pues el artículo 63.1 es muy claro al sostener que cuando hubo violación la Corte IDH puede disponer que se garantice al lesionado el goce de su derecho o libertad vulnerados, y si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias y el pago de una indemnización. Y justamente en la frase “*que se reparen las consecuencias*” está incluida la posibilidad de “*dejar sin efecto*” un decisorio local (*in claris non fit interpretatio*).

Ello así pues ‘*anulando*’ o ‘*revocando*’ una sentencia local deficitaria se reparan las consecuencias y se puede indemnizar a la víctima.

No obstante eso -y a todo evento- si fuese imprescindible una hermenéutica, nos parece que la que ejercitó la CSJN es muy discutible, y creemos que los casos que cita no se acomodan al caso analizado.

80 Como dice Palacio de Caero “aquí se torna importante indagar acerca de un resarcimiento por parte del Estado nacional debido a sumas pagadas a un tercero que finalmente se benefició. A resultar condenas patrimoniales aquél debe tener la posibilidad de resarcirse, pero tal contingencia se torna imposible al mantenerse la autoridad de la cosa juzgada interna en el caso ‘Menem...’, cuyos efectos fueron dejados sin efecto y anulados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Palacio de Caero, Silvina, *El cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Revista La Ley 08/03/2017, 08/03/2017, pág. 21.

81 Véase voto del Dr. Maqueda, cdo. 6°.

82 Conforme a lo dispuesto en la sentencia regional y en la última Supervisión de la Corte del 29-11-2016, Punto Resolutivo 1.d.

Como sabemos, se parte de la base del artículo 27 de la Constitución Nacional para llegar -a través de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados- al resultado de la imposibilidad de revocar o anular, por mandato de la Corte IDH, los fallos domésticos.

Vemos que aquí también hay un hueco argumental en nuestro Tribunal Argentino, porque si bien es cierto que la Convención de Viena ilumina el derecho de los Tratados, no lo es menos, que ese cuerpo normativo apunta especialmente a los convenios entre países, y no específicamente a los atinentes a los Derechos Humanos, que como lo expresamos precisan de una interpretación muy afinada teniendo en cuenta la materia sobre la que se ocupan.

Desde esa vertiente pensamos que al “cambiar” la Corte nacional su anterior jurisprudencia se ha inaplicado el *principio de no regresividad*, el cual establece que no debe crearse o modificarse normativa o postulados que vengán a reducir la pantalla protectora ya existente.

Esto es por vía del principio, pues obviamente, no significa que un Tribunal no pueda alterar sus criterios cuando lo considerare necesario; pero debe tenerse mucho cuidado en el campo de derechos humanos.

En efecto, si tenemos en cuenta que ese cuerpo jurisdiccional en Kimel abrió la posibilidad de ‘dejar sin efecto sus sentencias’, resulta que ahora ha puesto en discusión ese postulado, lo que implica una regresión (no regresividad).

En el Considerando 12° dice el Tribunal Supremo Argentino que dejar sin efecto una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, importa acudir a un mecanismo reparatorio que no se encuentra previsto por el texto convencional, agregando que el análisis ‘textual’ -gramatical- es fundamental puesto que la letra de los tratados determina los límites de la competencia remedial.

Deduca del artículo 31 de la Convención de Viena, que los organismos internacionales poseen competencia limitada, de la manera prescrita en los instrumentos que los han constituido y carecen de jurisdicción para seleccionar los remedios que quieran, y por lo que a tenor literal del artículo 63.1 de la Convención, se entiende que el Tribunal regional no está en condiciones de disponer tal ‘amputación’ a una sentencia dictada en sede nacional⁸³.

Observando la problemática interpretativa desde la ventana del el Pacto de San José y de la jurisprudencia Interamericana, debemos reiterar que cuando la Corte doméstica se niega a modificar su propio fallo *achica la tutela internacional* dándole prioridad a una norma interna (artículo 27 de la Constitución Nacional)⁸⁴, en infracción al artículo 27 de la Convención de Viena ya aludida.

La clave de bóveda para evitar desenfocos es no olvidar la doctrina legal del propio

83 Cdo. 13°, voto de la mayoría.

84 Piza Escalante, su voto separado en Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984.

tribunal del sistema regional donde se sostiene que para interpretar una convención sobre derechos humanos, hay que tener en cuenta tres elementos fundamentales: 1- el propio tratado, 2- el *ius cogens*, y 3- la jurisprudencia de la Corte IDH.

Estas doctrinas fueron ratificadas por las Opiniones Consultivas OC-3/83⁸⁵ y OC-8/87⁸⁶ donde -ya lo adelantamos- se llega a la conclusión que el sistema de la Convención Americana está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo. Cada uno de los Convenios sobre derechos humanos debe analizarse teniendo como base el objeto y fin de los mismos. Por ello dijimos que nuestro Tribunal Supremo ha desinterpretado lo dicho por la Corte IDH en “Perozo”, “Genie Lacayo”, “Aloeboetoe” y “Blake”⁸⁷, entre otros.

Veamos, cuando la CSJN trae a colación los casos “Aloeboetoe” y “Blake” para llegar a la conclusión que “el mecanismo repositivo no está regulado en la CADH, importa poner de relieve que *en ambos asuntos la situación fáctica era muy distinta a la aquí analizada*, pues en sendos precedentes la *restitutio* no fue posible pues las víctimas habían fallecido.

El primero de ellos abordaba entre otras la cuestión de la desaparición forzada de Nicholas Blake⁸⁸, de ahí que la “revisión” no era factible, aunque sí la indemnización compensatoria a los familiares.

En el caso “Aloeboetoe”⁸⁹ se trataba de cinco campesinos que vivían alejados de los centros urbanos -cimarrones se dice en el fallo- que fueron asesinados por las fuerzas militares de Surinam. Allí tampoco fue posible la *restitutio in integrum*⁹⁰, por eso se indemnizó a los deudos.

La CSJN⁹¹ haciendo referencia al caso Perozo⁹² sostiene que el sistema interamericano se autodefine como subsidiario y que el cuerpo jurisdiccional regional no constituye una “cuarta instancia” que revisa o anula fallos internos. Si bien ello es cierto, creemos que el citado expediente contra Venezuela tampoco es cabalmente aplicable al caso que no ocupa, porque allí la Corte IDH no pudo juzgar el fondo pues *no se habían agotado, en ese momento los recursos internos* (artículo 46.1) ya que el Estado no tenía concluidas las investigaciones (civiles y penales) en sede local⁹³. Por eso dice la Corte IDH que ella sólo

85 Corte IDH, Restricciones a la pena de muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983, Serie A No. 3, párrafo 48.

86 Corte IDH, El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987, Serie A No. 8, párrafos 4-21.

87 CSJN, fallo “Ministerio del Interior...” (cit.), Cdo. 15°.

88 Corte IDH, Caso Blake Vs. Guatemala, Sentencia de 24 de enero de 1998, Serie C No. 36.

89 Corte IDH, Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam, Sentencia de 4 de diciembre de 1991, Serie C No. 11.

90 Dijo la Corte IDH en lo que hace al derecho a la vida no es posible devolver su goce a las víctimas. En estos casos la reparación debe asumir otras formas repositivas, como la reparación pecuniaria (Corte IDH. Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam, Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 1e, párrs. 49 y 50).

91 Considerando 8°.

92 Corte IDH, Caso Perozo y otros Vs. Venezuela, Sentencia de 28 de enero de 2009, Serie C No. 195, párrafo 64.

93 Para entender en profundidad este expediente que cita la Corte argentina como fundamento de su decisión, conviene conocer en profundidad las circunstancias fácticas. En efecto, los hechos se refieren a una serie de actos y omisiones, ocurridos entre octubre de 2001 y agosto de 2005, consistentes en declaraciones de funcionarios públicos, actos de hostigamiento agresiones físicas y verbales, y obstaculizaciones a las labores periodísticas, cometidos por agentes estatales

interviene “después” de que el país ha tenido la oportunidad de conocer⁹⁴.

Obsérvese que en “Ministerio-Fontevecchia” las actuaciones *concluyeron en Argentina*, fueron abordadas luego en la Comisión Interamericana y posteriormente falladas por la Corte regional; mientras que en Perozo -como ya se dijo- faltaban una serie de investigaciones domésticas y por ende el proceso no estaba concluido⁹⁵ (véase CSJN, Ministerio, cit., cdo. 8°).

Algo similar ha sucedido en Genie Lacayo⁹⁶ donde finalmente el Estado Nicaraguense fue condenado por obstaculizar la investigación policial y por una demora no razonable en el proceso (artículos 8.1 y 1.1 de la CADH). Aquí la investigación -como en “Perozo”- *no había sido concluida*⁹⁷, por ello expresó que la Corte supranacional⁹⁸ que “...carece de competencia para subsanar ... violaciones en el ámbito interno...”⁹⁹.

En síntesis digamos por un lado que el art. 63.1 de la CADH es muy claro, y no hacía falta más que aplicarlo. Si hubo violación, la Corte IDH debe disponer que ‘se deje sin efecto’ el fallo doméstico.

Por otro lado si a todo evento se necesitaba una interpretación, no es pertinente partir sólo de la ‘letra’ (mirada gramatical) de la Convención de Viena (arts. 31 y 32) ni acudir a los Trabajos Preparatorios del Pacto de San José¹⁰⁰ (véase CSJN, Ministerio, cit., cdo. 12°), más correcto hubiese sido ejercitar la interpretación evolutiva de los Tratados sobre

y particulares en perjuicio de 44 personas vinculadas al canal de Televisión Globovisión, entre ellas figuran periodistas, personal técnico asociados, empleados, directivos y accionistas. Corte IDH, Caso Perozo (cit.), párr. 64.

94 Corte IDH, Caso Perozo (cit.), párrs 65 a 74.

95 Por eso la Corte dijo que en el futuro “...El Estado debe conducir eficazmente y dentro de un plazo razonable las investigaciones y procesos penales abiertos a nivel interno que se encuentran en trámite, así como los que se abran en lo sucesivo, para determinar las correspondientes responsabilidades por los hechos de este caso y aplicar las consecuencias que la ley prevea...” véase Corte IDH, Caso Perozo (cit.), puntos resolutivos, párr. 426.11.

96 Los hechos ocurrieron el 28 de octubre de 1990, Jean Paul Genie Lacayo, de 16 años de edad y residente en la ciudad de Managua, se dirigía en automóvil a su domicilio en el reparto Las Colinas. Cuando conducía en la carretera se encontró con una caravana de vehículos con efectivos militares quienes, al ver que los trataba de sobrepasar, le dispararon con sus armas. Luego de ello Jean Paul Genie Lacayo fue abandonado en la carretera y murió de shock hipovolémico a consecuencia de la hemorragia. Sus familiares presentaron una serie de recursos ante instancias administrativas, policiales, judiciales y militares, todos ellos dirigidos a investigar y sancionar a los responsables de la muerte de Jean Paul Genie Lacayo. No obstante, existieron numerosos obstáculos en la investigación, y no se llegó a identificar y sancionar a los autores (Corte IDH, Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua, Sentencia de 29 de enero de 1997, Serie C No. 30).

97 Por eso señaló que “... Finalmente de acuerdo con el derecho internacional general, la Corte Interamericana no tiene el carácter de tribunal de apelación o de casación de los organismos jurisdiccionales de carácter nacional; sólo puede en este caso, señalar las violaciones procesales de los derechos consagrados en la Convención que hayan perjudicado al señor Raymond Genie Peñalba, que es el afectado en este asunto, pero carece de competencia para subsanar dichas violaciones en el ámbito interno, lo que corresponde hacer, según se ha expresado anteriormente, a la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua al resolver el recurso de casación que se encuentra pendiente...” , Corte IDH, Caso Genie Lacayo (cit.), párr. 94.

98 Corte IDH, Caso Genie Lacayo (cit.), párr. 94.

99 Contra ese fallo se interpuso un recurso de revisión que fue desestimado por la Corte Interamericana, pero ahí sostuvo en un Voto Disidente el Juez Antonio Cancado Trindade: “... Cuando la Corte establece la violación de una o más disposiciones de la Convención, surge la obligación del Estado de cumplir con el fallo de la Corte, a la cual corresponde el derecho del individuo demandante de requerir que su fallo sea cumplido” Corte IDH, Caso Genie Lacayo, 13 de septiembre de 1997, párr. 26 in fine.

100 La Conferencia Especializada se celebró en San José, Costa Rica, en noviembre de 1969, cuando todavía ni siquiera funcionaba -obviamente- la Corte IDH. Aunque en dichas sesiones se contempló -como ya pusimos de relieve- después no se reflejó expresamente en el Pacto. Véase Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, Secretaría General, Organización de los Estados Americanos, (cit.).

Derechos Humanos que ha hecho el cuerpo judicial de la región (arts. 26 y 29 de dicho instrumento y Opiniones Consultivas 3, 8 y 9 de la Corte IDH).

8. Imposibilidad de incumplir un Fallo de la Corte IDH. El caso “Radilla Pacheco”

Un ejemplo de lo que venimos marcando lo tenemos en los Estados Unidos de México cuando la Corte Interamericana, en el caso Radilla Pacheco¹⁰¹, condenó a ese país por la violación de varios derechos consignados en la CADH, ordenando reformar el artículo 57 del Código de Justicia Militar referente a la imposibilidad de juzgar a los civiles en dicho fuero¹⁰². Tal apertura ha implicado que esa Nación reformara su propia Carta Magna Nacional¹⁰³, incluyendo en su artículo 1º la problemática de los Derechos Humanos¹⁰⁴.

La Suprema Corte al analizar el pronunciamiento condenatorio, aceptó el control difuso de “constitucionalidad” y también la inspección difusa¹⁰⁵ de “convencionalidad”¹⁰⁶.

Quedó en claro que la sentencia del Tribunal regional es *obligatoria para México y, por ende, deben ser cumplidas en su totalidad*.

Como expresa Ferrer Mac-Gregor¹⁰⁷ “la Suprema Corte de Justicia al decidir sobre el cumplimiento del caso Radilla Pacheco el 14 de julio de 2011 y que el propio Presidente de dicho Tribunal calificó como un asunto ‘histórico’, realizó interpretaciones constitucionales de gran calado para el sistema jurídico mexicano, apoyándose en gran medida en los nuevos contenidos normativos del vigente artículo 1º constitucional”. Uno de los

101 Corte IDH, Caso Radilla Pacheco Vs. México, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C No. 209.

102 Corte IDH, Caso Radilla Pacheco Vs. México, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte IDH 19 de mayo de 2011, párr. 58. 2. c). Dijo allí que el país debía “adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los estándares internacionales en la materia y con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (punto resolutivo décimo y Considerandos 20 a 22)”

103 Véase el libro de los autores Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Silva García, Fernando, *El caso Castañeda Gutman ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Editorial Porrúa México – Universidad Nacional Autónoma de México, año 2009; allí se estudia en profundidad el asunto de referencia.

104 En su artículo 1º dispone: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece [...] Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia [...] Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley [...] Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes [...] Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas” (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1917, modificada el 10 de junio de 2011, publicada en el DOF el 10 de junio de 2011).

105 De ello resulta que ahora todos los jueces de México deben inspeccionar la compatibilidad de las leyes internas, con las de la CADH en los asuntos en los que están involucrados.

106 Corte IDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C No. 220.

107 Véase el trabajo de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad*, ob. cit., págs. 163, 339 - 429.

criterios principales que deriva de dicho asunto es la *obligatoriedad de las sentencias condenatorias de la Corte IDH* en los temas donde esa nación ha sido parte; por lo que no pueden ser objeto de revisión por la el supremo cuerpo judicial del país, ni siquiera cuando se trata de reservas o declaraciones interpretativas formuladas en su momento por el Estado mexicano.

9. Conclusiones

Para finalizar y en forma estenográfica queremos poner de resalto que el fallo del Supremo Tribunal Argentino fue elaborado sobre la base de una serie de argumentos muy meditados, empero, respetuosamente, creemos que ha significado para el sistema interamericano *un retroceso* pues al limitar el poder rectificatorio de la Corte IDH, queda minimizada la tutela que surge de los Tratados internacionales a los el país se ha adherido. Ello así habida cuenta que al desconocer la competencia de ese cuerpo jurisdiccional de la región, se ha vuelto de alguna manera al dualismo, y además se ha afectado el principio de *no regresividad*.

El Tribunal había reconocido hasta ahora la jurisdicción completa de la Corte con asiento en San José; empero el nuevo pronunciamiento de la mayoría sostiene que si bien los fallos de aquel cuerpo son obligatorios, estima que en determinadas circunstancias pueden carecer de ‘competencia’ para fallar.

Ello implica que se ha partido de la base que para acatar en profundidad una sentencia interamericana es preciso llevar a cabo en el orden doméstico una especie de *exequatur* para examinar si la Corte IDH ha tenido *competencia* para expedirse.

Lo que aquí está en juego, en puridad de verdad, es una errónea disputa de ‘competencia’ con el organismo regional, que es el que debe resolver la problemática por ser justamente el último intérprete del sistema de la región cuando están en juego normas internacionales (*kompetenz-kompetenz*)¹⁰⁸, tal cual ya lo hemos expresado.

El fallo interno sostiene que no puede ordenársele dejar sin efecto sus propios pronunciamientos, porque tal potestad no está contemplada en el artículo 63.1 de la CADH ni en los trabajos preparatorios de la Convención.

Adelantamos ya que del análisis de la citada normativa puede inferirse sin hesitación que ese Tribunal regional está expresamente facultado para dejar sin efecto providencias domésticas, ya que, al permitírsele disponer que “se reparen las consecuencias” obviamente se lo potencia para anular las sentencias locales que violen la Convención.

No tenemos que olvidar que los Tratados sobre Derechos Humanos tienen que ser interpretados, como sostiene la doctrina de la Corte IDH, conforme su objeto y fin y que cuando el Estado se sujeta a este tipo de convenios, debe tener en consideración que alguna manera “limita” su propia soberanía en beneficio del modelo regional.

Resulta imposible -a nuestro entender- invocar lisa y llanamente el postulado del

108 Véase Nogueira Alcalá, Humberto (*Los desafíos de la sentencia de la Corte interamericana en el caso Almonacid Arellano*, ob. cit.), donde señala que “... el juez nacional, al resolver los casos específicos de los cuales conoce en el ámbito de su competencia, puede y debe realizar la interpretación de las normas convencionales incorporadas al derecho interno en clave convencional, debiendo necesariamente tener en cuenta la jurisprudencia de la Corte Interamericana”.

“margen de apreciación nacional”, pues el mismo tiene límites que finalmente dependen de la apreciación del último intérprete de los instrumentos internacionales como lo es la Corte IDH, que no resulta obviamente un organismo extranjero.

El Tribunal argentino parte del artículo 27 de la Constitución sosteniendo que los Tratados con las potencias extranjeras deben estar en conformidad con los principios de derecho público establecidos la Carta Magna y en consecuencia considera que la jurisdicción supranacional posee una esencia “subsidiaria” que le impide recibir órdenes del cuerpo jurisdiccional interamericano. Esta fundamentación ha sido tomada casi textualmente -sin haberlos citado- de los votos del Doctor Fayt en los casos Arancibia Clavel (cdo. 15) y de Bulacio-Espósito (cdos. 11 a 4) a los que ya hemos aludido.

Pensamos que tal argumentación infringe el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados pues la base hermenéutica del fallo se apoya en el concepto que la Corte Nacional es “suprema” en el ámbito de su competencia. Y esta idea de prelación doméstica se basa en el art. 27 de la Constitución del país, dado que la Corte es “suprema” y tal categoría -dice la sentencia- resulta ser un principio del derecho público de linaje constitucional que no puede infringirse.

Con ese criterio podría dejar de existir el control de convencionalidad y todo el modelo interamericano quedaría en falsete.

Lo que debe quedar bien en claro es que la Corte IDH y todo el esquema regional tienen como fuentes el *ius cogens* (costumbre internacional) y los Tratados sobre Derechos Humanos, y que tales convenios son de distinta esencia a los que alude el artículo 27 local y que no fueron ni siquiera pensados al redactar dicha regla magna.

De la forma en que la CSJN juzgó el caso, se advierte que queda plasmada una contradicción, habida cuenta que el fallo nacional beneficia al ex presidente Menem y lo hace acreedor a una indemnización; mientras que la Corte IDH dice todo lo contrario.

Desde otro ángulo hemos pretendido poner de relieve que la Corte IDH en varios casos, entre ellos Palamara Iribarne, Tristán Donoso, Bueno Alves, Kimel y Herrero Ulloa, ha dispuesto modificaciones a las sentencias locales, decisiones que han sido toleradas por los órganos jurisdiccionales domésticos, incluyendo a la Corte argentina.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha seguido las mismas aguas que la Corte IDH en el caso resuelto en el 12 de junio de 2014 (Príncipe de Mónaco-Grimaldi)¹⁰⁹, en una temática similar a Fontevécchia sobre libertad de expresión.

¹⁰⁹ Dijimos que el tema es muy parecido a Fontevécchia ya que se trató de un decisorio de la más alta jerarquía jurisdiccional francesa que había condenado a la Revista Paris Match por haber revelado la existencia de un hijo extramatrimonial del Príncipe de Mónaco. La abogada de esa editora, Marié Chistrine de Persin, remarcó justamente la diferencia que existe entre las personas públicas y quienes no lo son con referencia a la problemática aquí abordada. En un fallo unánime la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) declaró que Francia vulneró la libertad de expresión al condenar a la editorial Hachette Filipacchi y a la directora de la revista “Paris Match”, por publicar información de la vida privada del príncipe Alberto de Mónaco. El día 5 de mayo de 2005 la referida revista publicó una entrevista a Nicole Coste, madre soltera de un hijo del príncipe Alberto de Mónaco, agregando en su portada dos fotos del niño junto a su padre y su madre, razón por la cual se condenó al pago de 50.000 euros al Príncipe por concepto de indemnización. Los afectados recurrieron al TEDH argumentando que dicha condena vulneró el derecho a la libertad de expresión, consagrado en el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Su recurso fue acogido por la Quinta Sala del TEDH, ante lo cual Francia apeló. En su sentencia, la Gran Sala del TEDH sostuvo en lo grueso que tanto la editorial, como la directora de la revista “Paris Match”, contribuyeron a cubrir un asunto de interés público, dada la naturaleza hereditaria de las funciones del Jefe de Estado de Mónaco. TEDH, Case of Couderc and Hachette Filipacchi Associés v. France, Application no.40454/07, Estrasburgo, 10 de noviembre 2015.

El pronunciamiento mayoritario argentino del 2011 -Ministerio de Relaciones Exteriores (Fontevicchia), desinterpretó -creemos- a la CADH y seguramente cuando la Corte regional se ocupe nuevamente del tema -no nos olvidemos que ya realizó dos Supervisiones- condenará al Estado.

Coincidimos ampliamente con el voto minoritario del Dr. Maqueda que sigue una postura que armoniza con sus propios y los precedentes de la CSN, en el sentido que los fallos interamericanos deben cumplirse a cabalidad sin rodeos pues de lo contrario se incurre en responsabilidad internacional del Estado y en este caso para acatar no hay otro remedio que dejar sin efecto.

En definitiva la problemática aquí planteada podría resolverse armonizando el derecho interno con el regional (diálogo) porque por ejemplo el pensamiento del Jurista Joaquín V. González -vertida hace muchas décadas- no puede invocarse hoy a rajatabla cuando a partir de la reforma de 1994 tenemos una constitución convencionalizada¹¹⁰ por ello hablamos de dialogar, armonizar. La Corte del país utilizó esta fraseología pero finalmente tomó una decisión unilateral, dándole prioridad al derecho doméstico.

Aunque la frase “dejar sin efecto” parezca -y realmente lo es- demasiado fuerte, quizá sería mejor hablar de “adaptar” las sentencias locales a los fallos interamericanos. Técnicamente no es del todo correcto hablar ni de revocación (que implica una impugnación previa) ni de nulificación o invalidamiento, ya que la Corte IHD no es un organismo *ad-quem* respecto a los tribunales locales¹¹¹, se trata de cuerpos jurisdiccionales distintos, que no tienen un relación jerárquica.

De todos modos no debemos olvidar que al dejar sin efecto, casi siempre se afectan derechos de tercero que no fueron parte en el sector interno.

110 Sagües, Néstor, *¿Puede válidamente la Corte Interamericana obligar a que una Corte Suprema Nacional deje sin efecto una sentencia suya?*, Revista El Derecho, 272, 04/04/2017, N° 14.155.

111 Hitters, Juan Carlos, *Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación*, Librería Editora Platense, 1° Edición 1998, reimpresión 2002, pág. 190.

HACIA UNA NECESARIA PROFUNDIZACIÓN DE LA COOPERACIÓN JURISDICCIONAL INTERNACIONAL Y EL RECONOCIMIENTO DE LOS FALLOS EXTRANJEROS EN EL ÁMBITO INTERAMERICANO.

EDUARDO TELLECHEA BERGMAN*

Resumen: El incremento contemporáneo de los litigios suscitados en torno a las relaciones privadas internacionales y consecuentemente de los casos de cooperación jurisdiccional internacional en sus distintos niveles o grados y de reconocimiento de sentencias extranjeras, impone la necesidad de actualizar y profundizar las soluciones hoy vigentes a nivel continental con miras a una mejor realización transnacional de la justicia.

Palabras clave: cooperación jurisdiccional internacional, cooperación de mero trámite, cooperación probatoria, cooperación cautelar, reconocimiento de sentencias extranjeras, Jurisdicción internacional, Jurisdicción internacional indirecta, Jurisdicción internacional exclusiva.

1. Consideraciones liminares

La cooperación jurisdiccional internacional, actividad procesal desplegada en un Estado al servicio de un proceso tramitado o a tramitarse en otro, tradicionalmente ha sido fundada en la reciprocidad, la conveniencia o la *comitas gentium*¹, asentándose hoy en una práctica creciente entre las naciones que responde a la preocupación que la justicia no resulte frustrada por fronteras nacionales que se erijan en obstáculos a su realización². En tal sentido Alcalá Zamora advertía hace más de medio siglo, con palabras que aún

* Catedrático de Derecho Internacional Privado. Miembro Honorario del Instituto Uruguayo de Derecho Internacional Privado y de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado. Director, años 1985 - 2011, de la Autoridad Central de Cooperación Jurídica del Uruguay. Negociador por Uruguay de convenios de cooperación jurídica internacional con Argentina, Brasil, Chile, España, Estados Unidos y Francia. Presidente de la Delegación de Uruguay a la Comisión Técnica de la Reunión de Ministros de Justicia del Mercosur, 1992 - 2011. E-mail: comitasgentiumhuber@gmail.com

1 Noción que en su origen, en el siglo XVII, Ulrich Huber le atribuyera un sentido más profundo que el de mera cortesía internacional, fundándola en el interés común y la convención tácita entre las naciones, MEIJERS Eduard Mauritz (1933) "L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir de Moyen Age spécialement dans l'Europe occidentale. En: *Recueil des Cours. La Haye:*

Académie de Droit International vol. 49, III, pp. 543 - 686.

2 TELLECHEA BERGMAN Eduardo (2007) "Dimensión judicial del caso privado internacional. Análisis de la cooperación de mero trámite, probatoria y cautelar en el ámbito interamericano y del Mercosur. En: XXXIV Curso de Derecho Internacional, Organización de Estados Americanos - Comité Jurídico Interamericano. Washington D.C., pp. 221 - 222. En conformidad, Sentís Melendo Santiago (1956) "El auxilio entre jueces de distinta jurisdicción". *La Ley* núm. 48, octubre - diciembre, p.70. Ídem, Miaja de la Muela Adolfo (1978) *Derecho Internacional Privado*, 8a. ed., Madrid: ATLAS, pp. 499 y ss.; De Araujo Nadia (2006) *Direito Internacional Privado - Teoria e Prática Brasileira*, 3a. ed. Rio de Janeiro: Renovar, pp. 266 - 267; ALVAREZ GASPAS Renata y KLEIN VIEIRA Luciane (2014) "La cooperación jurídica internacional en Brasil: especial referencia al diálogo entre el DIPr. autónomo y convencional y los derechos humanos". En: MORENO RODRÍGUEZ José Antonio y LIMA MARQUES Claudia (coords.). *Los servicios en el Derecho Internacional Privado. Jornadas de la ASADIP 2014*, Porto Alegre - Asunción: Gráfica e Editora RJR, pp. 191-217.

conservan plena vigencia: “el progreso incesante de los medios de comunicación y las cada día mayores relaciones mercantiles entre las naciones del mundo, son factores que contribuyen a fomentar y aún a exigir la cooperación entre los distintos Estados de la tierra”³. Los Principios de ASADIP sobre Acceso Transnacional a la Justicia (en adelante Principios de ASADIP), aprobados en su redacción actual en ocasión de las X Jornadas de ASADIP de Buenos Aires de noviembre de 2016, disponen coincidentemente en el Capítulo 4, “Cooperación interjurisdiccional”, art. 4.1, “La cooperación interjurisdiccional es un deber ineludible de los Estados, no solamente en la realización de actos de mero trámite como las notificaciones y citaciones, sino también en todos aquellos actos o medidas necesarias para la consecución de los fines del proceso, incluyendo la cooperación cautelar así como la identificación, conservación y producción de pruebas”⁴.

2. Las soluciones clásicas

El auxilio jurídico internacional alcanza importantes desarrollos en la región ya en la segunda mitad del siglo XIX.

El Tratado de Montevideo de Derecho Procesal Internacional de 1889⁵ en el Título III, “Del cumplimiento de los exhortos, sentencias y fallos arbitrales”, prevé soluciones pioneras para la época, tales, las resultantes del art. 5, que realiza una prolija enumeración de los requisitos que las sentencias extranjeras deben cumplir para su reconocimiento y del art. 10, que expresamente contempla los exhortos que “refieran a embargos”⁶, permitiendo de este modo el surgimiento de una jurisprudencia que en el caso de Uruguay, hizo posible un progresivo diligenciamiento de las solicitudes de cooperación cautelar rogadas por los tribunales de otros Estados Partes. El Tratado de Derecho Comercial Internacional de 1889 también legisló sobre asistencia cautelar internacional en el Título X, “De las falencias”, arts. 37 y 38.

En el marco uruguayo - argentino la cooperación jurídica se afianza en los albores del siglo veinte con la firma en Montevideo, el 7.9.1903, del Convenio Ampliatorio del

3 Palabras citadas por Cappelletti Mauro (1975) “Riconoscimento delle sentenze straniere e basi idiologiche della interpretazione giuridica”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año VIII, núm. 22 - 23, enero - agosto, p.33.

4 En igual sentido, SCOTTI Luciana B (2015) “El acceso a la justicia en el Derecho Internacional Privado argentino: nuevas perspectivas en el Código Civil y Comercial de la Nación”. En: *El acceso a la justicia en el derecho internacional privado - Jornadas de ASADIP*. Asunción, CEDEP -ASADIP.

5 El Tratado fue ratificado por Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay; Colombia adhirió. Actualmente varias de sus disposiciones han sido sustituidas entre los Estados Partes por regulaciones posteriores. Argentina, Paraguay y Uruguay aprobaron el Tratado de Montevideo de Derecho Procesal Internacional de 1940 y posteriormente pasaron a ser Partes, al igual que Colombia y Perú, de las Convenciones Interamericanas de 1975 sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y Recepción de Pruebas en el Extranjero y de 1979 sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares y Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros y el Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias. Argentina y Uruguay también son Partes del Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero. Bolivia ratificó las Convenciones sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros. La cooperación judicial internacional y el reconocimiento de los fallos extranjeros entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay hoy se presta en aplicación de los Protocolos [del Mercosur] de Las Leñas sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional Internacional, Decisión CMC 05/92 y de Ouro Preto de Medidas Cautelares, Decisión CMC 27/94.

6 Cabe recordar que en el Congreso de Montevideo de 1888 - 1889, el Miembro Informante, Dr. Gálvez, Delegado de Perú, al explicar el contenido del artículo 10 señaló expresamente: “en este artículo se estatuye que cuando los exhortos o cartas rogatorias contengan comisiones de trascendencia, como son las de *practicar embargos...*”, *Actas de los Tratados de Montevideo de 1889*, p. 337.

Tratado de Derecho Procesal Internacional de 1889, en vigor desde el 4.10.1907, por canje de instrumentos de ratificación efectuado en Buenos Aires. Acuerdo que adelanta soluciones que textos continentales y regionales recién acogerían décadas más tarde. Tales, la exclusión en el art. 1 del requisito de la legalización para acreditar la autenticidad de los exhortos transmitidos vía diplomática o consular, exigido genéricamente por el art. 3 del Tratado de 1889, y la consagración de la gratuidad en la tramitación de las rogatorias libradas de oficio, art.3. Gratuidad que de manera amplia recién sería recibida más de setenta años después por el Protocolo Adicional de Montevideo de 1979 a la Convención Interamericana de Panamá de 1975 sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, art.5⁷.

El Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940, aprobado por Argentina, Paraguay y Uruguay, respecto a su precedente de 1889, excluye a nivel multilateral la exigencia de la legalización en relación a las rogatorias transmitidas vía diplomática o consular, art.11, párrafo final; desarrolla la cooperación cautelar internacional, arts. 12 a 14, sólo contemplada de manera proteica por el anterior Tratado, constituyendo un valioso y directo antecedente de la Convención Interamericana de Montevideo de 1979 sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, legislando también sobre la materia en el Título IV, “Del concurso civil de acreedores”, arts. 18 y19; y prevé además procedimientos específicos aplicables tanto a la ejecución de las sentencias y fallos arbitrales extranjeros y a aquellos emanados de tribunales internacionales, art.7, cuanto a los casos en que se trate de hacer valer como prueba la autoridad de cosa juzgada del fallo foráneo, art. 9. El Tratado de Derecho Comercial Terrestre de 1940, vigente entre los mismos países que el de Derecho Procesal, al igual que su similar de 1889, también contempla la cooperación cautelar internacional, Título VIII, “De las quiebras”, en especial, arts. 43 y 44.

3. Regulaciones actuales a nivel continental y regional

Pluralidad de variables intervinientes entre las que destacan el desarrollo de los medios de comunicación en sus distintas modalidades y una creciente flexibilización de las fronteras nacionales consecuencia de proceso de integración y de la globalización, más allá de dificultades puntuales, han coadyuvado en las últimas décadas a una acentuada internacionalización de la vida humana, ámbito en el que destaca el crecimiento cuasi exponencial registrado por las relaciones privadas internacionales⁸. Panorama determinante de un significativo incremento de litigios suscitados en torno a dichas relaciones y consecuentemente de casos de cooperación judicial intencional y reconocimiento de

7 El art. 5 del Protocolo Adicional de Montevideo a la Convención Interamericana de 1975 sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, así como el art. 6 del Protocolo Adicional de La Paz a la Convención Interamericana de 1975 sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, supusieron un importante avance respecto a lo que preveían las referidas Convenciones que ponían las costas y demás gastos originados en el cumplimiento de las rogatorias a cargo de los interesados, respectivamente, arts. 12 y 7. El principio de gratuidad en la tramitación de los exhortos es recibido con amplitud en el ámbito del Mercosur por el Protocolo de Las Leñas de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional Internacional, Decisión CMC 05/992, art. 15.

8 En coincidencia, FELDSTEIN DE CÁRDENAS Sara L (1995) *Jurisdicción Internacional en Materia Contractual*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, pp. 25 y ss.

fallos extranjeros⁹, constituyendo dichas cuestiones una de las áreas más relevantes del actual DIPr.¹⁰

Consecuencia de dicha realidad, así como de desarrollos convencionales a nivel interamericano y regional, se constata actualmente entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, un notorio incremento de la cooperación judicial internacional regulada por las Convenciones Interamericanas vigentes en la materia y los Protocolos del Mercosur. Regulaciones entre las que corresponde resaltar, por su importancia, las Convenciones Interamericanas de Panamá de 1975 sobre Exhortos o Cartas Rogatoria y Recepción de Pruebas en el Extranjero y de Montevideo de 1979 sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares y Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, cuyas soluciones son profundizadas en distintos aspectos por los acuerdos alcanzados en el Mercosur por los Protocolos de Las Leñas de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional Internacional, Decisión CMC 05/92 y de Ouro Preto de Medidas Cautelares, Decisión CMC 27/94. Textos que procuraron atender necesidades emergentes del proceso de integración tomando en consideración lo previsto por las propias Convenciones Interamericanas¹¹, lo que permitió asegurar entre los países de la zona la prestación del espectro total del auxilio jurisdiccional internacional¹², pues a nivel interamericano Brasil es Estado Parte de las Convenciones sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, pero no de aquellas sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero y Cumplimiento de Medidas Cautelares.

En Uruguay como consecuencia de la aplicación de las citadas regulaciones interamericanas y regionales, se transmiten actualmente a través de la Autoridad Central miles de exhortos al año con los países del área. Asistencia jurisdiccional internacional a la que corresponde añadir un volumen igualmente significativo proveniente de la aplicación del Código General del Proceso, en adelante CGP, que atiende en defecto de tratado o convención el auxilio jurisdiccional y el reconocimiento de los fallos extranjeros¹³, Libro Segundo, Título X, “Normas Procesales Internacionales”, Capítulos: I. “Normas Generales”; II. “De la Cooperación Judicial Internacional”; III. “De la Cooperación Judicial Internacional en Materia Cautelar”; y IV. “Del Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Extranjeras”, arts. 524 a 543¹⁴.

9 TELLECHEA BERGMAN Eduardo (2010) *Derecho Internacional Privado*. Montevideo: La Ley - Uruguay, pp. 3 y 4; ídem, entre otros, SCOTTI Luciana B Op. cit. (nota 4), pp. 213 - 214.

10 FERNÁNDEZ ARRROYO Diego P (2012) “Propuestas para una evolución deseable del problema de la competencia judicial internacional”. En: OYARZÁBAL Mario J.A. (coord.). *Derecho procesal transnacional. Homenaje al Profesor Dr. Gualberto Lucas Sosa*. Buenos Aires: Ed. Ábaco, p.142.

11 Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, art. 14, “Los Estados Partes que pertenezcan a sistemas de integración económica podrán acordar directamente entre sí procedimientos y trámites más expeditos que los previstos en esta Convención. Estos acuerdos podrán se extendidos a terceros Estados en la forma que resolvieren las partes”; ídem, Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, art. 17.

12 Ver, TELLECHEA BERGMAN Eduardo (2007) “Dimensión judicial del caso privado internacional. Análisis en especial de la cooperación judicial internacional de mero trámite, probatoria y cautelar en el ámbito interamericano y del MERCOSUR”. En: *Curso de Derecho Internacional*. Washington D. C.: Comité Jurídico Interamericano - Secretaría General de los Estados Americanos, t. XXXIV, pp. 211- 260.

13 CGP, art. 524, “Normas aplicables”, “En defecto de tratado o convención, los tribunales de la República deberán dar cumplimiento a las normas contenidas en el presente Título”.

14 Las disposiciones del Título, “Informe” de los autores del Proyecto del Título X, “Normas Procesales Internacionales”, Profs. Drs. Operti y Tellechea, a la Comisión Redactora del Código conformada por los Profs. Drs. Gelsi Vidart, Vés-covi y Torello, buscaron asegurar un tratamiento homogéneo de la cooperación jurídica internacional y el reconocimiento

4. Desarrollos propuestos

El incremento contemporáneo a nivel interamericano de la asistencia jurisdiccional internacional en sus distintos niveles impone la actualización de las regulaciones vigentes, a través de posibles y necesarios desarrollos.

4.1. Propuestas en materia de cooperación internacional de mero trámite y probatoria

La experiencia resultante de la aplicación de las Convenciones Interamericanas sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y Recepción de Pruebas en el Extranjero, ambas con alto número de Estados Partes, permite constatar la necesidad de perfeccionar y profundizar algunas de sus soluciones¹⁵, tales:

A) Ampliación del ámbito material en el que los Estados se obligan a prestar cooperación

Ambas Convenciones, arts. 2, sólo comprometen auxilio en materia civil y comercial, previendo la posibilidad que los Estados puedan formular declaraciones ampliando su alcance a lo laboral, contencioso administrativo y penal, Convención sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, art.16; Convención sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, art.15. Opción que pocos países han ejercido, más allá que en la práctica algunos brinden asistencia jurisdiccional respecto a un elenco más extenso de temas. A nivel del Mercosur, el Protocolo de Las Leñas de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional Internacional contempla la cooperación de mero trámite y probatoria de manera más amplia, pues sin necesidad de declaración de los Estados abarca además del ámbito civil y comercial, el laboral y el administrativo [contencioso administrativo], Capítulo IV, “Cooperación en Actividades de Mero Trámite y Probatorias”, art.5.

La consolidación de la asistencia jurisdiccional internacional a nivel continental impone contemplar a texto expreso el compromiso de los Estados a brindar auxilio en el ámbito laboral y contencioso administrativo, así como prever su prestación en cuestiones de familia y minoridad, materias en las que sin perjuicio de ser atendida la cooperación internacional en aspectos puntuales por regulaciones convencionales específicas¹⁶, la complejidad y variedad de los casos vinculados a las mismas torna imprescindible asegurar su prestación de modo general.

de las sentencias extranjeras ante ausencia de regulaciones convencionales tomando en consideración y profundizando, en algunos casos, las soluciones consagradas a nivel interamericano, así, en materia de apreciación de la jurisdicción internacional como requisito para el reconocimiento del fallo extranjero, art. 539.1.4.

15 Al respecto, TELLECHEA BERGMAN Eduardo (2002) “Desarrollos necesarios en el ámbito interamericano en materia de condición procesal del litigante extranjero y asistencia judicial internacional”. En: *Liber Amicorum Jürgen Santleben. Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina*. Max Plank Institute Fur Ausländisches Und Internationales Privatrecht. Montevideo: FCU.

16 Tales, las Convenciones Interamericanas de Montevideo de 1989 sobre Obligaciones Alimentarias y sobre Restitución Internacional de Menores.

B) Propuestas referidas a la transmisión de exhortos:

a) Extensión explícita a la cooperación probatoria de las distintas vías previstas por la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias

Mientras que la Convención sobre Exhortos o Cartas Rogatorias contempla las vías diplomática o consular, autoridad central, judicial y particular, art.4, a las que añade la comunicación directa entre jueces de frontera, art.7, la Convención sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, art.11, sólo prevé los procedimientos diplomático o consular, autoridad central y judicial. Vías que entre los Estados Partes de ambas Convenciones corresponde ampliar a todas las demás enumeradas por la Convención sobre Exhortos, cuanto que la de Recepción de Pruebas en el art. 14 dispone:

Esta Convención no restringirá las disposiciones de convenciones que en materia de exhortos o cartas rogatorias sobre la recepción u obtención de pruebas hubieran sido suscriptas o se suscribieren en el futuro en forma bilateral o multilateral entre los Estados Partes, o las prácticas más favorables que dichos Estados pudieran observar en la materia.

Y, precisamente, la Convención de Exhortos en el art. 2.b, salvo reserva al respeto, comprende la recepción y obtención de pruebas y todos los Estados Partes de la Convención de Exhortos¹⁷ lo son también de la de Recepción de Pruebas.

b) Recepción de diferentes vías para la transmisión de exhortos en el ámbito del Mercosur

El Protocolo de Las Leñas sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional Internacional si bien únicamente refiere a la autoridad central, arts. 2 y 5, con finalidad de ponerla en efectivo funcionamiento en la región, pues al momento de su aprobación sólo operaba en Argentina y Uruguay, en puridad no excluye las demás vías previstas por la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias de la que son Partes los cuatro Estados que han ratificado el Protocolo, por lo que corresponde concluir en la pertinencia de las mismas. En tal sentido el art. 35 del texto de Las Leñas dispone: “El presente Protocolo no restringirá las disposiciones de las convenciones que sobre la misma materia hubieran sido suscriptas anteriormente entre los mismos Estados en tanto no lo contradigan”, y la posibilidad de empleo de pluralidad de medios para la transmisión de las solicitudes de auxilio internacional no sólo no contradice, sino que se inscribe en los objetivos enunciados por el Preámbulo del Protocolo: “promover e intensificar la cooperación” a través de “la adopción de instrumentos comunes que consoliden la seguridad jurídica”. En coincidencia, la Enmienda al Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional Internacional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre los Estados Partes del Mercosur, Decisión CMC 07/02¹⁸ y el Acuerdo [espejo] de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa

¹⁷ Excepto República Dominicana, que es Parte de la Convención sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero pero no de la de Exhortos o Cartas Rogatorias.

¹⁸ La Enmienda ha sido aprobada por Argentina, Brasil y Paraguay, no estando aún vigente.

entre los Estados Partes del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile, Decisión CMC 08/02¹⁹, expresamente admiten la multiplicidad de vías y en relación a la aplicación de disposiciones contenidas en anteriores convenciones establecen con mayor precisión que el texto que les precediera, art. 35, “El presente acuerdo no restringirá las disposiciones de las convenciones que sobre la misma materia hubieren sido suscriptas anteriormente entre los Estados Partes, en tanto sean más beneficiosas para la cooperación”. Asimismo debe tenerse presente que el Protocolo de Ouro Preto de Medidas Cautelares, Decisión CMC 27/94, art. 19, vigente entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, consagra con amplitud distintos procedimientos para la transmisión de rogatorias en un nivel de asistencia sensiblemente más complejo como es el cautelar y contempla, inclusive, la posibilidad de comunicación directa entre jueces de zonas de frontera, párrafo cuarto del art. 9, por lo que no existe razón lógica para excluir la aplicación de estos modos respecto a auxilios de menor grado. La interpretación propuesta, favorable a la prestación de la asistencia jurisdiccional internacional así como a asegurar la realización de la justicia más allá de los límites de los Estados, es coincidente con la posición a la que arribaran las doctrinas de Argentina y Uruguay²⁰ en ocasión del XXV Congreso Argentino de Derecho Internacional, Sección de Derecho Internacional Privado, La Plata 26 y 27 de septiembre de 2013, que abordara el tema a partir de valioso relato de la Prof. Dra. María Blanca Noodt Taquela, referido a la “Aplicación de la norma más favorable a la cooperación judicial internacional”, concluyendo por unanimidad: “1.2. En caso de pluralidad de fuentes en principio aplicables y sin perjuicio de las normas de compatibilidad del derecho de los tratados en lo que fueren pertinentes, se deberá aplicar la norma más favorable a la cooperación judicial internacional” y “1.3. En particular la cooperación puede prestarse con el recurso a normas de distintas fuentes con arreglo a los métodos del Derecho Internacional Privado y a principios generales aceptados en la materia”. Conceptos acogidos por los Principios de ASADIP, que en el Capítulo 1, “Disposiciones y principios generales”, art.1.2, consagran el aforismo *in dubio pro cooperationis*, agregando que “los operadores jurídicos deben orientarse al favorecimiento de la cooperación jurídica internacional”.

El interés de facilitar la cooperación jurídica internacional torna conveniente legislar de manera explícita la pertinencia de la multiplicidad de vías para la transmisión de las rogatorias, evitando de este modo tener que recurrir a interpretaciones más o menos complejas para permitir al justiciable optar por uno u otro medio.

c) Propuestas atinentes a vías específicas de transmisión de los exhortos:

c.1) Propuestas referidas a la vía autoridad central

Las autoridades centrales en tanto organismos especializados en DIPr. y cooperación jurisdiccional internacional, transmiten actualmente la mayoría de los exhortos entre los países de la región, superando de este modo el encadenamiento burocrático, cuasi kaf-

19 El Acuerdo se encuentra vigente entre Argentina, Brasil, Paraguay, Chile y Ecuador, que adhirió el 30.6.2002.

20 En el Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y en las Jornadas Rioplatenses de Derecho Internacional Privado celebradas en la Plata el 25.9.2013, que lo precedieran, participaron por Uruguay además del autor, los colegas Profs. Drs. Didier Opertti y Cecilia Fresnedo de Aguirre.

kiano, resultante de la vía diplomática o consular. Vía que con frecuencia ha supuesto un serio obstáculo a la realización de la justicia, pues su complejo funcionamiento insume usualmente varios meses.

Las autoridades centrales, previstas por las Convenciones de La Haya de 1965 sobre La Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales o Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial y de 1970 sobre La Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial, son recibidas a nivel interamericano a partir de las Convenciones de 1975 de Panamá sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, art. 4 y Recepción de Pruebas en el Extranjero, art. 11 y más tarde, por las Convenciones de 1979 de Montevideo Cumplimiento de Medidas Cautelares, art. 13 y de 1989 sobre Restitución Internacional de Menores, art.7. El Protocolo de Las Leñas de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional Internacional las organiza en el Capítulo II, "Autoridades Centrales", art. 2.

El actual funcionamiento de las autoridades centrales en los países de la región no debe suponer, empero, un obstáculo para que su actuación sea optimizada, ni a la posibilidad de utilizar otros medios igualmente idóneos para la transmisión de los pedidos de asistencia jurídica internacional.

Entre las propuestas tendientes a dinamizar y profundizar las autoridades centrales cabe mencionar:

c.1.1) Empleo de medios electrónicos

La puesta en funcionamiento de las autoridades centrales ha permitido acelerar significativamente el auxilio judicial internacional, pero la transmisión de las rogatorias al ser realizada a través del medio postal, generalmente correo certificado, requiere en los hechos un lapso de varios días para el envío del exhorto desde la autoridad central rogante a la rogada. La celeridad en la realización de la justicia impone analizar la posibilidad del uso de medios electrónicos tanto para la transmisión de los exhortos, cuanto para otras comunicaciones entre las autoridades centrales referidas al cumplimiento de los mismos. Posibilidad que cuando estos organismos fueran creados en los años sesenta y setenta del siglo veinte por las Convenciones de La Haya e Interamericanas no era previsible, pero que hoy constituye una realidad que permite a través de actuales tecnologías una comunicación instantánea y segura, capaz de acreditar la autenticidad del pedido. Al respecto cabe recordar que en el Mercosur el Protocolo de San Luis de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales, Decisión CMC 02/96, art. 6.2, solución ya aplicada entre Brasil y Uruguay, contempla que las solicitudes de cooperación puedan ser transmitidas "por télex, facsímil, correo electrónico o similares", debiendo ser confirmadas por documento original firmado por la autoridad requirente dentro de los diez días siguientes a su expedición. Los Principios de ASADIP, Capítulo 4, "Cooperación interjurisdiccional", art. 4.7, disponen al respecto:

En los actos de cooperación jurídica internacional, los jueces y demás operarios de justicia procurarán y favorecerán el uso de nuevas tecnologías de información y comunicación a su disposición, tales como comunicaciones telefónicas y videoconfe-

rencias, mensajes electrónicos y cualquier otro medio disponible, siempre que se garantice la seguridad de las comunicaciones.

El Protocolo Iberoamericano de Cooperación Jurídica Internacional²¹, aprobado por la XVII Cumbre Judicial Iberoamericana²² de Santiago de Chile de 2014, también contempla favorablemente el uso de los medios electrónicos al enunciar los “Principios Básicos en Materia de Cooperación Judicial Internacional”, numeral 6.

c.1.2) Puesta en funcionamiento de procedimientos que permitan fluida comunicación de las autoridades centrales con los tribunales y que eviten injerencias de la administración en la tramitación de las rogatorias

En aquellos ordenamientos en los que no esté prevista la comunicación directa entre las autoridades centrales y los tribunales del Estado al que pertenezcan en todo lo relativo a la recepción, transmisión de los pedidos de auxilio internacional y diligenciamiento de los mismos, ha de resultar conveniente posibilitar dicha comunicación eliminando la intermediación de otros organismos, lo que habrá de permitir un significativo acortamiento del tiempo que insume la tramitación de la asistencia.

En lo referido a evitar posibles interferencias de la administración en la prestación del acto cooperativo, resulta de interés lo dispuesto en el sistema judicial uruguayo por la Acordada 7134/92 de la Suprema Corte de Justicia, que a efectos de la determinación del turno de las sedes intervinientes en los trámites de los exhortos recibidos del extranjero toma en consideración la fecha de libramiento de éstos, evitando así toda manipulación al respecto y con tal finalidad la Suprema Corte aprueba anualmente una Planilla de Turnos referida al diligenciamiento de las rogatorias extranjeras. Con propósitos similares en cuanto a evitar injerencias en la tramitación de los exhortos, la Sección de Derecho Internacional Privado de la Asociación Argentina de Derecho Internacional recomendó en el XXV Congreso Argentino de Derecho Internacional, Conclusión 2.3: “Asegurar en el mayor grado posible la independencia técnica de la autoridad central”.

c.1.3) Tecnificación

La compleja actividad a cargo de las autoridades centrales hace necesario capacitar a sus funcionarios en los distintos niveles y modalidades de la asistencia jurisdiccional internacional. A tales efectos habrá de resultar conveniente al prever su funcionamiento en futuros textos atender la realización de encuentros periódicos entre autoridades centrales del continente con tal finalidad, así como para intentar homogeneizar sus actuaciones a través de la elaboración de guías de buenas prácticas.

c.1.4) Evaluar en los Estados en que fuera necesario por razones de extensión, la posible descentralización territorial de las autoridades centrales

Se persigue a través de esta iniciativa dotar al funcionamiento de las autoridades centrales de mayor agilidad y vinculación con el medio en el que actúan y con las necesi-

21 El Protocolo fue declarado con valor de Acordada por la Suprema Corte de Justicia de Uruguay, Acordada 7815 de 20.8.2014.

22 La Cumbre Judicial Iberoamericana está constituida por los Presidentes de las Cortes y Tribunales Supremos de Justicia de los Estados de la Comunidad Iberoamericana de Naciones y los máximos responsables de los Consejos de la Judicatura.

dades de los justiciables y los operadores de la justicia. En coincidencia, Conclusión 2.2, emanada de la Sección de Derecho Internacional Privado de la Asociación Argentina de Derecho Internacional en el antes mencionado XXV Congreso.

c.2) Propuestas referidas a otras vías de transmisión de exhortos:

Por las opciones que ofrecen a la prestación de una eficiente asistencia jurídica, resulta de interés analizar posibles desarrollos atinentes a la vía particular y a la comunicación directa entre jueces fronterizos.

c.2.1) Vía particular

En esta modalidad el interesado retira la rogatoria de la sede exhortante y la remite a un corresponsal en el Estado rogado que de conformidad con la normativa de éste se encargará de hacerla llegar al tribunal competente para su diligenciamiento, por lo que se trata de un procedimiento que permite una transmisión rápida y reservada de las solicitudes de auxilio judicial.

El funcionamiento de esta vía se ve afectado en la práctica en razón que la misma, por su propia naturaleza, exige acreditar la autenticidad del exhorto foráneo. Acreditación que entre Estados no Partes de la Convención de La Haya de 5.10.1961 sobre Supresión de la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros²³ requiere de la legalización, con todas las demoras que ello supone.²⁴ Por lo que ha de resultar conveniente para un más eficaz funcionamiento de la modalidad, impulsar que los países americanos que aún no lo hubieren hecho, aprueben la Convención y que una futura revisión del marco regulatorio interamericano contemple que entre Estados Partes de convenios que como el de La Haya prevean procedimientos más expeditos de acreditación de la autenticidad de los documentos extranjeros, se estará a los mismos.

c.2.2) Comunicación directa entre jueces fronterizos

Distintos convenios prevén esta vía en relación a la cual es excluido el requisito de la legalización. Tales, las Convenciones Interamericanas sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, art.7 y sobre Tráfico Internacional de Menores, art.15 y Protocolo de Ouro Preto de Medidas Cautelares, art. 19, párrafo cuarto. Esta modalidad de comunicación jurisdiccional se adecua a la realidad de las zonas de frontera, en las que el entorno sociológico favorece el surgimiento de relaciones privadas internacionales de todo tipo y de litigios suscitados en torno a las mismas y consecuentemente hace necesario atender un significativo volumen de cooperación internacional entre jueces muy próximos entre sí.

23 Uruguay aprobó la Convención por Ley 18.836 de 15.11.2011 y efectuó el depósito del instrumento de adhesión el 9.2.2012, habiendo entrado en vigor para el país, de acuerdo al procedimiento previsto en el art.12, el 14.10.2012.

24 La legalización es requerida en relación a la vía particular, entre otras, por la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, arts. 5. a y 6, examinados en su conjunto; ídem, Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, arts. 10.1 y 13; Protocolo de Ouro Preto de Medidas Cautelares, art. 19, párrafo tercero; Enmienda (no vigente), al Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional entre los Estados del Mercosur, Decisión CMC 07/02, art. 10, párrafo tercero. En la normativa de fuente nacional uruguaya, el CGP, Libro Segundo, Título X, "Normas Procesales Internacionales", Capítulo II, "De la Cooperación Judicial Internacional", art. 527, "Exhortos o cartas rogatorias", numerales 1 y 2, consagra igual solución; en el mismo sentido, Decreto - Ley 15441 de 1.8.1983, "Se establecen normas para legalizar documentos extranjeros", arts. 1 y 5.

En la frontera argentino - uruguaya sobre el Río Uruguay ha comenzado a tener exitosa aplicación este tipo de comunicación judicial, inclusive en materia cautelar. Situación que no ocurre, lamentablemente, en la frontera con Brasil, país que en base a una interpretación de su jurisprudencia de la exigencia de su Constitución referida a que las rogatorias deben estar sujetas a un contralor centralizado, exequatur, ante el Superior Tribunal de Justicia²⁵, rechaza la posibilidad de remisión directa de exhortos entre jueces de zonas de frontera, aun cuando el tema, en puridad, refiere a la transmisión de las rogatorias y no a su control. Esta posición genera serias demoras que con frecuencia frustran la asistencia jurisdiccional y la propia realización de la justicia, cuanto que, *vr. gr.*, un exhorto librado por un juez uruguayo de la ciudad fronteriza de Rivera a su homólogo de la contigua ciudad de Livramento, tiene que ser remitido a Montevideo para que la autoridad central de Uruguay lo envíe a la autoridad central en Brasilia para que ésta a su vez lo haga llegar al Superior Tribunal de Justicia, que efectuado el control ha de remitirlo al Juzgado de Livramento para su diligenciamiento, que luego lo devolverá a través del mismo camino.

Un correcto funcionamiento de esta vía, hasta ahora subutilizada, ha de permitir una eficaz asistencia jurisdiccional en las fronteras. Propuesta que resulta coincidente con las “Recomendaciones a los Estados Americanos para la integración fronteriza o vecinal”, adoptada por el Comité Jurídico Interamericano el 13.3.2014, en su 84 período ordinario de sesiones, CJI/RES.206 (L XXXIV-0/14). Al respecto cabe señalar que por Acordada no. 7885 de 21 de diciembre de 2016, la Suprema Corte de Justicia de Uruguay, resolvió designar “Juzgados de Frontera” a los efectos de la tramitación de las solicitudes de cooperación judicial internacional, a los Juzgados limítrofes con la República Argentina de los Departamentos de Artigas, Salto Paysandú, Río Negro, Soriano y Colonia, entrando a regir la presente Acordada para las comunicaciones cursadas a partir del primero de abril de 2017.

4.2. Propuestas en materia de cooperación cautelar internacional

Las medidas cautelares, providencias cuya finalidad es prevenir el daño resultante del retardo de una decisión jurisdiccional definitiva asegurando la eficacia de la misma, abarcan todas aquellas providencias dispuestas por los tribunales con el objeto de impedir actos de disposición o administración capaces de hacer ilusorio el resultado de un juicio²⁶.

En el ámbito del auxilio jurisdiccional internacional la cooperación cautelar constituye un nivel de asistencia de singular complejidad y creciente planteo, destinado a evitar que la sentencia extranjera al igual que “los guardias de la ópera bufa”, al decir de Calamandrei²⁷, llegue demasiado tarde, cuando ya no existan posibilidades de hacerla efectiva^{28,29}.

25 Enmienda Constitucional 45 de 2004. Con anterioridad el contralor también era realizado de manera centralizada por el Supremo Tribunal Federal.

26 En conformidad, Fairén Guillén Víctor (1969) *Teoría del Ordenamiento Procesal*. Madrid: Tecnos, t. 2, p. 899.

27 Calamandrei Piero (1936) *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelare*. Padova: CEDAM, p.144.

28 En similar sentido, COUTURE Eduardo (1939) “Los Embargos y el Tratado de Montevideo”, nota de jurisprudencia, *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, t. XXXVII, p. 247, reflexionaba: “¿en qué sentido influye sobre este fenómeno [las medidas cautelares] la circunstancia de que los bienes que son objeto de garantías se hallen en el extranjero? Ni lógica ni moralmente puede influir en ninguno. Más aún, se puede decir que una vez que el Derecho Internacional ha llegado al punto de fijar criterios de competencia entre los Estados, la extensión de la potestad coercitiva hacia bienes radicados en otro territorio resulta absolutamente indispensable”.

29 En materia de cooperación cautelar internacional con especial referencia al ámbito regional y al DIPr. uruguayo, ver,

Una medida cautelar adquiere cualidad internacional cuando adoptada por los tribunales del Estado con jurisdicción para conocer en el litigio cuyo resultado la cautela asegura, está destinada a cumplirse en otro. Ello sin perjuicio de medidas cautelares de urgencia, destinadas a asegurar el resultado de un juicio incoado o a incoarse en otro país, ordenadas por los magistrados del Estado de situación de los bienes o la persona a asegurar³⁰, pues, como señalara Operti en ocasión de analizar el tema en la CIDIP II, “cuando hay un bien jurídico a proteger en el territorio de determinado juez, éste podrá adoptar esa medida en base al principio de la jurisdicción más próxima, sin mengua del principio de la competencia internacional, devolviendo el resultado obtenido al juez natural internacional”³¹. El tribunal que conoce del cumplimiento de una sentencia extranjera también puede ordenar por sí medidas de seguridad, las que en definitiva poseen naturaleza cautelar internacional, cuanto su finalidad está dirigida a asegurar la eficacia de un fallo dictado fuera de frontera. Así lo dispuesto por la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, art.7; el Protocolo del Mercosur de Medidas Cautelares, art.11, “Cooperación Cautelar en la Ejecución de Sentencia”; y a nivel de normas uruguayas de fuente nacional, el CGP, art. 533, “Medidas previas a la ejecución”. Disposiciones que reconocen como precedente lo dispuesto por el art. 8 del Tratado de Montevideo de Derecho Procesal Internacional de 1940.

A nivel interamericano y del Mercosur la asistencia cautelar internacional es atendida por la Convención Interamericana de Montevideo sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares y el Protocolo de Ouro Preto de Medidas Cautelares que tiene como antecedente aquella y respondió a la necesidad de incluir en este nivel de cooperación a Brasil en tanto Estado no Parte del texto continental. Ambas regulaciones tratan acerca de la aplicación de las leyes y la competencia de los tribunales del Estado requirente y requerido, la oposición de tercerías de mejor derecho y de dominio o de otros derechos reales, y legislan de manera detallada tipos especiales de cooperación cautelar, entre ellos, los referidos a la cooperación cautelar en instancia de cumplimiento de sentencias extranjeras, Convención, art.7, Protocolo art. 11, y a la custodia de menores, Convención, art.9, Protocolo art. 12; y además la Convención Interamericana consagra la denominada cooperación cautelar de urgencia por la jurisdicción más próxima, art.10. Tipo de asistencia ésta no contemplada por el texto del Mercosur, en razón de dificultades invocadas por Brasil para aceptar esta modalidad en momentos en que recién abría sus tribunales al auxilio cautelar³².

OPERTTI BADAN Didier (1976) *Exhortos y Embargos de Bienes Extranjeros. Medios de Cooperación Judicial Internacional*, Montevideo: Ediciones Jurídicas Amalio Fernández; TELECHEA BERGMAN Eduardo (2010) *Derecho Internacional Privado*. Montevideo: La Ley - Uruguay, pp. 47-68; VESCOVI Eduardo (2000) *Derecho Procesal Internacional. Uruguay, el Mercosur y América*. Montevideo: Ediciones IDEA, pp. 131-149; FRESNEDO de AGUIRRE Cecilia (2004) “Cooperación jurisdiccional internacional cautelar. Dificultades que presenta en la práctica. Una mirada desde Uruguay”. En: *Taller Participativo. Dificultades metodológicas del discurso del Derecho Internacional Privado. Cómo superarlas y hacerlo más accesible*. Buenos Aires: Universidad de Belgrano - The University of Ediburgh - Universidad de Buenos Aires - British Academy, junio.

30 Convención Interamericana de Montevideo de 1979 sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, art. 10.

31 Operti Badán Didier (1980) Exposición en Tercera Sesión. Comisión I - CIDIP II. *Actas y Documentos Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado*. (CIDIP II), vol. II, Washington D.C.: Secretaría General, Organización de Estados Americanos, pp. 52-53.

32 Entre Argentina, Paraguay y Uruguay, Partes de la Convención sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, el auxilio cautelar de urgencia se presta en base a lo dispuesto por la misma. Solución confirmada por el propio texto del Protocolo, art. 26 [de iniciativa de las Delegaciones de Uruguay y Argentina], que dispone: “Este Protocolo no restringirá

No obstante la trascendencia de la cooperación cautelar para la configuración de un sistema integral de asistencia jurídica internacional en tanto el efectivo funcionamiento de este nivel incide directamente en la eficacia del reconocimiento de la sentencia extranjera, la Convención Interamericana ha sido ratificada por un reducido elenco de Estados: Argentina, Colombia, Ecuador, Guatemala, Perú, Paraguay y Uruguay. Realidad que a treinta y cinco años de aprobada la Convención impone abordar su reexamen.

En relación a una necesaria actualización de la cooperación cautelar internacional a nivel interamericano será de interés procurar:

A) Regulación adecuada de la cooperación cautelar preparatoria

Este tipo de asistencia es prevista sólo de manera escueta por el art. 1 del texto interamericano cuando dispone: “Para efectos de esta Convención las expresiones “medidas cautelares...” se utilizan para indicar todo procedimiento o medio que tienda a garantizar los resultados o efectos de un proceso actual *o futuro*...”. Por el contrario, el Protocolo de Ouro Preto si bien inicialmente también refiere de modo somero a las “medidas cautelares preparatorias”, art. 3, atiende luego de manera detallada las mismas en los arts.13, que contempla que la interposición de la demanda en el proceso principal fuera de los plazos previstos para hacerlo en la legislación del Estado requirente “producirá la plena ineficacia de la medida cautelar preparatoria concedida” y 14, que exige que el tribunal exhortante al transmitir la rogatoria comunique al requerido el plazo contado a partir del cumplimiento de la cautela en el que la demanda deberá ser presentada en el proceso principal y a la mayor brevedad, la fecha de presentación de la misma o el transcurso del plazo establecido por la legislación del exhortante sin que tal interposición hubiere ocurrido. Asimismo y a fin que comience a computarse el término referido, el art.15 dispone que la sede rogada comunique de inmediato a la rogante la fecha en la que dio cumplimiento a la medida solicitada y en su defecto, las razones por las cuales ésta no fue cumplida. Obligación de explicar el incumplimiento de la cooperación ya recibida a nivel interamericano en materia de asistencia probatoria por el Protocolo de 1984 a la Convención sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, art. 3, párrafo segundo, y que por su utilidad a la efectiva prestación del auxilio, juzgamos de interés extender en el ámbito continental respecto a la asistencia cautelar.

B) Posibilidad que los tribunales arbitrales puedan requerir por sí cooperación cautelar

Se trata de una competencia sobre la que entendemos pertinente reflexionar en el contexto interamericano, cuanto que se encuentra consagrada a nivel regional por los Acuerdos sobre Arbitraje Comercial Internacional entre los Estados Parte del Mercosur y entre los Estados Parte del Mercosur con la República de Bolivia y la República de Chile, respectivamente Decisiones CMC 03/98 y 04/98, art. 19, párrafo cuarto de ambos textos³³, que contemplan inclusive que los Estados puedan autorizar a tribunales arbi-

la aplicación de disposiciones más favorables para la cooperación contenidas en otras convenciones sobre medidas cautelares en vigor con carácter bilateral o multilateral entre los Estados Parte”.

33 El Acuerdo del Mercosur ha sido aprobado por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, Ley 17.834 de 23.9.2004; el Acuerdo Mercosur y Estados Asociados, aún no vigente, ha sido aprobado por Uruguay por Ley 17.751 de 26.3.2004.

trales a remitir directamente solicitudes de asistencia cautelar vía autoridad central a las autoridades jurisdiccionales de las otras Partes.

C) Supresión de la opción que la Convención Interamericana confiere a los Estados de limitar el alcance de la asistencia

Posibilidad restrictiva del alcance convencional prevista por el art. 1, parte final, inconveniente a los fines de asegurar una homogénea y eficiente asistencia internacional, no admitida por el Protocolo de Medidas Cautelares que consagra una cooperación no sujeta a tales límites.

D) Comunicación directa entre jueces de frontera

Se considera de interés atento a la índole y necesidades de las zonas de frontera incluir la comunicación directa en la materia entre jueces fronterizos, opción no contemplada entre las vías enumeradas por el art. 13 de la Convención y que el Protocolo de Ouro Preto, art. 19, párrafo cuarto, consagró expresamente. A nivel interamericano la comunicación jurisdiccional fronteriza directa sin necesidad de legalización es acogida en relación a la asistencia de mero trámite y probatoria por la Convención sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y de manera amplia, por la Convención de México de 1994 sobre Tráfico Internacional de Menores, art. 15.

E) Supresión de la legalización como requisito de alcance general

La Convención sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, art. 14.a, trata la condición de manera genérica, no excluyendo expresamente de la misma la transmisión de exhortos vías diplomática, consular y autoridad central, modos que por su calidad de oficiales, doctrina y derecho positivo coinciden en no requerir la exigencia. Tal lo dispuesto por el Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940 respecto a la transmisión de exhortos a través de agentes diplomáticos o consulares, art. 11, parte final, y de modo más amplio, incluyendo la vía autoridad central y la comunicación directa entre jueces de frontera, por la Convención Interamericana de 1975 sobre Exhortos o Cartas Rogatorias arts. 6 y 7³⁴. La disposición convencional en su redacción actual lleva a que en la práctica algunos países exijan la legalización para acreditar la autenticidad de las solicitudes de auxilio cautelar, cualquiera que fuere la vía empleada, cuando sólo correspondería requerir la condición en los casos de transmisión vía particular y ello, siempre que entre el Estado de origen de la solicitud y el rogado no exista una regulación convencional que como la Convención de la Haya de 5.10.1961 sobre Supresión de la Legalización consagre un procedimiento más expedito a los efectos.

4.3. Propuestas en materia de reconocimiento de fallos extranjeros

La coexistencia de pluralidad de ordenamientos jurídicos, presupuesto del Derecho Internacional Privado, impone solidaridad entre los Estados y universalidad en la justicia y, por consiguiente, corresponde reconocer, dadas ciertas condiciones, las resolu-

34 La Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, art. 13, también excluye la legalización cuando los exhortos sean transmitidos vía consular o diplomática o por conducto de las autoridades centrales.

ciones jurisdiccionales dictadas en el extranjero con miras a hacer efectiva la seguridad jurídica y el *comercium* internacional, evitando que las personas puedan quedar sujetas a decisiones jurisdiccionales contradictorias sobre un mismo asunto dictadas en distintos países. Como precisara Opertti,

...un sentimiento elemental de justicia, señala que las decisiones dictadas por los jueces de un Estado no deben quedar reducidas a su ámbito territorial cuando en él no obtienen el acatamiento voluntario de la partes involucradas y requieren de alguna forma de reconocimiento en los demás Estados...³⁵

Y ello es así ante la necesidad imperiosa de dar continuidad a las situaciones jurídicas más allá de las fronteras³⁶.

El reconocimiento y la ejecución de los fallos extranjeros requiere a nivel interamericano desarrollos que faciliten una más adecuada circulación internacional, tales:

A) Desarrollos en la apreciación del requisito de la jurisdicción internacional del tribunal de origen

La jurisdicción³⁷ plantea en su dimensión internacional dos interrogantes básicas: ¿ante los jueces de qué Estado ha de corresponder incoar una demanda vinculada a un caso privado internacional? y ¿los jueces de qué Estado son los que deben haber dictado un fallo para que éste se encuentre en condiciones que su eficacia sea reconocida en otro? La primera de las cuestiones refiere a la “jurisdicción internacional directa” y a la “jurisdicción internacional indirecta” la segunda³⁸. Conceptos vinculados en definitiva a la apreciación de la jurisdicción en dos momentos procesales distintos, al momento de plantearse la demanda o después de dictado el fallo^{39 40}.

35 Opertti Badán Didier (1976) “Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Judiciales Extranjeras”. OEA - CIDIP II/3, p. 2.

36 En conformidad, FERNÁNDEZ ROSAS José Carlos - Sánchez Lorenzo Sixto (1993) *Curso de Derecho Internacional Privado*, 2da. ed. Madrid: Ed. Civitas, p. 103.

37 “Actividad pública realizada por órganos competentes nacionales o internacionales, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se aplica el orden jurídico establecido para dirimir conflictos y controversias mediante decisiones eventualmente factibles de ejecución”, Couture Eduardo (1960) *Vocabulario Jurídico*. Montevideo: Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, p. 381. Barrios de Ángelis Dante (1967) “Teoría General del Proceso - Enseñanza de la misma”. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República*, vol. XVIII, p.120, la define como “el poder - deber atribuido a órganos estructuralmente imparciales para excluir la insatisfacción jurídica”.

38 Bartin Étienne Adolphe (1907) *Étude sur les effets internationaux des jugements*. Paris: Librairie générale de droit et jurisprudence. Gutteridge Harold Cooke (1933) “Les conflits des lois de compétence judiciaire dans les actions personnelles”. En: *Recueil des Cours. La Haye: Académie de Droit International*, vol. 44, I, pp. 111-198.

39 Opertti Badán Didier (2012) “Algunas Reflexiones Sobre Jurisdicción Internacional y Jurisdicción Exclusiva”. En: OYARZÁBAL, Mario, J.A. (coord.), *Derecho Procesal Internacional. Homenaje al Profesor Dr. Gualberto Lucas Sosa*. Buenos Aires, Ed. Ábaco, p. 178.

40 Goldschmidt Werner (1980) “Jurisdicción Internacional Directa e Indirecta”. *Respuesta al Cuestionario Provisional Acerca de la Jurisdicción Internacional enviado por la Consultoría Jurídica de la Organización de Estados Americanos a los Participantes en la Reunión de Expertos, 9 a 15 de abril*. Washington D. C.: OEA/Ser. K/XXI.3- CIDIP-III/5, 15.3.1983, p. 36, precisa que los conceptos de jurisdicción internacional directa e indirecta responden a distinta teleología, el primero está vinculado a la idea de evitar la denegación de justicia, “ningún litigio debe quedar sin juez competente”, en tanto el segundo refiere al reconocimiento de las sentencias extranjeras firmes.

El análisis de derecho comparado muestra que se acude a distintos criterios con finalidad de constatar la jurisdicción internacional indirecta. Hay regulaciones que remiten a lo que disponga en la materia ya la legislación del Estado donde se invoca el fallo, calificación *lex fori*, ya del país de origen del mismo, calificación *lex causae*, y otras, que prevén soluciones específicas sobre jurisdicción internacional referidas al reconocimiento de los fallos extranjeros.

La calificación *lex fori* en tanto determinación de la jurisdicción internacional del tribunal que dictó el fallo de acuerdo al Derecho del país receptor del mismo, supone una solución fuertemente restrictiva a la circulación internacional de las sentencias⁴¹ y consecuentemente a la adecuada protección del justiciable. Éste habiendo obtenido una decisión favorable en un juicio tramitado con las garantías del debido proceso, puede luego ver frustrados sus derechos cuando en el Estado donde se pretenda el reconocimiento no sea reconocida en razón de haber sido dictada por tribunal que de acuerdo a las normas de dicho país careciere de jurisdicción para conocer en una causa que al momento de plantearse quizás le era absolutamente ajena.

La Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, art.2, literal d, sujeta el requisito de la jurisdicción internacional, no obstante los inconvenientes que presenta la calificación *lex fori*, a lo que disponga la ley del Estado en el que el fallo deba surtir efectos. Solución que se aparta tanto de su antecedente directo, el Proyecto del Comité Jurídico Interamericano de Convención sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de 21.1.1977, que en el art. 1, al enumerar las condiciones requeridas para el reconocimiento consagra en el literal d la calificación *lex causae*, sin otro límite que la jurisdicción exclusiva del foro requerido⁴², cuanto de los Proyectos presentados por las Delegaciones de Uruguay y México a la Comisión I de la CIDIP II, que tuviera a cargo el tratamiento del tema⁴³. El Proyecto uruguayo, de fecha 26.4.1979⁴⁴, en el Capítulo Quinto, “De los requisitos para el reconocimiento y ejecución de la sentencia extranjera”, exigía dentro de aquellos de naturaleza procesal, art. 9.1, “provenir de juez o tribunal internacional competente”, agregando en el párrafo segundo de dicho numeral: “En caso de existir normas internacionales entre los Estados Partes en materia de competencia se estará a las mismas” y preveía ya en calidad de art. 21 de la Convención, ya de Protocolo a la misma, regulaciones específicas para la apreciación de la jurisdicción internacional indirecta. El Proyecto mexicano de fecha 27.4.1979, art. 12, contempló también un tratamiento específico para la jurisdicción internacional.

En razón de lo expuesto nos pronunciamos por superar fórmulas conducentes a considerar que los únicos criterios jurisdiccionales válidos son los consagrados por la ley del

41 En conformidad, ALFONSÍN Quintín (1954) “La ejecución extraterritorial de las sentencias en materia civil y comercial”. *Revista de Derecho Público y Privado*, abril, pp. 266 ss.; OPERTTI Didier (1984) “La Tercera Conferencia Especializada en Derecho Internacional Privado - CIDIP III”. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 2, p. 164.

42 *Actas y Documentos de la Segunda Conferencia Especializada sobre Derecho Internacional Privado (1980) CIDIP II*, v. II. Washington D.C.: Secretaría General, Organización de Estados Americanos, p.271.

43 En relación al Proyecto presentado por Uruguay, ver documento citado en nota 42 pp. 275 - 286; y respecto al presentado por México, ver mismo documento, pp. 287 - 295.

44 El Proyecto sigue los lineamientos del Anteproyecto preparado por Opertti Didier (1976) “Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Judiciales Extranjeras”. *Doc. CDIP II 3/3*, OEA.

foro y analizar soluciones más favorables a la circulación internacional de los fallos, en línea con desarrollos ya existentes a nivel interamericano y regional. Tales, aquellos consagrados por las Convenciones Interamericanas de La Paz de 1984 sobre Competencia en la Esfera Internacional para Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras, únicamente ratificada por México y Uruguay que, no obstante su limitado ámbito espacial, supuso un valioso intento a nivel continental en el que la jurisdicción internacional indirecta es regulada en base a criterios concretos acordados por los Estados; y de Montevideo de 1989 sobre Obligaciones Alimentarias⁴⁵, art. 11.a, que condiciona la jurisdicción internacional a que “el juez o autoridad que dictó la sentencia haya tenido competencia en la esfera internacional de conformidad con los artículos 8 y 9 de esta Convención”. Solución lógica, pues si los Estados a través de un texto convencional indican a los magistrados y a las partes cuáles han de ser los jueces competentes para conocer de un caso internacional, corresponde concluir que la sentencia dictada en aplicación de tales disposiciones proviene de jurisdicción intencional competente. En el Mercosur, los Protocolos de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual, Decisión CMC 1/94, art. 14, “La jurisdicción como requisito para el reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales” y el no vigente de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo, Decisión CMC 10/96, art. 12, “Jurisdicción intencional indirecta”, adoptan igual criterio.

En el derecho uruguayo de fuente nacional, el CGP, Libro Segundo, Título X, “Normas Procesales Internacionales”, Capítulo IV, “Del Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Extranjeras, art. 539, “Eficacia de las sentencias”, acoge la calificación *lex causae*, disponiendo en el numeral 1.4, “que el tribunal sentenciante tenga jurisdicción en la esfera internacional para conocer del asunto, de acuerdo con su derecho, excepto que la materia fuere de jurisdicción exclusiva de los tribunales patrios”. Jurisdicción que alude a la potestad de los tribunales de un Estado de conocer en relación a un caso o grupo de casos de modo excluyente, de forma tal que si los jueces de otros países conocieran de ellos la consecuencia ha de ser la denegación del reconocimiento de las sentencias dictadas⁴⁶. Frente a interpretaciones que maximizan el alcance de la jurisdicción internacional exclusiva y en definitiva comprometen el derecho del justiciable a acceder a la justicia, entendemos que corresponde una conceptualización cuidadosa que evite una expansión del criterio capaz de transformarlo en serio obstáculo al reconocimiento y circulación internacional, necesaria y de principio, de las decisiones jurisdiccionales extranjeras. Coincidimos con Opertti, en carta con reflexiones referidas al tema que nos enviara en septiembre de 2002, en que la jurisdicción exclusiva debe ser de interpretación estricta y su determinación debe estar “sujeta a criterios de racionalidad que deben tener en cuenta la solución particular del asunto, en consonancia en nuestro DIPr. con la Convención de Normas Generales de DIPr. [CIDIP II, 1979], art.9, al consagrar la equidad del caso concreto...”, agregando,

45 Convención con un alto número de ratificaciones, aprobada por Uruguay por Ley 17.334 de 17.5.2001.

46 En coincidencia, entre otros, GONZALO CAMPOS Julio Diego (1987) Tema X, “Competencia judicial internacional de los tribunales españoles”. En: *Derecho Internacional Privado*, VV.A. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, Facultad de Derecho, p.302. BARRIOS DE ÁNGELIS Dante (1989) acota al respecto que la condición de foro exclusivo conlleva la de ser un foro único cuantitativamente y excluyente, cualitativamente, de toda otra jurisdicción. *El Proceso Civil, Comercial y Penal en América Latina*. Buenos Aires: Depalma, p.210.

Queda de manifiesto que la jurisdicción exclusiva no funciona como si fuera una autorización en blanco para rechazar el fallo extranjero sino como un mecanismo de defensa del orden jurídico nacional, cuando inequívocamente, estamos en presencia de una solución jurisdiccional que le atribuye al Estado uruguayo el conocimiento del caso que se trata.

En esfuerzo por evitar la invocación excesiva de la jurisdicción exclusiva, alguna doctrina ha restringido su invocación a los casos en los que la jurisdicción asumida por los tribunales extranjeros afecte de manera manifiesta el orden público internacional del foro requerido⁴⁷.

El Proyecto uruguayo de Ley General de Derecho Internacional Privado, art. 60, dispone:

La jurisdicción exclusiva de los tribunales de la República tiene carácter excepcional, debe interpretarse restrictivamente, y carece de fuero de atracción sobre cuestiones que puedan plantearse sobre el mismo asunto. En especial y a modo de ejemplo, se considera materia de jurisdicción exclusiva de la República las estrictamente concernientes a: derecho reales sobre bienes situados en ella, sistemas registrales organizados por ésta, régimen de protección de la propiedad intelectual e industrial en su territorio y arrendamiento de bienes inmuebles situados en su territorio si fuere de aplicación el régimen estatutario.

Limitación a la jurisdicción exclusiva recibida por recientes textos, entre otros, el Reglamento Europeo (UE) 1215 de 12.12.2012 Relativo a la Competencia Judicial, el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil, Capítulo III, Sección 6, "Competencias exclusivas", art.24; y el Código Civil y Comercial de la República Argentina, Libro Sexto, "De las Disposiciones Comunes a los Derechos Reales y Personales", Título IV, "Disposiciones de derecho internacional privado", Capítulo 2, "Jurisdicción internacional", art. 2609, "Jurisdicción exclusiva". En consonancia con lo expuesto, los Principios de ASADIP, art. 3.1, disponen: "Los supuestos en los que se pretenda ejercer jurisdicción exclusiva deben concebirse e interpretarse restrictivamente."

En función de lo expuesto consideramos que en materia de jurisdicción internacional indirecta será deseable concretar a nivel interamericano un Protocolo que ofrezca una regulación específica sobre el tema y sea capaz de lograr una efectiva aprobación por los Estados. Y de no ser ello posible, será necesario concluir en aquellos casos en los que en relación a la materia resuelta por la sentencia extranjera esté vigente entre el Estado de origen de la decisión y aquel en el que se plantee el reconocimiento una regulación convencional sobre la jurisdicción internacional directa, que el fallo cumple con la condición de provenir de tribunal internacionalmente competente⁴⁸; y ante la hipótesis de

47 Tal la posición de GOLDSCHMIT Werner (1980) Op. cit. (nota 40), p. 103.

48 Así lo resultante a nivel interamericano, tal como se indicara, del art. 11.a de la Convención de Montevideo de 1989 sobre Obligaciones Alimentarias y en el Mercosur, del art. 14 del Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Interna-

inexistencia de regulación jurisdiccional convencional, que la jurisdicción del tribunal que dictó la sentencia sea apreciada de acuerdo a su derecho, excepto que la materia fuere de jurisdicción exclusiva del Estado donde el fallo es invocado.

B) No revisión del mérito de la causa materia del proceso en que se dictó el fallo

Si bien la normativa continental sobre eficacia de sentencias extranjeras no ha abordado el tema de modo general, excluyendo sólo de manera expresa la revisión del fondo de la sentencia extranjera en relación al reconocimiento de los fallos extranjeros en materia de alimentos, Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, art.13, el rechazo a la revisión del fondo alcanza amplio consenso en derecho comparado, excepto los controles que resulten necesarios para evitar violaciones a los derechos sustantivos fundamentales. La no revisión del fallo extranjero se encuentra expresamente consagrada tanto a nivel de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Convenio de 1.2.1971 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil y Comercial, art. 8⁴⁹, cuanto en el ámbito europeo desde la Convención de Bruselas de 27.9.1968 Relativa a la Competencia Judicial y la Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil, art. 34 *in fine*, hasta el Reglamento (UE) 1215 del 12.12.2012 en la materia, art. 52. El Derecho uruguayo excluye la revisión del fondo a texto expreso, CGP, art., 538.2^{50 51}; y los Principios de ASADIP precisan, Capítulo 7, “Eficacia de decisiones extranjeras”, art. 7.5, “La revisión del fondo de la decisión extranjera, así como la revisión de la determinación de la legislación aplicable al fondo del litigio, son contrarias al derecho de acceso transnacional a la justicia. Se entienden excluidas de esta regla los controles que sean necesarios para evitar violaciones a derechos sustantivos fundamentales”.

Consideramos que una nueva regulación interamericana deberá consagrar la no revisión del fondo del fallo foráneo de modo general y expreso, con vistas a facilitar su efectivo reconocimiento internacional.

C) Regulación del procedimiento aplicable al control del fallo extranjero

A diferencia de lo dispuesto por el Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940 que previó procedimientos específicos para la ejecución de sentencias, fallos arbitrales extranjeros y fallos dictados por tribunales internacionales, art. 7, así como para los casos en que se trate de hacer valer como prueba la autoridad de cosa juzgada de los mismos, art. 9, la Convención Interamericana de 1979 sobre Eficacia Extraterritorial de la Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, art. 6, remite a lo dispuesto en la materia por el derecho del Estado “en que se solicita su cumplimiento”. Solución también adoptada por el Protocolo del Mercosur sobre Cooperación y Asisten-

cional en Materia Contractual; ídem, lo previsto por el art.9, numeral 1, párrafo segundo, del Proyecto uruguayo sobre el tema presentado en ocasión de la CIDIP II.

49 Así como también, entre otros, por el Convenio de 1996 de Protección de Niños, art. 27.

50 En igual sentido, Convenio entre Uruguay y España de Cooperación Jurídica aprobado por Uruguay por Ley 16.864 de 10.9.1997, art. 11.1; y Convención entre Uruguay y Francia de Cooperación Judicial en Materia Civil y Comercial, aprobada por Uruguay por Ley 17.110 de 12.5.1999, art.20, párrafo segundo.

51 En Francia la revisión de fondo ha sido rechazada a partir del *arrêt Munzer*, Sentencia de la Corte de Casación de 7.11.1964, “*Caso Munzer c/ señora Munzer*”.

cia Jurisdiccional Internacional, Capítulo V “Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Laudos Arbitrales”, art. 24, que, no obstante planteos uruguayos, optó por seguir la fórmula del texto interamericano. Esta remisión a la ley del Estado de invocación del fallo hace posible la aplicación de procedimientos centralizados en tribunales superiores. Solución prevista por las normas de fuente nacional vigentes en varios países, lo que provoca importantes demoras en el reconocimiento de la eficacia del fallo extranjero y con frecuencia, un perjudicial distanciamiento entre el tribunal superior encargado de controlar la sentencia y el lugar donde la misma habrá de surtir efectos.

En razón de lo expuesto nos pronunciamos por la pertinencia de examinar con vistas a un nuevo texto de alcance continental, la posibilidad de consagrar convencionalmente un procedimiento específico para el contralor de los fallos extranjeros, simple y descentralizado, del tipo que hoy acoge la Convención Interamericana de 1989 sobre Obligaciones Alimentarias en el art.13, solución con antecedentes en disposiciones ya citadas del Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940. Regulación que habrá de facilitar significativamente una más adecuada circulación internacional de las sentencias.

Tales, algunas propuestas que consideramos de interés concretar con miras a una necesaria profundización y actualización del marco convencional vigente a nivel interamericano en materia de cooperación jurisdiccional internacional y reconocimiento de fallos extranjeros.

Bibliografía:

ALFONSÍN Quintín (1951) “La ejecución extraterritorial de las sentencias en materia civil y comercial”. *Revista de Derecho Público y Privado*, t. 26.

ÁLVAREZ GASPAS Renata y KLEIN VIEIRA Luciane (2014) “La cooperación jurídica internacional en Brasil: especial referencia al diálogo entre el DIPr autónomo y convencional y los derechos humanos”. En: MORENO RODRÍGUEZ José Antonio y LIMA MARQUES Claudia (coords.) *Los servicios en el Derecho Internacional Privado. Jornadas de la ASADIP 2014*. Porto Alegre - Asunción: Gráfica e Editora RJR.

BARRIOS DE ANGELIS Dante (1967) “Teoría General del Proceso - Enseñanza de la misma”. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la*

República, t. XVIII.

BARRIOS DE ÁNGELIS Dante (1989) *El Proceso Civil, Comercial y Penal de América Latina*. Buenos Aires: Depalma.

BARTIN Étienne Adolphe (1907) *Étude sur les effets internationaux des jugements*. Paris: Librairie générale de droit et jurisprudence.

CALAMANDREI Piero (1936) *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelare*. Padova: CEDAM.

CAPELLETTI Mauro (1975) “Riconoscimento delle sentenze straniere e basi ideologiche della interpretazione giuridica”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año VIII, n. 22-23, enero agosto-agosto.

COUTURE Eduardo (1939) “Los embargos y el Tratado de Montevideo” - nota de jurisprudencia. *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, t. XXXVII.

COUTURE Eduardo (1960) *Vocabulario Jurídico*. Montevideo: Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República.

DE ARAUJO Nadia (2006) *Direito Internacional Privado. Teoría y Prática Brasileira*, 3ª. ed. Río de Janeiro: Renovar.

FAIREN GUILLEN Víctor (1969) *Teoría del Ordenamiento Procesal*. Madrid: Tecnos, t. 2.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS Sara L (1955) *La Jurisdicción Internacional en Materia Contractual.*, Buenos Aires: Abeledo Perrot.

FERNÁNDEZ ARROYO Diego, P (2012) “Propuestas para una evolución deseable del problema de la competencia judicial intencional”. En: OYARZÁBAL Mario J. A. (coord.) *Derecho Procesal Transnacional. Homenaje al Profesor Dr. Gualberto Lucas Sosa*. Buenos Aires: Ed. Abaco.

FERNÁNDEZ ROSAS José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO Sixto (1993) *Curso de Derecho Internacional Privado*, 2ª. ed. Madrid: Civitas.

FRESNEDO DE AGUIRE Cecilia (s.f.) “Cooperación jurisdiccional internacional cautelar. Dificultades que presenta en la práctica. Una visión desde Uruguay”. En: *Taller participativo - Dificultades metodológicas del discurso de Derecho Internacional Privado. Cómo superarlas y hacerlo más accesible*. Buenos Aires: Universidad de Belgrano - The University of Edimburg- Universidad de Buenos Aires.

GOLDSCHMIDT Werner (1980) “Jurisdicción Internacional Directa e Indirecta”. *Respuesta al Cuestionario Provisional Acerca de la Jurisdicción Internacional enviado por la Consultoría Jurídica de la Organización de Estado Americanos a los participantes de la Reunión de Expertos. Washington 9 a 15 de abril*. Washington D. C.: OEA/Ser. K/XXI. 3 - CIDIP/III/5.

GONZÁLEZ CAMPOS Julio Diego (1987) “Tema X. Competencia judicial internacional de los tribunales españoles”. En: Elisa Pérez Vera (coord.). *Derecho Internacional Privado*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, Facultad de Derecho.

GUTTERIDGE Harold Cook (1933) “Le conflit des lois de compétence judiciaire dans les actions personnelles”. En: *Recueil des Cours. La Haye: Académie de Droit International*, t. 44, I.

MEIJERS Eduard Mauritz (1934) “L’histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir de Moyen Age spécialement dans l’Europe occidentale”. En:

Recueil des Cours. La Haye: Académie de Droit International, t. 49, III.

MIAJA DE LA MUELA Adolfo (1978) *Derecho Internacional Privado*. Madrid: ATLAS.

OPERTTI BADÁN Didier (1976) *Exhortos y Embargos de Bienes Extranjeros. Medios de Cooperación Judicial Internacional*. Montevideo: Ediciones Jurídicas Amalio Fernández.

OPERTTI BADÁN Didier (1976) “Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Judiciales Extranjeras”. *OEA – CIDIP II/3*.

OPERTTI BADÁN Didier (2012) “Algunas reflexiones sobre jurisdicción internacional y jurisdicción exclusiva”. En: OYARZÁBAL, Mario J. A. (coord.). *Derecho Procesal Transnacional. Homenaje al Profesor Dr. Gualberto Lucas Sosa*. Buenos Aires: Ed. Ábaco.

SCOTTI Luciana B (2015) “El acceso a la justicia en el Derecho Internacional Privado argentino: nuevas perspectivas en el Código Civil y Comercial de la Nación”. En: *El acceso a la justicia en el derecho internacional privado. Jornadas de ASADIP*. Asunción: CEDEP – ASADIP.

SENTIS MELENDO Santiago (1956) “El auxilio entre jueces de distinta jurisdicción”. *La Ley*, n. 48, octubre – noviembre.

TELLECHEA BERGMAN Eduardo (2010) *Derecho Internacional Privado*. Montevideo: La Ley - Uruguay.

TELLECHEA BERGMAN Eduardo (2007) “Dimensión judicial del caso privado internacional. Análisis en especial de la cooperación judicial internacional de mero trámite, probatoria y cautelar en el ámbito interamericano y del MERCOSUR”. En: *Curso de Derecho Internacional*. Washington D. C.: Comité Jurídico Interamericano – Secretaría General de Estados Americanos, t. XXXIV.

TELLECHEA BERGMAN Eduardo (2002) “Desarrollos necesarios en el ámbito interamericano en materia de condición procesal del litigante foráneo y asistencia judicial internacional”. En: *Liber Amicorum Jürgen Samtleben. Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina*. Montevideo: Max Plank Institut Fur Ausländisches Und Internationales Privatrecht - FCU.

VESCOVI Eduardo (2000) *Derecho Procesal Internacional. Uruguay, el Mercosur y América*. Montevideo: Ediciones IDEA.



CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

CHABÉN, Nelson Yemil

La consistencia de nuestra oferta exportable

LA CONSISTENCIA DE NUESTRA OFERTA EXPORTABLE

Resumen de la clase de Política Comercial del post-grado de “Integración y Política Comercial de la Universidad de Montevideo”. Agosto del 2017

NELSON YEMIL CHABÉN*

Es muy común escuchar en distintos ámbitos -académicos, empresariales, políticos, sindicales, etc- aunque obviamente no en todos, señalar y repetir que “*tenemos que exportar más*”, que hay que “*salir a vender nuestros productos a más mercados*”, que “*necesitamos más Agregados Comerciales*”, que el “*Servicio Exterior debe o debería enfocarse con más énfasis y agresividad en colocar nuestras exportaciones en distintos mercados internacionales*” (excluimos por ahora el tema servicios e inversiones), etc.

Pero nos hemos preguntado con un análisis serio, sereno, comparativo con otros países con producciones similares, qué es lo que ofertamos o con mayor precisión, cual es *la consistencia de nuestra oferta exportable?*

Cuando refiero al término *consistencia*, hago alusión a la consistencia en *cantidad y calidad*. Es decir, cual es el nivel de calidad y el quantum o cantidad que tenemos de un producto efectivamente para vender. Porque lo primero que pregunta un cliente es sobre la característica del producto y cuánto volumen se tiene, incluso antes de preguntar por el precio.

Es elemental que cuando se ofrece un producto se debe saber con cuánta *cantidad* del mismo se dispone ante una determinada demanda y si *su calidad*, tiene los estándares necesarios para competir con similares en la arena internacional de los negocios, es decir, en el mundo real, donde muchas veces las teorías académicas o voluntaristas, aquellas que nos dicen como hacer las cosas sin muchas veces haber efectivamente nunca o pocas veces negociado un producto, quedan vaciadas de contenido, por no ajustarse a los requerimientos del potencial cliente, por no compadecerse con la práctica o simplemente, con los hechos que se generan en la compra-venta que se intenta llevar a cabo en un determinado mercado.

En este breve análisis dejo de lado por ahora a pesar de que forman parte del todo, dos aspectos que también considero *esenciales* a la hora de vender: el costo del producto o de su proceso de producción en el ámbito interno (deriva o es el resultado del costo

* Profesor Titular de Política Comercial desde 2010 en la Cátedra del Post Grado de “Integración y Comercio Internacional” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo.

Diplomático de Carrera. Actual Embajador del Uruguay en los Emiratos Árabes Unidos.

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Doctor en Diplomacia. Diploma de Docente Universitario (UM- 2011).

país) y del tratamiento arancelario que recibe el mismo, una vez que traspasa nuestras fronteras para acceder a determinado mercado.

Ambos aspectos y el flete (que lo podríamos incluir en alguno de los datos señalados), son fundamentales a la hora de medir nuestra *competitividad*.

No se debe perder de vista que nos estamos refiriendo por ahora solamente a bienes.

Vuelvo al tema de la *consistencia de la oferta exportable* preocupación permanente de quienes tenemos el honor, pero la enorme responsabilidad de promover nuestros productos en el exterior.

En este contexto que por su generalidad puede carecer de la precisión necesaria o incurrir en algún error de juicio puntual, excluyo a empresas nacionales de primerísimo nivel internacional que por su calidad y cantidad, ya sea en la industria cárnica, láctea (algunas de ellas), arroceras, etc. se han ganado por sus grandes esfuerzos, un lugar en mercados de alta exigencia en materia de calidad, sin interrumpir su continuidad en el abastecimiento. Esas empresas o esas industrias en general en su inserción internacional y por su estructura institucional, no requieren hoy de mayor apoyo de nuestra parte, o si eso sucede, como por ejemplo en la apertura del mercado de Carne in Natura en Corea que nos permitió obtener la grifa “*libre de aftosa con vacunación*” y acceder con nuestro producto insignia a ese mercado del sudeste asiático (aún Japón está pendiente de apertura), son casos puntuales de quienes trabajamos en materia de comercio exterior. Estos como les señalo, son casos específicos y claramente diferenciales en la industria nacional.

Excluyamos también lo que nos corresponde *per se* como funcionarios del Servicio Exterior en el lugar donde estamos acreditados, es decir, la obligación de mantener al día o resolverlos si están pendientes de acuerdo, los requerimientos sanitarios y fitosanitarios, que como se sabe, pueden inhibir el ingreso de nuestros productos alimenticios a determinados países, si su cumplimiento está pendiente o sujeto a resolución administrativa local.

También dejamos por ahora de lado las barreras *no arancelarias*, las cuales muchas veces responden a criterios *discrecionales* y / o coyunturales, tanto en mercados muy selectivos, como en aquellos donde las exigencias si bien pueden ser menores, algunos factores como los religiosos -*Halal o Kosher por ejemplo*- podrían impedir de no cumplirse, vender en esos mercados.

Despojados de esos elementos que *son esenciales a la hora final de concretar la venta*, a saber: costo interno para llegar al producto, tratamiento arancelario al acceder a determinados mercados, barreras no arancelarias, requerimientos sanitarios y / o fitosanitarios, volvamos al principio, **al producto puro, qué tenemos?** qué calidad tiene y en qué cantidad?, *que es lo que vamos a ofrecer?*

En mi opinión, un error habitual en el que se incurre es pretender introducir un producto en un determinado mercado con las características que a nosotros nos parece que son las adecuadas, sin tener en cuenta lo que efectivamente *precisa o demanda ese mercado* al que queremos venderle un producto X. Esto sucede en general cuando no existe

un estudio de mercado previo que incluya ineludiblemente aspectos culturales del lugar en que propondremos nuestra oferta. No alcanza con describir la competencia, los precios, los datos del consumo o la proyección de la demanda, es imprescindible además analizar aspectos culturales que hacen a la tradición alimenticia de ese país.

Un ejemplo paradigmático de lo anterior es el Dulce de Leche. Delicioso para muchos de nosotros, pero excesivamente dulce para la dieta en muchos países del mundo.

Tiempo atrás, llevamos a cabo en el país que desempeño funciones -*Emiratos Árabes Unidos*-, un estudio de mercado sobre lácteos. Observamos que en un porcentaje alto de su población mayormente extranjera (en 9 millones casi 7 millones no son locales), padecen obesidad. Estudios médicos indican además, altos índices de diabetes.

La oferta de lácteos en los Emiratos es excelente y de primer nivel, casi íntegramente importada.

Uruguay allí vende con éxito particularmente Leche en Polvo.

No obstante la oferta de Quesos con distintos niveles de grasa es escasa y de casi nula variabilidad.

Luego de un pormenorizado estudio detectamos que no existe en ese mercado una buena oferta de *Queso Magro con o sin sal*, alimento que sin duda se adecuaría, de ser de calidad y en cantidad suficiente, a una demanda que ayudaría a la salud de sus habitantes.

Ese sería un nicho por lo menos interesante a explorar y explotar a pesar de la competencia, sin perjuicio de que no hay similares a nuestro Queso Magro, por lo que nos podríamos diferenciar con cierta facilidad y con una base de publicidad razonable. El factor aleatorio o de riesgo sería si gusta o no, pero teniendo en cuenta la potencialidad del mercado, el riesgo o la inversión económica no tengo dudas, valdría la pena.

Hago referencia a este ejemplo porque en este producto tenemos capacidad de adecuarnos a una demanda que no solo abarcaría ese país sino quizás los demás que componen el Consejo de Cooperación del Golfo (CCG), es decir, Arabia Saudita, Emiratos Árabes Unidos, Qatar –*hoy en problemas políticos con sus socios*-, Kuwait, Bahrein y Omán. Entre ellos hay una Unión Aduanera que funciona muy bien en materia de alimentos.

Aclaro también que en los Emiratos Árabes Unidos los aranceles que se aplican a los productos alimenticios van de **0% al 5%**. En la mayoría es 0%. Es decir, la discusión de la necesidad o no de un Tratado de Libre Comercio carece sentido.

Lo que si existe es una muy fuerte competencia de gran nivel a nuestros productos agrícolas de todos los países europeos, EE.UU. y especialmente de Australia y Nueva Zelanda. Lo anterior sin mencionar a nuestros socios mayores del MERCOSUR, en el cual Brasil exportó en el 2016 por valor de 2 (dos) billones de dólares y Argentina cerca de 400 millones de dólares, en ambos casos fundamentalmente productos alimenticios. Este año Paraguay está ingresando con gran fuerza a ese mercado con productos de buena calidad, pero sobre todo con muy buenos precios.

Si bien tenemos datos o estadísticas de producción, la práctica nos demuestra que debemos trabajar *nuestra oferta exportable*, dotarla de *la capacidad de competir en calidad y cantidad*. Me refiero fundamentalmente al mediano y pequeño productor a quien debemos apoyar en su trabajo diario y en coadyuvar en su esfuerzo, para que cada día produzca mejor y según *-sin perder la identidad en la naturaleza de su producto-* adecue la misma a lo que le demanden desde el exterior.

Cuando llegan pedidos a nuestra mesa de trabajo sobre la posibilidad de buscar potenciales interesados en comprar determinado producto, en general (no siempre) responde a una necesidad puntual urgente del ofertante, de colocar un excedente o solucionar una venta fallida que le permita cubrir una deuda. Pocas veces o casi ninguna, proviene de un estudio previo que la sustente, el pedido es algo así como un SOS.

Es en esa circunstancia o coyuntura, donde surge la necesidad reiterada, de unir fuerzas para trabajar de consuno todos los sectores de la sociedad: Gobierno, Empresarios y Trabajadores.

Tenemos evidentes problemas en la práctica en materia comercial, más allá reitero para que les quede bien claro, de la excelencia de algunas empresas y de algunos productos.

Hablo de impulsar o apoyar sectores que por sí mismos *no tienen la capacidad de exportar*, porque no están preparados para hacerlo o porque su oferta no reúne los requisitos que se requieren en la arena internacional y donde la exportación sería su única forma de viabilidad futura.

Nos sucede muy a menudo que se nos pide un producto, trasmitimos ese pedido por los caminos oficiales, llega al potencial interesado en exportar (eso lo comprobamos fehacientemente) y ahí se rompe o no se da respuesta, se interrumpe el procedimiento. Es decir en un momento se genera un *“gap”, un vacío*, una incomunicación, una falta de respuesta en la cadena de exportación, casi siempre el silencio viene del lado uruguayo. Algo estamos haciendo mal o hay algún factor que nos excluye de la posibilidad de venta que es nuestro objetivo final. O es la oferta que no es consistente en algunos de sus dos aspectos (cantidad y /o calidad) o hay un problema comunicacional de idiomas o algún otro factor inhibitorio que debemos detectar y en lo posible solucionar y/ o corregir. Es elevado el porcentaje de casos en que esto sucede.

Les diría, es un tema serio a resolver.

Hay otro factor que entiendo crucial en las negociaciones comerciales. El factor *tiempo*. Si no respondemos en tiempo y forma demandas puntuales, otro ocupará nuestro lugar. De eso no hay dos opiniones.

También tenemos que tener sumo cuidado de no *“quemar un mercado”* o mejor dicho, *“no cumplirle a un potencial interesado”* ya sea con un producto bueno como el acordado o no dándole una respuesta adecuada, incluso es hasta de recibo contestar un *“no tengo la cantidad o el producto que Usted necesita”*. Esa respuesta deja la puerta abierta a futuros pedidos.

Siempre insisto que es mejor no comenzar una relación comercial exportando determinado producto, si no somos capaces *de cumplirla cabalmente*.

Es preferible postergar el acceso a ese mercado antes de dejar por la mitad un cumplimiento comprometido previamente.

De ahí lo del principio. La necesidad de trabajar y consolidar nuestra oferta exportable. Tampoco es correcto ni ético, que por vender, completemos el pedido o la exportación con productos de menos calidad o de otros países para generar volumen. Quienes estamos en el área de comercial sabemos que esto sucede y no pocas veces.

Quiero referirme ahora a una expresión creada hace años en relación a nuestra oferta exportable, la expresión de *“boutique”*. Su significado se podría traducir como “poco pero de buena calidad”. Reitero para evitar confusiones, que en esta categorización conceptual no entran nuestras producciones top.

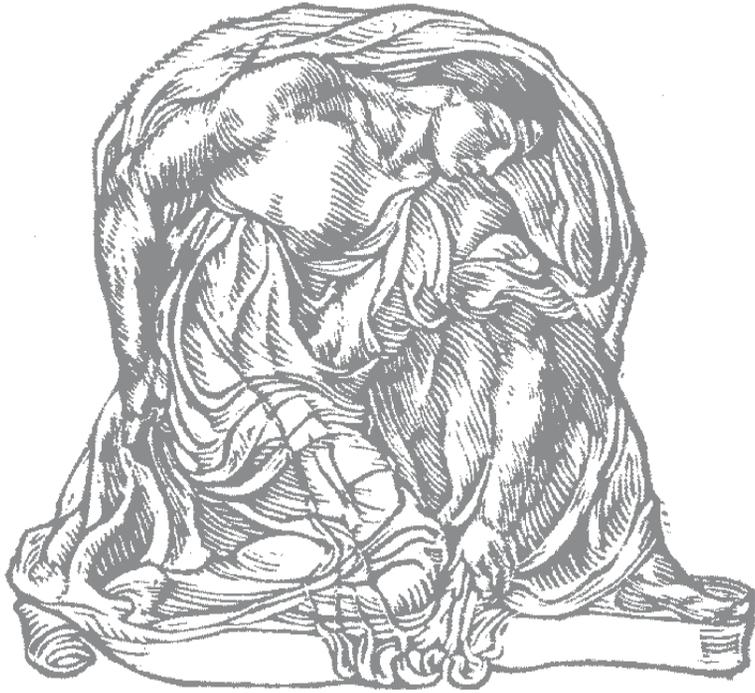
Nuestro país no es un país chico territorialmente. Solo basta compararnos con otros tanto europeos como asiáticos o de Medio Oriente que hoy lideran el ingreso mundial per capita en relación a su PBI. Piensen por mencionar algunos Suiza, República de Corea, Emiratos Árabes Unidos, Qatar, etc.

El desafío o la meta de darle consistencia a nuestra oferta se puede lograr. Buena producción, talento empresarial, voluntad de salir adelante y de alcanzar la excelencia es perceptible en muchos sectores productivos. Debemos coordinar y cuando alguien no cumple sancionar.

Desafíos como la carga de carbono en los productos ya están en la consideración del consumidor exigente a nivel internacional. Eso nos espera a la vuelta de la esquina, pero tenemos antes otras prioridades que resolver.

Lo expresado son ejemplos de lo que sucede en la práctica, son hechos reales, problemas tangibles que se presentan a diario, que nos obligan a pensar en estrategias para sortear las dificultades tanto a nivel interno como cuando salimos a competir en diferentes mercados internacionales.

Nosotros lo podemos hacer, no cabe la menor duda. Eso si, todos los sectores de la sociedad tenemos que estar involucrados y comprometidos



JURISPRUDENCIA COMENTADA

ROJAS RODRÍGUEZ, Mathias

A propósito de un fallo que impidió realizar un aborto bajo la vigencia de la ley 18.987

A PRÓPOSITO DE UN FALLO QUE IMPIDIÓ REALIZAR UN ABORTO BAJO LA VIGENCIA DE LA LEY 18.987

*MATHIAS ROJAS RODRÍGUEZ**

Juzgado Letrado de Primera Instancia de Mercedes de 3º Turno

Sentencia N°6/2017

Mercedes, 21 de febrero 2017

VISTOS:

Para Sentencia Definitiva de Primera Instancia, éstos autos caratulados IUE 431-86/2017 B. D., M. c/ O. N, C. M., ASSE. ACCION DE AMPARO, Y RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD.

RESULTANDOS:

1-A fojas 1 comparece la parte actora promoviendo el presente accionamiento en virtud de los siguientes hechos: que entabló una relación amorosa con la parte co-demandada Sra. O. fruto de la cual concibió al hijo en común llevando menos de tres meses de gestación. Si bien las partes no conformaron a la fecha una pareja con las connotaciones propias del concubinato, el Sr B. está dispuesto a hacerse cargo de su hijo lo cual hace ya a partir de la concepción independientemente de que la madre esté dispuesta a ejercer su rol de tal, según sus expresiones.

El 25 de enero del corriente año la Sra. O. comunicó verbalmente al actor que estaba llevando adelante un trámite ante CAMS para poner fin al embarazo no siendo su deseo dar a luz al niño.

El accionante intentó por todas formas posibles hacer reflexionar a la demandada para que depusiera su actitud, lo cual resultó infructuoso, por lo que tuvo que activar los mecanismos legales tendientes a la protección de la vida del hijo en común. Es así que realiza el encuadre jurídico del tema por el que presenta la acción de amparo, analiza sus elementos, plantea también la acción de inconstitucionalidad, y solicita la adopción de medidas cautelares de protección para salvaguardar la vida de su hijo prohibiendo continuar procedimientos tendientes a poner fin al embarazo de la accionada, teniendo

* Estudiante de 3er año de Abogacía en la Universidad de Montevideo

presente que el bien supremo a proteger es la vida, derecho superior e inalienable, que se encuentra por sobre cualquier otro derecho de terceras personas y que como tal debe de prevalecer.

Ofrece prueba solicitando que se dispongan las medidas solicitadas.

2- A fojas 7 mediante decreto 358/2017 se dispuso remitir testimonio del escrito presentado ante la Suprema Corte de Justicia por la acción de inconstitucionalidad presentada.

3- Por decreto 368/2017 a fojas 13, se tuvo por presentada la demanda de acción de amparo y se convocó a las partes a la audiencia de precepto para el día 15/2/2017 hora 12 y diligenciamiento de prueba ofrecida; llegado el día de la audiencia se advierte que no se había notificado a la parte actora de la convocatoria dispuesta.

No tuvo otra solución la Sede que contando con la conformidad de los restantes participantes del proceso que convocarla para el otro día atento a la relación personalísima abogado patrocinante-cliente.

A la audiencia comparecen el día 16 de febrero las partes debidamente asistidas, así como la defensora que, de oficio designó la suscrita al concebido hijo de B.-O..

4- Cumplidas las formalidades de rigor que surgen del acta efectuada en dicha oportunidad en que los codemandados contestaron el traslado que se les confiriera en audiencia agregando por escrito sus manifestaciones, y abogando los co-demandados por el rechazo de la acción impetrada en autos, se agregó la prueba dispuesta en autos, fue oída la Sra Defensora, alegaron las partes y se las convocó para el dictado de la presente sentencia para el día de la fecha 21/2/2017, a la hora 12.

CONSIDERANDOS:

1- Como se ha sostenido en anteriores pronunciamientos se entiende que el instituto del amparo es excepcional, residual, y reservado para aquellas situaciones extremas en las que, por la ostensibilidad de la violación de los derechos fundamentales de reconocimiento constitucional y la falta de otros medios judiciales o administrativos, peligra la salvaguarda de tales derechos (Conforme RUDP 1/93 caso 773 pág 163; RUDP 3/97 caso 502-503 Pág 383 - 386; RUDP 4/2001 caso 657 pág 622).

2- Que según lo que dispone el art. 1º de la ley 16.011: "Cualquier persona física o jurídica, pública o privada, podrá deducir la acción de amparo contra todo acto, omisión o hecho de las autoridades estatales, o paraestatales, así como de particulares que en forma actual o inminente, a su juicio, lesione, restrinja, altere o amenace, con ilegitimidad manifiesta, cualquiera de sus derechos y libertades reconocidas expresa o implícitamente por la Constitución (art. 72) con excepción de los casos en que proceda la interposición del recurso de Habeas Corpus"

A su vez el art. 2° de la ley expresa que la acción de amparo "sólo procederá cuando no existan otros medios judiciales o administrativos que permitan obtener el mismo resultado previsto en el literal B del art. 9 ó si existiesen, fueren por las circunstancias, claramente ineficaces para la protección del derecho. Si la acción fuera manifiestamente improcedente, el Juez la rechazara sin sustanciarla y dispondrá el archivo de las actuaciones".

En tal sentido entiende la suscrita que es procedente la acción instaurada por la parte actora, entendiendo que no tienen otra acción o forma legal de obtener reconocimiento a su derecho en tiempo como para evitar la lesión al derecho humano a la vida de su hijo; se ha constatado la ilegitimidad manifiesta para continuar con el proceso iniciado en la sociedad médica por no surgir cumplidos algunos de los requisitos formales establecidos por la ley 18.987, lo que más abajo se explicará, accionar que determina ilegitimidad en la continuación del procedimiento por dicho incumplimiento a la ley que lo habilita bajo ciertos requisitos. La lesión tiene la característica de ser inminente, de poder llegar a producirse, por lo que su agresión de continuar el procedimiento ocurriría configurándose el aspecto de la actualidad e inminencia de la misma.

El amparo es, un instituto excepcional que debe de ser usado de manera cuidadosa, que tiene por finalidad asegurar derechos que son reconocidos constitucionalmente para "cuyo amparo no existe otro remedio específico y no cabe que se utilice como un instrumento de recambio de otras defensas coetáneas y/o subsidiarias". Requiere que la ilegitimidad se encuentre al margen de toda controversia seriamente fundada.

Por eso los jueces deben de actuar con ponderación y fundamentalmente con prudencia, a efectos de no llegar a decidir por ésta vía, cuestiones susceptibles de mayor debate y que corresponde resolver por los procedimientos ordinarios (Conforme RUDP N° 3 /99 caso 470 y 471 pág 503).

El amparo es una garantía de los derechos humanos, tendiente a la protección para hacer cesar los efectos de la amenaza o eventual lesión.

En el análisis de la presente acción y las contestaciones de demanda, y la prueba agregada al proceso, corresponde hacer lugar a la solicitud de protección ante un derecho primordial amenazado por la ilegitimidad manifiesta de no haberse cumplido con todos los requisitos formales exigidos por la ley 18.987 para su procedencia y protección en el marco de sus disposiciones.

3- DERECHO APLICABLE EN EL CASO DE AUTOS: -

Constitución Nacional:

Artículo 7°.- Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general.

Artículo 72.- La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno. Artículo 332.- Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas.

-ley 15.737: PACTO DE SAN JOSE DE COSTA RICA:

CAPITULO I

ENUMERACIÓN DE DEBERES

ARTICULO 1

Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

ARTICULO 4

Derecho a la Vida 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

ARTICULO 5

Derecho a la Integridad Personal Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

ARTICULO 19

Derechos del Niño Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

ARTICULO 25

Protección Judicial.

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que

violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

LEY 16.137 CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

APRUEBASE LA ADOPTADA EN LA CIUDAD DE NUEVA YORK EL 6 DE DICIEMBRE DE 1989:

EL PREÁMBULO: Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento".

PARTE I

Artículo 1

Para los efectos de la presenta Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

Artículo 3

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Artículo 6

1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.
2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño. - disposiciones previstas en ley 18.987.

4- LEGITIMACION DE LA PARTE ACTORA: surge de la declaración de la Sra. O. que admite y confiesa que el Sr B. es el padre de dicho niño@.

5- MEDIOS DE PRUEBA CONSIDERADOS PARA LLEGAR A ESTE FALLO La prueba documental agregada en legal forma, declaración de las partes.

6- ANALISIS DE LOS PRESUPUESTOS DE LA ACCION: -

Lesión a un derecho fundamental:

En la especie es inminente la violación de un derecho de raigambre y reconocimiento nacional, constitucional, legal e internacional que nuestro país ha ratificado e incorporado al derecho interno mediante la aprobación de leyes con el texto de dichos tratados.

La continuación del procedimiento significa un daño violatorio de los derechos de la personalidad, consagrados en los art 72 y 332 de la Constitución Nacional, dado que se lesiona el derecho a la vida del concebido. –

Acto que ocasione un grave daño, inminente o irreparable: El acto que ocasiona el daño es actual e inminente dado que la Sra. O. tiene fecha cercana para la realización del procedimiento según se dijo en la audiencia para el 23/2/2017, el que sería letal para el niño, irreparable, por los efectos que el mismo ocasiona en su vida, en su integridad física.

La Justicia ha de intervenir en protección de los derechos individuales afectados, como medio eficaz de protección frente a un procedimiento que configura la lesión a un derecho fundamental de la persona humana, que no requeriría incluso expreso reconocimiento en el ordenamiento jurídico debido a que es inherente a esa misma condición humana (arts 7, 44, 72, 332 de la Constitución). Y esa defensa y preservación del derecho que debe de ejercer la Justicia, puede efectivizarse en la vía excepcional del amparo, debido a que la continuación del procedimiento tal como surge de autos probado sería ilegítimo porque la ley exige determinados requisitos formales que no se cumplieron, porque no surgen asentados del “formulario” presentado: constancia de asesoramiento integral, y en los otros tampoco surge constancia de haberse expuesto las razones que impiden, ni las que se expresan por la Sra. O. en su declaración fueron probadas, lo que corresponde porque las normas aplicables a la prueba en el CGP devienen aplicables a la acción de amparo de derechos humanos. –

Ilegitimidad manifiesta:

Para que el amparo proceda no es suficiente con la existencia de un derecho, hecho u omisión que lesione o amenace lesionar un derecho o libertad constitucional. Es necesario además acreditar que ese acto hecho u omisión es manifiestamente ilegítimo.

No existen derechos absolutos, en la actualidad, salvo estrictas excepciones, todo derecho o libertad puede ser limitado por razones de interés general, ya sea en el orden nacional, por una ley, y en el orden departamental por un decreto con fuerza de ley. Para que un amparo prospere no alcanza con que el acto sea ilegítimo. Es necesario que sea manifiestamente ilegítimo, lo que debe de resultar clara, evidente, e inequívocamente.

Surge probado que hubo una actividad por parte de la asistencial de salud a instancias de la co-demandada, no se presentó historia clínica donde deben de surgir determinadas constancias médicas de todo lo actuado que la ley le exige, y no resulta eximido porque la misma sea electrónica, se imprime y se presenta todo completo, tal como lo exige la ley; se presentó el formulario de IVE, primeramente en fojas simples y luego en legal forma tal como se solicitó. Pero aunque no se le intime dicha agregación corresponde su agregación para acreditar lo que la ley exige.

Y la ilegitimidad obviamente surge de la no aplicación de la misma en el sentido que se ordena, como en el caso de autos omite cumplirse con requisitos formales que una vez planteado el proceso en la órbita judicial entiende la suscrita debe controlar como

en todos los procesos, y en el caso concreto, reviste importancia atendiendo a las consecuencias que derivan de la resolución que se adopte luego de dicha valoración.

La ley establece que dentro del plazo de las primeras 12 semanas la mujer debe de concurrir a consulta médica ante una institución del sistema nacional integrado de salud, a efectos de poner en conocimiento del médico las circunstancias derivadas de las condiciones en la que ha sobrevenido la concepción, situaciones de penuria económica, sociales o familiares o etarias que a su criterio le impidan continuar con el embarazo en curso.

Estos son los aspectos exigidos que no surgen cumplidos, por no estar registrado dicho extremo, asentados en el formulario presentado ni por la parte co-demandada Sra. O. Los requisitos exigidos por la ley en su art 3° son formalidades que deben de cumplirse y registrarse en la historia clínica, véase que hasta cuándo se va a realizar una repetición de medicamentos los médicos anotan la medicación que se repite en la historia clínica del paciente, cuanto más debe de asentarse que la paciente explicó las razones que a su criterio le impiden continuar con el embarazo en curso; y esos extremos son importantes porque la ley prevé que incluso la asistencial interactúe según el artículo 5° de la ley, con instituciones que brinden apoyo solidario y calificado en los casos de maternidad con dificultades sociales, familiares o sanitarias. La ley también exige que cualquiera que fuera la decisión que la mujer adopte, el equipo multidisciplinario y el medico ginecólogo dejaran constancia todo de lo actuado en la historia clínica. Obliga la ley a garantizar la confidencialidad, pero todo lo actuado debe de surgir de la historia clínica

Cuando se contesta la demanda, la Sra. O. solicita se agregue la historia completa a la que después renuncia en virtud del tiempo que insumiría dicha agregación, pero la co-demandada podría haber aportado copia en legal forma de la misma lo que constituía su carga.

La suscrita interroga a la Sra. O., a efectos de verificar si se expusieron esas razones frente al médico y en su caso cuáles fueron, porque la ley no puede entenderse e interpretarse como una operación matemática que con todo respeto parece que se pretende: vio al médico, vio al equipo, expresó razones –etapa que no fue asentada-, está dentro de las doce semanas = corresponde la interrupción del embarazo.

La propia ley 18.987 en sus principios generales establece la garantía que brinda el ESTADO al derecho de procreación responsable y consciente, reconoce el valor social de la maternidad, tutela la vida humana, y que su normativa no constituye un instrumento de control de los nacimientos.

Tiene presente la suscrita que la Sra. O. trabaja en la propia asistencial, y que se trata de una persona que conoce el texto legal perfectamente, que para cada pregunta que se formuló en audiencia como por ejemplo porqué el formulario no venía integrado a la historia clínica, ella misma respondió que era por la confidencialidad; cabe destacar que la confidencialidad no alcanza al poder judicial, ámbito en el que se deberá de controlar el respeto a la norma.

Con todo respeto se citan las razones que la Sra. expresa “tiene un rechazo natural al embarazo, yo no tengo ganas de estar embarazada ni soportar que me obliguen, conociendo mis derechos que me otorga la ley pude acceder al derecho de iniciar el trámite y hacerlo. Aparte de lo natural que no tengo ganas todo lo que es ámbito social, económico, laboral, psicológico todo eso me lleva a ratificar la idea de no tenerlo”.

La presente es una ley para proteger a la mujer sí, y para evitar abortos clandestinos y que como consecuencia de ello mueran las madres sin la atención médica debida; pero siendo ilegítimo proseguir con el procedimiento por el no cumplimiento de requisitos formales exigibles por la ley 18.987, corresponde tener en cuenta que la CONSTITUCION NACIONAL, leyes internas, y tratados internacionales protegen el derecho a la vida del concebido, se define niño a todo ser humano hasta que cumple su mayoría de edad.

Por lo que claramente el orden jurídico uruguayo interpretado lógico-sistemáticamente consagra por sobre todo el derecho a la vida, los derechos humanos importan todos, estén en el estado que estén, incluso los concebidos no nacidos, porque son individuos de la especie humana. Desde la concepción existe una persona en toda su realidad e individualidad que necesita ser alimentado, y respetado en su derecho a la vida y a su integridad. Una vez que se solicita la defensa del concebido en la órbita judicial, las normas que rigen el proceso en lo que refiere a la prueba son las previstas en el CGP.

Estima humildemente la suscrita que deben controlarse dichos extremos –requisitos– porque si no la ley sería un pase libre para que se aborten niños entre las primeras doce semanas, solo con pedirlo, y eso no es lo que dice la ley, desde el momento que exige apoyar las carencias que pueden implicar impedimentos para continuar con su embarazo a la mujer, y tutelar la vida.

La confidencialidad no abarca como se dijo al poder judicial que debe controlar el respeto de lo establecido, no es justificación la confidencialidad para que se pase por alto el cumplimiento de ese requisito de figurar asentado el cumplimiento de todo lo exigido por ley y de la Sra. O. de probar todo lo necesario a su carga para salir airosa de la demanda impetrada, probar que se cumplió con todo lo exigido por la ley es un imperativo de su propio interés. La co-demandada trabaja, tiene ingresos, tiene otro hijo, vive sola con su hijo, en el fondo de la casa de sus padres, y no paga alquiler por dicho lugar.

Hoy por hoy, permitirse por la suscrita continuar con el proceso implicaría una infracción a la normativa vigente y aplicable al caso, porque no se cumplen los requisitos formales previstos en el art 3° inc 1, no hay prueba registrada en la historia clínica de su cumplimiento, rigiendo en este proceso la aplicación de las normas de la prueba previstas en el CGP, por lo que firmemente sostiene la suscrita deben controlarse en su prueba porque de dicho control y valoración, de estar acreditado que fueron cumplidos, depende nada menos que la continuación de los procedimientos destinados a detener el proceso de gestación, de la vida y la integridad de un concebido.

Por eso debe de existir seriedad en la aplicación e interpretación de esta ley junto a todo el sistema jurídico nacional, so pena de que quienes son directamente perjudicados

queden en estado de auténtico desamparo, en forma irremediable. Y entonces esto justifica la actuación inmediata de la justicia, a requerimiento del progenitor, que pide se protejan los derechos de su hijo y se adopten medidas de protección, pues de lo contrario se dejaría en la indebida indefensión los derechos del concebido.

Fundamenta esta necesidad de prueba de dichos extremos porque son circunstancias de la entidad que realmente si se justifican permiten que la mujer pueda interrumpir voluntariamente su embarazo; no son razones de ganas, de momentos, de razones psicológicas no comprobables, dado que tampoco surge prueba de ello, como se expresó en audiencia, que psicológicamente le perjudique o afecte el embarazo a la Sra. O. como para considerar esa hipótesis.

Y para desvirtuar su carácter de omisión evidentemente ilegítima porque no se cumple con dichos requisitos identificados en el art 3º inc 1, no basta en el caso cualquier actividad, sino aquella ajustada a la normativa, que en el caso concreto reitero era cumplir y dejar asentado en la historia clínica el cumplimiento de todos los requisitos formales establecidos por la ley 18.987, y de la parte co-demandada también probar todo lo atinente a su interés a los efectos de obtener una sentencia favorable y que esas razones sean las que la ley prevé. –

Inexistencia de otra vía para prevenir o reponer el daño: lo que aquí importa es que aunque existan recursos o medios para impugnar los actos lesivos, corresponde el amparo si ellos resultaren por las circunstancias del caso, claramente ineficaces para la protección del derecho. Es éste aspecto el que le da al amparo su carácter de instrumento extraordinario, excepcional, residual que corresponde cuando dadas las circunstancias los medios normales de protección resultan impotentes. Hay en el amparo una razón de tiempo, de inmediatez, que requiere un actuar sin tardanza, un proceder con urgencia (Conforme LEY DE AMPARO del Dr VIERA pág 20 y 21).

En el caso de autos no cabe duda alguna que es así, una situación donde el tiempo juega en forma determinante y es imprescindible un actuar sin tardanza. Ya determinada la ilegitimidad manifiesta, en el caso es imprescindible un actuar sin tardanza, y aplicable totalmente estando en juego el derecho a la vida e integridad física del concebido.

7- PLAZO DE CADUCIDAD PREVISTO EN LA LEY DE AMPARO: el actor tomo conocimiento sobre mediados de enero lo que no fue cuestionado por lo que la acción se planteó dentro del plazo previsto.

8- En virtud de todo lo expuesto corresponde pues hacer lugar a la acción de amparo y disponer que no se continúe el proceso previsto de IVE por ley 18.987. En síntesis el juez debe de cumplir con sopesar todos los elementos allegados al proceso, controlar el respeto de lo establecido por la ley, hacer cumplir la CONSTITUCION y las LEYES, pronunciarse sobre sí se han cumplido y probado todos los requisitos formales establecidos en la ley 18.987, que determinarán en su caso que se continúe o no con el proceso previsto en la misma para la interrupción voluntaria del embarazo.

No surgen del formulario aportado que se hubieran expresado las causas razones o motivos justificantes que le impiden a la Sra. O. que continúe el embarazo, y justifiquen la interrupción voluntaria del embarazo, al no existir la misma porque tampoco se aportó historia clínica donde debe de figurar todo lo actuado- artículo 3 -, tampoco se puede apreciar por ejemplo el esfuerzo de la institución asistencial por tutelar la vida, principios rectores de la ley, de acuerdo a lo establecido en el art 5° literal c) de la ley 18.987.

No cabe duda que la mujer tiene derecho a decidir sobre su capacidad o autonomía reproductiva, como planear su familia, a estar libre de interferencias al tomar esas decisiones. Y todos esos derechos pueden ser ejercidos en plenitud antes del embarazo, al tener la mujer a su disposición cada vez con mayor amplitud y más trabajando la Sra. O. en un centro de salud, información sobre prevención del embarazo, utilización de métodos anticonceptivos, planificación familiar, ejercicio de una sexualidad responsable, y los riesgos de la actividad sexual sin adoptar previamente las medidas preventivas al alcance de todas las mujeres. Una vez producido el embarazo la situación es otra porque al haber un ser humano nuevo con derechos inherentes a su condición de tal protegidos legalmente, la decisión de interrumpir el embarazo no atañe solo a su cuerpo sino que realmente también afecta a otro ser humano, con vida, la vida que tutela en sus principios generales la misma ley 18.987.

Es por esa razón la importancia de las razones que impiden continuar con el embarazo. Porque las normas que consagran derechos humanos pueden entrar en conflicto, situación que debe de superarse mediante un juicio que aplique criterios de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad considerando las circunstancias de cada caso concreto, concediendo a uno de ellos la primacía.

Encarar con ligereza la procedencia de estos procedimientos destinados a interrumpir la vida de un ser protegido legalmente, sin cumplir con los requisitos señalados, o dando razones no probadas de ellos, implicaría prácticamente entender al aborto como un medio interruptivo de la vida humana, de fácil y rápido acceso, en contra de toda la normativa nacional sobre el tema de acuerdo a la interpretación lógico sistemática del orden jurídico.

Ante esa falencia, y en el conflicto entre el derecho a la autodeterminación de la mujer sin razones atendibles que justifiquen el impedimento para continuar el embarazo de acuerdo a lo expuesto en la audiencia, sin prueba de afectación psicológica, valorando la situación concreta con criterio de razonabilidad o proporcionalidad, frente al derecho a la vida del concebido, entiende la suscrita debe primar el derecho a la vida consagrado en nuestro jurídico.

9- PLAZO PARA EL DICTADO DE LA SENTENCIA: La suscrita sentenciante tratándose de un caso para cuya resolución se requería un estudio profundo, detenido, detallado y cuidadoso de la normativa, de su interpretación y análisis de lo presentado en autos, lo que no podía efectuarse al momento de finalizar la audiencia, ni en el corto plazo de 24 horas, es que fijó para el dictado de ésta sentencia el día de la fecha, a las 72 horas hábiles de la audiencia dentro de los plazos legales previstos para casos excepcionales.

10- FALTA DE LEGITIMACION DE ASSE: es ajustado a derecho la defensa interpuesta por ASSE, debido a que la Sra. O. corresponde a FONASA CAMS IAMPP.

11- CONSIDERACIONES FINALES: dado lo opinable y discutible que puede ser el tema, la suscrita quiere dejar expresado el profundo respeto desde el punto de vista humano y jurídico que por cada uno de los integrantes del proceso y de sus posiciones siente, y que la decisión a la que se arriba ha sido claramente explicitada y fundada, sin perjuicio de mejor o diferente opinión obviamente.

CONDENAS PROCESALES: entiende la suscrita que la conducta procesal de las partes así como el tracto procesal de autos no amerita la aplicación de condenas causídicas en la instancia. FUNDAMENTOS DE DERECHO: Se funda el derecho en los art 7, 72, 332, de la Constitución Nacional, Pacto de SAN JOSE DE COSTA RICA ratificado por ley 15.737; Convenio sobre los DERECHOS DEL NIÑO ratificado por ley 16.137; LEY 18.987

Por todo lo expuesto

FALLO:

I) Hacer lugar a la falta de legitimación de ASSE.

II) Hacer lugar a la demanda de amparo, disponiéndose la suspensión por parte de cams iampp del proceso previsto en la ley 18.987 respecto de la Sra. O., dirigido a la interrupción del presente embarazo atento a la falta de prueba por falta de registro del cumplimiento de los requisitos previstos en el art 3 inc 1^a de dicha ley.

III) Comuníquese a MSP – a la dirección general de secretaria de dicho ministerio - lo resuelto a los efectos de ser tenido en cuenta si correspondiere.

IV) Sin especial condenación en la instancia.

V) Remítase copia vía electrónica de esta sentencia a las partes.

VI) Téngase por notificada la presente sentencia en la audiencia en la que se ha dictado.

VII) Tenga presente la oficina que el plazo de que disponen las partes para la impugnación de la presente sentencia es de tres días hábiles.

VIII) Honorarios fictos 5 bpc.

Book Silva(r.)

1. Introducción

A comienzos del año 2017 sorprendió, a algunos para bien a otros para mal, que por medio de una sentencia de amparo se ordenó suspender el procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo previsto en el marco de la Ley 18.897 conocida como de Interrupción Voluntaria del Embarazo (I.V.E), entre otros títulos.

Sin duda, el tema desató polémica. Enseguida en los medios de comunicación se escucharon voces de todos los involucrados y personas o grupos interesados en el ámbito nacional. Donde nuevamente se reavivó parte del debate de la conveniencia o mérito de lo que se conoce como “despenalización” o “legalización” del aborto.

No obstante, no todo el debate se realiza en el ámbito jurídico. No entendemos que este sea el único ámbito valioso para el debate, pero sin duda a la hora de analizar un fallo judicial el análisis jurídico es de vital importancia.

Habiendo explorando anteriormente el proceso de amparo en torno a otras cuestiones de hecho, sin duda el caso citado presenta novedades en cuanto a la materia de fondo, los derechos en juego y es un pronunciamiento judicial en torno a un debate doctrinario que se realizó por décadas en nuestro país.

Advertimos que el presente trabajo pretende no pasar por alto un fallo que ajustado o no a Derecho, se concuerde con sus fundamentos o no, es novedoso en el ámbito jurídico y merece su tratamiento.

Hacemos notar, que no se busca un pronunciamiento sobre el mérito o conveniencia de la aprobación de la Ley 18.897, ni del sistema legal general en materia de interrupción voluntaria del embarazo. Sino que, se parte de un Derecho Positivo vigente que debe ser respetado y sobre todo analizado en su conjunto.

Asimismo, sin perjuicio de convicciones filosóficas, ideológicas e incluso morales respecto del aborto que existen en uno y otro sentido, aquí se pretende centrarse en el Derecho Positivo, en un análisis jurídico.

2. Las particularidades del caso

2.1 Solicitud declaración de inconstitucionalidad y acción de amparo.

En el caso, existe una solicitud de inconstitucionalidad y una acción de amparo iniciadas por el padre del niño. Luego se entenderá por qué utilizamos el vocablo “padre” y “niño”.

Por un lado, la acción de amparo, promovida contra la madre del niño, la mutualista y ASSE. Todo ello en el contexto de que la madre pretendía interrumpir voluntariamente su embarazo dentro de las 12 semanas de gestación al amparo de la ley mencionada.

Por el mismo escrito, ante la misma Sede, el padre interpone una solicitud de declaración de inconstitucionalidad de la Ley 18.897. Punto cuestionado desde el ámbito procesal, en el cual no nos detendremos en realizar el análisis profundo que merece, para centrarnos en lo sustancial del proceso de amparo.

2.2 Partes plurisubjetivas.

Un segundo punto a tener presente, es la legitimación activa en el proceso. Lo interpone el padre, pero los derechos amparados son principalmente los del menor. Como se puede apreciar en el fallo, podemos distinguir por la parte actora, el padre y el menor al cual se le designa un defensor de oficio. Por la parte demandada, la madre, la institución médica donde se inició el trámite y ASSE.

2.3 El derecho a la vida como valor supremo y protegido desde la concepción.

En fallo se discute cuál es el alcance del derecho a la vida y del derecho a la protección en el goce de la vida en el régimen jurídico vigente. Así debe analizarse especialmente la Constitución, la normativa internacional y las leyes.

Discutir el alcance, implica y se vuelve vital en este caso, el alcance temporal de la protección del derecho a la vida. Es decir, ¿desde cuándo hay derecho a la vida? Lo que necesariamente lleva a cuestionarse ¿desde cuándo hay vida? Sin duda este fue uno de los puntos más debatidos en proceso de la elaboración de la Ley I.V.E., y debatido desde todas las perspectivas. En el presente, se intentará señalar cuál es la posición del ordenamiento jurídico.

2.4 La colisión de derechos.

En el caso hay varios derechos en juego. El mencionado derecho a la vida, pero a su vez, derecho a la dignidad, el derecho a la paternidad, el derecho a la maternidad, el derecho de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo y el derecho a abortar.

Es menester analizar si el derecho a la vida cuenta con supremacía respecto de los demás derechos, pues en ese caso existiría una herramienta que permitiría resolver la colisión con otros derechos cuando la vida está en juego¹.

En el mismo sentido, cabe un análisis de los requisitos establecidos en la Ley 18.897 para el ejercicio del derecho allí otorgado (derecho a abortar). Dado que la argumentación del fallo entiende que no se probó su cumplimiento.

1 Tenemos presente que existen diversas posturas respecto de cómo resolver situaciones en las cuales hay más de un derecho en juego y parecería que habría que priorizar, ponderar, jerarquizar, según la vía que se entienda más adecuadas para resolver los conflictos o aparente conflicto. Dado que es una nota de jurisprudencia y se excedería el objetivo de la misma, no realizaremos un análisis profundo de los distintos métodos propuestos. Sin embargo, invitamos a la lectura de las opiniones de CIANCIARDO (CIANCIARDO, Juan, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Pamplona, Editorial Universidad de Navarra (EUNSA), 2000) y SERNA y TOLLER (SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, Buenos Aires, La Ley, 2000).

2.5 Configuración de la ilegitimidad manifiesta.

El amparo en nuestro derecho cuenta con más requisitos que la “ilegitimidad manifiesta”. De los artículos 1 y 2 de la Ley 16.011² se desprenden los requisitos objetivos. Así pueden distinguirse a) acto, hecho u omisión, b) lesión o amenaza de lesión, c) derecho o libertad protegido por la Constitución salvo habeas corpus, d) ilegitimidad manifiesta y e) inexistencia de otros medios judiciales o administrativos que protejan el derecho o que existan, pero sean ineficaces³.

3. Solicitud declaración de inconstitucionalidad y acción de amparo.

Es importante tener presente que la Ley de amparo prevé la compatibilidad entre ambas solicitudes⁴. No obstante, la ley únicamente refiere a la solicitud de declaración de inconstitucionalidad por vía de oficio o excepción.

El actor interpuso ambas solicitudes ante el Juzgado Letrado de Mercedes, cuando en realidad todavía no existía un procedimiento judicial pendiente, hipótesis en las que no se configura la vía de excepción o de oficio⁵.

2 Artículo 1º.- *Cualquier persona física o jurídica, pública o privada, podrá deducir la acción de amparo contra todo acto, omisión o hecho de las autoridades estatales o paraestatales, así como de particulares que en forma actual o inminente, a su juicio, lesione, restrinja, altere o amenace, con ilegitimidad manifiesta, cualquiera de sus derechos y libertades reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución (artículo 72), con excepción de los casos en que proceda la interposición del recurso de “habeas corpus”.*

La acción de amparo no procederá en ningún caso:

A) *Contra los actos jurisdiccionales, cualquiera sea su naturaleza y el órgano del que emanen. Por lo que refiere a los actos emanados de los órganos del Poder Judicial, se entiende por actos jurisdiccionales, además de las sentencias, todos los actos dictados por los Jueces en el curso de los procesos contenciosos;*

B) *Contra los actos de la Corte Electoral, cualquiera sea su naturaleza;*

C) *Contra las leyes y los decretos de los Gobiernos Departamentales que tengan fuerza de ley en su jurisdicción.*

Artículo 2º.- *La acción de amparo sólo procederá cuando no existan otros medios judiciales o administrativos que permitan obtener el mismo resultado previsto en el literal B) del artículo 9º o cuando, si existieren, fueren por las circunstancias claramente ineficaces para la protección del derecho. Si la acción fuera manifiestamente improcedente, el Juez la rechazará sin sustanciarla y dispondrá el archivo de las actuaciones.*

3 La determinación de los elementos objetivos tiene variaciones en doctrina en cuanto a su categorización o nombre, pero sustancialmente coinciden en los elementos señalados (RISSO FERRAND, M., *Derecho Constitucional*, t.I, Ed. FCU, Montevideo, 2015, pág. 532; CORREA FREITAS, R. *Derecho Constitucional Contemporáneo*, t.I, Ed. FCU, Montevideo, 2013, pág. 306; FLORES DAPKEVICIUS, R., *Amparo, Hábeas Corpus y Habeas Data*, Ed. B de F, Montevideo, 2004, pág. 140).

No obstante, VIERA señala que también es requisito objetivo que el daño que pueda generarse sea irreparable (VIERA, L., *Ley de amparo*, Ed. IDEA, Montevideo, 1993, pág. 21.). De todos modos, otra parte de la doctrina ha señalado que en virtud de que no existe exigencia constitucional o legal, no puede entender como requisito (OCHS OLAZABAL, D., *La acción de amparo*, Ed. FCU, Montevideo, 2001, pág. 56; BIASCO MARINO, E., *El amparo general en el Uruguay*, Ed. AEU, Montevideo, 1999, pág. 260; RISSO FERRAND, M., *op. cit.*, pág. 532).

Advertimos que, en el presente caso, en caso de entenderse que es un requisito necesario, se cumpliría con él sin inconvenientes. Dado que se analiza si continuar un embarazo o no y la interrupción no permitiría regreso al estado anterior (de embarazo).

4 Artículo 12, inciso 2 de la Ley 16.011: *Cuando se planteara el recurso de inconstitucionalidad por vía de excepción o de oficio (ley 13.747, de 10 de julio de 1969) se procederá a la suspensión del procedimiento sólo después que el Magistrado actuante haya dispuesto la adopción de las medidas provisionales referidas en el artículo 7 de la presente ley o, en su caso, dejado constancia circunstanciada de las razones de considerarlas innecesarias.*

5 Art. 258 de la Constitución: ...2º) *Por vía de excepción, que podrá oponer en cualquier procedimiento judicial.*

El Juez o Tribunal que entendiere en cualquier procedimiento judicial, o el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en su caso, también podrá solicitar de oficio la declaración de inconstitucionalidad de una ley y su inaplicabilidad, antes de dictar resolución.

En este caso y en el previsto por el numeral 2º), se suspenderán los procedimientos, elevándose las actuaciones a la Suprema Corte de Justicia.

Ello permite sostener que lo más ajustado a las hipótesis normativas hubiese sido la solicitud de declaración de inconstitucionalidad por vía de acción ante la Suprema Corte de Justicia y la acción de amparo ante el Juzgado Letrado de Mercedes.

Sin embargo, debe tenerse presente que la cuestión permite su separación. Por un lado, la acción de inconstitucionalidad debía ser remitida ante la Suprema Corte de Justicia, en este sentido el Juez de amparo tiene la posibilidad legal de subsanar los vicios de procedimiento, como lo podrían ser en el caso a estudio. Por otro lado, la jueza actuante debía conocer acerca de la acción de amparo, con independencia del trámite transcurrido ante la Suprema Corte de Justicia. En tanto siendo realmente por vía de acción, se trata de dos procesos jurisdiccionales independientes.⁶

Advertimos, que en caso de entenderse que se trata de una acción interpuesta en el proceso de amparo (lo cual la englobaría dentro de la vía de excepción), el juez del amparo igualmente puede conocer sobre el fondo del asunto en tanto debe tomar medidas provisionales que entienda pertinente antes de la suspensión del proceso.

Añadimos que la complejidad puede estar dada, en tanto al interponerse en forma conjunta, los argumentos utilizados por el actor en su pretensión sean coincidentes para el amparo y la inconstitucionalidad.

En este caso, debe tenerse presente que amparo regulado por la Ley 16.011 no puede ser contra la ley⁷. Por tanto, los argumentos esgrimidos en el proceso de amparo no pueden atender a si la ley es constitucional o inconstitucional.

De todos modos, que exista una acción de inconstitucionalidad contra la Ley 18.897 no implica que el amparo planteado sea contra la ley y no contra un acto, hecho u omisión.

En este sentido, la Ley I.V.E podría entenderse como de operatividad inmediata, lo cual implica que no requiere un acto concreto de aplicación, sino que produce efectos por sí misma. En este caso, se permite abortar a la mujer que se encuentra en las hipótesis señaladas por la ley dentro las primeras doce semanas. En estos casos, siguiendo al profesor VIERA, *“las consecuencias inmediatas que producen tales leyes pueden tornar ilusorio*

Art. 510 del Código General del Proceso: Acción o excepción. Cuando la declaración de inconstitucionalidad se solicitare por las personas a que se refiere el numeral 1° del artículo anterior, podrá ser promovida: 1) Por vía de acción, cuando no existiere procedimiento jurisdiccional pendiente. En este caso, deberá interponerse directamente ante la Suprema Corte de Justicia. 2) Por vía de excepción o defensa, que deberá oponerse ante el tribunal que estuviere conociendo en dicho procedimiento.

6 CASSINELLI MUÑOZ ha enseñado que *“cuando la cuestión de inconstitucionalidad aparezca en un procedimiento judicial, el interesado puede solicitar la declaración por vía de acción o vía de excepción. No hay en ello una anomalía procesal, pues muchas veces una misma cuestión puede pedirse en juicio autónomo o demandarse incidentalmente en otro juicio”* (CASSINELLI MUÑOZ, H., Vías y efectos de la solicitud de declaración de inconstitucionalidad, en *Estudios jurídicos en memoria de Eduardo J. Couture*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1957, pág. 143).

En el mismo sentido RISSO FERRAND refiriéndose a la vía de acción expresa que: *“es incorrecto pensar, al analizar la Carta, que este camino sólo procede cuando no haya juicio en trámite, ya que nada en la Constitución prohíbe que, sustanciándose un proceso judicial, el interesado accione directamente ante la Suprema Corte en vía principal y no incidental. En muchos casos esta variante convendrá a los intereses del accionante, ya que como se verá a continuación, con la vía de excepción se paraliza el procedimiento en trámite hasta el pronunciamiento de la Corte, mientras que con la vía de acción, permite que el juicio siga adelante...”* (RISSO FERRAND, M., *op. cit.*, pág. 197).

7 Artículo 1 de la Ley 16.011: *...La acción de amparo no procederá en ningún caso:... C) Contra las leyes y los decretos de los Gobiernos Departamentales que tengan fuerza de ley en su jurisdicción.*

*el proceso de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia. Es teóricamente posible acudir, en ese caso, al amparo siempre y cuando, por supuesto se prueben todos los requisitos que lo ameritan*⁸.

Por tanto, entendemos que sin perjuicio del análisis más exhaustivo que puede llevar la compatibilidad y análisis procesal de ambas acciones, son compatibles y los defectos en la interposición de la acción de inconstitucionalidad no afectan la acción de amparo y la interposición conjunta no genera que sea un amparo contra la Ley.

El amparo en el caso es contra la madre, la institución médica y ASSE, en este caso contra un acto, particularmente la interrupción voluntaria de un embarazo.

Es claro que el acto contra el cual se interpone el amparo no es pasado ni presente al momento de interponerse el amparo, sino que es futuro. El aborto no se había realizado, ni se estaba realizando, sino que realizaría. Por ello nos encontramos en la hipótesis del amparo preventivo.

El amparo preventivo se configura según FLORES DAPKEVICIUS cuando “*se amenaza causar un daño*”⁹. La propia ley es la que contempla el amparo preventivo, en tanto en su artículo 1 no solo refiere a lesión, restricción o alteración, sino también a amenazas¹⁰.

Del mismo modo BIASCO MARINO señala que en el caso del amparo preventivo se debe atender a que el evento lesivo sea inminente¹¹.

Se evidencia que la interrupción voluntaria del embarazo, en caso violentar manifiestamente un derecho humano amparado en la Carta (lo cual se analizará más adelante), sería acto lesivo cuya inminencia surge del caso en tanto la madre ya manifestó “*estaba llevando adelante un trámite ante CAMS para poner fin al embarazo no siendo su deseo dar a luz al niño*”.

4. Partes plurisubjetivas

La legitimación plantea una cuestión interesante, en tanto normalmente quien inicia el amparo busca la protección de un derecho o libertad reconocido por la Constitución que entiende que se ha vulnerado o va a ser vulnerado a si mismo.

GELSI BIDART señala que el “*sujeto activo, o actor, o legitimado activo en este proceso, es todo el que alegue (‘a su juicio’ art. 1o.) ser titular de un derecho o libertad garantido por la Constitución (art. 72) y que se encuentre en inminente riesgo o ante la actual violación de los mismos,*

8 VIERA, L., *op. cit.*, pág. 24.

La misma preocupación advertía BIASCO MARINO al señalar que la que “*...en muchas circunstancias, la ley inconstitucional causará el daño sin que el habitante de la República pueda obtener de la Suprema Corte un pronunciamiento acerca de su irregularidad jurídica*” (BIASCO MARINO, E., *op. cit.*, pág. 149).

9 FLORES DAPKEVICIUS, R., *op. cit.*, pág. 142.

10 VIERA, L., *op. cit.*, pág. 14.

11 BIASCO MARINO, E., *op. cit.*, pág. 252.

*ilegitimidad manifiesta*¹².

En el mismo sentido el artículo 1 de la ley de amparo señala que se trata de “*cualquier persona*”. En ese contexto el profesor OCHS señala que se trata no solo de “*los titulares de un derecho subjetivo sino también los titulares de un interés legítimo*”¹³.

De la sentencia surge que el padre “*tuvo que activar los mecanismos legales tendientes a la protección de la vida del hijo en común*”.

Entendemos que no está en debate que el padre cumple con la calidad de persona, en este caso física y se ajusta al comienzo del artículo 1° de la ley de amparo. Sin embargo, si leemos el resto del artículo 1° y seguimos el concepto de GELSI BIDART y lo cotejamos con lo expuesto en el resultado del fallo, el titular del derecho en debate que se vulneraría (la vida) no sería el padre sino el “*hijo en común*”.

Un primer punto y meollo de todo el problema es determinar si el “hijo en común” tiene vida y por tanto puede considerarse persona. Nótese que nos encontramos ante un embarazo de menos de 12 semanas y no es unánime que en dicha etapa exista vida y por tanto estemos ante una persona que tenga legitimación activa en el proceso de amparo.

Advertimos que el punto lo trataremos en el siguiente apartado de este trabajo. Mientras tanto podemos adelantar dos conclusiones.

Si entendemos que no existe vida y por tanto tampoco persona, no existe legitimación activa en el caso a analizar y por tanto el análisis terminaría allí. Pues, la ley al referir al legitimado señala “*cualquier persona*”.

Por otra parte, si en dicha etapa del embarazo existe vida, se puede entender que por ende también existe un sujeto legitimado que puede tener un derecho subjetivo vulnerado o un interés legítimo.

Lo es que es evidente, es que en caso de que el “hijo en común” tenga vida y sea legitimado, la realidad nos presenta la dificultad que no puede apersonarse al proceso por sí mismo.

No obstante, ello no impide ser sujeto activo en el amparo. La ley permite que la acción de amparo sea deducida por otras personas en lugar del legitimado. Puede ser deducida “*por ascendiente, descendiente, pariente por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado, cónyuge, socio o comunero o que posea algún interés común que legitime esa actuación*”¹⁴

12 GELSI BIDART, A, *Proceso de amparo en la ley de Uruguay*, Ed. La Ley Online Uruguay, Montevideo, 2009, cita online UY/DOC/466/2009.

13 OCHS OLAZABAL, D., *op. cit.*, pág. 36.

14 Artículo 41 del Código General del Proceso.

El artículo 4 de la Ley 16.011 prevé que la “...acción de amparo deberá ser deducida por el titular del derecho o libertad lesionados o amenazados, pero si éste estuviera imposibilitado de ejercerla podrá, en su nombre, deducirla cualquiera de las personas referidas en el artículo 158 del Código de Procedimiento Civil...”. Cabe aclarar que tras la posterior aprobación del Código General del Proceso, la referencia al artículo 158 del Código de Procedimiento Civil se entiende realizada al artículo 41 del Código General del Proceso (GELSI BIDART, A, *op. cit.*; FLORES DAPKEVICIUS, R., *op. cit.*, pág. 152; BIASCO MARINO, E., *op. cit.*, pág. 181).

En consecuencia, es clara la posibilidad del padre (ascendiente o con interés común) de iniciar la acción de amparo dado su “hijo” se encuentra imposibilitado. Pero como señalamos, como paso previo, debe determinarse si hay vida, para amparar el derecho a la vida en su caso.

5. El derecho a la vida como valor supremo y protegido desde la concepción

5.1 Derecho a la vida como valor supremo

En el caso, la jueza Pura Book sustenta gran parte de su argumentación el derecho a la vida del “hijo”. Señala que la interrupción voluntaria del embarazo realizada sin los requisitos exigidos por la ley vulnera el derecho a la vida del concebido.

En primer lugar, es importante definir el derecho a la vida. En este sentido, el profesor JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA sostuvo que *“el derecho a la vida es, en primer lugar, el derecho a vivir y a sobrevivir, todos y siempre. Pero es, además, el derecho a cierta seguridad y confort mínimo”*¹⁵.

En el mismo sentido BLENGIO VALDÉS sostiene que el *“derecho a vivir supone no solamente sobrevivir a determinados hechos que pueden determinar la muerte sino también la satisfacción de necesidades básicas de la persona...”*¹⁶.

Si bien es importante tener presente, el alcance del derecho a la vida, debemos advertir que incluso aunque se adopte un concepto totalmente restringido de derecho a la vida, igualmente continuaría siendo principal derecho en juego en el caso. Es decir, lo que debate en el caso no respecto de la “calidad de vida” sino de vida y muerte.

La protección del derecho a la vida se encuentra plasmada principalmente en el artículo 7 de la Carta. No obstante, debe advertirse, que no es la única norma constitucional que lo protege y tampoco se protege únicamente en el texto constitucional¹⁷. En tal sentido existen numerosos instrumentos internacionales que refieren al derecho a la vida, entre ellos la Convención Interamericana de Derechos Humanos (“CIDH”) y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, ambos ratificados por Uruguay¹⁸.

Es menester señalar, que el derecho a la vida no solo se encuentra protegido en diversas normas, sino que en nuestro derecho se encuentra especialmente protegido. Señalamos especialmente, porque goza de una protección superior a los restantes derechos reconocidos en la Constitución.

En primer lugar, la vida es un derecho absoluto, *“es el único que no puede ser limitado*

15 JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, J., *La Constitución Nacional*, t. II, Ed. Medina, Montevideo, 1946, pág. 26.

16 BLENGIO VALDÉS, M., *Código de Derechos Humanos*, Ed. Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2010, pág. 36.

17 RISSO FERRAND, M., Síntesis de la regulación constitucional de los derechos fundamentales en el Uruguay, en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, Tomo 12, Número 67-71, Montevideo, 1996, pág. 652.

18 MONTERO, A., El derecho a la vida: su problemática en el Uruguay de hoy, en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, año 14, n° 27, Montevideo, 2015, pág. 138.

por ley”¹⁹. Así GUARIGLIA que el artículo 7 de la Carta debe leerse junto con el artículo 26²⁰ de la misma. En tanto el mismo refuerza la idea de que no existe posibilidad de limitarlo²¹.

En segundo lugar, aunque no estuviera el artículo 26 o se optara por una interpretación distinta del mismo, el derecho a la vida sigue siendo derecho con mayor jerarquía sobre los restantes. La jerarquía no es normativa, sino que es impuesta por la realidad.

En este contexto CAIROLI ha expresado que la vida “es el primero y más importante de los bienes individuales y condición indispensable para la existencia de todos los demás...”²².

Así, SANDONATO explica que “la vida goza de una especial jerarquía en relación a los restantes DDHH al constituir el presupuesto esencial para el ejercicio de los restantes derechos. ¿De qué sirve proteger la libre asociación si no se protege el derecho a la existencia de los asociados?”²³

La vida como valor supremo debe tenerse presente al momento de analizar la colisión entre distintos derechos humanos, dado que la misma como vimos se encuentra en una relación de primacía²⁴. Relación de primacía que se traduce en imposibilidad de ser limitado. Lo cual permite concluir, siguiendo a VENTURINI y TABAKIAN, que “la vida y la muerte están por encima de toda decisión del ser humano”²⁵.

5.2 La protección del derecho a la vida desde la concepción

En segundo lugar, el punto de debate es si el “hijo en común” tiene derecho a la vida o no. Como se señalaba anteriormente, la respuesta a este punto determina si existe o no legitimación para promover el proceso de amparo.

La cuestión puede plantearse de diversas formas, ¿desde cuándo hay derecho a la

19 KORZENIAK FUKS, J., *La Constitución explicada y un poco de humor*, Ed. FCU, Montevideo, 2007, pág. 47.

20 Artículo 26 de la Constitución: “A nadie se le aplicará la pena de muerte...”.

21 GUARIGLIA, C., *El conflicto entre los derechos fundamentales*, Ed. AMF, Montevideo, 2007, pág. 141.

En el mismo sentido se expresa MAZZEO SENA (MAZZEO SENA, D., *La justicia en la protección del derecho humano a la vida*, en el derecho positivo uruguayo, en *Revista de Derecho Público*, n°28, Ed. FCU, Montevideo, 2005, pág. 126.)

22 CAIROLI MARTÍNEZ, M., *Tutela de la vida humana*, Ed. La Ley Online Uruguay, Montevideo, 2015, cita online UY/DOC/480/2015.

En términos muy similares se expresó la Corte Suprema argentina, estableciendo que la vida “constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental”. (SANTIAGO, A., *A un año de un fallo trascendente en relación con el Derecho a la Vida*, Ed. La Ley Online Uruguay, Montevideo, 2003, cita online AR/DOC/10382/2003).

23 SANDONATO, P., Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas internacionales de la legalización del aborto en el Uruguay, *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, Año 15, Número 18, Ed. FCU, Montevideo, 2005, pág. 298.

24 Cabe destacar que la doctrina es conteste al señalar que el derecho a la vida tiene mayor jerarquía respecto de los restantes derechos humanos. (ERMIDA FERNÁNDEZ, M., *Comentario a la sentencia del TCA No 598/2015: Interrupción Voluntaria del Embarazo IVE*, Ed. La Ley Uruguay Online, Montevideo, 2016, cita online UY/DOC/278/2016; FLORES DAPKEVICIUS, R., *op. cit.*, pág. 29; CORREA FREITAS, R., *op. cit.*, pág. 240; VERGARA, V; TRINGOLO, Á; BUENO, S; BRESQUE, S; Algunos comentarios a la ley de ‘interrupción voluntaria del embarazo’ y su decreto reglamentario: Reflexiones sobre una reglamentación que ya evidenció sus falencias, en *Revista de Derecho y Tribunales*, Número 21, Ed. AMF, Montevideo, 2015, pág. 136; BLENGIO VALDÉS, M., *Manual de Derechos Humanos*, Ed. Ediciones del Foro, Montevideo, 2016, pág. 162; DUHAGÓN, B., *La vida, principal bien jurídico a defender*, *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, año 4, número 7, Montevideo, 2005, pág. 5).

25 VENTURINI, B; TABAKIAN, M., ¿Existe el derecho a no nacer?, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo XXXVI, Ed. FCU, Montevideo, 2006, pág. 709.

vida?, ¿desde cuándo hay vida?, ¿desde cuándo se es persona?, entre otras. O en el caso puntual, ¿si el resultado de la concepción dentro de las 12 semanas tiene vida?

Debe tenerse presente que hay diferencias en cuanto la causa de ser persona. HOWARD señala que *“el concepto de persona es jurídico”*²⁶. Es decir que es el Derecho el que brinda la categoría de persona. Mientras que, por otro lado, ALTIERI entiende no es la norma la que otorga la categoría de persona, sino que *“necesariamente son personas... todos los seres humanos”*²⁷.

De igual forma, entendemos que siguiendo la tesis de uno u otro autor llegamos a una misma conclusión: el derecho a la vida se encuentra protegido desde la concepción. Así HOWARD añade luego, que *“si bien el término persona es de naturaleza jurídica, en los tiempos que corren todo ser humano, por el hecho ser tal, es persona”*²⁸.

Debe señalarse que no es unánime la respuesta a la pregunta ¿desde cuándo se es persona? Las respuestas, con matices, han sido principalmente tres: a) a las 24 horas del nacimiento y habiendo nacido viable, b) desde el nacimiento y c) desde la concepción²⁹.

En cuanto a la respuesta “a” entendemos que se aplican por analogía normas sucesorias del Código Civil que generan un efecto totalmente restrictivo de los Derechos Humanos, contrario a los principios que rigen la materia.

Traemos a colación lo señalado por YGLESIAS en tanto la viabilidad y 24 horas son requisitos para adquirir derechos patrimoniales, no así el resto de los derechos, particularmente Derechos Humanos. Así, explica que *“con carácter general...la capacidad de derechos que tiene el concebido en materia patrimonial está supeditada al hecho de nacer viable y vivir 24 horas naturales, en la forma prevista por el artículo 216 del C. Civil”*³⁰.

A su vez, el profesor LANGÓN CUÑARRO al estudiar el homicidio señala que *“la vida humana es valiosa y protegida por la ley cualquiera sea la condición de viabilidad de la persona, o las posibilidades de vida ‘normal’”*³¹.

En cuanto a si la respuesta es “b” o “c” (nacimiento o concepción), la doctrina comienza por analizar el artículo 21 del Código Civil Uruguayo³².

Siguiendo a ORDOQUI, se presenta *“la necesidad de definir qué es lo que se entiende por individuo”*. En esta línea el autor plantea que dado que el legislador no ha definido lo que es individuo ni ha establecido limitaciones, debe considerarse que se trata de *“todo sujeto*

26 HOWARD, W., *Derecho de la persona*, vol. 1, Ed. Universidad de Montevideo, Montevideo, 2016, pág. 26.

27 ALTIERI, S., *El estatuto jurídico del cigoto ¿persona o cosa?*, Ed. Universidad de Montevideo, Montevideo, 2010, pág. 91.

28 HOWARD, W., *op.cit.*, pág. 33.

29 MENDIVE DUBOURDIEU, A., *Aborto*, Ed. La Ley Uruguay Online, Montevideo, 2013, cita online UY/DOC/27/2013.

30 YGLESIAS, A., *Sobre la personalidad, su inicio y su fin*, en *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, Año 8, Número 10, Ed. FCU, Montevideo, 1995, pág. 89.

31 LANGÓN CUÑARRO, M., *Código Penal Uruguayo y leyes complementarias comentados*, Ed. Universidad de Montevideo, Montevideo, 2017, pág. 802.

32 Artículo 21 del Código Civil: *“Son personas todos los individuos de la especie humana....”*.

de la especie humana que haya logrado totalidad e individualidad en cuanto a tal”³³. Asimismo, el autor señala que “el Derecho no puede ninguna manera definir qué es una persona; si acaso, caracterizarla de acuerdo a sus normas y a sus exigencias. Decir qué es persona **corresponderá a las ciencias naturales y a la filosofía**”³⁴.

Desde un punto de vista filosófico, ETCHEVERRY ha señalado que “el fundamento de los derechos humanos es la condición de ser un **individuo de la especie humana, persona, ser único e irrepetible, dotado de una dignidad propia e intransferible que comienza en la concepción y se actualizará, se proyectará de ahí en adelante hasta el momento en que su vida se termine**”³⁵.

En el mismo sentido se ha pronunciado LANZIANO, quien desde una explicación de carácter más biológico explica que la concepción “se inicia con la **comunidad sexual de las células germinales masculina y femenina...**, y aclara que ...*algunas corrientes científicas consideran que la fertilización por el espermatozoide en el óvulo, inicia con la fecundación, en un proceso denominado singamia, que culmina entre las 18 y 24 horas inmediatas, en el que se funde la combinación cromosómica, que origina el huevo, primera célula del ser humano, denominada cigoto, en función de la cual, la concepción se produciría, recién en ese momento*”³⁶.

MONTANO, PUERTO e IGLESIAS entienden que el hecho de “[q]ue la ley diga que hay persona humana desde el momento de la concepción es la consecuencia lógica de que el Derecho sigue la realidad. Si dijese lo contrario, la norma atentaría contra la Justicia y dejaría de ser ley”³⁷.

33 ORDOQUI, G., *Daños y perjuicios causados al concebido aún no nacido*, Ed. Acali, Montevideo, 1984, pág. 10. Ver también ORDOQUI, G., Protección de los derechos del concebido, en *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, Año 4, Número 5, Ed. FCU, Montevideo, 1990, pág. 137.

34 ORDOQUI, G., *op. cit.*, pág. 10.

35 ETCHEVERRY ESTRÁZULAS, N., ¿Hay vidas y personas de segunda clase?, en *Veto al aborto*, Ed. Universidad de Montevideo, Montevideo, 2012, pág. 50.

36 LANZIANO, W., *El aborto y el derecho a la vida*, Ed. FCU, Montevideo, 2003, pág. 19.

Tenemos presente que hay opiniones que sujetan la calidad de “individuo” a la viabilidad, por lo cual un cigoto sería totalmente inviable fuera del útero y se encontraría excluido del concepto de individuo. En este sentido el Colegio de Bioética de México señaló que “el embrión de 12 semanas no es un individuo biológico, ni mucho menos una persona: **carece de vida independiente**, ya que es totalmente inviable fuera del útero. El desarrollo del cerebro está apenas en etapas iniciales y no se han establecido conexiones nerviosas que caracterizan al ser humano. El embrión, por tanto, no experimenta dolor ni ninguna otra percepción sensorial”. (FERNÁNDEZ CHIOSSONI, M; SPINETTI HONORIO, M; Dos casos recientes de despenalización del aborto: Portugal y México D.F., en *Revista de Derecho Penal*, Número 17, Ed. FCU, Montevideo, 2008, pág. 91).

Estimamos pertinente lo señalado por ALTIERI en cuanto explica que “en el caso del ser humano su constitución ontológica de ‘persona’ exige respetar su modo de ser, un ser con autonomía (al menos, potencial) y por tanto, llamado a dirigirse a sí mismo, aunque, de hecho, no lo haga o no pueda hacerlo (como por ejemplo cuando se está en coma o durmiendo). no pierde su dignidad ontológica quién está en coma, ni aún quien padece de un severo trastorno mental congénito y nunca ha podido hacer un uso consciente de sus facultades racionales”. (ALTIERI, S., La dignidad intrínseca de todo ser humano, en *Veto al aborto*, Ed. Universidad de Montevideo, Montevideo, 2012, pág. 77). La situación en la que encuentra el embrión o incluso el cigoto, que carece de posibilidad momentánea de realizar las actividades intelectivas o de contar con autonomía, son asimilables a las hipótesis planteadas por el profesor ALTIERI, en tanto en estos casos tampoco se perdería la dignidad intrínseca.

37 MONTANO, P; PUERTO GONZÁLEZ, J; IGLESIAS MÉNDEZ, M; *Derecho Médico Uruguayo*, Ed. Universidad de Montevideo, Montevideo, 2005, pág. 216.

Un segundo elemento de análisis son las normas constitucionales al respecto. En este caso se pueden encontrar involucradas varias disposiciones constitucionales, entre ellas: artículos 7³⁸, 26³⁹ y 72⁴⁰ de la Carta.

Debemos tener presente que la Constitución no aclara a texto expreso desde cuando hay vida⁴¹. Y además que el artículo 7 al referir a la protección en el goce del derecho a la vida, refiere a “habitantes”.

Sin embargo, RISSO FERRAND al estudiar el artículo 7 expresa “no tengo dudas en cuanto que el *nasciturus*, feto o no nacido -como prefiera llamárselo- cuenta con la misma protección que a los habitantes de la República confiere el artículo 7. Y esto, bien por la vía de interpretar en forma amplia la expresión habitantes del artículo 7° o bien por la lógica e inevitable complementación de dicha norma en los términos del artículo 72”⁴².

Entendemos que el término “habitantes” utilizado por el constituyente presenta dificultades si únicamente nos limitamos a una interpretación literal del artículo y sin estudiarlo en el contexto normativo. Adviértase, que habitante solo se podría ser desde el nacimiento. Según JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA habitante serían “no solo el hombre que tiene su domicilio en la República... sino también... el simple transeúnte, el turista”⁴³.

Con respecto a las dificultades del término habitante, incluso en caso de que se entienda que excluye a texto expreso al no nacido, puede recurrirse a otras disposiciones normativas que amplían el contenido del artículo 7.

El artículo 26 la Carta, es de vital importancia a la hora de estudiar la vida como un derecho absoluto o valor superior de la Constitución. Aun así, puede no ser un argumento para negar la legitimidad del aborto. Pues si hay muchos otros, pero particularmente el artículo 26 no lo sería. De hecho, GROS ESPIELL al estudiar el artículo, señaló “en ninguno de los comentarios que he leído, se razona sobre si esta prohibición de la pena de muerte tiene una proyección respecto del aborto. Yo creo que no. Creo que el artículo 26 se refiere a la aplicación de la pena de muerte a los habitantes de la República, es decir a las personas físicas que habitan el territorio de la República”⁴⁴.

Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 72 juega un papel preponderante, al incluir en el ordenamiento jurídico todos los derechos que “son inherentes a la personalidad humana”. Cláusula, que siguiendo a ESTEVA GALLICCHIO, permite señalar que “el derecho a la vida del concebido no nacido es uno de los derechos no enumerados o no enunciados por la Constitución”⁴⁵.

38 Artículo 7°.- Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecen por razones de interés general.

39 Artículo 26.- A nadie se le aplicará la pena de muerte.

40 Artículo 72.- La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno.

41 BLENGIO VALDÉS, M., *op cit*, pág. 164.

42 RISSO FERRAND, M., *op, cit*, pág. 563.

43 JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, J., *op. cit.*, pág. 24.

44 GROS ESPIELL, H; GRELA, C; Derecho a la vida – Aborto, en Seminario permanente de Educación en Derechos Humanos, UDELAR, Ed. FCU, Montevideo, 2000, pág. 160.

45 ESTEVA GALLICCHIO, E., El orden constitucional uruguayo, en *Veto al aborto*, Ed. Universidad de Montevideo,

Es tal la relevancia del artículo 72, que algunos autores explican que la protección del derecho a la vida desde la concepción existe únicamente gracias a su incorporación en el texto positivo.

Así, MANZONI RUBIO entiende a raíz del análisis de los artículos 7 y 26 “*que no existe en la Constitución ninguna norma explícita que proteja la vida del feto, razón por la cual, si de las referencias explícitas dependiera el legislador tendría libertad para establecer la solución que quisiera en materia de aborto: permisiva o prohibitiva. Pero como adelantamos, la cuestión no es tan sencilla. En nuestra Constitución debemos estudiar el problema normativo desde la perspectiva del art. 72*”⁴⁶.

Como se ha señalado, desde el Código Civil como desde la Constitución, haciendo una interpretación a favor de los Derechos Humanos, puede interpretarse que se es persona desde la concepción. Todas normas que no lo señalan a texto expreso.

Pero es posible proporcionarle al lector, un tercer recurso, la normativa internacional, donde si existe normativa expresa que protege el derecho a la vida desde la concepción.

Particularmente, es importante tener presente a luz de todo lo anterior, el artículo 4.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos⁴⁷.

El artículo señala que se deberá proteger la vida desde el momento de la concepción, señalando lo que puede entender como una válvula de escape para ciertas hipótesis al señalarse “en general”.

Si se entiende, la expresión en general es una válvula de escape al punto que un aborto no sería contrario a dicha disposición, debe tenerse presente que estamos en materia de derechos humanos y se debe optar por aquellas normas que protejan de mejor manera el derecho humano. Por un lado, aplicar la **directriz de preferencia** (entre distintas interpretaciones de una norma, optar por la más protectora del derecho) y por otro aplicar la **directriz de preferencia de normas** (entre distintas normas, aplicar la más protectora del derecho)⁴⁸.

Es discutido el alcance de la protección del artículo 4.1. En tal sentido, parte de la doctrina entiende que el aborto estaría habilitado en tanto cabría dentro de las excepciones que prevé la norma.

Hacemos notar, que si bien el presente trabajo se centra en la sentencia de primera instancia el fallo fue apelado. Luego de ser apelado se generó un “aborto espontáneo” lo

Montevideo, 2012, pág. 95.

En el mismo sentido se expresa LANZIANO. (LANZIANO, W., *op. cit.*, pág. 129).

46 MANZONI RUBIO, L., Constitución y aborto, en *Revista de Derecho Público*, n° 26, Ed. FCU, Montevideo, 2004, pág. 83.

47 Artículo 4.1: “*Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente*”.

Aclaremos que la Convención fue ratificada por la Ley 15.737.

48 RISSO FERRAND, M., *Algunas garantías básicas de los Derechos Humanos*, Ed. FCU, Montevideo, 2011, pág. 33.

cual generó que la mayoría del Tribunal de Apelaciones de Familia de 1º Turno entienda que el recurso carecía de objeto y por tanto no debían pronunciarse⁴⁹.

Sin embargo, la Ministra DÍAZ SIERRA presentó su discordia y se pronunció sobre el punto aquí tratado. En el fallo señaló que en el caso Artavia Murillo vs. Costa Rica la Corte Interamericana de Derechos Humanos al interpretar el artículo 4.1 sostuvo que *“la interpretación histórica y sistemática de los antecedentes existentes en el Sistema Interamericano, confirma que no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión”* y agrega que *“la lesión a la vida del concebido en el entendido de que éste es sujeto de derecho -persona-, posición que hoy no puede sostenerse luego del dictado de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”*.

Agrega además RAMOS CABANELLAS, refiriéndose a la interpretación de la Corte IDH en el caso mencionado, que producto de la expresión *“en general”* la misma entiende que la protección del derecho a la vida *“no es absoluta, sino gradual e incremental”*⁵⁰.

Asimismo, parte de la argumentación de la Corte IDH, señala que el embrión nunca podría ser titular y ejercer los derechos consagrados en la Convención. En sentido, tal como señala RAMOS CABANELLAS, se concluiría entonces *“que tampoco serían personas los niños e incapaces, en la medida que ellos no pueden ejercer la totalidad de los derechos que se consagran en la Convención como es el caso de los derechos políticos”*⁵¹.

Contra la dicha interpretación de la Corte IDH se han señalado diversos argumentos.

En primer lugar, ÁLVAREZ COSSI al comentar el fallo de la Ministra DÍAZ SIERRA señala que para interpretar un tratado se debe recurrir a la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados de donde surge que primero hay que estarse a la letra del mismo y en caso de duda a los antecedentes. Concluyendo que *“tanto la letra del 4.1... como de sus antecedentes surge claro que para el instrumento internacional interamericano es persona todo individuo de la especie humana”*⁵².

En segundo lugar, DELPIAZZO advierte que la si bien la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos reconoce el derecho a la vida al igual que la Convención IDH, en el caso europeo no se encuentra expresamente previsto *“que la protección existirá desde el momento de la concepción”*⁵³.

49 Sentencia 44/2017 del Tribunal de Apelaciones de Familia de 1º Turno, disponible en *Base de Jurisprudencia Nacional Pública*.

50 RAMOS CABANELLAS, B., El derecho a la vida, el concepto de concepción, y las técnicas de reproducción humana asistida en la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: caso 'Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica', en *Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, Año 2, Tomo 2, Ed. FCU, Montevideo, 2014, pág. 161.

51 RAMOS CABANELLAS, B., *op cit.*, pág. 162.

52 ÁLVAREZ COZZI, C., ¿Es persona todo individuo de la especie humana? Análisis de la discordia de la Ministra del Tribunal de Apelaciones de Familia de 1er. Turno María del Carmen Díaz Sierra, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo 47, Ed. FCU, Montevideo, 2016, pág. 983.

En el mismo sentido se pronunció SANDONATO, señalando que *“el texto debe ser interpretado de buena fe, en su sentido natural, dando primacía al texto, y la luz del objeto y fin del instrumento”*. (SANDONATO, P., El proyecto de ley de interrupción voluntaria del embarazo y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en *Veto al aborto*, Ed. Universidad de Montevideo, Montevideo, 2012, pág. 109).

53 DELPIAZZO, C., *Dignidad Humana y Derecho*, Ed. Universidad de Montevideo, Montevideo, 2001, pág. 17.

En la misma línea GROS ESPIELL explica que *“la inexistencia de norma expresa sobre el momento en que comienza el derecho a la protección de la vida en la Convención Europea permite mayor libertad jurisprudencial en la interpretación del texto... pero en cambio, en la americana el criterio es otro”*⁵⁴.

Debe tenerse presente, como señala MONTANO, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado el derecho a la vida privada de la mujer ha de ser ponderado *“teniendo en cuenta la existencia de otros derechos y libertades en juego, en particular, los del concebido y no nacido”*⁵⁵.

En el caso, de que la Corte IDH sea entendida como intérprete última de la Convención IDH⁵⁶ en virtud de lo expuesto por el artículo 62 de la misma, la Convención no sería la norma que brinde mayor protección al derecho a la vida en el caso de Uruguay⁵⁷.

En este caso, debemos aplicar la directriz de preferencia de normas y como señala ESTEVA GALLICCHIO *“es posible concluir que la protección constitucional uruguaya es superior a la que establece la Conv. IDH., por lo que no es posible argumentar en base a su texto específicamente sobre la interpretación de las palabras ‘en general’, utilizadas por el artículo 4.1, para limitar lo que el Derecho constitucional uruguayo reconoce en virtud de los arts. 7 y 72”*⁵⁸.

El profesor ALTIERI al estudiar detalladamente el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica* expresó que *“la interpretación del derecho a la vida desde la concepción que hace la Corte en el caso Artavia resulta tan restrictiva que, de ser aplicada, eliminaría la presunción de un derecho a la vida del no nacido, convirtiendo el reconocimiento de éste en la excepción, en lugar de la norma”* y explica que debe optarse por una interpretación distinta a la realizada por la Corte IDH, en tanto, *“una interpretación no restrictiva del art. 4.1 implicaría tener en cuenta principios generales del derecho internacional de los derechos humanos, como son el principio*

54 GROS ESPIELL, H., La Convención Americana sobre Derechos Humanos y la interrupción voluntaria del embarazo, en *Revista Jurídica del Centro de Estudiantes de Derecho*, Año 6, Número 11, Montevideo, 1996, pág. 12.

55 MONTANO, P., Comentario al proyecto de ley de interrupción voluntaria de la gravidez aprobado en Cámara de Senadores el 27.12.2011, en *Revista de Derecho Penal*, Número 20, Ed. FCU, Montevideo, 2012, pág. 299.

56 Advertimos que es debatido en doctrina si la interpretación que la Corte IDH realiza de la Convención IDH es vinculante para cualquier órgano jurisdiccional de los Estados Parte de la misma. En un trabajo conjunto hemos sostenido que la interpretación de la Corte IDH, podría generar efectos generales y abstractos, no obstante, debe optarse siempre por aquella interpretación o medio de protección de DDHH que proteja de mejor manera el DDHH (ÁLVAREZ, C., CEDROLA, P., OLLERO, M., ROJAS, M., RIGUETTI, A., *Valor y fuerza de los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la interpretación del corpus iuris Interamericano: la cosa interpretada.*; en *Revista de Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo*, publicada en el presente número).

57 Cabe destacar que parte de la doctrina uruguaya acompaña la interpretación que la Corte IDH realiza del artículo 4.1 de la Convención IDH, aunque con matices o entiende que existe compatibilidad con el aborto, así BLENGIO VALDÉS (BLENGIO VALDÉS, M., *Ley 18.987 nueva normativa sobre interrupción voluntaria del embarazo*, en *Revista de Derecho Público*, Año 21, Número 42, Ed. FCU, Montevideo, 2012, pág. 114), CASTRO RIVERA, (CASTRO RIVERA, A., *Las razones del Poder Ejecutivo para vetar la modificación del delito de aborto*, en *Revista de Derecho Penal*, Número 18, Ed. FCU, Montevideo, 2009, pág. 18); MALET VÁZQUEZ (MALET VÁZQUEZ, M., *La Ley de Salud Sexual y Reproductiva: un conflicto permanente* (Ley 18.426 de 10. de diciembre de 2008), en *Revista de Derecho Penal*, Número 18, Ed. FCU, Montevideo, 2009, pág. 39), MEZA TANANTA (MEZA TANANTE, F., *Los Derechos Humanos en el veto presidencial al Proyecto de Ley de la Salud Sexual y Reproductiva en Uruguay*; *Revista de Derecho Penal*, Número 18, Ed. FCU, Montevideo, 2009, pág. 59); ADRIASOLA (ADRIASOLA, G., *El modelo uruguayo de despenalización del aborto*, Ed. FCU, Montevideo, 2014, pág. 39); GUZMÁN DALBORA (GUZMÁN DALBORA, J., *El aborto: delito arcaico, punibilidad regresiva y explotación social*, *Revista de Derecho Penal*, Número 20, Ed. FCU, Montevideo, 2012, pág. 220).

58 ESTEVA GALLICCHIO, E., *op. cit.*, pág. 97.

*“pro homine”*⁵⁹, según el cual en caso de duda prevalecerá la interpretación que otorgue mayor protección a los derechos humanos del individuo⁵⁹.

Se puede concluir que de la normativa legal, constitucional e internacional surgen sustentos serios para sostener que el derecho a la vida se protege desde la concepción. Por tanto, coincidimos con la jueza Pura Book en cuanto que “el hijo en común” tiene derecho a la vida y a la protección en el goce.

6. Colisión de derechos

Es importante destacar, que para llegar a este punto de análisis es necesario tener presente que el derecho a la vida se tiene desde la concepción. En caso contrario, “el hijo” no tendría legitimación activa para promover el amparo, en tanto no sería persona y no podría ser titular de ningún derecho o libertad reconocido por la Constitución.

La Dra. BOOK, justamente se paró bajo la tesis de la concepción, entendiendo que el concebido es persona y por tanto titular del derecho a la vida, que como vimos anteriormente, existen razones de porte para sostener tal tesis en el ordenamiento jurídico uruguayo.

En consecuencia, partiremos de la base que desde la parte actora se defiende el derecho a la vida y este es el que colisiona con otros derechos.

Sin embargo, debemos plantearnos en primer lugar si existe en la demandada, puntualmente en la madre, un derecho a interrumpir su embarazo, en segundo lugar, cuáles son las condiciones que exige la Ley 18.897 y su decreto reglamentario para el ejercicio del derecho y en tercer lugar como se resolvería la colisión con el derecho a la vida.

El médico BRIOZZO a la luz de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo del Cairo de 1994 destaca la intención de proteger lo que denomina “*derechos sexuales y reproductivos*”, entre ellos, el derecho al aborto seguro⁶⁰.

En cuanto al concepto médico legal del aborto, BERRO ROVIRA señala que es la “*interrupción voluntaria del embarazo, con muerte del producto de la gestación, independientemente de la edad gestacional y de la expulsión del mismo*”⁶¹.

Podría incluso sostenerse, siguiendo a MALET VÁZQUEZ, que los derechos sexuales y reproductivos se encuentran amparados por el derecho a la salud consagrado en el art. 44 de la Carta. Siguiendo esta línea el aborto podría llegar a ser entendido como parte de la salud sexual y reproductiva⁶².

59 ALTIERI MASSA DAUS, S., *El comienzo de la personalidad jurídica del ser humano en el Derecho Uruguayo*, tesis inédita, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2015, pág. 429-430.

60 BRIOZZO, L., La conferencia de población y desarrollo de El Cairo 1994 y las estrategias para la disminución del aborto inseguro en Uruguay, en *Revista de Derecho Penal*, Número 18, Ed. FCU, Montevideo, 2009, pág.7.

61 BERRO ROVIRA, G., *Medicina legal*, Ed. FCU, Montevideo, 2013, pág. 228.

62 MALET VÁZQUEZ, M., La Ley de Salud Sexual y Reproductiva: un conflicto permanente (Ley 18.426 de 1o. de diciembre de 2008), en *Revista de Derecho Penal*, Número 18, Ed. FCU, Montevideo, 2009, pág. 29.

En el mismo sentido, VERGARA, TRINGOLO, BUENO y BRESQUE, basándose en el derecho positivo, han explicado que *“la circunstancia de que la mujer decida a su sólo criterio abortar, sumada a la obligación que tienen los servicios de asistencia médica integral de llevar a cabo un procedimiento abortivo (Art. 10), dan pauta de que ya no se trata de una eximente de la pena, sino que se está estableciendo al aborto como un derecho”*⁶³.

Debe tenerse presente que el supuesto derecho a abortar parte un género mayor que es el derecho de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo, que como señala BORDES se antepone en la discusión parlamentaria frente al derecho a la vida desde la concepción⁶⁴.

Por otro lado, parte de la doctrina entiende que el derecho a abortar no existe.

En ese mismo orden de ideas, GOROSITO al analizar en aquel proyecto expresa que *“la iniciativa tiende a dotar a la mujer embarazada del poder de dar muerte”*⁶⁵.

De hecho, ZAMBRANO manifiesta que *“es innegable que ciertos sectores de las sociedades pluralistas contemporáneas defienden el aborto como un derecho fundamental de la madre. Pero lo que dichos sectores no comprenden es que hablar de un derecho fundamental a abortar es una contradicción en los términos. Si hay derecho fundamental o humano a abortar, entonces quiere decir que algunos decidimos sobre la dignidad o personabilidad de otros. Y si algunos decidimos sobre quiénes son dignos y quiénes no lo son. O lo que es lo mismo, sobre quiénes son personas y quiénes no lo son, entonces los derechos fundamentales o humanos han dejado de existir. Lo que habría no sería, propiamente, un derecho fundamental o humano a abortar, sino una fuerza injustificada para hacerlo”*⁶⁶.

En primer lugar, debe señalarse que si por un lado hay derecho a la vida y por otro no hay derecho (pues seguimos la línea de que no existe el derecho al aborto), no hay colisión de derechos. La tarea del magistrado se torna en principio más sencilla. Así por un lado hay un sujeto que se encuentra amparado por un derecho (vida) y por el otro una persona que actúa sin derecho.

Debemos marcar, que se ha sostenido que con el aborto se protege también el derecho a la vida la mujer. Así ABRANSISKAS ha señalado que *“el derecho a la vida [pasa] por tener servicios adecuados que la [ayuden] a tomar una decisión en las mejores condiciones posibles y que además le [otorguen] los servicios para respetar su decisión”*. (GROS ESPIELL, H; GRELA, C; *op. cit.*, pág. 180).

63 VERGARA, V; TRINGOLO, Á; BUENO, S; BRESQUE, S; Algunos comentarios a la ley de ‘interrupción voluntaria del embarazo’ y su decreto reglamentario: Reflexiones sobre una reglamentación que ya evidenció sus falencias, en *Revista de Derecho y Tribunales*, Número 21, Ed. AMF, Montevideo, 2015, pág. 117.

64 BORDES, G., *La ley de interrupción voluntaria del embarazo (Ley 18987)*, Ed. La Ley Uruguay Online, Montevideo, 2012, cita online: UY/DOC/270/2012.

Señala SANDONATO, que *“la mujer tiene derecho a disponer de su propio cuerpo. La mujer tiene derecho a disponer libremente de su propio cuerpo, como también lo tiene el hombre, y como también tiene el naciente derecho a la protección de su condición jurídica”*. (SANDONATO, P., *op. cit.*, pág. 297).

65 GOROSITO ZULUAGA, R., El derecho a la vida: su protección constitucional, en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, Tomo 11, Número 62, Montevideo, 1994, pág. 161.

66 ZAMBRANO, P., *Aborto, consenso democrático y justicia*, Ed. La Ley Online Uruguay, Montevideo, 2006, cita online: AR/DOC/3877/2006.

En el mismo sentido, relato MONTANO que el *“derecho al aborto no se reconoce explícitamente en ningún documento vinculante de derecho internacional. Así lo ha puesto de manifiesto una declaración publicada en San José (Costa Rica) el 25 de marzo de 2011, firmada por juristas, parlamentarios, diplomáticos, académicos y otros expertos en relaciones internacionales, provenientes de distintos países”* (MONTANO, P., *op. cit.*, pág. 302).

En segundo lugar, entendemos que más allá del buen criterio o no, de su constitucionalidad o inconstitucionalidad el derecho positivo uruguayo consagra un derecho al aborto cuando se realiza cumpliendo estrictamente todos los requisitos establecidos en el artículo 3 de la Ley I.V.E. No se tratará seguramente de un derecho humano, pero sí de un derecho que el legislador otorgó.

Es evidente que, si se analiza la colisión entre el derecho a la vida reconocido en la normativa constitucional e internacional versus el derecho a abortar otorgado por ley, va a primar el derecho a la vida.

Puede resolverse de forma sencilla, por jerarquía normativa, el derecho protegido por la Carta prima sobre el derecho creado por ley.

Por otra parte, si recurrimos a la ponderación⁶⁷, desde el comienzo nos encontramos que uno de los derechos en juego es la vida, que en definitiva tiene supremacía sobre el resto de los derechos⁶⁸, como vimos anteriormente.

En este contexto, debe determinarse, por un lado, que la ley crea un derecho al aborto y por otro lado que en caso de que el derecho a abortar sea contrario a la Carta por colisionar con el derecho a la vida, la vía para resolverlo es la acción de inconstitucionalidad.

No obstante, el argumento de la jueza BOOK no es únicamente la colisión de derechos (que por sí sola debería resolverse en la acción de inconstitucionalidad), sino que según expresa la magistrada en el considerando "*los aspectos exigidos [en el artículo 3] no surgen cumplidos*".

Desde nuestra perspectiva, se trata de una ley que limita un derecho humano, ahora la limitación que pretende el legislador sobre la vida, es únicamente y bajo el cumplimiento conjunto de determinados requisitos, no alcanza con encontrarse dentro de las 12 semanas de gestación.

Según el artículo 3 de la Ley I.V.E., la mujer debe informar al médico "*las circunstancias derivadas de las condiciones en que ha sobrevenido la concepción, situaciones de penuria económica, sociales o familiares o etarias que a su criterio le impiden continuar con el embarazo en curso*". Y el mismo artículo, en su inciso final, agrega que "*el equipo interdisciplinario y el médico ginecólogo dejarán constancia de **todo lo actuado** en la historia clínica de la paciente*".

En este sentido ADRIASOLA aclara que "*la petición de la mujer no es una petición sin expresión de causa*"⁶⁹.

67 Explica BLENGIO que "*se traduce, en definitiva, en hacer un balance entre las ventajas e inconvenientes que cierta normativa tiene en relación a los derechos en conflicto*" (BLENGIO, J., Reflexiones sobre una sentencia del Tribunal Constitucional chileno que declara inconstitucional la normativa que permite el uso de la 'píldora del día después', en *Revista Crítica de Derecho Privado*, Número 9, Ed. La Ley Uruguay, Montevideo, 2012, pág. 66).

68 En la misma sintonía GONZÁLEZ MERLANO que "*la ley... se opone al primer derecho humano fundamental, el derecho a la vida, oponiéndose prima facie a la Constitución de la República y al Pacto de San José de Costa Rica...*" (GONZÁLEZ MERLANO, G., *Comentario a la ley N° 18.987, sobre interrupción voluntaria del embarazo (IVE)*, Ed. La Ley Online Uruguay, Montevideo, 2013, cita online: UY/DOC/129/2013).

69 ADRIASOLA, G., *El modelo uruguayo de despenalización del aborto*, Ed. FCU, Montevideo, 2014, pág. 58.

En el caso, señala la jueza BOOK “no se presentó historia clínica donde deben de surgir determinadas constancias médicas de todo lo actuado que la ley exige”.

No se señala con esto, que la ley exige razones que a juicio del juez sean pertinentes, correctas, morales, adecuadas, etc. Si no, que solo se exige que se den razones, cuales sea, pero eso sí, deben acreditarse que se dieron razones. En fin, debieron acreditarse el cumplimiento de los requisitos exigidos por la norma legal.

7. Ilegitimidad manifiesta

Si la ley exige determinadas condiciones para poder hacer uso del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo y no se cumplen, hay ilegitimidad y es manifiesta.

Siguiendo a MARTINS, el acto ilegítimo es el “*contrario a la regla de derecho*”⁷⁰. En este caso, la regla de derecho establecía que se debían informar las circunstancias que determinarían el aborto y que de todo lo actuado quedaría constancia en la historia clínica. De la prueba del proceso no surge ni que se hayan informado las circunstancias ni todo lo actuado se encuentre en la historia clínica.

El término “manifiesta” implica según VESCOVI que “[d]ebe entonces resultar clara dicha ilegitimidad y surgir del acto mismo o del expediente a través de una prueba sumaria”⁷¹.

A su vez, MAREMINSKI agrega “que la ilegitimidad ha de ser manifiesta para el Magistrado decisor del pleito... aunque existieran respetables opiniones en contrario”⁷². En esta línea, existen autores y jueces (caso de la Ministra DÍAZ SIERRA) que opinan que la vida comienza con el nacimiento y no con la concepción. Sin embargo, ello no obsta a que pueda configurarse el requisito.

Con respecto a lo antes mencionado, entiendo adecuadas las palabras de DELPIAZZO, en cuando señala que: “*resulta con fluidez que la sociedad jurídicamente organizada en el Estado no está legitimada para desproteger la vida o, al menos, determinadas manifestaciones de la vida tales como la del concebido no nacido, la del anciano incapaz o la del minusválido físico o psíquico*”⁷³.

70 MARTINS, D., *Constitución y Administración*, t. I, Ed. Ingranusi LTDA, Montevideo, 1997, pág.524.

71 VESCOVI, E., Principales perfiles del amparo en el Derecho Uruguayo, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, n° 4, Ed. FCU, Montevideo, 1986, pág. 490.

72 MAREMINSKI, R., La ilegitimidad manifiesta en la acción de amparo, en *Revista de Técnica Forense*, n° 17, UDELAR, Ed. FCU, Montevideo, 2008, pág. 99.

Advertimos que en opinión contraria se encuentra RIVAS, quien señala que la titularidad del derecho “*debe estar en cabeza del amparista de manera incuestionable*” (RIVAS, A., El amparo, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, n°3-4/2009, Ed. FCU, Montevideo, 2009, pág. 636). Entendemos que dado, que son muy pocos en derecho los puntos incuestionables, adoptar tal criterio puede ser excesivo para el amparo. Incluso en el caso en cuestión, se discute la titularidad del derecho a la vida, pero siendo este de suprema importancia, sostenemos que por el valor en juego se debe admitir y ante la duda de si hay vida o no, adoptar un criterio a favor de la vida.

73 DELPIAZZO, C., *op.cit.*, pág. 19.

8. Conclusiones

En primer lugar, entiendo que las cuestiones procesales y sustanciales del fallo son sumamente interesantes desde el punto de vista jurídico para analizar y cada una de ellas ameritaría un estudio más profundo que el realizado.

En segundo lugar, consciente el autor de lo mediático y polémico del tema, buscó no realizar un análisis valorativo ni de mérito del derecho vigente, sino presentar una posible interpretación de las normas, que entiendo que es la que protege los derechos humanos de la mejor manera.

En tercer lugar, aprecio que en el ámbito nacional y sino también extranjero es novedoso. Además de novedoso, entiendo que se trata de un fallo sustancialmente ajustado a Derecho.

En cuarto lugar, considero que es un antecedente con argumentos serios a tener en cuenta en posibles nuevos casos, donde se pretenda realizar un aborto sin cumplir con los requisitos establecidos por la ley.

En quinto lugar, en todo momento, el autor fue consciente de la sensibilidad del tema, de los distintos valores en juego, de los cuales ninguno merece ser totalmente desconsiderado. Como así, consciente, que detrás de la letra de la sentencia, había un padre, una madre y un hijo dignos del carácter de persona.



INFORMACIONES

Carreras de grado

Maestrías y postgrados

Otras noticias de interés

NOTICIAS DE FACULTAD DE DERECHO

La UM y la UC de Chile lanzaron Diploma en Derecho de Seguros

El diploma de doble certificación está dirigido a profesionales universitarios del Derecho, a empresas contratantes de seguros, y profesionales o entes interesados en la temática.



El Diploma en Derecho de Seguros es un convenio de doble titulación avalado por la Universidad de Montevideo (UM) y la Pontificia Universidad Católica de Chile (UC) que tiene como objetivo fomentar el desarrollo de la cultura aseguradora y de prevención en Uruguay. Busca satisfacer una creciente necesidad del mercado académico local y regional en aspectos esenciales para la comprensión del Seguro y su aplicación en la realidad empresarial y profesional diaria, abordando los contenidos fundamentales de su teoría general y profundizando en las áreas específicas sobre seguros de daños, marítimos, vida, salud y renta.

Según el decano de la UC, Dr. Carlos Frontaura Rivera, este diploma se diferencia de otros de la región por tres motivos: porque está sustentado en la investigación en materia de seguros; por integrar dos culturas y tradiciones diferentes –la uruguaya y la chilena–; y por su enfoque integral que comprende la existencia de dos dimensiones: el seguro privado y la seguridad social. “La ventaja competitiva pasa precisamente por integrar distintas disciplinas dentro del Derecho y, a su vez, por realizar algunas incorporaciones que vienen desde afuera de la disciplina jurídica. Es una visión global, integral del derecho, que además tiene un componente internacional y comparado”, indicó el decano.

La Dra. Andrea Signorino Barbat, directora académica del Diploma por la UM, explicó que el plan de estudios es moderno y actualizado, con una duración de 140 horas. Cuenta con cuatro módulos impartidos por docentes de ambas universidades y con la participación de profesores y especialistas nacionales y extranjeros en calidad de visitantes. Dos de estos módulos son generales sobre aspectos esenciales del contrato de seguro y el seguro en el Derecho Comparado, y los otros dos profundizan en las dos grandes ramas de seguros: Seguros Generales y Seguros de Personas.

En el evento que se llevó a cabo el 30 de noviembre en la sede de Maestrías y Postgrados de la UM también estuvieron presentes el rector de la UM, Dr. Juan Manuel Gutiérrez Carrau, el decano de la Facultad de Derecho de la UM, Dr. Nicolás Etcheverry, y el director Académico del Diploma por la UC, Dr. Roberto Ríos.

Experto en medio ambiente de la ONU disertó en la Facultad de Derecho



El Dr. José Dallo expuso bajo el título “¿Cómo será el Uruguay Natural en el 2030?” en el curso Política Ambiental del Máster en Integración y Comercio Internacional de FDER

El director de la oficina subregional en Montevideo del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), Dr. José Dallo, expuso bajo el título “¿Cómo será el *Uruguay Natural* en el 2030?” durante el curso Política Ambiental del Máster en Integración y Comercio Internacional de la Facultad de Derecho. El Dr. Dallo fue invitado a la UM por el profesor titular de la asignatura, el Dr. Marcelo Cousillas.

Frente a una sala colmada de alumnos e invitados, Dallo planteó el desafío de ir más allá del ambiente con el fin de proteger el planeta pensando en las próximas generaciones. Se refirió también a los Objetivos de Desarrollo Sostenible y la Agenda 2030 de la ONU sobre Desarrollo, Ambiente y Cambio Climático.

El Dr. Dallo es licenciado en Economía y en Derecho y obtuvo el título de Máster en la Universidad Pompeu Fabra de España. Tiene más de veinte años de experiencia en instituciones de desarrollo sostenible, más de seis años en la sede de la ONU en Nueva York y quince años de trabajo en América Latina.

El experto en medio ambiente destacó que el PNUMA instaló en Uruguay su quinta oficina regional, que tiene bajo su órbita a Argentina, Chile, Paraguay y Uruguay, lo cual representa un reconocimiento al compromiso del país con el desarrollo sostenible y el medio ambiente.

Expertos expusieron sobre posible reforma laboral

La Facultad de Derecho de la UM y el estudio Pérez del Castillo y Asociados organizaron el encuentro “Perspectivas sobre una posible reforma laboral en Uruguay”



Al igual que en otros ámbitos, distintos fenómenos sociales y tecnológicos han influido en el mundo del trabajo. Esos cambios, plantean interrogantes en materia legislativa. Por esa razón, la Facultad de Derecho (FDER) de la UM y el estudio Pérez del Castillo y Asociados organizaron el encuentro “Perspectivas sobre una posible reforma laboral en Uruguay”. Los ponentes fueron profesionales relacionados al derecho laboral: Dr. Gerardo Cedrola, Dr. Hugo Barreto, Dr. Juan José Frascchini y Dr. Juan Raso. Y los moderadores, el Dr. Santiago Pérez del Castillo y el decano de FDER Dr. Nicolás Etcheverry.

Durante el evento el lunes 6 de octubre en la sede central de la UM, el Dr. Cedrola hizo hincapié en que una reforma laboral no significa necesariamente una desregulación. Opinó que las reformas deben apuntar a los cambios necesarios para mejorar la eficiencia y, para ello, es necesario medir si suben las tasas de empleo o disminuyen las tasas de desempleo.

El profesor de Relaciones Laborales de la ORT y profesor invitado del Posgrado de Derecho del Trabajo de la UM agregó que el objetivo de las reformas debería ser siempre buscar la mayor protección de los trabajadores con las mejores herramientas posibles. Sobre esto, indicó que fenómenos actuales, como la adaptabilidad, flexibilidad laboral, innovación tecnológica y digitalización, llevan a replantear el concepto de jornada de trabajo, control de horas extra o los períodos de descanso, entre otros.

El Dr. Barreto, profesor titular de Derecho Laboral de la UdelaR y secretario de redacción de la revista “Derecho Laboral”, manifestó que toda reforma laboral es, de cierta manera, una reforma política, y es necesario precisar qué se entiende por “reformismo”. Afirmó que para comprenderlo hay que determinar cuáles son los problemas y vacíos que tiene nuestro país, antes que procurar revisar o copiar fenómenos de otros países.

Hizo algunas advertencias para estar alerta a un posible viraje del derecho laboral hacia el derecho civil y a los efectos de que la negociación se torne demasiado individualista o demasiado colectiva pero a nivel empresarial, con lo que se podría dar un reforzamiento de los poderes de los empleadores. Por otra parte, añadió que la reforma laboral en los hechos ya está ocurriendo, sin necesidad de que se plasme en normativas concretas. Indicó que es invisible y ocurre en diversas negociaciones colectivas que se van dando en forma paulatina y persistente.

El Dr. Fraschini, integrante del Consejo Superior Tripartito del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y profesor invitado del Posgrado de Derecho del Trabajo de la UM, destacó la necesidad de recuperar la competitividad uruguaya en un mundo cada vez más globalizado e interdependiente. Para lograrlo, opinó que los costos laborales no pueden seguir en alza y para mostrar esto señaló lo que cuesta a cualquier empresa un trabajador y cuál es el ingreso final que percibe ese mismo empleado.

Al igual que Cedrola, destacó la importancia de dar un nuevo enfoque e interpretación a la jornada laboral y a los tiempos de trabajo, en especial cuando la mujer, el cuidado de la familia y la capacitación en todos los ámbitos juegan roles cada vez más claves e importantes en el mundo del trabajo. Entiende que la extensión de dos a cinco años de la prescripción por créditos laborales no hace más que extender las especulaciones, la inseguridad y los recelos entre empleadores y empleados. Por último, alentó a levantar los puntos de mira, tener visión de largo aliento, terminar con las soluciones facilistas de corto plazo y tender a más políticas de Estado también a nivel laboral.

El Dr. Raso planteó el contexto global sobre este tema y destacó que en la actualidad los poderes de los Estados y los gobiernos fuertes del Siglo XX han sido reemplazados por los poderes de las grandes empresas transnacionales, así como por organizaciones criminales y terroristas cada vez mejor equipadas y con fuertes recursos. Indicó que es ahí donde habrá que aprender a negociar mejor para conseguir empleados eficaces y a la vez honestos y confiables.

Asimismo, destacó el rol de las nuevas tecnologías en las que los robots cada vez jugarán papeles más destacados, inclusive en el mundo de la salud. Como ejemplo, señaló que los porcentajes de automatización que más han crecido en los últimos veinte años se dieron en el sector rural, forestal y agrícola.

Por último, señaló el papel cada vez más preponderante que tendrán los fenómenos migratorios y los jóvenes en el mundo del trabajo, pues ambos supondrán una modificación fuerte en la cultura y la ética del trabajo. Sobre esto, dijo que la velocidad de los cambios y el acostumbamiento a esos cambios supondrá, cada vez más, la necesidad de saber cómo retener trabajadores antes que saber cómo prescindir de ellos.



La función judicial hoy: teoría y praxis en diálogo con sus protagonistas

La Facultad de Derecho de la UM organizó dos mesas redondas con jueces nacionales y de la región para reflexionar sobre su vocación para la judicatura



¿Cuál es el mayor obstáculo para la vocación judicial? Fue la pregunta con la que el Dr. Jorge Chediak abrió la actividad organizada por la Facultad de Derecho (FDER) de la UM el 24 y 25 de octubre en la sede central de la Universidad.

Luego de contar experiencias personales sobre su trayectoria como juez, el Dr. Chediak llegó a la conclusión de que el mayor sacrificio para quienes ejercen esta profesión no es la retribución salarial ni el gran compromiso que se debe enfrentar al comienzo, con 20 años de edad: “El mayor obstáculo para ascender en la carrera profesional son los traslados, alejarse de la familia y de los amigos”.

Tras sus emotivas palabras, el decano de la FDER Nicolás Etcheverry explicó que ambas jornadas se organizaron con el objetivo de dar a conocer cómo se percibe la función judicial hoy a través de fuentes directas.

El primer día, el Dr. Juan Bautista Etcheverry y la Dra. Margarita De Hegedus entrevistaron al Dr. Rodolfo Vigo y a la Dra. Elena Martínez sobre su vocación para la judicatura. Al día siguiente, la Dra. Virginia Barreiro dialogó con el Dr. Eduardo Lombardi; el Dr. Juan Bautista Etcheverry entrevistó a la Dra. Nilza Salvo, mientras que el Dr. Rodolfo Vigo realizó una tertulia con el Dr. Leslie Van Rompaey.

En todas las instancias, los disertantes recordaron casos que les dejaron huella en su carrera judicial. También discutieron sobre los desafíos que enfrentan los magistrados en comparación a otros años; el rol que juegan las redes sociales frente a los medios de comunicación tradicionales a la hora de juzgar acciones y omisiones; el papel de la inmediatez informativa y el acostumbamiento a los cambios, como dijo Etcheverry, “en una sociedad cada vez más interesada por el espectáculo y el entretenimiento, antes que por el bien, la verdad y la belleza. La belleza a la hora de redactar, de argumentar, a la hora de plantear un alegato bien formado”.

El evento también tuvo como objetivo despertar en los estudiantes de derecho la vocación a la magistratura, porque, según Etcheverry: “Estimular de diversas maneras la

digna, noble y sacrificada tarea de servir a la sociedad a través de la función judicial es algo que nuestra facultad y todas las del país tienen en el deber”.



Socia de Ferrere visitó la UM

La Dra. Sandra González fue invitada al curso de Ética, dictado por el decano de la Facultad de Derecho, Dr. Nicolás Etcheverry



La Dra. Sandra González, quien lidera el equipo de Litigios y Arbitrajes de Ferrere, analizó y discutió con alumnos de Derecho el caso “Antonia Prudente y su asesoramiento a la Empresa Gigante”, que trata diversas cuestiones ético-profesionales.

El 10 de octubre, durante la clase, se abordaron temas relacionados a las fuentes de financiamiento de un gran proyecto, la importancia de brindar suficiente información en cuanto a la transparencia de los fondos, las relaciones sociales y de poder, los vínculos de los intervinientes en el proyecto, y la eventual aparición de lavado de dinero.

También se intercambiaron ideas sobre la diferencia entre lo que es delito o una violación ética y lo que se percibe como tal en diferentes regiones y culturas; el concepto de persona expuesta políticamente (PEP); la distinción entre posición y abuso de privilegio; el correcto discernimiento en materia de regalos o atenciones; el delicado tema del lla-

mado “riesgo reputacional” y hasta dónde un profesional debe estar dispuesto a asumir riesgos para defender a un cliente; entre otros temas de ética profesional.

Visita de asesor del gobierno de los EEUU

El decano de la Facultad de Derecho Nicolás Etcheverry y profesores del área académica recibieron a Juan Carlos Arean, asesor del gobierno americano en temas de violencia



Juan Carlos Arean es asesor del gobierno de los EE.UU. en materia de violencia familiar y de género, y director del programa *Futures Without Violence*. Arean llegó a la UM el 10 de octubre, acompañado de miembros del staff de la Embajada de EE.UU. en Uruguay, y se reunió con el decano de la Facultad de Derecho Nicolás Etcheverry y los docentes Eduardo Esteva, Santiago Altieri y Jorge Peirano lo recibieron en la Universidad.

Con la presencia de Vanessa Toufaily, Consejera Adjunta de Prensa y Cultura de la Embajada, y Verónica Pérez-Urioste, especialista en Programas Educativos de la Embajada, conversaron sobre diversos temas vinculados a la violencia en general, y la violencia doméstica y de género en particular.

Se abordaron aspectos vinculados a los programas de prevención y sanción a los agresores, el apoyo a los referentes familiares, el acoso o *bullying* en sus diversas formas, la violencia psicológica y las dificultades que supone probarla. También se trató sobre la importancia de los modelos referenciales que tienen los jóvenes - aún cuando no sean de familiares directos - y el rol de las campañas publicitarias de toma de conciencia y prevención en torno a los fenómenos de violencia.

Por otro lado, se abordaron temas relacionados con las causas económicas - en particular, el desempleo - y los criterios de apoyo primordial, tanto a las víctimas directas como a las indirectas de esa violencia, y a los menores de edad que la presencian. Las iniciativas de refugio material, psicológico y emocional hacia las víctimas, también generó un rico intercambio de experiencias.

Por último, se conversó acerca de las iniciativas y proyectos de ley que se vienen plasmando tanto en Uruguay como en EE.UU. para combatir este tipo de conductas.

“Abogado y escribano por un día”

Alumnos del Colegio y Liceo Santa María obtuvieron el primer premio de la competencia organizada por la Facultad de Derecho de la UM



Dra. Ana María Guzmán, Dra. Raquel Landeira, los ganadores Ricardo Devita y José Francisco Molinari, el Dr. Juan Manuel Gutierrez y el Dr. Esc. Guillermo Rosati.



La competencia dirigida a estudiantes de 5to y 6to de bachillerato de todo el país se lleva a cabo desde el 2001 con un gran éxito de convocatoria. En su 16ª edición se postularon 87 equipos de los cuales fueron seleccionados 24 para la etapa final.

El certamen les da la posibilidad a los estudiantes de asumir el papel de abogado defensor o demandante en un caso ficticio y experimentar las distintas etapas del proceso. El 1 de setiembre se realizó una reunión preparatoria de los alegatos orales en la sede de la Facultad de Derecho de la UM. El 9 de setiembre se realizó la jornada de “audiencias” de los equipos clasificados, que realizaron una exposición oral de su argumentación, simulando una actuación en juicio.

El primer puesto lo obtuvieron Ricardo Devita y José Francisco Molinari de los Santos del colegio y liceo Santa María. El segundo, Sofía Alcuri, César Riviere y Felipe Quinelli del colegio British. El tercer puesto fue para Martina González, Agustina Álvarez y Pablo Herrera del liceo Miguel C. Rubino. Y el cuarto puesto para Julieta Selayaran, Rosinella Marino y Romina Marrero del colegio Santa Elena Lagomar.

A todos los participantes de los equipos que pasaron a la segunda instancia y se presentaron a competir en las audiencias, se les otorgó un bono de 20% de descuento para toda la carrera. Los cuatro ganadores fueron premiados con descuentos adicionales y obsequios de la Facultad de Derecho de la UM.

La UM destacó en Jornadas Interuniversitarias de Derecho Constitucional y Derechos Humanos

El primer fin de semana de setiembre un nuevo equipo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo se lució en las XV Jornadas Interuniversitarias de Derecho Constitucional y Derechos Humanos



En un certamen en el que participaron varias universidades argentinas, chilenas, brasileras y uruguayas, (dieciséis en total) un equipo compuesto por los estudiantes Agustina Rigueti, Camila Álvarez, Micaela Urchitano, Melanie Ollero, Paulina Cedrola y Mathías Rojas obtuvo las medallas y premios como Mejor Exposición y Mejor Trabajo Original con el tema sobre Derechos Humanos: **Valor y fuerza de los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la interpretación del *corpus iuris* Interamericano: la cosa interpretada.**

Los árbitros que juzgaron los trabajos y exposiciones orales de los diferentes equipos premiaron a los de la UM como los más destacados tanto en la sustancia como en la forma y creatividad de la presentación.

Fueron apoyados en su tarea de investigación por los profesores Eduardo Esteva y Santiago Altieri.

Días después fueron homenajeados por las autoridades de la Universidad quienes destacaron la proyección a la excelencia que estos alumnos tienen y pueden contagiar en otros.



Los alumnos de la UM durante su exposición.

Justicia civil: un estudio que busca "generar cambios"

Equipo de abogados presentó investigación de CEJA dirigida por el profesor de la UM Dr. Santiago Pereira Campos. El decano de la FDER Dr. Nicolás Etcheverry participó de la mesa inaugural.



En un encuentro en el que estuvieron presentes tres de los cinco ministros de la Suprema Corte de Justicia del país, abogados uruguayos y extranjeros presentaron los resultados de dos estudios sobre el sistema de Justicia Civil en Uruguay. Las investigaciones se llevaron adelante a través del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), y fueron publicadas bajo el título "El sistema de justicia civil en Uruguay". El seminario de exposición tomó lugar en el NH Columbia de Montevideo el 22 de agosto de 2017.

Una de las investigaciones fue liderada por el presidente del consejo directivo de CEJA y profesor titular de Derecho Procesal de la UM y coordinador del Posgrado y la Especialización en Derecho Procesal Aplicado de la UM, Dr. Santiago Pereira Campos. Los abogados Lorena Espinosa y Juan José Martínez estuvieron al frente del segundo informe.

La mesa inaugural del seminario estuvo integrada por el Presidente de la Suprema Corte de Justicia, Dr. Jorge Chediak; el decano de la Facultad de Derecho (FDER) de la UM, Dr. Nicolás Etcheverry; el Presidente del Consejo Directivo de CEJA y profesor de la UM, Dr. Santiago Pereira Campos; el Director Ejecutivo de CEJA, Dr. Jaime Arellano; y la embajadora de Canadá, Joanne Frappier.

Para entender el contexto y el valor de esta investigación, es necesario un poco de historia. En 1989, Uruguay se convirtió en el primer país de América Latina en establecer un proceso oral o mixto por audiencias a través del Código General del Proceso (CGP). Según el CEJA este sistema fue un "referente regional en materia de reformas a la justicia civil" durante mucho tiempo. "Sin embargo, a casi treinta años de funcionamiento y con reformas legales de por medio, se hace necesario examinar su funcionamiento práctico y la vigencia de sus objetivos, principios y estructuras", explica la institución.

Por esa razón, dos grandes equipos de abogados y estudiantes de Derecho dedicaron varias horas al análisis de casi 250 audiencias de cuatro juzgados de Montevideo, a recabar datos y "cruzarlos" para generar otros nuevos, y al estudio en profundidad de la justicia civil.

El decano de la FDER en UM indicó que "es significativo" que en un *ranking* de países con prestigio en materia civil, Uruguay aparezca "a media tabla", en el número 17 entre los 35 países que figuran. "Ocupa el primer lugar en la región", dijo.

El Dr. Pereira Campos agregó luego que Uruguay es uno de los tres países elegidos para el estudio de la actividad en materia civil, junto a Alemania y España. Destacó que Alemania es uno de los sistemas de justicia civil “que mejor funciona”. “De los que conozco, el mejor”, dijo. Y sobre España explicó que es un referente en el mundo gracias a una ley sobre justicia civil del año 2000.

Sobre esto, y luego de la reforma en Justicia Civil que fue modelo en la región durante varios años, el profesor de la FDER advirtió con humor: “Que con esto no nos venga síndrome de Maracaná. El peligro es haber hecho la reforma tan maravillosa e irnos durmiendo en los laureles, mientras que en otros países están pasando cosas muy interesantes”.

Pereira Campos agradeció a la UM, al Dr. Etcheverry y al director de los posgrados de Derecho de la UM, Dr. Pablo Genta, por la publicación del libro. “La idea es que este estudio no sea meramente de relevamiento, sino una investigación en la que, a partir de propuestas, se generen cambios”, dijo.

En especial, destacó el trabajo de estudiantes de todas las facultades de Derecho del país y abogados de grado y posgrado que trabajaron de forma honoraria. Explicó que los estudiantes estaban asombrados de “todo lo que se aprende viendo audiencias”. “Y esto realmente fue una experiencia, un cambio en ellos desde el punto de vista educativo, que va hacia la necesidad de desarrollar destrezas”, remarcó.

El Dr. Etcheverry destacó la “importancia, necesidad y calidad” de esta publicación. Indicó asimismo la necesidad de que cada vez más se formen periodistas especializados en temas jurídicos que asistan a las audiencias orales, las escuchen, comprendan y sepan interpretarlas, para luego transmitir las al público en general.

Sobre Pereira Campos, afirmó: “Es un típico representante de una cultura y docencia que me permito llamar *mejoralista*. *Mejoralista* porque da lo mejor de sí mismo en cada oportunidad que tiene que transmitir conocimientos y además porque motiva y estimula a quienes los están recibiendo”. En relación a esto, habló sobre los *role playing* en audiencias simuladas que le ha visto organizar para sus alumnos junto a los profesores Dr. Luis Simón y Dra. Margarita de Hegedus.

“Y porque los datos que nos aporta esta obra deberían servir para seguir buscando esa cultura *mejoralista* en todos los planos de nuestro quehacer jurídico. Por todo esto, a Santiago, a Virginia Barreiro, Patricia Tellería, Clarisa Rodríguez, Valeria Sainz y a todo el equipo de grado y posgrado que trabajó con ellos en este estupendo trabajo, muchísimas gracias. Una obra bien lograda”, concluyó.



“Con esfuerzo y dedicación todo se logra”

Lucía Olloniego, alumna del Colegio Seminario, fue la ganadora de la Beca del 80% para estudiar Abogacía en la Facultad de Derecho de la UM



Autoridades de la Universidad y Facultad de Derecho junto con la ganadora y sus padres.

Más de 200 estudiantes de 6° de liceo de todo el país rindieron, durante el mes de julio, la prueba de admisión de la universidad para concursar por “La beca del 80%”. A la etapa final, que se llevó a cabo el 3 de agosto, pasaron los diez participantes con los mejores resultados. En esta instancia, los estudiantes expusieron ante un jurado las razones por las cuales creían que debían recibir el premio, que consiste en una beca del 80% para estudiar una carrera de grado en la UM.

Este año, la ganadora fue Lucía Olloniego, alumna del Colegio Seminario, quien optó por comenzar a cursar Abogacía en la Facultad de Derecho en 2018. En la entrega del certificado estuvieron presentes el rector Juan Manuel Gutiérrez Carrau; el administrador general de la UM Diego Moreira; el decano de la Facultad de Derecho Nicolás Etcheverry; el coordinador académico de Notariado Guillermo Rosati y la directora de Marketing general Josefina Comas.

EL DERECHO AL OLVIDO en tiempos de “Google”.

El lunes 27 de noviembre, con una sala colmada y un público muy interesado, el Prof. Pablo Schiavi dictó el Taller sobre El Derecho al Olvido. Partiendo de la premisa que vivimos actualmente ante un verdadero Paradigma Digital propio de una sociedad hiperconectada que sufre por ello cambios difíciles de manejar, en el taller se reflexionó si es posible hacer valer el derecho a que los datos de una persona no permanezcan en forma indefinida en internet. Incluso si estos estuvieran vinculados a acontecimientos de su vida que supongan una condena social permanente en las redes sociales.

Un aspecto destacado fue que esta realidad representa un permanente desafío para el Derecho que procura dar respuestas a un necesario equilibrio entre la modernización y la garantía de cada persona a preservar el control sobre sus datos personales.

El Ministro Murro en el Centro de Postgrados de Derecho: La negociación hacia la prevención de conflictos colectivos



El ministro de Trabajo y Seguridad Social (MTSS), Ernesto Murro, participó como expositor en un panel organizado por la Universidad de Montevideo denominado "La negociación hacia la prevención de conflictos colectivos" junto al director del nPosgrado en Derecho del Trabajo Aplicado, Santiago Pérez del Castillo, y el profesor de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de la República (UdelaR), Hugo Barreto. Ante representantes de varias cámaras empresariales, Murro defendió el derecho a la huelga de los trabajadores, indicó que la queja de las patronales ante la Organización Internacional del Trabajo (OIT) por las ocupaciones "está resuelta" y destacó el mecanismo de prevención de conflictos laborales.

Murro dijo que 2018 "será el año de mayor negociación colectiva" dado que "se atenderán 173 grupos, subgrupos, capítulos y bandejas del sector privado más los grupos del sector público". Agregó que "vamos a tener que bailar, esto debe ser una oportunidad".

Por su parte, el profesor Hugo Barreto opinó que "el conflicto es inevitable" porque el trabajo "dispone de la libertad del empleado". No obstante, consideró que existen mecanismos para prevenir las manifestaciones. A su vez, el Dr. Santiago Pérez del Castillo, opinó que en muchas ocasiones los trabajadores no cumplen con un preaviso de 30 días en el que se debe informar antes de disponer o resolver una medida de huelga. "La huelga sorpresiva no es legítima", dijo el director del Posgrado en Derecho del Trabajo Aplicado, quien destacó el conflicto tripartito del convenio colectivo aplicado a principio de este año.

Catedrático de Universidad de Salamanca visita la UM.

El Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca, Dr. Lorenzo Bujosa visitó nuestra Universidad y participó en el Postgrado en Derecho Procesal Aplicado.



El pasado 5 de junio visitó nuestra Universidad el Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca, **Dr. Lorenzo Bujosa**.

En nuestro Centro de Postgrados, y en el marco del Postgrado en Derecho Procesal Aplicado, el Prof. Bujosa dio una clase sobre las "*Limitaciones de las pruebas personales*", cuestionando ciertos paradigmas de las pruebas orales.



El Prof. Santiago Pereira Campos presentó al expositor como uno de los más connotados procesalistas europeos, que lidera la cátedra en la Universidad de Salamanca, que el próximo año cumple ochocientos años de su fundación.

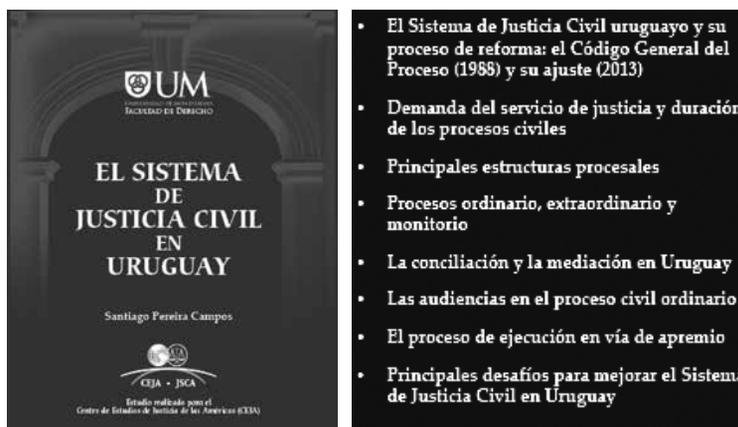
Luego el Dr. Bujosa mantuvo un fructífero diálogo con los estudiantes que le formularon preguntas sobre diversos institutos procesales del Derecho español. Participaron también los Profesores Santiago Pereira Campos y Margarita de Hegedus.

Se contó además con la presencia del Dr. Ángel Landoni, ex Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

La visita del Prof. Bujosa fue además una ocasión propicia para seguir fortaleciendo los vínculos entre las Cátedras de Derecho Procesal de la Universidad de Montevideo y la Universidad de Salamanca.

Investigación sobre el Sistema de Justicia Civil en Uruguay

La Universidad de Montevideo ha publicado una investigación sobre la Justicia Civil en Uruguay dirigido por el Prof. Santiago Pereira Campos para el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), con el apoyo de Global Affairs de Canadá.



En la publicación en que participaron más de 30 académicos, abogados y estudiantes, se analiza el Sistema de Justicia Civil uruguayo que, desde su reforma en 1989, con la entrada en vigencia del Código General del Proceso, se ha transformado en un referente mundial por sus altos estándares de independencia judicial e inmediación en el marco del proceso por audiencias. Todos los países de Latinoamérica que están diseñando o implementando reformas procesales civiles han tomado en consideración, en mayor o menor medida, la experiencia uruguayana. Por ende, dar cuenta de las lecciones aprendidas y los desafíos pendientes de este verdadero cambio revolucionario en políticas públicas de justicia, es de especial relevancia, no solo en el contexto nacional, sino también internacional.

Pasados ya 25 años de la implementación del sistema procesal civil oral, el reporte destaca las luces y sombras del mismo, relevando y sistematizando tanto información general del sistema de justicia, como específicamente de los Juzgados Letrados Civiles de Montevideo.

El libro dirigido por el Profesor Santiago Pereira Campos, tuvo como coordinadores del relevamiento empírico a los Dres. María Virginia Barreiro, Clarisa Rodríguez, Valeria Seines, Patricia Tellería (todos ellos integrantes de la Cátedra de Derecho Procesal de la UM) y Daniel Tellechea, con el apoyo de otros muchos abogados y estudiantes de grado y postgrado.

UM fue sede de coloquio sobre acuerdos de paz.

Fue organizado por el Consejo Uruguayo para las Relaciones Internacionales (CURI) y la Fundación Konrad Adenauer (KAS)



Con una numerosa concurrencia, entre la que estaban los embajadores de Colombia, Venezuela, Guatemala y El Salvador, tuvo lugar en el Centro de Postgrados de la Universidad de Montevideo (UM) un coloquio de reflexiones en torno a los procesos de paz que han tenido lugar en América Latina en los últimos años. Las exposiciones estuvieron a cargo de los profesores Christian Rieck y Juan Pablo Corlazzoli.

Rieck es politólogo, ex asesor para Política de Desarrollo y Derechos Humanos de la Fundación Konrad Adenauer en Berlín y es especialista en poderes regionales e integración regional. Rieck se refirió a la realidad de Alemania y su participación en el proceso de paz que ha tenido lugar en Colombia.

Por su parte, Corlazzoli, quien es Sociólogo y fue representante adjunto del Secretario General de las Naciones Unidas en la verificación de los acuerdos de paz en Colombia, Guatemala, El Salvador y Nicaragua, analizó los procesos de paz ocurridos en estos países, particularmente en Colombia, y aportando su valiosa experiencia al haber participado en distintas instancias de los mismos.



“Un reto para el escenario tributario internacional”

El profesor de la Universidad de Economía y Negocios de Viena, Dr. Pasquale Pistone, presentó *“Hacia un estándar global de los derechos de los contribuyentes”* en la sede de Maestrías y Postgrados



El lunes 13 de marzo, alumnos y egresados del Máster en Tributación y el Postgrado en Tributación Internacional participaron de la conferencia *“Hacia un estándar global de los derechos de los contribuyentes”* del Dr. Pasquale Pistone.

El Prof. Pistone desarrolló el problema al que se enfrenta un contribuyente cuando se encuentra en medio de dos administraciones tributarias de dos países que, como es lógico, se rigen por distintos sistemas jurídicos. Destacó en tal sentido que los problemas globales necesitan respuestas globales, no solo para la administración tributaria.

Hay una necesidad de asegurar una protección rápida y efectiva de los derechos fundamentales del contribuyente. En un sistema nacional, un contribuyente posee una serie de derechos frente a la administración tributaria, en el caso de Uruguay frente a la Dirección General Impositiva (DGI). Sin embargo, cuando la actividad financiera de una persona involucra a dos países, no existe una garantía de los derechos del contribuyente. *“En el contexto internacional a veces faltan los remedios jurídicos”*, aseguró.

En los convenios de doble imposición, es decir, aquellos que involucran a dos países, existe el llamado *“procedimiento amistoso”*, que permite a los dos estados contratantes tener la posibilidad de buscar soluciones respecto a problemas que afectan a los contribuyentes.

Después de que un ciudadano presenta una solicitud a la administración tributaria de su país, en caso de que sea necesario el contacto con la autoridad competente de otro estado, el contribuyente no tiene luego derecho a recibir información sobre el desarrollo del procedimiento. *“El contexto del procedimiento amistoso es el último residuo de opacidad en una época de transparencia”*, opinó Pistone.

El profesor de la Universidad de Economía y Negocios de Viena explicó que el artículo 25 del modelo de convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) no da derechos a los contribuyentes. Y sobre esto, cuestionó: *“Si en*

un contexto nacional el contribuyente tiene derecho a ser informado sobre los actos que pueden afectar su esfera jurídica directa o indirectamente, ¿cómo es posible que estos derechos desaparezcan en el marco del procedimiento amistoso?”, postulando el derecho del contribuyente de iniciar un procedimiento amistoso y de participar en el mismo.

Sobre este planteo, su respuesta es que no es necesario cambiar los convenios nacionales para dar derechos a los contribuyentes sino “interpretar las cláusulas en conformidad con nuestras tradiciones jurídicas, que pueden ser distintas”.

“En una economía abierta, los derechos tienen que existir también a nivel global. Creo que éste es el desafío, el reto, para las próximas escenas del contexto internacional”, concluyó.

El Prof. Pasquale Pistone es el Presidente Académico de IBFD – International Bureau of Fiscal Documentation (Agencia Internacional de Documentación Fiscal). Titular de la Cátedra Jean Monnet ad personam en Derecho Tributario Europeo y Política en la WU Viena Universidad de Economía y Negocios (Austria) y es Profesor Asociado de Derecho Tributario en la Universidad de Salerno (Italia). Miembro del grupo de trabajo del Tribunal de Justicia de la Confédération Fiscale Européenne. Miembro del Asesor del Consejo de la Fundación de Fiscalidad Internacional (FIT). Editor de la Revista Mundial de Impuestos (IBDF).

FDER donó libros de Derecho al TCA

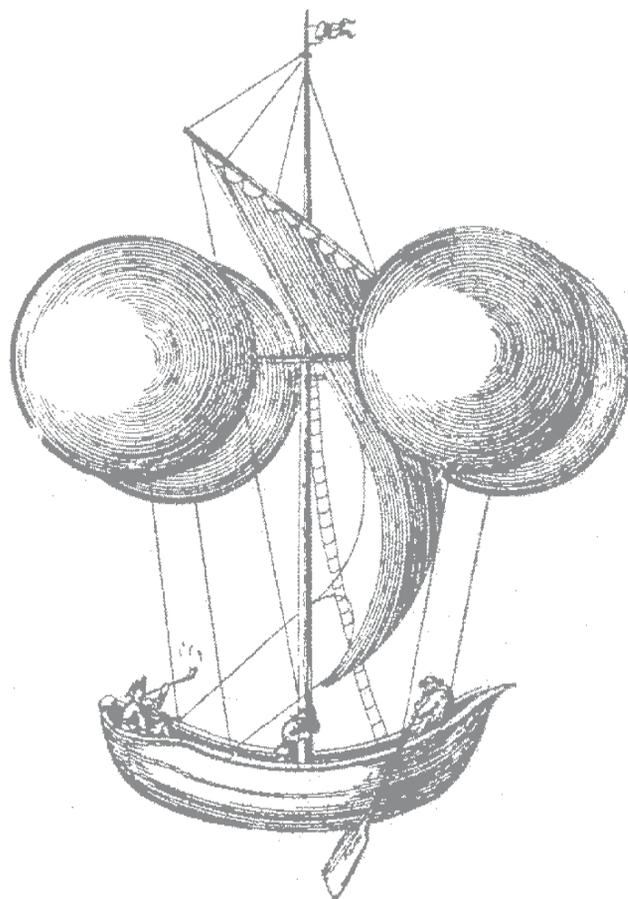
Las publicaciones son ediciones de la Facultad de Derecho de la UM



La Facultad de Derecho (FDER) de la Universidad de Montevideo (UM) recibió la visita de la presidenta del Tribunal de lo Contencioso Administrativo (TCA), Dra. Alicia Castro Rivera, quien concurrió acompañada por los Secretarios Letrados de dicho Tribunal, la Dra. Susana Gianarelli y el Dr. Ricardo Marquisio.

El decano de la FDER, Dr. Nicolás Etcheverry y el Coordinador Académico de Postgrados y Maestrías de la misma facultad, Dr. Pablo Genta, entregaron a la Dra. Castro una colección de libros de Derecho editados por la Facultad de Derecho, como donación orientada a contribuir al fortalecimiento del acervo académico y técnico del TCA.

En la foto de izquierda a derecha: Dr. Pablo Genta, Dr. Ricardo Marquisio, Dr. Nicolás Etcheverry, Dra. Alicia Castro y Dra. Susana Gianarelli.



TESINAS DE MASTERS

*DE LEÓN DELGADO, María Amelia; MIRANDA LAKATOS,
Verónica y LLONA SILVA, César*

Las “normas privadas” sobre medidas sanitarias y fitosanitarias y el
sistema multilateral de comercio

LAS “NORMAS PRIVADAS” SOBRE MEDIDAS SANITARIAS Y FITOSANITARIAS Y EL SISTEMA MULTILATERAL DE COMERCIO

Análisis jurídico de su legitimidad a la luz del principio de integración sistémica

MARÍA AMELIA DE LEÓN DELGADO, VERÓNICA MIRANDA LAKATOS Y
CÉSAR AUGUSTO LLONA SILVA

ABSTRACT

El objeto de la presente Tesis de investigación, es analizar la legitimidad de las “normas privadas”¹ que imponen regulaciones al comercio internacional en materia sanitaria y fitosanitaria, frente a las reglas y principios del Derecho Internacional y del Sistema Multilateral de Comercio.

Se evaluará además, en qué medida el marco normativo indicado, y específicamente el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, proporcionan base jurídica suficiente para condicionar o limitar el accionar privado en dicha materia.

Finalmente, se analizará la posibilidad de atribuir responsabilidad internacional a los Miembros de la Organización Mundial de Comercio por anulación o menoscabo de los derechos y obligaciones consagrados en el GATT y en el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la Organización Mundial del Comercio.

A los efectos indicados, se utilizará como marco teórico, el estudio “Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación del Derecho Internacional”, elaborado por el Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas² y el “principio de integración sistémica” como modelo o herramienta de análisis, aspectos que se describen en primer término.

En segundo lugar, se conceptualizarán y contextualizarán las normas privadas y se aportará un panorama general de su tratamiento en el Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. Adicionalmente, se presentarán como evidencia empírica dos casos de exigencias privadas que se imponen a importantes rubros exportables de la República Oriental del Uruguay planteadas en el ámbito del Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias.

1 En el debate internacional, particularmente en el seno del Comité MSF, la expresión utilizada en inglés es “private standards”, lo cual es traducido como “normas privadas” en los documentos oficiales que recogen dichos debates, así como en publicaciones especializadas sobre la materia.

2 KOSKENNIEMI, M. 2006. A/CN.4/L.682. Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación del Derecho Internacional. Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional. Ginebra: Comisión de Derecho Internacional, ONU.

En tercer lugar, se identificarán en el entorno normativo, las reglas y principios aplicables para el análisis y evaluación de la situación planteada, abordando los derivados del derecho internacional económico, del derecho del comercio internacional y del derecho internacional general.

En cuarto lugar, se profundizará el análisis jurídico considerando particularmente, los principios y reglas de interpretación previstos en la Convención de Viena, los derechos y obligaciones consagrados en el Acuerdo MSF y las disposiciones en materia de implementación previstas en su artículo 13.

En quinto lugar, se presentarán las posibles vías de acción y recursos jurídicos a disposición de los Estados Miembros para evitar la proliferación de estas “normas privadas” como instrumento regulador de facto al comercio internacional y limitante del ingreso o acceso a los mercados.

Finalmente, tras contrastar las hipótesis planteadas, se formularán las conclusiones y reflexiones finales.

INTRODUCCIÓN

La conclusión de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales constituyó un hito histórico en el desarrollo del derecho internacional económico, en la organización institucional y normativa del sistema multilateral de comercio derivada de la creación de la Organización Mundial del Comercio y de los acuerdos alcanzados con el objeto de ampliar las reglas y disciplinas a prácticamente la totalidad de los aspectos vinculados al comercio, así como sustentarlas en principios de previsibilidad, no discriminación mediante la aplicación de la cláusula de Nación más favorecida y de Trato Nacional, competitividad, defensa la competencia libre, leal y sin distorsiones y, trato especial y diferenciado a los países en desarrollo y menos adelantados.

El propósito primordial del sistema es ofrecer a los actores y agentes tanto públicos como privados, que intervienen en el comercio internacional, un marco jurídico transparente, estable y previsible³, en el que además se eliminen obstáculos injustificados al comercio internacional, permitiendo que las corrientes comerciales circulen con la máxima libertad posible⁴.

En ese sentido, tanto el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (o Acuerdo MSF), como el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (o Acuerdo OTC), que disciplinan las normas acordadas para el comercio en sus respectivos ámbitos de aplicación e integran la categoría de acuerdos de la OMC que refieren a medidas no arancelarias, tratan de garantizar que la utilización de las mismas se efectúe con mínimos efectos sobre el comercio.

3 Sitio de la OMC. En: <http://www.wto.org/>

4 El preámbulo del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio señala como objetivos fundamentales del sistema, entre otros, los de elevar los niveles de vida a través de la utilización óptima de los recursos mundiales; así como el de lograr que los países en desarrollo logren del incremento del comercio internacional los recursos necesarios para su desarrollo económico.

En efecto, las medidas no arancelarias que los gobiernos deciden adoptar para alcanzar objetivos de política pública (protección de la vida y la salud de las personas y de los animales o para preservación de los vegetales), generan como consecuencia natural y legítima, intervenciones sobre el comercio y lo importante es, en tal sentido, contar con reglas que encuadren su elaboración y aplicación.

El Acuerdo MSF, al tiempo que consagra el derecho que tienen los Miembros a adoptar y aplicar medidas sanitarias y fitosanitarias, establece un conjunto de reglas que pretenden evitar la aplicación discriminatoria, arbitraria o injustificada de dichas medidas. Vale la pena recordar que las preocupaciones en torno a este último aspecto, comenzaron a manifestarse con fuerte impulso por parte de países agroexportadores, desde el inicio de la negociación de la Ronda Uruguay del GATT.⁵ En efecto, especial énfasis pusieron estos países, en la necesidad de regular las medidas sanitarias y fitosanitarias y adoptar un enfoque basado en reglas, sobre criterios científicos y principios tales como el de transparencia, equivalencia, análisis de riesgo, regionalización entre otros, que resultaron luego plasmados a texto expreso en el Acuerdo MSF.

La armonización internacional es, asimismo, un aspecto especialmente considerado en el Acuerdo MSF que alienta a los miembros a basar sus medidas en las normas, directrices y recomendaciones de organizaciones internacionales⁶ reconocidas como referencia en la materia, lo que claramente refleja la preocupación y el interés en cuanto a generar un marco normativo coherente recurriendo a una estrategia de remisión que no sólo reconoce y prioriza la especialidad técnica sino que además, contribuye a evitar la generación de fenómenos fragmentarios de índole sustantivos.

En forma paralela, y al margen de la normativa internacional que reseñamos sucintamente en los párrafos anteriores, surgieron otras normas que también incluyen medidas sanitarias y fitosanitarias y que son elaboradas en espacios transnacionales globalizados, que tienen como emisores a empresas, grupos de empresas, organizaciones e instituciones privadas y que se aplican en el contexto de transacciones comerciales internacionales.

Si bien podemos plantearnos que esta realidad es manifestación de un suceso más global que caracteriza el desarrollo de las relaciones económicas internacionales en los tiempos presentes y que se traduce entre otros aspectos, en la proliferación de ámbitos privados de producción normativa y en la internacionalización de la actividad económica; lo cierto es que el entramado normativo que producen actúa para el caso objeto de nuestro estudio, sobre materias de relevancia económica para los países y sus sectores exportadores.

5 Resulta ilustrativa al respecto, la lectura de la Declaración de Punta del Este mediante el cual se produce el lanzamiento de la Ronda Uruguay, en tanto no solo plasma el reclamo de una mayor liberalización del comercio y la inclusión de las negociaciones agrícolas sino un mayor disciplinamiento de las medidas sanitarias y fitosanitarias para reducir al mínimo los efectos desfavorables que pueden tener en el comercio de productos agropecuarios.

6 La Comisión del Codex Alimentarius en materia de inocuidad de los alimentos; la Organización Internacional de Epizootias en materia de sanidad animal y zoonosis; la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria en materia de sanidad vegetal y protección fitosanitaria y; en lo que refiere a cuestiones no abarcadas por dichas organizaciones, la recomendaciones y directrices promulgadas por otras organizaciones internacionales competentes en la que participen todos los Miembros y que sean identificadas por el Comité MSF. A la fecha, no se han identificado otras organizaciones que las nombradas en primer término.

En efecto, todo parece indicar que dichas normas, llamadas “normas privadas” en el contexto de los debates que se han producido en el ámbito del Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (o Comité MSF)⁷, se estarían transformando de facto en virtud de su proliferación y generalización, en restricciones adicionales sobre materias reguladas por el acuerdo MSF, lo que implica que el ingreso o acceso a un determinado mercado no sólo quede supeditado al cabal cumplimiento de las medidas sanitarias y fitosanitarias definidas a nivel gubernamental, sino además, al cumplimiento de tales normas privadas en función del poder de mercado de quienes las imponen.

Las cuestiones señaladas ponen de relieve la importancia de abordar en términos jurídicos el problema, identificar, analizar y evaluar la interrelación entre esa normativa trasnacional privada con las disciplinas pertinentes del Sistema Multilateral del Comercio y específicamente, del Acuerdo MSF centrándonos en los ámbitos y en las normas de carácter sanitario y fitosanitario, sin abordar ni prejuzgar en torno a la oportunidad, conveniencia o legitimidad de otras materias sujetas también a dicha producción normativa privada, aspecto que ameritaría un enfoque y abordaje particulares.

Objetivos del Estudio de Investigación

Partiendo de las preocupaciones comerciales específicas que han sido planteadas por los Miembros de la OMC ante el Comité MSF, nos proponemos como objetivo general del presente trabajo de investigación, analizar la legitimidad de las “normas privadas” que imponen regulaciones al comercio internacional en materia sanitaria y fitosanitaria, frente a las reglas y principios del Derecho Internacional y del Sistema Multilateral de Comercio.

Específicamente, pretendemos dilucidar si dicho contexto normativo y particularmente el Acuerdo MSF, ofrecen base jurídica suficiente para condicionar o limitar el accionar privado en materia sanitaria y fitosanitaria y consecuentemente, encauzar y controlar la emisión oficiosa de normas motivadas en intereses que surgen fuera del ámbito de producción normativa del Estado céntrico tradicional.

Se analizará asimismo, la posibilidad de atribuir responsabilidad internacional a los Miembros de la Organización Mundial de Comercio por anulación o menoscabo de los derechos y obligaciones consagrados en el GATT y en el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, identificando posibles cursos de acción y los recursos jurídicos disponibles en el marco del sistema multilateral del comercio.

Relevancia del Estudio de Investigación

La relevancia del presente trabajo de investigación radica, en primer término, en que aborda desde una perspectiva jurídica, el análisis de una situación fáctica que se produce en el contexto de las relaciones económicas internacionales que es percibida por los países miembros de la OMC, agencias especializadas y operadores de comercio internacional,

⁷ El Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias es el órgano de Administración del Acuerdo MSF, lo integran todos sus Miembros y constituye un foro en el que pueden plantearse preocupaciones comerciales específicas sobre cuestiones sanitarias y fitosanitarias, entre otros aspectos que desarrollaremos con mayor profundidad en nuestro trabajo.

como un obstáculo de creciente importancia a los niveles de acceso alcanzados para concretar la exportación de productos agroalimentarios a distintos mercados internacionales.

Si bien la problemática planteada ha venido ganando espacio de discusión en la agenda multilateral, no se han logrado avances que permitan vislumbrar una solución a corto plazo siendo además pocos los estudios jurídicos realizados sobre la materia específica objeto del presente trabajo.

Hemos considerado en tal sentido, que un abordaje estrictamente jurídico de la cuestión podría no solo brindar algunos elementos adicionales para avanzar en las discusiones multilaterales, sino que además, permitiría enfocarlas desde una perspectiva descontaminada de connotaciones relacionadas con distintos enfoques económicos o estrategias de acción estatal que algunos países desarrollan en esos ámbitos.

Adicionalmente consideramos que, como resultado del análisis, podríamos aportar elementos para un enfoque alternativo al campo de estudio de la Fragmentación del Derecho Internacional que constituye por excelencia, según P.M Dupuy (2000), el debate doctrinal de la era de la globalización⁸. En este sentido, hemos valorado y acompañamos la postura del Dr. Alejandro Rodiles (2009), en cuanto a que la conclusión de los trabajos sobre fragmentación por parte de la Comisión de Derecho Internacional, no agotó el debate y a la fecha. “(...) *la discusión sigue dividiéndose entre quienes ven en ella un riesgo para la coherencia del orden jurídico internacional, y aquellos quienes hablan de un fenómeno acorde a los tiempos que vivimos, que permite al Derecho Internacional responder de manera más enfocada a los nuevos riesgos globales*”.

Hipótesis

A continuación se plasman y se describen las Hipótesis del presente trabajo de investigación:

H1 Las “normas privadas” bajo análisis son en esencia, medidas sanitarias y fitosanitarias conforme a lo previsto en el Acuerdo MSF⁹, y su imposición al comercio internacional, genera conflictos e impactos que pueden resolverse a la luz del principio de integración sistémica.

H2 Las “normas privadas” de carácter sanitario y fitosanitario elaboradas, adoptadas e impuestas al comercio internacional, no son compatibles con las reglas y principios del derecho internacional económico, en particular con el sistema multilateral del comercio y el Acuerdo MSF de la OMC, ni resultan legitimadas en la medida que lo contravengan.

H3 Los acuerdos que componen el sistema multilateral de comercio, particularmente el Acuerdo MSF, ofrecen una base jurídica legítima y suficiente para limitar, en territorio

⁸ Cf. P.M Dupuy, que fue uno de los publicistas que inició el debate académico actual con su curso “L’unité de l’ordre juridique international” dictado en la Academia de Derecho Internacional de la Haya en el año 2000, oportunidad en la que sostuvo que “la question de la fragmentation du droit international constitue par excellence le débat doctrinal à l’ère de la globalisation”. RODILES, Alejandro, La Fragmentación del Derecho Internacional. ¿Riesgos u oportunidades para México, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. 9, pág....Enero 2009.

⁹ De acuerdo a su contenido más no en su proceso de elaboración y aprobación.

de los Miembros, la elaboración, adopción e imposición de medidas sanitarias y fitosanitarias a nivel privado.

H4 El Acuerdo MSF permite fundamentar la atribución de responsabilidad a los Miembros de la OMC por anulación o menoscabo de sus obligaciones y de los beneficios de acceso garantizados por el sistema multilateral de comercio.

Metodología

La investigación, en cuanto al diseño, fue del tipo no-experimental (*ex post facto*)¹⁰. Al respecto, la información necesaria para realizar el análisis jurídico para comprobar las hipótesis formuladas a partir del modelo teórico, es obtenida del estudio de normas; del análisis de contenido de actas e informes; y de otras fuentes de información secundaria.

En primer lugar, se sistematizó la información relacionada a los compromisos asumidos por los Miembros de la OMC en materia de elaboración, adopción e imposición de medidas sanitarias y fitosanitarias en el ámbito del sistema multilateral de comercio y el tratamiento de las “normas privadas” objeto de estudio, en el marco del Comité MSF de la OMC que nos permitiera contar con mayores elementos de juicio para su contextualización.

En segundo lugar, a los efectos de delimitar el contenido, características y alcance de la imposición de “normas privadas” en materia sanitaria y fitosanitaria, se identificaron casos de estudio utilizando información secundaria que nos proporcionara a su vez, evidencia empírica concreta.

En tercer lugar, sobre la base de lo anterior, y evaluada la información previamente sistematizada, se efectuó el análisis jurídico utilizando la progresión del razonamiento jurídico de interpretación expuesto por el destacado jurista Max Huber¹¹ citado en el Estudio de la Comisión de Derecho Internacional expuesto en el marco teórico de este trabajo.

Del análisis de las actividades llevadas a cabo por el Comité MSF y la evaluación jurídica de la responsabilidad de los Miembros en el disciplinamiento de las MSF, se determinaron las posibles vías de acción en dicho Comité, así como los recursos jurídicos disponibles.

Por último, tras contrastar las hipótesis planteadas con los resultados de los desarrollos efectuados a lo largo de la investigación, se extrajeron las conclusiones y se efectuaron las reflexiones finales.

¹⁰ La expresión “*ex post facto*” significa “después de hecho”. Primero se produce el hecho y después se analizan las posibles causas y consecuencias. Se trata de un tipo de investigación en donde no se modifica el fenómeno o situación objeto de análisis. BERNARDO, J., Y CALDERO, J.F. (2000). Investigación cuantitativa (4); Métodos no experimentales. En J. BERNARDO, Y J.F. CALDERO, *Aprendo a investigar en educación* (77- 93). Madrid: RIALP, S.A

¹¹ Max Huber tuvo una prestigiosa y reconocida trayectoria como Juez de la Corte Permanente de Justicia entre otros ámbitos jurídicos de relevancia internacional.

Plan de Estudio

El presente trabajo de investigación, se divide en seis Capítulos y a los efectos de facilitar su lectura, cada uno contiene sus respectivas conclusiones.

El **Capítulo I** desarrolla el marco teórico utilizado y se compone de dos secciones: en la primer sección se aborda el fenómeno de la Fragmentación del derecho internacional a nivel general, efectuando una breve descripción del panorama doctrinario en esa materia, se presenta el Estudio de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas “Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación del Derecho Internacional” y se desarrollan las técnicas de razonamientos jurídico para interpretar y resolver conflictos normativos derivados de dicho fenómeno. En la segunda sección, se efectúan algunas consideraciones sobre el campo de estudio y se describe el modelo de análisis a utilizar, basado en la relación del derecho con su entorno normativo en aplicación del Principio de Integración Sistémica consagrado en el Artículo 31 Literal c) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

El **Capítulo II** contiene una evaluación inicial en relación a las “normas privadas” y se divide en tres secciones: en la primera, se contextualiza y conceptualiza la expresión “norma privada” y su naturaleza jurídica, aspectos que son primordiales para el análisis. En la segunda sección, se aborda el tratamiento de las “normas privadas” en el ámbito del Comité MSF; mientras que en la tercera sección, se presentan como evidencia empírica, exigencias privadas que se imponen a importantes rubros exportables de la República Oriental del Uruguay.

El **Capítulo III** identifica el entorno normativo analizando las reglas y principios que podrían ser aplicables a la situación planteada. Se compone de tres secciones: la primera sección, aborda las reglas y principios de derecho internacional económico y específicamente, del Sistema Multilateral del Comercio con especial referencia a los del GATT, el Acuerdo MSF y el Acuerdo OTC. La segunda sección desarrolla las reglas y principios del derecho del comercio internacional regulatorio de las transacciones comerciales internacionales, sus fuentes de producción normativa y los principios de autonomía de la voluntad y libertad de contratación. La tercera sección, identifica las reglas y principios del derecho internacional general.

El **Capítulo IV** se centra en la progresión del razonamiento jurídico de interpretación analizándose legitimidad de las normas privadas frente al Acuerdo MSF como norma especial aplicable y la voluntad de las partes en las cláusulas específicas de dicho Acuerdo. Se compone de dos secciones, en la primera, se evalúan las “normas privadas” frente a los derechos y obligaciones básicas consagradas en el Acuerdo MSF. En la segunda sección, se aborda particularmente el alcance y contenido del Artículo 13 y la responsabilidad de los Miembros en dicho marco.

En el Capítulo V se identifican las alternativas, no excluyentes entre sí, para limitar la proliferación de “normas privadas” y se analizan los recursos jurídicos que podrían hacer contrarrestar dicha situación.

En el **Capítulo VI** se contrastan las hipótesis de investigación y se formulan las conclusiones y reflexiones generales de la investigación.

CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO

1.1 Fragmentación del Derecho Internacional

Con el fin de la Guerra Fría, simbolizado con la caída del Muro de Berlín en noviembre de 1987, se intensificó a nivel mundial un proceso económico, tecnológico, social y cultural, caracterizado por una creciente interdependencia entre los distintos países, tendiente a la unificación de sus mercados, sociedades y culturas a través de una serie de transformaciones, denominado globalización. Desde el punto de vista jurídico, esta realidad ha implicado un creciente número de campos regulados por el derecho internacional conformando entre otros, el derecho penal internacional, el derecho comercial internacional, el derecho mercantil, el derecho del mar, el derecho ambiental, el derecho alimentario, cada uno con sus propios principios, disciplinas, estructuras e incluso y según los casos, con sus propios órganos internacionales y especialmente jurisdiccionales; aspectos todos que han producido la agudización de un fenómeno conocido como Fragmentación del Derecho Internacional.

Desde un punto de vista conceptual, por fragmentación del Derecho Internacional se entiende precisamente, la diversificación que se produce en esta rama del derecho con motivo de la proliferación de instituciones y regímenes especiales normativos sumamente especializados dotados generalmente, de un importante grado de autonomía y que suelen entrar en conflicto con el derecho internacional general y sus instituciones y a su vez; generan distintas respuestas frente a una misma situación conflictiva según sea el órgano jurisdiccional elegido. (Rodiles, 2009: Pág. 377). Ambos aspectos han llevado a la doctrina a distinguir la fragmentación sustantiva para referirse a los conflictos normativos y fragmentación institucional para referirse a la que se genera por la multiplicidad de órganos jurisdiccionales de los cuales pueden derivar dictámenes contrapuestos sobre una misma materia.

Si bien parecería existir cierta coincidencia a nivel doctrinal en relación a la conceptualización que acabamos de efectuar en el párrafo anterior, los alcances del fenómeno, los riesgos u oportunidades que del mismo derivan y las soluciones que se proponen para posicionarse ante él; no dejan de estar exentos de perspectivas y opiniones diferentes.

Mientras los partidarios del constitucionalismo del derecho internacional consideran que la fragmentación realmente plantea serios riesgos derivados de la ausencia de jerarquías normativas y ven consecuentemente, en el fortalecimiento de la jerarquía la solución al problema; los partidarios del pluralismo jurídico, partiendo de la base de que la fragmentación no es más que un reflejo de la “diferenciación funcional” de la sociedad global que el derecho no puede frenar, nos hablan de un derecho global plural que abarca tanto mecanismos tradicionales interestatales como horizontales transnacionales y por ende, consideran que la formalidad y rigidez legal restarían expresión a la pluralidad de los diversos regímenes transnacionales.

Un enfoque particular sobre el fenómeno de la fragmentación, lo efectúan Eyal Benvenisti y George Downs (2010) quienes abordan el tema desde lo que parece ser una visión más práctica que teórica de la cuestión y que parte de la observación de la actitud o

de las acciones que realizan en distintos ámbitos de la comunidad internacional algunos actores de relevancia. De esa observancia, consideran los mencionados autores, que la fragmentación del derecho internacional responde a una estrategia de poder de países más poderosos que pretenden conservar el control internacional evitando o mitigando la coordinación de Estados. (Pág. 595)

Estos autores describen cuatro actitudes o acciones que consideran verdaderas tácticas de actuación de estos últimos a nivel internacional como partes del fenómeno de la fragmentación:

La primera, es recurrir a la celebración de acuerdos bilaterales a lo que llaman “bilateralismo en serie” en detrimento de las reglas multilaterales procurando evitar precisamente la coordinación que realizan los Estados menos poderosos en dichos ámbitos como forma de contrarrestar los intereses de los más poderosos.

La segunda estrategia de fragmentación consiste en crear acuerdos detallados en entornos multilaterales únicos, con pocas perspectivas de que sean renegociados o enmendados de manera significativa en un futuro próximo¹². Citando algunos Acuerdos de la OMC¹³, observan estos autores, que todos contienen disposiciones detalladas que los Estados poderosos dejan, estratégicamente para que sean interpretadas posteriormente. Agregan en tal sentido, que lo que queda por reglamentar se deja intencionalmente, relegado a instituciones semi – privadas de establecimiento de normas que los Estados más fuertes dominan y que se crean por el sistema, órganos y Comités que discuten varios de los aspectos de las reglas de la OMC que tienen una autoridad considerablemente reducida en comparación con la que tenían los órganos originales del GATT de 1947.

La tercer estrategia de supresión de la coordinación que emplean los Estados poderosos es evitar, cuando sea posible, la creación de órganos o judicatura con autoridad independiente y responsable de la elaboración de políticas o; circunscribir cuidadosamente su autoridad cuando su creación es inevitable.

La cuarta estrategia consiste en **apartarse totalmente de las instituciones abandonando los mecanismos formales de derecho internacional** en cuyos ámbitos se ven obligados a enfrentarse a difíciles y largas negociaciones.

Los autores identifican aquí cuatro tipos de situaciones: la coordinación informal a nivel intergubernamental, incluyendo, agencias gubernamentales que armonizan sus actividades mediante consultas informales y las ponen en práctica a través de sus autoridades bajo sus leyes nacionales; las instituciones no vinculantes que permiten a los gobiernos con intereses comunes, coordinar las actividades con otros Estados; joint ventures entre gobiernos y actores privados y por último; la delegación formal o de facto de competencias a instancias netamente privadas para establecer estándares por parte de actores privados en áreas donde los gobiernos han sido reacios a actuar o simplemente,

12 Refiriéndose a esta segunda estrategia, sostienen los autores ut supra citados que (...) “*In effect, this strategy transforms what is formally a repeated game into what for all practical purposes is a one-shot game.*” (...); *Ibidem*, Párrafo 2 Pág. 612.

13 El Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT); el Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (AGCS), el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF), el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC) y; el Acuerdo sobre Derechos de Propiedad Intelectual aplicados al comercio (ADPIC)

han preferido dejar que actores privados (incluyendo los *standard setting bodies*) se ocupen de eso, como por ejemplo, normas o estándares de seguridad.

Las preocupaciones en torno a esta realidad, comenzaron a ser tratadas sistemáticamente en la práctica por la doctrina y por diversos jueces de la Corte Internacional de Justicia quienes alertaban sobre los peligros que a su juicio podría implicar la agudización del fenómeno de la fragmentación, aspecto que como veremos seguidamente se vio reflejado en los primeros tratamientos efectuados en el ámbito de la Comisión de Derecho Internacional.

El panorama anteriormente indicado se complejizó a su vez, con el surgimiento de otras normas o regímenes impulsados por parte de otros actores, organizaciones o entidades nacionales e internacionales de naturaleza privada, agentes económicos, asociaciones de usuarios o grandes conglomerados empresariales que aplican sus propias normas en materias que, como veremos, son reguladas para el caso de estudio, por el derecho internacional económico.

Estas normas o regímenes, surgen frecuentemente de forma oficiosa, mediante la generalización de formas de conducta por parte de dichos actores a través de requerimientos de tipo contractual o por la aplicación de acuerdos alcanzados, incluso con carácter internacional por organizaciones de naturaleza privada (asociaciones de usuarios o de organizaciones, entre otras).

Si lo anterior puede ser visto según Fischer (2004), como un reflejo de la fragmentación multidimensional de la sociedad global, toda vez que responde a las necesidades e intereses de nuevos actores de la globalización, lo cierto es que trae aparejado un nuevo entramado normativo que se aplica a las transacciones comerciales, regulando determinadas disciplinas al margen de los acuerdos gubernamentales alcanzados a nivel internacional, particularmente en lo que refiere al sistema multilateral del comercio.

Cabe precisar que si bien el estudio que hemos elegido como marco teórico y que abordaremos seguidamente, no se refiere específicamente a la fragmentación derivada del surgimiento de esos otros regímenes de naturaleza privada, los identifica como parte del fenómeno de la fragmentación, aspecto que retomaremos en oportunidad de efectuar algunas consideraciones acerca de nuestro campo de estudio.

1.1.1 El Estudio de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU “Fragmentación del Derecho Internacional. Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional”¹⁴

La fragmentación comenzó a ser tratada formalmente dentro del programa de trabajo de la Comisión de Derecho Internacional en el año 2000 y se generó un primer estudio inicial titulado “Riesgos Resultantes de la Fragmentación del Derecho Internacional”, que respondió inicialmente a la visión que se tenía acerca de que el fenómeno podía po-

14 KOSKENNIEMI, Martti.. 2006. A/CN.4/L.682. Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación del Derecho Internacional. Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional. Ginebra : Comisión de Derecho Internacional, ONU.

ner en peligro la estabilidad y coherencia del derecho internacional y su alcance general. (Koskenniemi, M. 2006. Pág. 294-310).

Se enumeran siete causas del fenómeno según esta visión y que son consideradas como riesgo: falta de instituciones centralizadas para la elaboración de normas de derecho internacional público; la especialización que genera lo que los autores del informe denominan “autonomía temática”; la diferente configuración de normas jurídicas¹⁵; normativas paralelas para la regulación de una misma temática; competencia entre normativas¹⁶; la ampliación del ámbito de aplicación del derecho internacional; y, los diferentes regímenes de normas secundarias.

Sin embargo en el año 2002, se estableció un grupo de estudio que como primera medida sustituyó el título del estudio anterior por entender que presentaba al fenómeno con una connotación demasiado negativa, cuando en realidad también tiene aspectos positivos por las oportunidades que brinda ante el dinamismo de las nuevas realidades mundiales.

Este último enfoque fue el que prevaleció hasta la conclusión de los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional en el 2006, año en el que se presenta el informe final titulado “Fragmentación del derecho internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional”. (Koskenniemi, M. 2006)

Dicho informe, analiza los regímenes especiales que han ido surgiendo y su relación con el derecho internacional general centrándose en los problemas sustantivos como la aparición de “derechos especiales”, regímenes establecidos por tratados y grupos funcionales de normas y ramas especializadas del derecho internacional, y las relaciones entre esas normas con el derecho internacional general.

Con respecto a la creación de estas normas e instituciones especializadas, se indica que:

“El problema, a juicio de los juristas, es que esa legislación y creación de instituciones especializadas tiende a producirse con relativa ignorancia de las actividades legislativas e institucionales en los campos adyacentes de los principios y prácticas generales del derecho internacional. El resultado son conflictos entre normas o sistemas de normas, prácticas institucionales derivadas y quizá la pérdida de una perspectiva general del derecho”. (Koskenniemi, M. 2006. Pág. 12).

Nos parece oportuno señalar sobre el particular, que si bien la situación transcrita sería, de producirse, una causa de significativa incidencia en la elaboración de normas inconsistentes que luego entren en conflicto; no creemos que pueda generalizarse ni que pueda plantearse que ello ocurre en todos los ámbitos de producción normativa. En efecto, y para citar un ejemplo, el Acuerdo MSF efectúa, un acertado reenvío a las orga-

15 Se sostiene que la desigual configuración de las normas jurídicas responde a que las normas en materia de Derecho Internacional corresponden a tres estructuras jurídicas: Derecho Internacional tradicional estructura que se compone de normas recíprocas bilaterales; la estructura que aborda las relaciones de los Estados con las personas, como por ejemplo, la protección de los Derechos Humanos; y, la estructura que aborda las obligaciones para con la comunidad de Estados como tal.

16 Las originadas por ejemplo entre las normas que regulan temas comerciales y los Acuerdos Medioambientales.

nizaciones o regímenes especializados en materia sanitaria y fitosanitaria, que si bien no asegura totalmente la ausencia de conflictos normativos, contribuye a minimizarlos al situar la armonización normativa bajo la responsabilidad de los organismos de referencia reconocidos.

Lo cierto es, que en las conclusiones generales del informe, se describe la fragmentación como un fenómeno 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 los regímenes especiales de derecho internacional *ut supra* citados, basados en tratados multilaterales especializados y constituciones de organizaciones internacionales. El resultado es la alta probabilidad de conflictos normativos entre dichos regímenes, así como entre ellos y el derecho internacional general.

Considerando dicho contexto, el informe se ocupa de los conflictos normativos y sus posibles soluciones, **entendiendo por “conflicto” toda situación en la que dos normas o principios indican maneras diferentes de tratar un problema.** Las posibles soluciones se abordan en base a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, específicamente en los artículo 30 y 31, numeral 3 literal c), o sea, la norma conflictual *lex posterior* y el principio interpretativo de integración sistémica. Asimismo, y en buena medida, en la regla *lex specialis*, que si bien no se encuentra plasmada en la referida Convención, forma parte del derecho internacional, ya sea como costumbre o como principio general, y ha sido reconocida expresamente por la Corte Internacional de Justicia. Como técnica jurídica, la máxima *lex specialis* cobra una gran importancia en torno a los llamados “regímenes especiales”, aspecto medular en el debate sobre la fragmentación. (Rodiles, A. 2009)

Sin embargo, esos problemas son presentados en el estudio desde una perspectiva optimista dado que, como hemos indicado anteriormente, son vistos como resultados de la rápida expansión de la actividad jurídica internacional y como desafíos que pueden ser superados mediante normas conflictuales que nos indiquen, caso por caso, cual es el derecho aplicable y controlarse mediante la racionalización, diversificación y el control de técnicas.

En concordancia con lo anterior, una conclusión principal del informe ha sido que la aparición de regímenes especiales no ha socavado seriamente la seguridad jurídica y la previsibilidad del derecho. En ese mismo sentido, el Presidente del Grupo de Trabajo de la Comisión de Derecho Internacional y autor de las conclusiones del estudio, Martti Koskenniemi (2007); consultado¹⁷ sobre su apreciación sobre los efectos de una eventual incertidumbre jurídica provocada por esta fragmentación vis à vis una unificación normativa que podría, por otro lado, omitir características jurídicas o culturales de un país o un grupo de países; respondió en términos que reflejan una opinión bastante realista acerca del fenómeno de la fragmentación, sosteniendo que:

“La fragmentación surge de una diferenciación funcional en la esfera internacional. Es un reflejo de la creciente diversidad de actores, proyectos, intereses, etc., a nivel internacional. En este sentido, es un dato

¹⁷ En entrevista efectuada por Puente @ Europa en relación a algunos aspectos del estudio; reproducida en Puente @ Europa - Año V - Número 2 - Junio 2007 y disponible en <https://puenteeuropa.unibo.it/article/download/5215/4958>

de la realidad que debe ser reconocido. Por supuesto, la diversificación también tiene consecuencias políticas -algunos intereses aparecen en una posición destacada, otros (viejos) intereses se vuelven secundarios. No hay una respuesta para la cuestión de la naturaleza (buena o mala) de la fragmentación que sea independiente y objetiva. Para aquellos que ganan, es buena, para aquellos que pierden, no lo es. El hecho de que los juristas internacionalistas estén especialmente preocupados por el tema de la fragmentación refleja su (justificable) sensación de que ésta debilitará los intereses y preferencias que han apoyado tradicionalmente”.

1.1.2 Técnicas de razonamiento jurídico para interpretar y resolver conflictos normativos abordados en el informe de la CDI

El examen y solución de conflictos normativos forma parte del razonamiento jurídico en tanto proceso pragmático a través del cual, teniendo en cuenta las reglas y principios que podrían ser aplicables, se intenta armonizar normas aparentemente contrapuestas mediante su interpretación, o si ello resulta inadmisibile, establecer relaciones definidas de prioridad entre ellas. (Koskenniemi, M. 2006. Pág. 21).

La actividad interpretativa, permite atribuir un significado a una disposición normativa y contar con una base argumentativa lógica que fundamente el razonamiento jurídico. Conforme GARATE:

“El razonamiento jurídico, es una estructura de pensamiento que no solo incluye elementos de la lógica formal, sino también de la lógica dialéctica, lo que nos permite vislumbrar la necesidad de un análisis desde la Filosofía del Derecho como de la Teoría General del Derecho. Este tipo de razonamiento pretende alcanzar cierto grado de verosimilitud, al fundarse en argumentos retóricos que lo constituyen y estructuran. El proceso argumentativo se encuentra íntimamente relacionado con la interpretación normativa, porque se necesita comprender acabadamente el derecho, para luego encontrar criterios que fundamenten el razonamiento jurídico”. (2009: Pág. 194-215)

La averiguación de conflictos entre normas o de los sujetos jurídicos obligados por ella y su solución forman parte del proceso pragmático de razonamiento jurídico a través del cual los juristas interpretan y aplican la ley formal. Dicho proceso es sintetizado de la siguiente forma (Koskenniemi, M. 2006., Pág. 21 y ss.):

A) Búsqueda de Relaciones: Visión *prima facie* de la cuestión. Evaluación inicial de reglas y principios que podrían ser aplicables

Las normas jurídicas se relacionan con otras normas y no lo hacen aleatoriamente sino en tanto sistema de derecho comprensivo de decisiones, reglas y principios con las cuales comparten relaciones sistémicas. Todo acto de aplicación de la ley conlleva pasos previos que nos permite contar con una visión *prima facie* de la cuestión incluyendo, una evaluación inicial de las reglas y principios que podrían ser aplicables. En esta situa-

ción, si bien se suelen identificar normas que en principio pueden parecernos pertinentes, es necesario efectuar la elección y justificarla.

B) Armonización: Integración Sistémica

La tendencia en el derecho internacional es evitar o mitigar los conflictos por esta razón se afirma que “*Cuando un juez se encuentra ante dos acuerdos de voluntades divergentes, debe naturalmente inclinarse a buscar su coordinación más que consagrar su antagonismo*”. (Rousseau, C. 1932. Pág. 153). Cuando dos normas o principios apuntan en direcciones diferentes, la tarea del razonamiento jurídico consiste en establecer relaciones significativas entre ellos a fin de determinar si pueden aplicarse de una forma mutuamente corroborante. También, la armonización sistémica podría implicar vincular una norma poco clara con una finalidad, a los efectos de posicionarla dentro de algún sistema que justificara su aplicación.

C) Análisis de conflictos

La armonización tiene un límite. El mismo se da cuando las posiciones distan mucho entre sí, al existir choque de intereses que se manifiestan en el conflicto de normas especialmente cuando existe un tratado que enuncia claramente derechos u obligaciones para sujetos jurídicos. En ese caso se debería determinar si una norma o principio debe tener una prioridad definida sobre otra, basándose en el estudio de las posibles relaciones que pueden darse entre normas y principios jurídicos que intervienen en un determinado conflicto. De acuerdo a la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, los tipos de relaciones que tradicionalmente se plantean en casos de conflictos normativos son entre el derecho especial y el derecho general; entre el derecho anterior y el derecho posterior; entre derechos de diferente rango jerárquico; y **entre el derecho con su "entorno normativo" más general.**

A su vez, las mencionadas relaciones pueden adquirir diversas formas. Por ejemplo, en cualquiera de los cuatro tipos de relaciones podría darse que, el derecho invalida otro derecho, por ejemplo, en el caso de las relaciones jerárquicas en las que interviene el *Jus Cogens*; el otro Derecho se deja de lado sólo temporalmente, cuando la prioridad es relativa; dos normas actúan de forma concurrente, apoyándose recíprocamente; o no hay conflicto. En el Cuadro 1 se resumen los Tipos de Relaciones entre normas y principios y las Formas de relacionamiento entre las mismas.

Tipos de relaciones entre normas y principios

derecho especial y el derecho general;
derecho anterior y el derecho posterior;
derechos de diferente rango jerárquico; y
derecho con su "entorno normativo" más general.

Formas de relacionamiento entre las normas

Derecho invalida otro Derecho, Relaciones jerárquicas en las que interviene el *Jus Cogens*.
El otro derecho se deja de lado sólo temporalmente – prioridad relativa.
Dos normas actúan de forma concurrente, apoyándose recíprocamente
No hay conflicto.

Figura I: Tipos de relaciones entre normas y principios y formas de relacionamiento.

Fuente: Koskeniemi, M. 2006, A/CN.4/L.682, pág. 21.

Técnica de análisis de conflictos entre *lex specialis* y *lex generalis*

Esta técnica de análisis ofrece un marco para el debate de los conflictos que surjan cuando la “especialidad” o la “generalidad” de las normas en conflicto se convierten en un problema. Es una de las técnicas más usuales en la interpretación o análisis de conflictos normativos y se basa en el contraste entre la generalidad y la particularidad de las normas. De esta relación es posible distinguir tres tipos de conflicto en los que la fragmentación se presenta de manera diferente:

- **Fragmentación por interpretaciones opuestas de la ley general:** la situación se plantea cuando en diferentes ámbitos se efectúan interpretaciones opuestas de la normativa general. Cuando estos conflictos aparecen y se consideran un problema, no pueden ser sometidos a un sistema constitucional de revisión que culmine en una sentencia definitiva y por ende, sólo se pueden resolver con medios legislativos o administrativos, una nueva ley que resuelva el conflicto o coordinación a futuro de la jurisprudencia.
- **Fragmentación por la aparición de una ley especial como excepción a la ley general:** la situación se plantea cuando una institución adopta una decisión que se desvía de la forma de decidir situaciones similares por considerar que el caso no entra dentro de la ley general sino que constituye una excepción a la misma.
- **Fragmentación por diferenciación entre tipos de leyes especiales:** la situación es clara y en tal sentido basta con mencionar a título de ejemplo los debates que se vienen produciendo en la comunidad internacional en torno al comercio y el medio ambiente¹⁸ o el comercio y esas otras reglas que como veremos resultan aplicables al intercambio de productos agropecuarios como principales destinatarios de la aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias. El pronunciamiento del Órgano de Apelación de la OMC respecto al primero de los ejemplos nombrados, sugiere que el derecho del medio ambiente y el derecho mercantil pueden regirse por principios diferentes y la norma que se aplique dependerá de cómo se califique el caso a este respecto. (Koskeniemi, M. 2006. Pág. 32)

La función y el alcance del principio de *lex specialis*

Hay situaciones en que normas de Derecho Internacional igualmente válidas, en tanto forman parte del ordenamiento jurídico (válido), y aplicables, en el sentido de conferir derechos, obligaciones o facultades a un sujeto jurídico en una situación particular, tratan de distinto modo una misma materia. En dichas situaciones, la norma relativa a la *lex specialis* se presenta como una técnica de solución de conflictos según la cual se debe aplicar la norma específica en lugar de la norma general como regla de interpretación jurídica. Son importantes las conclusiones a las que se arriba en ese sentido en la medida

18 En el asunto Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas) WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, 13 de febrero de 1998, párrafos 123 a 125, el Órgano de Apelación de la OMC, examinó la naturaleza del llamado “principio precautorio” en el marco del Acuerdo MSF y llegó a la conclusión de que fuera cual fuese el valor jurídico de ese principio en el derecho del medio ambiente, no había llegado a ser jurídicamente vinculante en la OMC.

que frente a acuerdos que son iguales, se debería conceder preferencia a la que resulte más específica y se aproxime más a la materia tratada puesto que las disposiciones especiales normalmente resultan más efectivas que las generales.

En conclusión, la doctrina en general acepta la *lex specialis* como norma de interpretación o técnica de solución de conflictos de carácter válido también en el derecho internacional público pero sin limitar su ámbito de aplicación al derecho de los tratados.

Regímenes autónomos o especiales

En sentido estricto, un régimen puede ser autónomo cuando se hace referencia a un *“conjunto especial de normas secundarias que establece las consecuencias del incumplimiento de determinadas normas primarias, incluso procedimientos para dicha determinación”*. (Koskeniemi, M. 2006. Pág. 73-83) En sentido amplio, un régimen es considerado autónomo cuando hablamos de *“cualquier grupo interrelacionado (conjunto, régimen, subsistema) de normas aplicables a un problema limitado, junto con las normas para la creación, interpretación, aplicación, modificación o extinción –en una palabra, administración- de esas normas”*. (Ibíd. Pág. 92)

Sin embargo, ningún régimen autónomo, más allá de la prioridad de la que intrínsecamente goza en su ámbito de especialización, puede interpretarse de manera aislada o desvinculada de su entorno normativo más general que resulta aplicable de manera subsidiaria ante fallas del mismo.

Jerarquía Oficiosa

Pese a no existir, de manera propiamente dicha, una jerarquía formal entre las fuentes del derecho internacional, como consecuencia lógica del razonamiento jurídico, **se genera lo que la Comisión de Derecho Internacional llama una “jerarquía oficiosa”** entre las mismas, por la cual *“el tribunal o jurista ha de consultar primero los tratados, después la costumbre y, por último, los principios generales del derecho para resolver un problema normativo”* (Ibíd. Pág. 52), siempre en función del grado de especialidad de las normas bajo análisis.

1.2 Consideraciones específicas sobre nuestro campo de estudio

1.2.1 El estudio de la CDI y las “Normas privadas”

Como hemos expresado en el numeral 1.1.1, el estudio de la CDI centra el análisis en los problemas derivados de la proliferación de regímenes establecidos por tratados y grupos funcionales de normas y ramas especializadas del derecho internacional, y las relaciones entre esas normas con el derecho internacional general.

En ese sentido, excluyó claramente el análisis exhaustivo de los conflictos derivados de normas privadas de regulación oficiosa surgidas y aplicadas en ámbitos transnacionales y sus efectos sobre el derecho internacional, incluidas en particular, la *lex mercatoria* (derecho mercantil). Sin embargo, y tal cual se expresa en el estudio indicado, nada

impide que la Convención de Viena y el Derecho Internacional puedan ser utilizados para encauzar la interrelación entre estas nuevas formas normativas o nuevos tipos de “derecho mundial” surgidos fuera del ámbito del derecho internacional Estado céntrico tradicional. (Koskenniemi, M. 2006. A/CN.4/L.682, párr. 490; pág. 285).

Rodiles (2009) sostiene, en opinión que compartimos, que la Comisión de Derecho Internacional si bien sugiere que estas nuevas formas normativas tienen características distintas a los demás regímenes especiales de derecho internacional que se abordan en el informe, lo relevante es que las ubica dentro del fenómeno de la fragmentación atribuyéndoles por ende, propiedades fragmentarias.

Agregamos a dicha consideración que por los motivos antes indicados, el estudio de la CDI elegido como marco teórico, nos brinda los elementos jurídicos apropiados para el tratamiento de la regulación privada en el marco del derecho internacional.

1.2.2 El aspecto sustantivo de nuestro campo de estudio

Como lo indicáramos brevemente en el numeral 1.1, la fragmentación del derecho internacional posee un aspecto institucional y un aspecto sustantivo.

El estudio del aspecto institucional centra su preocupación en la desviación de jurisprudencia y la elección de foro más favorable (“Forum shopping”), producto de la proliferación de órganos de aplicación, cortes y tribunales establecidos por diversos tratados, que hacen que los derechos y obligaciones de los sujetos jurídicos puedan depender del órgano de solución de controversias elegido; y considera importante la coordinación práctica, la jerarquía institucional y que los distintos tribunales judiciales y arbitrales internacionales tengan en cuenta su respectiva jurisprudencia (Pereira Fredes, E. 2011: Pág. 91-123).

Por su parte, el estudio del aspecto sustantivo objeto del informe de la CDI elegido como modelo teórico, centra el análisis en los conflictos normativos resultantes de la diversificación y especialización de regímenes normativos a los efectos de contribuir a la coherencia en cuanto a la aplicación de los mismos.

En ese sentido, se ha optado para el presente trabajo de investigación por dicho modelo que, dejando de lado el aspecto institucional de la fragmentación del derecho, analiza los aspectos sustantivos relacionados a la división del derecho en “marcos” sumamente especializados, lo que entendemos se adapta perfectamente al objeto de nuestro estudio.

En efecto, de acuerdo al objetivo que nos hemos planteado, corresponde que analicemos dos clases de normas, privadas y públicas, que aplicadas a una misma situación fáctica, indican maneras diferentes de abordar un problema técnico generando impactos al comercio internacional. En tal sentido, los aspectos institucionales vinculados a dicha producción normativa quedan excluidos de nuestro campo de estudio.

1.2.3 Las técnicas de razonamiento jurídico y nuestro campo de estudio

Como veíamos al abordar las técnicas de razonamiento jurídico que se analizan en el estudio de la CDI, los tipos de relaciones que tradicionalmente se plantean en casos de conflictos normativos (entendido en su sentido amplio) son entre el derecho especial y el derecho general; entre el derecho anterior y el derecho posterior; entre derechos de diferente rango jerárquico; y entre el derecho con su "entorno normativo" más general.

Teniendo en cuenta que el presente trabajo refiere a normas y también a actos que surgen en principio, al amparo de la autonomía de la voluntad en su sentido negocial y que se rigen por el derecho internacional privado, frente a disposiciones de derecho internacional público y particularmente, del régimen especial que representa el sistema multilateral de comercio de la OMC, las primeras dificultades surgen cuando intentamos establecer algún tipo de relación de índole jurídico entre ambas.

Al respecto, y a la luz del marco teórico elegido, cabría preguntarse: ¿qué tipo de relación o vinculación existe entre las normas de derecho internacional que regulan la elaboración y aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias y las "normas privadas"?; ¿Podría existir alguna relación de tipo jerárquico o de prelación entre el derecho de la OMC, específicamente el Acuerdo MSF y dichas normas privadas?.

Entendemos que ambas clases de normas, funcionan en planos normativos distintos, léase, por un lado aquél plano en el cual se verifican las relaciones entre los Estados y por el otro, aquél en el cual se desarrollan las relaciones entre privados. De todas formas, ello no implica dejar de considerar, como lo hemos visto, que las normas jurídicas, se relacionan con otras normas y no lo hacen aleatoriamente sino en tanto sistema de derecho comprensivo de decisiones, reglas y principios con las cuales comparten relaciones sistémicas.

Sin desmedro de lo anterior, esta coexistencia de planos normativos pertenecientes a órdenes distintos, vuelve vano el intento de efectuar aproximaciones sobre la base de jerarquías normativas o razonamientos que intenten, por la vía de los principios de *lex specialis* o *lex posterior*, buscar relaciones de prelación basadas en cuestiones como la especialización o la anterioridad o posterioridad en el tiempo.

En función de lo anterior, consideramos que algunas de las técnicas de razonamiento jurídico para interpretar y resolver conflictos normativos que han sido detalladas precedentemente, no resultar pertinentes para el análisis de nuestro campo de estudio; aspecto que si bien no fue expresamente sustentado por la CDI, si parece advertirlo cuando sostiene que el examen de la medida en que la regulación privada surge fuera del ámbito del derecho internacional, requiere un estudio de diferente naturaleza y en tal sentido, consideramos que las interacciones no armoniosas entre ambos tipo de normas, pueden ser resueltas recurriendo al modelo de análisis que aplicamos a nuestro campo de estudio y que consideramos a continuación.

1.2.4 Modelo de Análisis aplicable a nuestro campo de estudio

Dadas las posibles relaciones entre las normas y principios que se ilustraron en la Figura 1 y las precisiones efectuadas en el numeral anterior, a los efectos del presente trabajo de investigación se utiliza como modelo, la técnica o herramienta de análisis de conflictos que se ocupa de la relación del derecho con su entorno normativo más general, **aplicando el principio de integración sistémica y el literal c) del párrafo 3 del art. 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, es decir, la interpretación de los tratados a la luz de “toda forma pertinente de derecho internacional aplicable a las relaciones entre las partes”**.

Al referirnos al principio de integración sistémica resulta oportuno señalar desde una perspectiva general y conceptual, que el mismo no es más que la enunciación o declaración que se formula en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados en el sentido de que no existe un tratado o acuerdo que pueda interpretarse de manera aislada o desvinculada de su entorno o contexto normativo.

En efecto, creemos que el principio recogido en el artículo indicado, consagra la no exclusión de ninguna norma que resulte aplicable a las relaciones entre las partes al momento de realizar la tarea interpretativa y que ello es consecuencia de lo que acertadamente sostienen DAILLIER Y PELLET al afirmar que *“un tratado no puede considerarse aisladamente. No sólo está enraizado en las realidades sociales, sino que sus disposiciones deben confrontarse con otras normas jurídicas con las que pueda competir”* (Ibídem: Pág.242).

En efecto, las normas jurídicas se relacionan con otras normas y no lo hacen aleatoriamente, sino que lo hacen de manera sistémica, vale decir, dentro de lo que Guillermo Cabanellas (1984) define como un *“Conjunto de principios, normas o reglas, lógicamente enlazados entre sí, acerca de una ciencia o materia.// Ordenado y armónico conjunto que contribuye a una finalidad.//Método.// Procedimiento. // Técnica. // Doctrina.”* (Pág. 296)

El “Principio de integración Sistémica”, según el reconocido jurista y miembro de la CIJ, XUE HANQUIN:

(...) “funciona como una llave maestra de la casa del derecho internacional y se puede recurrir a él con fundamento para resolver un conflicto o solapamiento entre dos o más normas. Si existe un problema sistémico –una incoherencia, un conflicto o un solapamiento entre dos o más normas- y no se puede solucionar por otros medios interpretativos, siempre se puede recurrir a ese artículo para proceder con fundamento” (...) (Ibídem: Pág. 243).

Ahora bien, ¿que se entiende por toda forma pertinente de derecho internacional aplicable entre las partes? Al respecto, DE LA GUARDIA (1997) nos dice que aquella (...) *“puede consistir en otro tratado, una norma consuetudinaria, una sentencia que vincule a ambas partes, etc. y cuya aplicación incida en el tratado en cuestión”* (...) con lo cual, acertadamente considera el carácter amplio planteado en la norma a través de la expresión *“toda forma pertinente de derecho internacional”* en tanto no efectúa ningún tipo de enumeración taxati-

va o restrictiva que limite cuales pueden ser esas formas de derecho, o si se trata, incluso, de normas estatales o privadas.

Por otro lado, si bien el Art. 31 y el 32 hacen referencia a las reglas generales de interpretación, debe tenerse en consideración que el literal c) del párrafo 3 de dicho artículo no constituye una regla propiamente dicha, sino que más bien nos encontramos ante un principio que debe tamizar todo proceso de interpretación jurídica.

Al respecto, el informe sobre Fragmentación del Derecho señala que:

(..) “es cierto que se ha criticado la formulación de esa disposición por no ser lo suficientemente clara en su alcance sustantivo y temporal y en su fuerza normativa: ¿En qué medida debe tenerse en cuenta el resto del derecho? ¿Qué hay del derecho anterior o posterior? y ¿Qué se entiende por “tener en cuenta”? Sin embargo, si el artículo no es más que la expresión de un principio más amplio – “el de integración sistémica” – y ese principio, a su vez, expresa un aspecto razonable o incluso necesario de la práctica del razonamiento jurídico, un análisis de sus usos reales y posibles constituye una contribución útil al estudio de la supuesta fragmentación (o diversificación) del Derecho Internacional”. (Koskenniemi, M. 2006: Pág. 245)

A mayor abundamiento, entendemos necesario precisar que en el ámbito del derecho internacional económico, el propio Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD) de la OMC, nos remite a las normas usuales de interpretación del derecho internacional público para aclarar las disposiciones de los acuerdos abarcados por el sistema multilateral de comercio¹⁹.

Vale la pena detenernos en torno a esta cuestión, en lo señalado por Pascal Lamy (2006), cuando sostiene que si bien el derecho de la OMC es un conjunto de normas jurídicas que constituyen un sistema dirigido a una comunidad y que cuenta con un ordenamiento jurídico integrado y especial, “(...) el derecho de la OMC se articula con los sistemas jurídicos de las demás organizaciones internacionales dentro del orden jurídico internacional (...)”, y tiene igualmente en cuenta las demás normas del derecho internacional, sin que medien relaciones de superioridad o jerarquía entre las mismas y el ordenamiento jurídico de la OMC.

Pero ese sistema jurídico integrado, refiere Lamy:

“(..) No está “clínicamente aislado (...). Existe una presunción de validez en el derecho internacional y las normas de los Acuerdos de la OMC deben interpretarse en consecuencia con los principios del derecho internacional. En consecuencia, el ordenamiento jurídico de la OMC respeta especialmente la igualdad soberana de los Estados, la buena fe, la cooperación internacional e incluso la obligación de arreglar pacífica-

¹⁹ OMC, Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias, artículo 3 disposiciones generales, párrafo 2.

mente las controversias, por no hablar de las reglas de interpretación de los tratados que el Órgano de Apelación, por ejemplo, aplica sin vacilar. La OMC respeta el derecho internacional general, sin perjuicio de adaptarlo a las realidades del comercio internacional.” (Ibídem)

La opinión autorizada de Lamy, entonces Director General de la OMC, resulta sumamente importante puesto que, como veremos en el desarrollo de la investigación, no hace sino reafirmar lo que señala la Convención de Viena en su Artículo 31.3.c), rescatando además la buena fe como un principio y criterio amalgamador en esta búsqueda de un orden jurídico y una gobernanza internacional organizados y coherentes.

Adicionalmente, el Órgano de Apelación previsto en el ESD, siempre ha dictaminado en el sentido de que los grupos especiales están obligados a aplicar rigurosamente los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en las cuestiones que sean sometidas a su consideración²⁰ y ha llegado incluso a revocar dictámenes de algún grupo especial que no cumplió con esa condición²¹.

De lo que viene de reseñarse surge entonces, que el principio de integración sistémica recogido en el artículo 31.3 c) de la Convención de Viena sobre derecho de los Tratados nos obliga a recurrir al entorno o contexto normativo del derecho internacional general y especial, sea público o privado para efectuar la tarea interpretativa, con lo cual nos proporciona el fundamento jurídico necesario para incluir, para el caso que nos ocupa, toda forma de derecho internacional que resulte aplicable al momento de interpretar el Acuerdo MSF, incluyendo a las “normas privadas”.

1.2.4.1 La jerarquía oficiosa y nuestro campo de estudio

Si bien como expresamos en el último párrafo de numeral 1.1.2, no existe una jerarquía formal entre las fuentes del derecho internacional, como consecuencia lógica del razonamiento jurídico, se genera lo que la Comisión de Derecho Internacional llama una “**jerarquía oficiosa**” y por ende, para resolver un problema normativo, debemos seguir un proceso de interpretación como ejercicio de argumentación jurídica que considere primero los tratados, luego la costumbre y por último los principios generales de derecho.

Es por esta razón, que consideramos interesante efectuar nuestro análisis utilizando la progresión del razonamiento jurídico de interpretación expuesto por el reconocido jurista Max Huber y citado en por la CDI²². Mediante dicho proceso de interpretación,

20 KOSKENNIEMI, Martti.. 2006. Op. Cit. Pg. 258, párrafo 444, WT/DS2/AB/R, DSR 1996: Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional (29 de abril de 1996), págs. 15 a 17; WT/DS69/AB/R, DSR 1998:V. CE - Medidas que afectan a la importación de Determinados productos avícolas (23 de julio de 1998). pág. 2060, párr. 83 y, en general, págs. 2057 a 2060, párrs. 77 a 85; WT/DS161/R, WT/DS161/AB/R, DSR 2001:I. Corea - Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada (10 de enero de 2000), pág. 59, párr. 539.;WT/DS207/R. Chile - Sistema de bandas de precios y medidas de salvaguardia aplicados a determinados productos agrícolas (3 de mayo de 2002), párrs. 7.81 a 7.86.; WT/DS27/AB/R, DSR 1997:II. CE - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos (25 de septiembre de 1997), pág. 661, párr. 167; y WT/DS291-293/INTERIM. CE - Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos (7 de febrero de 2006), pág. 299, párr. 7.68.

21 Caso EEUU - Pautas para la gasolina reformulada o convencional (29 de abril de 1996) WT DS2 AB R, DSR 1996: I, páginas 15 a 17. citado por KOSKENNIEMI, Martti. 2006. Op. Cit. P. 258

22 KOSKENNIEMI, Martti.. 2006. Op. Cit. Pg. 268, párrafo 463

un juez o árbitro debería buscar la voluntad de las Partes en el texto de la Convención mediante el siguiente orden:

- a) En las cláusulas específicas de la Convención;
- b) En la totalidad de la Convención y otros Acuerdos relevantes;
- c) En el Derecho internacional general
- d) En los Principios Generales reconocidos por las naciones civilizadas.

Estos Principios Generales (que incluyen como veremos, *pacta sunt servanda*, autonomía de la voluntad, entre otros), los analizaremos bajo el principio de integración sistémica realizando nuestra interpretación hasta el punto c) *ut supra* indicado, y de esta manera, **todas las formas de derecho internacional** (costumbre, normas, principios e incluso otros tratados) serán consideradas dentro del artículo 31.3.c).

En tal sentido, la frase “(...) *toda forma pertinente de derecho internacional aplicable a las relaciones entre las partes*”, fundamenta jurídicamente la inclusión de los principios generales de derecho internacional y a las “normas privadas”, como normas aplicables a las relaciones entre las partes (Estados Miembros de la OMC) pese a que surgen fuera del ámbito Estado – céntrico tradicional como lo indicamos en el numeral 1.2.3 *in fine*.

1.3 Conclusiones

- 1) Las “normas privadas” elaboradas al margen del derecho internacional Estado céntrico tradicional, forman parte del fenómeno de fragmentación sustantiva del derecho internacional y de acuerdo al Estudio “Fragmentación del derecho internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional”, la Convención de Viena, reconocida como parte del derecho consuetudinario en la OMC (artículo 3 párrafo 2 del ESD de la OMC) y el derecho internacional pueden utilizarse para encauzar y controlar esas pautas de regulación oficiosa de las actividades transnacionales.
- 2) El principio de integración sistémica recogido en el artículo 31.3 literal c) de la Convención de Viena sobre derecho de los Tratados, nos obliga a recurrir al entorno o contexto normativo del derecho internacional general y especial, sea público o privado para efectuar la tarea interpretativa y nos proporciona el fundamento jurídico necesario para incluir a las “normas privadas” como norma de derecho internacional aplicable a las relaciones entre las partes al momento de interpretar dicho contexto normativo y analizar potenciales conflictos y sus soluciones.

CAPÍTULO II: “NORMAS PRIVADAS” Evaluación Inicial y evidencia empírica

2.1 Ámbito en que se generan las “Normas privadas” objeto de estudio

Contextualizando los ámbitos y los sujetos que generan las “normas privadas” que son de preocupación del Comité MSF, en enero de 2007, la secretaría de la OMC preparó una nota informativa²³ en la cual se sostiene que en algunos casos se trata de normas desarrolladas por empresas, en otros, tienen alcance internacional y cubren toda una industria, sin limitarse a un país, una región geográfica o a un grado de desarrollo²⁴.

Se hace referencia de esta forma, a normas específicas elaboradas por grandes empresas minoristas de alimentos que si bien son aplicadas a nivel nacional resultan luego exigidas a proveedores de distintos países. Dentro de esta categoría, se citan como ejemplos Tesco Nature’s Choice de Tesco y Filière Qualité de Carrefour.

Se consideran, adicionalmente, las normas colectivas nacionales desarrolladas por organizaciones colectivas o asociaciones industriales que si bien tienen también en principio alcance nacional, se extienden a nivel internacional exigiéndose a proveedores de varios países. Como ejemplo de tales normas suelen citarse la norma alimentaria global del Consorcio Británico de Minoristas²⁵.

En tercer lugar, se suelen citar varios ejemplos de normas colectivas internacionales tales como las GlobalGAP²⁶, la Norma Alimentaria Internacional²⁷, la Iniciativa Mundial de Seguridad Alimentaria²⁸; todas ellas elaboradas por organizaciones que nuclean a empresas miembros de distintos países.

Dentro de esta última categoría se incluyen, cuando pretenden regular cuestiones sanitarias y fitosanitarias, normas de la Organización Internacional de Estandarización (ISO)²⁹ y otros organismos internacionales que regulan el sector agroalimentario y que son entidades de normalización en los términos planteados por el Acuerdo OTC y que en tal sentido, adhieren al Código de Buenas Prácticas previsto en dicho Acuerdo.

Cabe anotar en tal sentido, que la propia ISO se define como organismo de normalización internacional formal (2010: Pág. 4) marcando de esta forma, las distancias con otros

23 Documento G/SPS/GEN/746

24 Al respecto, se indica por parte de la Secretaría que los mismos factores y empresas que lideran la utilización de las normas privadas existen en los países desarrollados, subdesarrollados y en vías de desarrollo.

25 British Retail Consortium Global Standard - Food

26 GlobalGAP es un programa privado de certificación voluntaria creado por 24 grandes cadenas de supermercados que operan en diferentes países de Europa Occidental y que han organizado el Grupo Europeo de Minoristas (Euro-Retailer Produce Working Group - EUREP).

27 International Food Standard

28 Global Food Safety Initiative

29 ISO es una federación mundial que cuenta actualmente con 159 miembros sobre la base de un miembro por país. El miembro de ISO es un “organismo nacional de normalización” (ONN) que es la organización más representativa de la normalización en su país y por lo general está a cargo de la normalización voluntaria por un mandato oficial de su gobierno

sistemas colectivos internacionales de la industria minorista³⁰. Sin embargo, entendemos que los problemas se presentan cuando sus normas comienzan a implicar regulaciones en materia sanitarias y fitosanitarias, y su accionar extralimita lo que ciertamente es una actividad de normalización formal y reconocida específicamente en el marco del Acuerdo OTC y pasa a abarcar aspectos comprendidos en el alcance del Acuerdo MSF, en cuyo ámbito y como veremos, no se reconocen ni si consagran competencias de normalización a organismos de naturaleza privada.

Por otra parte, del análisis que hemos realizado para contar con mayores elementos de juicio en torno a los contextos y los sujetos que generan las normas objeto de tratamiento, hemos podido constatar que las definiciones que han sido ensayadas por distintos organismos internacionales, si bien identifican a los sujetos de manera diversa recurriendo a calificaciones tales como “entidad privada”, “organismo no gubernamental”, “interlocutores comerciales”, el denominador que nos interesa destacar, es precisamente que los “sujetos” considerados, no revisten en ningún caso la naturaleza de personas jurídicas públicas o estatales, aspecto que se desprende de los siguientes ejemplos:³¹

- *“Las normas privadas son normas diseñadas por entidades no gubernamentales y propiedad de ellas”*. Comisión del Codex Alimentarius FAO/OMS³².
- *“Se entiende por normas privadas las normas elaboradas por entidades privadas, por ejemplo empresas, organizaciones no gubernamentales y asociaciones de distintos colectivos. Estas normas pueden diferir por su campo de aplicación, la responsabilidad o sus objetivos, los que van desde la conservación del medio ambiente al fomento de prácticas agropecuarias y de fabricación adecuadas, pasando por la inocuidad de los alimentos y la protección de los derechos humanos y sociales. Pueden ser normas cuantitativas que fijan características para los productos, como los límites de contaminantes o los límites máximos de residuos, o normas sobre procesos, en las que se caracteriza la producción (pueden incluir objetivos de rendimiento), o normas que establecen requisitos en relación con los sistemas de gestión y de documentación”*. Centro de Comercio Internacional (CCI, 2012: Pág. 2).
- *“El término norma privada hace referencia a los requisitos comerciales desarrollados, propios e implementados por entidades no gubernamentales, a los cuales deben someterse los proveedores con el fin de acceder a mercados específicos...”*. Organización Internacional de Epizootias (OIE, 2009).
- *“Las certificaciones de sostenibilidad establecidas para los interlocutores son normas privadas. Las elaboran y aplican organizaciones que no pertenecen al sector público y se promue-*

30 Se expresa en la publicación antes indicada que “A pesar de que se puede considerar que las llamadas normas “privadas” abarcan cualquier norma desarrollada por una entidad fuera del gobierno, la caracterización puede ser engañosa. En muchos foros, el término “privado” puede ser percibido como algo “menor”, “interesado” o “en contra del interés del público”. Hay una amplia gama de normas no gubernamentales (y son cada vez más numerosas) y hay diferencias significativas en los órganos/organizaciones que desarrollan estas normas relacionadas con aspectos como la gobernanza, el enfoque de desarrollo, grupos de interés, etc. En este documento, se hace una distinción entre organizaciones internacionales de normalización “formales” como se describió anteriormente y otros emisores de normas “privadas”.

31 OMC. 2014. G/SPS/GEN/1334/Rev.1

32 “Consideration of the Impact of Private Standards” (cita de la publicación “Private standards in international trade: issues, opportunities and long-term prospects” Liu, P., Reunión de expertos de la FAO sobre cómo alimentar al mundo en 2050, Roma 2009, página 2) CX/CAC 10/33/13 Programa conjunto FAO/OMS sobre normas alimentarias. Comisión del Codex Alimentarius, 33 período de sesiones, 5-9 de julio de 2010.

ve su empleo por los fabricantes y los distribuidores, a modo de servicio a sus clientes...".
United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD).

De la referencia efectuada, podemos concluir que el contexto en el cual se desarrolla la producción normativa que abordamos en este estudio, se circunscribe a ámbitos netamente privados independientemente de las particularidades que puedan tener respecto a si constituyen sistemas colectivos nacionales o internacional o se trata de empresas específicas.

Aclarado este aspecto, es oportuno indicar que dichos ámbitos pueden responder a los legítimos interés privados de las personas o entidades que los componen y en tal sentido, no es el tipo de entidad privada lo que debería preocuparnos, sino el contenido y los alcances de la materia que resulta comprendida en sus normas, aspecto que abordaremos seguidamente.

2.2 Contenido de las normas privadas: La materia sanitaria y fitosanitaria

Si bien la materia o contenido de las llamadas “normas privadas” es también muy amplio y variado, lo cierto es que incluyen aspectos que son calificados en algunos casos, de higiene y seguridad alimentaria³³ como se desprende de la evidencia empírica que presentamos en las secciones siguientes, y cuyo alcance se extiende en algunas normas, a todas las etapas del proceso de producción, desde el diseño, pasando por las contribuciones al proceso y el control del mismo, hasta el producto final.

Adicionalmente, regulan los aspectos vinculados a la evaluación de la conformidad³⁴ en tanto mecanismo para la corroboración de cumplimiento de requerimientos específicos relacionados con el producto y con el propio proceso de producción³⁵, tales como inspección, ensayos y certificación³⁶, de ahí que exijan recurrir a organismos acreditados.

El contenido regulatorio de estas normas privadas alcanza según los distintos sistemas, a aspectos vinculados a la elaboración, adopción, aplicación e incluso, a los mecanismos de control y evaluación de cumplimiento de un variado universo de exigencias técnicas que desde nuestra perspectiva, se encuentran específicamente reguladas y previstas en los Acuerdos que como veremos, dieron origen a la Organización Mundial del Comercio.

Una primer acercamiento a dicha regulación normativa internacional, nos permite apreciar un cuidadoso “disciplinamiento” del comercio de mercancías y el reconocimiento expreso del derecho que tienen los Miembros de recurrir a la determinación, adop-

33 El enfoque central de las normas EurepGap es la seguridad de los alimentos y la rastreabilidad. Las normas también preceptúan sobre algunas dimensiones ambientales (prácticas relativas al manejo integrado de plagas – MIP) y otras sociales (relativas a la salud ocupacional) y a requisitos relativos a la higiene de los alimentos y al límite máximo de residuos (LMR) de plaguicidas que se les permite contener.

34 El proceso involucra muestreo, inspección, ensayos y certificación como medios para garantizar a las partes de una transacción que el proceso, producto, sistema, organismo o persona en realidad se adapta a los requisitos de una norma.

35 La diversidad de normas privadas tienen además otros objetivos como medioambientales, sociales, bienestar animal, etc.

36 La certificación es efectuada por un tercero que en principio, no debe tener interés directo en la relación económica entre el proveedor y el comprador y que otorga una garantía escrita de que un producto, proceso o servicio cumple con ciertas normas.

ción y aplicación de lo que definieron como “medidas sanitarias y fitosanitarias” bajo las reglas del Acuerdo MSF y como “normas” y “reglamentos técnicos” bajo las reglas del Acuerdo OTC. En ambos casos, el derecho reconocido no es absoluto ni discrecional sino que quedó limitado a las disposiciones que se plasman en ambos acuerdos y en el especial énfasis puesto en evitar que unas (medidas y normas) y otros (reglamentos técnicos), no se transformen en obstáculos injustificados al comercio internacional de mercancías.

Sin perjuicio de que consideraremos con mayor detalle el contenido y los alcances de dicho disciplinamiento en el marco de ambos Acuerdos, nos centraremos ahora en despejar las dudas sobre la materia que estas normas y su vínculo o relación con las medidas sanitarias y fitosanitarias definidas en el Acuerdo MSF.

El Acuerdo MSF precisa claramente su ámbito de aplicación, estableciendo que el mismo es aplicable a **todas las medidas sanitarias y fitosanitarias³⁷ que puedan afectar, directa o indirectamente, al comercio internacional³⁸ con lo cual, tenemos que efectuar una doble consideración dando respuesta básicamente a las siguientes interrogantes: ¿es una medida sanitaria o fitosanitaria lo que se impone a nivel privado? y, ¿puede afectar directa o indirectamente el comercio internacional?**

La respuesta a la primera de dichas interrogantes, la encontramos recurriendo al Anexo A numeral 1 del Acuerdo MSF³⁹ que, define a las medidas sanitarias y fitosanitarias como **toda medida aplicada a:**

“(...) a) para proteger la salud y la vida de los animales o para preservar los vegetales en el territorio del Miembro de los riesgos resultantes de la entrada, radicación o propagación de plagas, enfermedades y organismos patógenos o portadores de enfermedades;

b) para proteger la vida y la salud de las personas y de los animales en el territorio del Miembro de los riesgos resultantes de la presencia de aditivos, contaminantes, toxinas u organismos patógenos en los productos alimenticios, las bebidas o los piensos;

c) para proteger la vida y la salud de las personas en el territorio del Miembro de los riesgos resultantes de enfermedades propagadas por animales, vegetales o productos de ellos derivados, o de la entrada, radicación o propagación de plagas; o

d) para prevenir o limitar otros perjuicios en el territorio del Miembro resultantes de la entrada, radicación o propagación de plagas (...).”

37 El término “sanitarias” en el marco del Acuerdo se utiliza con referencia a la salud de las personas y de los animales y el término “fitosanitarias” alude a los vegetales. No obstante, en varios textos jurídicos de los ordenamientos jurídicos nacionales se hace referencia a salud humana, animal o vegetal.

38 De conformidad con lo previsto en el artículo 1° numeral 1 del Acuerdo MSF.

39 El artículo XX literal b) del GATT, que analizaremos en detalle oportunamente, no contenía una definición sobre el particular y debemos recurrir entonces al Acuerdo MSF que profundiza y desarrolla dicha disposición, siendo la norma especial aplicable.

Se aclara que quedan incluidas igualmente, las medidas sanitarias y fitosanitarias adoptadas para proteger la salud de los peces y la fauna silvestre, así como para preservar los bosques y la flora silvestre y que, a los efectos de esta definición, el término “animales” incluye los peces y la fauna silvestre; el término “vegetales” incluye los bosques y la flora silvestre; el término “plagas” incluye las malas hierbas; y el término “contaminantes” incluye los residuos de plaguicidas y de medicamentos veterinarios y las sustancias extrañas⁴⁰.

Los residuos de plaguicidas que tomaremos como ejemplo de evidencia empírica en la siguiente sección, quedan comprendidos en el término “contaminantes” y por ende, la determinación o establecimiento de sus límites, es claramente una medida sanitaria y fitosanitaria de acuerdo a la definición que plasma el Acuerdo MSF.

A los efectos de clarificar el concepto “medidas sanitarias y fitosanitarias”, la OMC⁴¹ nos brinda una clasificación que resulta a nuestro modo de ver acorde a la norma bajo análisis en tanto las divide en:

Medidas destinadas a garantizar la inocuidad de los alimentos;

Medidas destinadas a proteger de plagas y enfermedades:

- La vida o la salud de las personas;
- La vida o la salud de los animales, o los vegetales; y

Medidas destinadas a prevenir la entrada, radicación o propagación de plagas y enfermedades.

Respecto a los objetivos destinados a proteger la vida y la salud de las personas, se incluyen entonces, los referidos a la inocuidad de los alimentos⁴². La inocuidad de los alimentos es considerada por la OMS y la FAO (2007) como:

“ (...) un elemento fundamental de la salud pública, y el logro de un suministro inocuo de alimentos presenta grandes desafíos para los funcionarios nacionales encargados de la inocuidad de los alimentos (...)”; y que, “(...) los cambios registrados en la pautas mundiales de la producción alimentaria, el comercio internacional, la tecnología, las expectativas públicas de protección sanitaria y muchos otros factores han creado un entorno cada vez más exigente para los sistemas de inocuidad de los alimentos (...)” (Estudio número 87: Pág. 1)

40 Las medidas de protección del medio ambiente distintas a las comprendidas en dicha definición así como las destinadas a proteger los intereses de los consumidores o las adoptadas en defensa de los animales, no quedan comprendidas en dicha definición pero como veremos, le son aplicables las disposiciones del Acuerdo OTC y del propio Gatt 1994, artículo XX.

41 OMC, E-Learning, Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, pág. 118.

42 El Codex Alimentarius, que es considerado en el ámbito del Acuerdo MSF como organización internacional de referencia en la materia, utiliza específicamente el término “*higiene de los alimentos*” y lo define como comprensivo de las condiciones y medidas necesarias para la producción, elaboración, almacenamiento y distribución de los alimentos destinadas a garantizar un producto inocuo, en buen estado y comestible, apto para el consumo humano.

De lo que venimos de reseñar, se desprende que la definición de “medidas sanitarias y fitosanitarias” que nos proporciona el Acuerdo MSF, es efectuada atendiendo a su propósito o intención en tanto plasma en forma expresa, que es toda medida aplicada para proteger, la vida y la salud de las personas y de los animales; preservar los vegetales, prevenir o limitar otros perjuicios; de los riesgos que se detallan en cada uno de los literales del numeral 1 ut supra transcripto. En tal sentido, se ha expresado con acierto, que en términos generales las medidas sanitarias y fitosanitarias son medidas destinadas a proteger la vida o la salud humana, animal o vegetal de determinados riesgos específicos. (VAN DEN BOSSCHE, P. ZDOUC, W. 2013: Pág. 894)

Bradly J. Condon⁴³, nos hace notar que esta definición además, hace referencia al territorio del Miembro y que en tal sentido, excluye las medidas que tengan como propósito proteger la salud y la vida de los animales o para preservar los vegetales fuera del territorio del Miembro, pero que no obstante, las MSF pueden comprender procesos y métodos de producción y el transporte fuera del territorio del Miembro, siempre y cuando el fin sea la protección dentro de su territorio. De esta manera, el Acuerdo MSF resuelve una cuestión no resuelta en el artículo XX(b) del GATT: sí existe un límite jurisdiccional sobre el alcance de las medidas que pueden justificarse en esta excepción.

Otro aspecto de significativa importancia en esta definición, lo constituye el párrafo final del numeral I del Anexo A, que especifica **lo que a nuestro juicio, constituye la materialización jurídica de la medida en tanto aclara que:**

“Las medidas sanitarias o fitosanitarias comprenden todas las leyes, decretos, reglamentos, prescripciones y procedimientos pertinentes, con inclusión, entre otras cosas, de: criterios relativos al producto final; procesos y métodos de producción; procedimientos de prueba, inspección, certificación y aprobación; regímenes de cuarentena, incluidas las prescripciones pertinentes asociadas al transporte de animales o vegetales, o a los materiales necesarios para su subsistencia en el curso de tal transporte; disposiciones relativas a los métodos estadísticos, procedimientos de muestreo y métodos de evaluación del riesgo pertinentes; y prescripciones en materia de embalaje y etiquetado directamente relacionadas con la inocuidad de los alimentos”.

Entendemos efectivamente, que este párrafo lo que nos brinda, es clarificación en torno a los instrumentos normativos que el Acuerdo MSF considera pertinentes para exteriorizar la obligatoriedad de la medida determinada y su alcance general. En tal sentido, no consideramos apropiado que en la determinación de si estamos o no ante una “medida sanitaria o fitosanitaria”, deban incluirse elementos vinculados a los mecanismos jurídicos utilizados para instrumentarlas, aspecto que a nuestro modo de ver se aparta del claro tenor literal de la disposición en cuestión.

Si bien en el asunto Australia – Manzanas, el Órgano de Apelación⁴⁴ parece estar inclinándose por interpretar que no sólo debemos atenernos al objetivo de la medida

43 Bradly J. Condon, Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, pág. 4.

44 Informe del Órgano de Apelación, *Australia — Manzanas*, WT/DS367/AB/R, adoptado el 17 de diciembre de 2010, párrafos 175-176.

sino a su texto y estructura y a considerar a los propios “instrumentos” como “medidas” entendemos que las conclusiones a las que llega no están orientadas en el mismo sentido. En efecto, considera la lista de instrumentos jurídicos (“leyes, decretos, reglamentos, prescripciones y procedimientos”) como ejemplos que pueden estar comprendidas en la definición de MSF si y solo si la medida tiene una relación clara y objetiva con al menos uno de los objetivos establecidos en los apartados a) a d) del párrafo 1 del Anexo A.

Los instrumentos jurídicos que a nuestro juicio contempla el párrafo final del Anexo A, tienen directa relación con el criterio que evidentemente plasma el Acuerdo MSF en lo que respecta al carácter imperativo de la normativa en materia sanitaria y fitosanitaria y la obligatoriedad de cumplimiento de las medidas sanitarias y fitosanitarias definidas. Independientemente entonces de que el Órgano de Apelación haya asimilado a nuestro juicio desacertadamente “instrumentos” con “medidas”, concluye afirmando que medidas no incluidas expresamente en la lista, pueden ser MSF si son “aplicadas” con un objetivo que se corresponda con uno de los enumerados en los apartados a) a d).

El análisis de la definición de “medida sanitaria o fitosanitaria” es importante efectuarlo a la luz de otras definiciones que se establecen en el propio Sistema Multilateral de Comercio y, concretamente en otro de los Acuerdos multilaterales que regulan el comercio de mercancías, el Acuerdo OTC. En tal sentido, un primer acercamiento a ambas regulaciones, nos alerta en cuanto a que, como veíamos, mientras el Acuerdo MSF define “medidas sanitarias y fitosanitarias” dando por sentado el contenido obligacional de las mismas, el Acuerdo OTC define concretamente los términos “norma”, al que le atribuye contenido voluntario y el término “reglamento” al que atribuye contenido obligacional, en los términos que se indican en la Figura II.

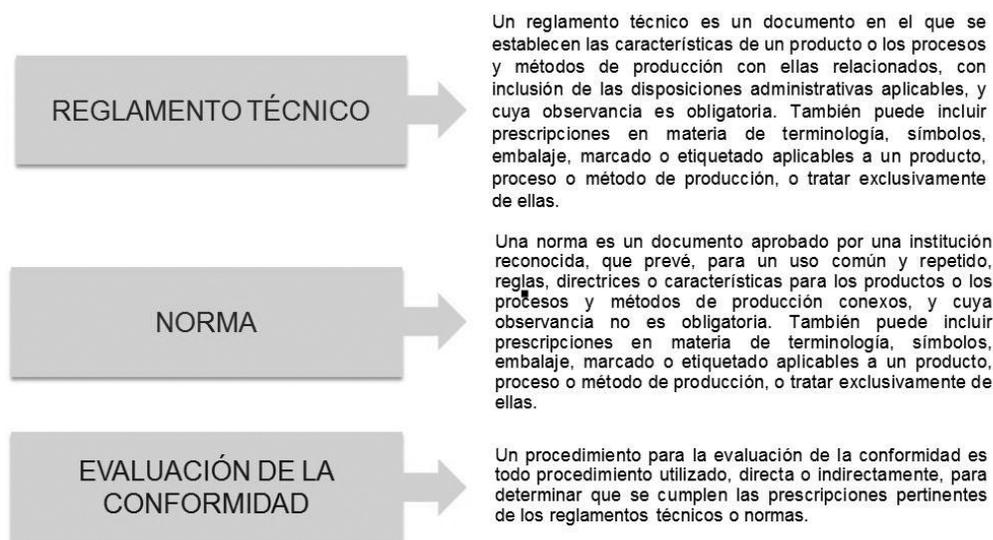


Figura II: Definición de Norma, Reglamento Técnico y Evaluación de la Conformidad.

Fuente: Anexo I del Acuerdo OTC.

Vemos entonces que, bajo las disposiciones del Acuerdo OTC, se incluyen tres categorías de medidas como obstáculos técnicos al comercio: Los Reglamentos, Las Normas y los Procedimientos de Evaluación de Conformidad. Adicionalmente, el Acuerdo OTC descarta de su ámbito de aplicación entre otras⁴⁵, a las medidas sanitarias y fitosanitarias definidas en el Anexo A del Acuerdo sobre Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias.

En función de lo anterior, queda claramente delimitado que si la medida que se pretende aplicar tiene por objetivo la protección de la salud humana, animal o vegetal queda comprendida en las disposiciones del Acuerdo MSF. Por lo tanto, debemos analizar cuál es el objetivo que se pretende con la medida para definir el marco jurídico que corresponde aplicar (OTC o MSF), tal como se ilustra en la Figura III.



Figura III: Objetivo de las Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, de las Normas, de los Reglamentos Técnicos y de los Procedimientos de Evaluación de Conformidad.

Fuente: Serie de Acuerdos de la OMC. Obstáculos Técnicos al Comercio

⁴⁵ Tampoco se aplica al sector servicios ni a las compras gubernamentales

De lo que hemos reseñado en la presente sección, se desprende entonces que las “normas privadas” objeto de tratamiento, persiguen regular el mismo objeto que las medidas sanitarias y fitosanitarias de carácter gubernamental previstas en el Acuerdo MSF de la OMC, **estando la principal diferencia centrada en la naturaleza de sus respectivos emisores y, por consiguiente, en su “juridicidad”**, además de otras que como veremos al tratar las preocupaciones de los Miembros presentadas ante el Comité MSF, se relacionan fundamentalmente con el proceso y los criterios técnicos utilizados en su determinación.

En lo que respecta al segundo supuesto previsto en la definición indicada, esto es, que la medida pueda afectar el comercio internacional, resulta a nuestro juicio claro que el giro utilizado “pueda afectar” no plantea ninguna condición expresa en cuanto a la magnitud o grado de dicha afectación ni respecto a la concreción práctica de la misma. Sin embargo, los numerosos casos planteados en el ámbito del Comité y la evidencia empírica presentada son representativos de la configuración de este extremo por lo que a ellos nos remitimos aclarando no obstante, que como nos señala Bradley J. Condon⁴⁶, dicha expresión ha sido interpretada a nivel jurisprudencial en el mismo sentido, al afirmarse que no es necesario demostrar que una MSF tiene efectos reales en el comercio mientras pueda afectarlo directa o indirectamente⁴⁷.

Efectuada esta evaluación inicial a nivel conceptual sobre las materias comprendidas en estas normas puntualizamos que por razones metodológicas, no obstante concluir que las mismas comprenden lo que en esencia se define como medida sanitaria y fitosanitaria, seguiremos utilizando la terminología empleada en los distintos ámbitos de discusión⁴⁸ y nos referiremos a “normas privadas” en el sentido de medidas sanitarias y fitosanitarias privadas, con las particularidades que derivan de su emisor, naturaleza, denominación y finalidad tal como se ilustran en la Figura IV.

46 *Ibidem*

47 Informe del Grupo Especial, *CE – Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, párrafo 7.435. Véase también Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Aves de corral (China)*, párrafo 7.165.

48 Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, Organizaciones Internacionales de Referencia y distintos organismos internacionales.

MEDIDAS SANITARIAS Y FITOSANITARIAS SEGÚN EL ACUERDO MSF VIS A VIS LAS “NORMAS PRIVADAS”



Figura IV: Medidas Sanitarias y Fitosanitarias según el Acuerdo MSF Vis a Vis las “Normas Privadas”. Fuente propia.

2.3 La naturaleza de las “Normas Privadas” desde una perspectiva jurídica

Consideramos necesario efectuar algunas precisiones conceptuales adicionales a lo anteriormente planteado para delimitar los alcances jurídicos de la expresión “norma”, partiendo de algunas definiciones que nos permitirán aproximarnos a dicha delimitación.

Digamos en primer término, que la Real Academia Española (2012) define norma, en la primera de sus acepciones, como: “Regla que se debe seguir o a que se deben ajustar las conductas, tareas, actividades, etc. (Del lat. Norma, escuadra).”

Por su parte, Guillermo Cabanellas, en su Diccionario Jurídico Elemental, la define como una “Regla de conducta. Precepto. Ley. Criterio o patrón. Práctica”, precisando la misma adquiere el carácter de jurídica cuando nos encontramos frente a una “regla de conducta cuyo fin es el cumplimiento de un precepto legal”. Para Gierke, refiere Cabanellas, “la norma jurídica es aquella regla que, según la convicción declarada de una comunidad, debe determinar exteriormente, y de modo incondicionado, la libre voluntad humana”. (pag. 213-214)

De igual forma, el Diccionario del Español Jurídico, de la Real Academia de la Lengua Española, distingue dos acepciones de carácter general para el término “norma”. En la primera de sus acepciones, señala que puede referirse a una “disposición, regla, precepto legal o reglamentario (norma jurídica)”. En cambio, la segunda acepción de carácter general, nos habla de un “comportamiento conforme a uso, contrato o práctica”.

De acuerdo a lo anterior, el término “Norma” en sentido general, es pues, una regla de conducta, pero esta característica es propia no sólo de las normas que integran el Derecho, sino asimismo, de las normas morales y de aquellas que constituyen convencionalismos sociales entre otras. La norma del Derecho, sin embargo, presenta características que la diferencian claramente de los otros tipos de normas, el desconocimiento de la conducta impuesta acarrea siempre la posibilidad de la imposición de una sanción por parte del órgano del Estado al que se le atribuye la facultad de hacerlo.

Una norma jurídica es entonces, una regla imperativa de conducta u ordenación del comportamiento humano dictado por una autoridad competente, cuya violación acarrea la posibilidad de imposición de una sanción.

J.C. Smith, citado en Ossorio (2006) conceptualiza la Norma Jurídica como la significación lógica creada según ciertos procedimientos instituidos por una comunidad jurídica y que, como manifestación unificada de la voluntad de ésta, formalmente expresada a través de sus órganos e instancias productoras, regula la conducta humana en un tiempo y lugar definidos, prescribiendo a los individuos, frente a determinadas circunstancias condicionantes, deberes y facultades, y estableciendo una o más sanciones coactivas para el supuesto de que dichos deberes no sean cumplidos.

De la reseña indicada, se advierte entonces que la expresión norma refiere en principio a reglas de conducta o comportamiento, que únicamente adquieren un carácter jurídico⁴⁹ cuando tienen por finalidad cumplir con un precepto legal, vale decir, cuando han sido establecidas por una autoridad, como veremos más adelante, en ejercicio legítimo de sus atribuciones.

Interesa precisar adicionalmente, que si bien las normas jurídicas, suelen clasificarse en múltiples formas, nos interesa destacar a efectos de nuestro análisis, la que las diferencia en función de su contenido o materia, en normas jurídicas imperativas o normas jurídicas dispositivas.

Las normas jurídicas imperativas son aquellas que obligan a los destinatarios independientemente de su voluntad y en ese sentido, los obligados tienen que actuar necesariamente conforme a lo prescrito en la norma, no pudiendo decidir la realización de otra conducta diferente.

Estas normas imponen por ende un mandato o una prohibición que debe cumplirse y sobre la cual las partes no pueden pactar. Las normas de orden público y las normas de jus cogen son ejemplos de este tipo de normas y representan un límite infranqueable a la autonomía de la voluntad.

Las normas dispositivas, en cambio, son aquellas que pueden dejar de aplicarse a una situación jurídica concreta por voluntad expresa de las partes. El ordenamiento jurídico prefiere confiar a la voluntad de los sujetos la libertad de establecer normas particulares para regular sus propias conductas, de manera que cuando los individuos no manifiestan libremente la voluntad de establecer normas particulares para

49 Que atañe al derecho o se ajuste a él. Una acción es jurídica cuando se la ejerce conforme a derecho.

la regulación de sus propios actos, el ordenamiento jurídico, por razones de seguridad y de certeza, establece una regulación subsidiaria mediante normas de carácter supletorio.

Las “normas privadas” que se generan en los ámbitos y con el contenido que hemos visto, claramente no están dirigidas a cumplir con un precepto legal ni son prescritas por una autoridad en ejercicio de sus funciones y, en tal sentido, no podemos considerarlas como normas jurídicas.

En efecto, nos encontramos ante reglas de conducta o pautas de regulación determinadas a nivel privado en ámbitos nacionales como internacionales, cuya aceptación y uso generalizado se materializa en todo caso, bajo instrumentos jurídicos contractuales regulatorios de transacciones comerciales.

Se trata en todo caso, de un orden normativo distinto que puede, no obstante, producir efectos jurídicos toda vez que se mueve dentro de la órbita de la autonomía de la voluntad del derecho privado en su sentido “negocial”.

Las normas “negociales” básicamente son las contenidas en las cláusulas de los contratos o negocios jurídicos, que obligan a las partes produciendo efectos jurídicos. Recordemos, en tal sentido, que el negocio jurídico es definido como “*Acto jurídico lícito integrado por una o varias declaraciones de voluntad privada que el derecho reconoce como base para la producción de efectos jurídicos, buscados y queridos por su autor o autores, siempre que concurren determinados requisitos o elementos*”⁵⁰. Engloba todos aquellos hechos o supuestos en los cuales el papel de la voluntad individual es relevante y en cierta medida condiciona y determina los efectos jurídicos que los actos del hombre van a producir, sea una adquisición, modificación o extinción de un derecho subjetivo.

Cabe precisar sin embargo, que el reconocimiento de la autonomía privada supone que las relaciones entre particulares no sólo se encuentran sometidas a las propias reglas que libremente determinan, sino a las normas jurídicas en sentido estricto (ley, costumbre y principios generales).

La autonomía privada no es una regla de carácter absoluto y está sujeta a los límites que el propio ordenamiento jurídico impone: el legal en su dimensión imperativa (puede por ejemplo prohibir que el contenido negocial se efectúe sobre determinadas materias), la moral, y el orden público; aspectos sobre los cuales la voluntad privada resulta claramente condicionada.

Efectuadas estas precisiones conceptuales, entendemos oportuno referirnos adicionalmente, a la posible relación entre las “normas privadas” y figuras como el “soft law” y “by law” con las cuales podría considerarse que en principio, comparten alguna semejanza:

a) “Norma privada” y “soft law”

Una ilustrativa descripción de la expresión “soft law”, nos la proporciona DEL TORO HUERTA, al señalar que la misma (...) “*busca describir la existencia de fenómenos jurídicos*

50 Enciclopedia Jurídica, <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/negocio-juridico/negocio-juridico.htm>

caracterizados por carecer de fuerza vinculante aunque no carentes de efectos jurídicos o al menos con cierta relevancia jurídica”; señalándonos además que:

(..) “el derecho internacional, como todo ordenamiento jurídico, es un sistema en constante transformación. En su desarrollo, y en la medida en que trata de adaptarse a la dinámica de los distintos actores de la sociedad internacional, se han incorporado, tanto en su estructura teórica como institucional, nuevos elementos de análisis. Cada vez más, nuevas situaciones y fenómenos que se presentan en la comunidad internacional reclaman para sí un tratamiento jurídico.”

Por su parte, el Dr. BARBERIS (1994), distingue, de manera crítica, entre las distintas acepciones que se pueden encontrar en la doctrina, a saber: normas en proceso de formación; normas sin validez jurídica plena; normas de contenido difuso o vago; así como determinadas normas de organizaciones internacionales. Entre las razones que cita para criticar estas categorizaciones están:

- Para el primer supuesto, la distinción entre *lex lata* y *lex ferenda*;
- Para el segundo, el error de diferenciar *hard law* y *soft law* arguyendo distintos grados de obligatoriedad, cuando en realidad se trata de diferencias derivadas de la existencia de normas cuyo incumplimiento, por vagas o imprecisas, es más difícil de verificar.
- Para el tercero, descalifica la existencia de un “orden jurídico intermedio”, al señalar con acierto la confusión que se genera muchas veces entre la “validez” de las normas y la “intensidad” de las mismas, expresando que ante todo nos encontraríamos con un orden normativo de distinta naturaleza, no jurídico.

Lo novedoso de dicho análisis es que el autor señala a continuación que “el concepto de *soft law* se ha ampliado últimamente a todo el ámbito internacional y se postula que no es creado por ciertas fuentes, sino por estándares” (BARBIERIS, J. 1994: Pág. 255), lo cual resulta bastante interesante a efectos de nuestro análisis dado que, como vimos, “private standard” es la denominación en inglés traducida de manera no literal al español como “normas privadas”.

SARMIENTO (2006) al hablar del “*soft law*” relata el origen de estas regulaciones señalando que:

“en aras de la inmediatez y la adaptabilidad al intenso ritmo de la realidad; la huida del poder público de algunos ámbitos de actuación ha desembocado en una proliferación de normas privadas de carácter obligacional, pero de dudosa naturaleza jurídica; la distribución competencial entre poderes territoriales, anclada en categorías y conceptos, no ha logrado distribuirse en su pureza distributiva, forzando la irrupción de técnicas de colaboración y coordinación que invierten y desvirtúan los diseños constitucionales originarios; el ámbito territorial de actuación de las Administraciones no se ha compaginado con la libertad de movimientos transnacionales de operadores privados.”

Sin embargo, existen diferentes posiciones en la literatura especializada en torno a la verdadera naturaleza jurídica del *soft law*, pasando por quienes como SARMIENTO (2006) señalan que el mismo cumple la función de una fuente, de un principio general del Derecho, (...) *“como mandato de optimización que requiere del intérprete una maximización de sus contenidos”*. En contraposición, BARBERIS, como señalamos anteriormente, critica la conceptualización del *soft law* como un orden jurídico intermedio, señalando que, en todo caso, pertenece a otro orden normativo de tipo *“no jurídico”*.

Sobre el particular, DEL TORO HUERTA cita a W. RIPHAGEN, quien señala que:

(...) “Dado que el derecho no es el único sistema normativo que rige la conducta humana, es preciso identificar los diferentes eslabones que lleva de lo no – jurídico a lo jurídico y para ello es preciso distinguir al menos cuatro escalones representados en la fórmula non – law/soft-law/law/ius cogens, en donde el soft law y el ius cogens representan los dos extremos del mundo jurídico y por tanto comparte cierta dificultad para su identificación”.

DEL TORO HUERTA hace un muy completo análisis de este fenómeno, y efectúa un repaso de las distintas posiciones que se encuentran en la doctrina, incluyendo a autores como BARBERIS, de quienes señala efectúan un enfoque *“inevitable e irreductible”* que parte de *“la teoría tradicional de las “fuentes” del derecho internacional; hasta llega a aquellos que propugnan la existencia de un “sistema internacional escalonado y continuo en donde existe una normatividad relativa o variable”*. Como vemos, el debate sobre el *soft law* hace parte de un debate más amplio, en donde se encuentra, en palabras de DEL TORO HUERTA, *“por un lado el modelo dicotómico derivado de la teoría tradicional de las “fuentes” del derecho internacional y, por el otro, el modelo teórico que supone la existencia de un sistema internacional escalonado y continuo en donde existe una normatividad relativa o variable.”*

Agrega este autor que *“(...) una teoría de la creación jurídica no supone la creación instantánea del derecho, una teorías sobre los procesos de creación normativa reconoce que el derecho surge de la sociedad, a partir del desarrollo de ideas y la emergencia de nuevos valores que reclaman su reconocimiento formal y su protección jurídica. En consecuencia determinar un punto específico que permita diferenciar lo jurídico de lo “no – jurídico” no parece sencillo y tampoco deseable, pues implica una concepción reduccionista de procesos complejos.*

De todas formas, lo cierto es que las normas privadas se originan, al igual que en lo descrito para el caso del *soft law*, en el desmonte del monopolio del Estado en la producción del derecho, y que tienen en tal sentido puntos de intersección con el *soft law*. Recordemos que ya BARBERIS reconocía que el concepto de *soft law* evolucionaba y ampliaba su definición hacia determinados estándares.

De esto último se ocupa DEL TORO HUERTA al analizar las formas del *soft law*, señalando que parte de la doctrina reconoce tres instrumentos de *soft law*: resoluciones, recomendaciones y decisiones de organizaciones internacionales; los acuerdos no normativos y las partes no obligatorias de acuerdos vinculantes.

No obstante lo anterior, señala también que otros autores sin embargo, matizan el hecho de que sólo los sujetos de derecho internacional participen en la elaboración de instrumentos del *soft law*. Para WOLFGANG REINICKE y JAN MARTÍN WITTE, por ejemplo, una característica de los acuerdos internacionales no normativos es servir como vínculo entre instituciones públicas y entidades privadas transnacionales y no gubernamentales.

En este sentido, en la elaboración de instrumentos del *soft law* pueden participar sujetos de derecho internacional exclusivamente; tales sujetos conjuntamente con otros actores internacionales e incluso actores privados, grupos de expertos o individuos. Desde esta perspectiva, el hecho de que los instrumentos de *soft law* estén abiertos a otros actores internacionales es uno de sus datos característicos y por supuesto uno de sus aspectos más controvertidos.

Esta última distinción entre el ordenamiento jurídico y el *soft law* aparece de manera mucho más nítida en el caso de las llamadas normas privadas, habida cuenta de la naturaleza de sus emisores y su ámbito de aplicación, en donde la diferencia estaría en que no aparecen en su formación los tradicionales sujetos del derecho internacional público, sino que únicamente quedan como emisores de la norma determinados actores de origen no estatal.

Parte del problema actual consiste, precisamente, en la “apariencia” o el “ropaje” con el que aparecen adornadas muchas de estas normas privadas de carácter sanitario o fitosanitario, particularmente aquellas emitidas por grandes organizaciones transnacionales, en donde las pautas de regulación oficiosa que pretenden aplicar a determinadas operaciones de comercio internacional, se asemejan en grado sumo a las recomendaciones o directrices en donde si aparecen los sujetos del derecho internacional público en su proceso de formación, dejando de lado la discusión de si constituyen o no *soft law*.

Un ejemplo patente de lo anterior es el caso ya mencionado de la ISO cuando pretende regular cuestiones como las sanitarias y fitosanitarias, situadas más allá del marco de actuación que específicamente establece para ella el Acuerdo OTC.

b) Las “normas privadas” y el “bylaw”

Corresponde puntualizar en primer término, que el Black’s Law Dictionary define a la figura del “bylaw” como:

“Bylaw: [fr. Danish bye, Old Nors byr, “town”] 1. Parliamentary law. (usu. pl.) A rule or administrative provision adopted by an organization for its internal governance and its external dealings. • Although the bylaws may be an organization’s most authoritative governing document, they are subordinated to a charter or articles of incorporation or association or to a constitution. The “constitution and bylaws” are sometimes a single document. (...)”

Se entiende por “corporate and organizational bylaws” a aquellas que regulan únicamente a las organizaciones a las que aplican (llámese corporaciones, asociaciones empresariales, juntas de vecinos, etc.), y pueden versar sobre multiplicidad de temas, incluyendo los procedimientos bajo los cuales una entidad debe conducirse para elegir o asignar

determinados cargos y responsabilidades. En este sentido, las “bylaws” se asemejan a lo que en derecho societario se conoce como estatutos de una sociedad, incluyendo sus reglamentos y normas de funcionamiento interno.

Atendiendo a lo anterior, normas privadas como aquellas adoptadas por asociaciones de usuarios, retailers o compradores, creemos que pueden ser perfectamente definidas como “bylaws” o “company regulation”, proyectadas en un escenario globalizado, cuyo objeto se extiende “a” o “incluye” igualmente, las normas o estándares privados que resultan de aplicación a determinadas operaciones de comercio exterior acordadas por quienes integran dichas asociaciones o corporaciones. Las integran los procedimientos, requisitos y estándares que deben aplicarse a determinadas operaciones de comercio exterior por parte de los integrantes de las mismas, tal como se desprende de la citada definición.

De lo que viene de reseñarse con respecto a la posible relación entre “normas privadas” y las figuras “soft law” y “bylaw”, parece razonable concluir que los puntos de contacto entre las mismas, los encontramos en tanto responden al mismo fenómeno de escape regulatorio o de desmonte del monopolio estatal en la producción normativa compartiendo de esta forma, algunos aspectos de intersección.

Lo importante a nuestro juicio es que independientemente de su naturaleza jurídica, al concretarse en relaciones jurídicas privadas de naturaleza negocial, las normas privadas son pautas de conducta que sin poder calificarse como normas jurídicas en el sentido que hemos detallado, no por ello dejan de tener efectos jurídicos cuya legitimidad debemos analizar dentro del entorno normativo aplicable incluido aquel que pauta los límites a las conductas y acciones particulares a nivel privado.

La imposición de las “normas privadas” como condición en la concreción de intercambios comerciales, no debería, o no podría definirse en forma aislada del entorno normativo aplicable que, como hemos señalado en esta sección, pauta los límites a las conductas y acciones particulares a nivel privado.

2.4 El tratamiento de las normas privadas en el ámbito del Comité MSF: La imposibilidad de lograr una definición

En junio de 2005, en el plenario del Comité MSF, San Vicente y granadinas expresó su preocupación respecto a las exigencias impuestas por EurepGAP⁵¹ a bananas exportadas desde ese país con destino al Reino Unido⁵². Sostuvo que las exigencias indicadas se convirtieron en una condición para la continuidad de sus exportaciones con destino a los supermercados de ese país y que, desde su punto de vista, por tratarse de medidas relacionadas a la imposición de límites máximos de residuos admitidos, las mismas deberían ser establecidas por los gobiernos y no por entidades privadas o por organizaciones no gubernamentales.

51 EUREPGAP, ahora GLOBALGAP, es un programa privado de certificación voluntaria creado por 24 grandes cadenas de supermercados que operan en diferentes países de Europa Occidental y que han organizado el Grupo Europeo de Minoristas (Euro-Retailer Produce Working Group - EUREP).

52 G/SPS/R/37/Rev.1, párrafos 16 a 20; G/SPS/GEN/766; y preocupación comercial específica N° 219.

Adicionalmente, argumentó que algunas medidas establecidas en los Programas de Certificación de EurepGAP, están claramente comprendidas en el alcance del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la OMC. La respuesta del representante de la Unión Europea no se hizo esperar descartando todo vínculo o relación del bloque con las exigencias establecidas por EurepGap.

La UE sostuvo que, aun cuando esas exigencias en ciertos casos excedan los requerimientos que en materia de medidas sanitarias y fitosanitarias establecen las disposiciones de la Unión Europea, se desarrollan en el ámbito privado y no generan conflicto con las disposiciones de la UE, aclarando además que EurepGAP no es un órgano de la Unión Europea ni de sus Estados Miembros, sino un consorcio del sector privado que representa los intereses de la mayoría de los retailers.

La reacción de la UE marcaba su clara posición en cuanto a dejar fuera de las agendas de sesiones del Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias este tema por considerar además que los países deberían recurrir en todo caso, ante las organizaciones o entidades privadas involucradas.

Lo cierto es, sin embargo, que aquella preocupación, respaldada en esa primera instancia por Jamaica, Perú, Ecuador y Argentina, instaló de manera definitiva el tema de la existencia de exigencias en materia de sanidad e inocuidad impuestas a nivel privado, y el tema se incorporó así en las reuniones del Comité MSF que se vienen realizando desde aquel entonces, persistiendo distintos enfoques sobre el particular.

Como señala Christiane Wolff,⁵³ los debates se han centrado en torno a tres temas:

- El acceso a los mercados: varios miembros son del parecer que las normas fijadas por el sector privado pueden ayudar a que los proveedores mejoren la calidad de sus productos y obtengan, y conserven, acceso a mercados de alta calidad. Otros miembros alegan que las normas privadas pueden ser más restrictivas (por ejemplo, si fijan límites máximos muy bajos de residuos de pesticidas) y más preceptivas (por ejemplo, si sólo autorizan una manera de alcanzar un objetivo de inocuidad alimentaria) que las normas oficiales para las importaciones y que, de esta manera, constituyen un obstáculo más para acceder al mercado.
- El nivel de desarrollo: a muchos miembros les preocupa que la aplicación de las normas privadas, con los costes de certificación adicionales que ello implica y que suponen tener que adaptarse a distintas normas para cada comprador, resulte cara, especialmente para los pequeños productores y en particular (pero no exclusivamente) para los países en desarrollo.
- La OMC: algunos miembros opinan que fijar normas para los productos que adquieren es una actividad legítima para el sector privado, en la que no debe inmiscuirse la administración del Estado, pero otros insisten en que, en virtud del Acuerdo MSF, los Estados importadores son responsables de las normas que for-

53 Christiane Wolff: Consejera, Dirección de Agricultura y Productos Básicos de la Organización Mundial del Comercio en LAS NORMAS PRIVADAS Y EL COMITÉ DE MEDIDAS SANITARIAS Y FITOSANITARIAS DE LA OMC - Conf. OIE 2008, págs. 99-107.

man parte de este Acuerdo fijadas por el sector privado. A éstos les preocupa que estas normas no cumplan los criterios de la OMC, como la transparencia y la justificación científica de las medidas sanitarias y fitosanitarias (inocuidad, principalmente) y que restrinjan el comercio más de lo necesario para proteger la salud.

En ese contexto, en el mes de julio de 2008, el Presidente del Comité MSF distribuyó entre los Miembros un cuestionario a los efectos de determinar lo que dicho Comité podía y debía hacer, entre otros, para reducir los efectos negativos que tienen las normas sanitarias y fitosanitarias privadas en el comercio internacional, en particular para los países en desarrollo⁵⁴. Asimismo, cumpliendo una solicitud del Comité MSF de realizar un estudio sobre esta materia en tres fases⁵⁵, un grupo de trabajo ad hoc⁵⁶ presentó un informe identificando "Medidas que podría adoptar el Comité MSF acerca de las normas privadas relacionadas con cuestiones sanitarias y fitosanitarias"⁵⁷

Al respecto, en el año 2011 el Comité MSF adoptó cinco⁵⁸ de las seis medidas⁵⁹ que el grupo de trabajo había propuesto para su aprobación, aspecto que se entendió sin perjuicio de las opiniones de los Miembros respecto al alcance del Acuerdo MSF.

La Medida N° 1 implicaba elaborar una definición de trabajo sobre normas privadas relacionadas con cuestiones sanitarias y fitosanitarias y limitar sus debates a dichas normas. Resulta interesante el motivo por el cual se plantea esta primera medida y que está claramente expresado por los Miembros en el ítem 6 del Documento G/SPS/55 en el cual se sostiene que:

"(..) Habida cuenta de su mandato, el Comité MSF debería limitar las deliberaciones a las normas privadas relacionadas con cuestiones sanitarias y fitosanitarias, la mayor parte de las cuales tienen que ver con la inocuidad de los alimentos. No obstante, algunos Miembros han expresado preocupación por el hecho de que los debates hayan rebasado la esfera de las normas privadas relacionadas con cuestiones sanitarias y fitosanitarias. Ello se debe, entre otros motivos, a que muchas normas privadas comprenden prescripciones sobre la inocuidad de los alimentos y de otro tipo, de suerte que es más difícil

54 JOB (08)/58. Respuestas de 30 Miembros recopiladas en el JOB(08)/97

55 G/SPS/W/230. G/SPS/R/53.

56 Los Miembros del grupo de trabajo ad hoc sobre normas privadas relacionadas con cuestiones sanitarias y fitosanitarias son: Argentina, Australia, Belice, Brasil, Canadá, Chile, China, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Egipto, Estados Unidos, Guatemala, Japón, México, Mozambique, Nicaragua, Noruega, Nueva Zelandia, Pakistán, Paraguay, Perú, República Dominicana, San Vicente y las Granadinas, Sudáfrica, Taipei Chino, Tailandia, Unión Europea, Uruguay y Venezuela.

57 G/SPS/W/256.

58 G/SPS/55

59 Las restantes cuatro medidas adoptadas por decisión del Comité MSF fueron las de intercambio de información regular sobre novedades pertinentes a normas privadas relacionadas con cuestiones sanitarias y fitosanitarias entre el Codex, la OIE y la CIPF con el Comité MSF; invitar a la Secretaría de la OMC a informar a dicho Comité sobre las novedades en otros foros relacionados esta materia; instar a los Miembros de la OMC a que se mantengan en comunicación con las entidades que se ocupan de las normas privadas relacionadas con cuestiones sanitarias y fitosanitarias en sus territorios, para sensibilizarlas acerca de las cuestiones planteadas en el Comité MSF y la importancia de las normas internacionales establecidas por el Codex, la OIE y la CIPF; y el estudio de la posibilidad de que el Comité MSF trabaje conjuntamente con el Codex, la OIE y la CIPF para apoyar la elaboración y/o distribución de material informativo sobre la importancia de las normas sanitarias y fitosanitarias internacionales.

deslindar las prescripciones sanitarias y fitosanitarias y determinar si son esas prescripciones las que afectan directamente al comercio (...)."
(Destacado nuestro)

Aclarado dicho aspecto, se acordó que el Comité MSF limitaría su reflexión a las prescripciones establecidas o adoptadas por entidades no gubernamentales para conseguir uno de los cuatro objetivos enumerados en el párrafo 1 del Anexo A del Acuerdo MSF y que pueden afectar al comercio internacional.

Se debatió de esta forma, un primer proyecto de definición de trabajo de las normas privadas relacionadas con cuestiones sanitarias y fitosanitarias, basado en las propuestas y los argumentos recibidos por parte de los Miembros del Comité en el año 2012.

De acuerdo a la propuesta de definición de trabajo⁶⁰:

"Las normas sanitarias y fitosanitarias privadas son requisitos [voluntarios del mercado] [establecidos y/o] aplicados por entidades [privadas] [no gubernamentales] [61], para proteger la vida o la salud humana o animal o preservar los vegetales. O "Las normas sanitarias y fitosanitarias privadas son requisitos [voluntarios del mercado] [establecidos y/o] aplicados por entidades [privadas] [no gubernamentales][62], que pueden afectar al comercio internacional de manera directa o indirecta y que se adoptan con uno de los siguientes objetivos: a) proteger la salud y la vida de los animales o preservar los vegetales [en el territorio del Miembro que adopta la norma] de los riesgos resultantes de la entrada, radicación o propagación de plagas, enfermedades y organismos patógenos o portadores de enfermedades; b) proteger la vida y la salud de las personas y de los animales [en el territorio del Miembro que adopta la norma] de los riesgos resultantes de la presencia de aditivos, contaminantes, toxinas u organismos patógenos en los productos alimenticios, las bebidas o los piensos; c) proteger la vida y la salud de las personas [en el territorio del Miembro que adopta la norma] de los riesgos resultantes de enfermedades propagadas por animales, vegetales o productos de ellos derivados, o de la entrada, radicación o propagación de plagas; y d) prevenir o limitar otros perjuicios [en el territorio del Miembro que adopta la norma] resultantes de la entrada, radicación o propagación de plagas".

Se aclaraba asimismo en esta propuesta de definición, que se consideran normas sanitarias y fitosanitarias privadas las prescripciones técnicas, las directrices y las recomendaciones⁶³; que las normas privadas relacionadas con cuestiones sanitarias o fitosanitarias

60 G/SPS/W/265/Rev. 2, numeral 1 Pág. 2

61 Una entidad no gubernamental es una entidad que no posee ni ejerce "facultades gubernamentales", o a la que no se han conferido esas facultades. Son entidades no gubernamentales: las entidades privadas, que pueden ser organismos del sector privado, las empresas, las organizaciones industriales y los organismos privados de normalización.

62 Una entidad no gubernamental es una entidad que no posee ni ejerce "facultades gubernamentales", o a la que no se han conferido esas facultades. Son entidades no gubernamentales: las entidades privadas, que pueden ser organismos del sector privado, las empresas, las organizaciones industriales y los organismos privados de normalización.

63 G/SPS/W/265/Rev. 2, numeral 2 ítem 6. Pág. 2.

son prescripciones elaboradas por las propias entidades [privadas] [no gubernamentales], o derivadas de normas privadas, oficiales o internacionales vigentes, que se aplican para conseguir los objetivos comerciales de entidades [privadas] [no gubernamentales], en el marco de una relación privada, comercial y contractual.

Los corchetes, como podrá suponerse, obedecen a que los miembros no pudieron ponerse de acuerdo en torno a la categorización de estas entidades, vale decir, si referirse a ellas como “entidades privadas” o como “entidades no gubernamentales”, lo que, como se verá más adelante, constituye un elemento central del debate sobre la materia.

Adicionalmente, se consignaba en dicho documento que las normas privadas relacionadas con cuestiones sanitarias o fitosanitarias no son elaboradas, aprobadas o promulgadas por la Comisión del Codex Alimentarius (Codex), la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria (CIPF) o la Organización Mundial de Sanidad Animal (OIE)⁶⁴; y que las medidas sanitarias y fitosanitarias oficiales aplicadas por un Miembro (incluidas las MSF aplicadas por gobiernos que no sean el gobierno nacional, o por entidades no gubernamentales en nombre de un Miembro), no son normas sanitarias o fitosanitarias privadas.

El cumplimiento de la Medida N° 1 continuó bajo tratamiento y lo los Miembros acordaron crear un grupo de trabajo por vía electrónica (GT-e)⁶⁵. Bajo su responsabilidad, los coordinadores de dicho grupo⁶⁶ presentaron una nueva propuesta de definición de trabajo⁶⁷ que fue examinada por el Comité MSF en su reunión de marzo de 2014, junto con una compilación de las definiciones sobre esta materia adoptadas por otras entidades⁶⁸.

En octubre de 2014, El Comité MSF consideró en su reunión el segundo informe de los coordinadores⁶⁹ y expusieron la propuesta de definición de trabajo de "norma privada sanitaria o fitosanitaria"⁷⁰, en los siguientes términos:

“Una norma sanitaria o fitosanitaria privada es una prescripción o condición escrita, o un conjunto de prescripciones o condiciones escritas, que guardan relación con la inocuidad de los alimentos, la vida y la salud de los animales o la preservación de los vegetales, que pueden ser utilizadas en las transacciones comerciales y que son aplicadas por una entidad no gubernamental que no ejerce facultades gubernamentales.”

Dicha definición incluía la siguiente cláusula de descargo⁷¹: *“La presente definición de trabajo se entiende sin perjuicio de los derechos y obligaciones de los Miembros en virtud del*

64 G/SPS/W/265/Rev. 2, numeral 2 ítem. 8 pág. 2.

65 OMC. 2015. Informe de los Coordinadores del Grupo de Trabajo por vía electrónica para las Normas Privadas, presentado a la reunión de marzo de 2015 del Comité MSF, relativo a la Medida N° 1 (G/SPS/55). G/SPS/W/283

66 China y Nueva Zelanda

67 OMC. G/SPS/W/276

68 OMC G/SPS/GEN/1334 y Rev.1

69 OMC. G/SPS/W/281

70 En la mencionada reunión, se aclaró que el concepto de "definición de trabajo" todavía no se había interpretado en la jurisprudencia de la OMC, por lo que la misma se utilizaría específicamente en el marco de la labor del Comité MSF, a efectos acotar los debates a las normas sanitarias y fitosanitarias privadas.

71 Esta cláusula de descargo se incluía formando parte del texto de la definición o como nota al pie de página que eran las dos opciones planteadas en tanto se aclaraba a su vez, que cualquiera que se adoptara no tenía implicancia desde el punto de vista jurídico en el marco de la OMC.

Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, incluida, aunque no exclusivamente, la cuestión del alcance de ese Acuerdo.”

Los Miembros no llegaron a un acuerdo en esta reunión, pero sin embargo, hubo consenso para continuar trabajando la definición a través del procedimiento del GT-e.

Interesa señalar en tal sentido, que el propio hecho de proseguir analizando el tema, sumado a la implícita aceptación de que nos encontramos frente a normas sanitarias y fitosanitarias privadas, o que los trabajos debían limitarse a las mismas, representa un paso importante habida cuenta de que, como veremos, implica un cambio en la estrategia de aquellos Miembros que se opusieron a aquel primer planteamiento que efectuara San Vicente y Granadinas en el año 2005 negando todo vínculo o deslindando toda responsabilidad respecto a estas normas y a su tratamiento en el ámbito del Comité MSF.

Adicionalmente, a tenor de las posiciones mantenidas en los debates acerca de la definición, surge con meridiana claridad que las preocupaciones planteadas a la propuesta, se circunscribieron al uso de las expresiones "**entidad no gubernamental**" y "**prescripción**"⁷²; la ambigüedad de la expresión "**que guardan relación con**"⁷³; la necesidad de reconsideración del término "**escrita**"⁷⁴ y por último la redacción de la cláusula de descargo.

Con respecto a las primeras cuatro preocupaciones planteadas, los coordinadores recordaron que en el mandato del Comité MSF de elaborar una definición de trabajo de normas privadas sanitarias y fitosanitarias, se utilizan las expresiones "prescripciones" y "entidades no gubernamentales"⁷⁵, siendo ambas expresiones genéricas, no específicas del Acuerdo MSF y por consiguiente, necesaria y apropiada su permanencia en la definición de trabajo. A su vez, en cuanto a la expresión "guarda relación con", los coordinadores consideraron que la misma resulta apropiada, ya que se refiere a **normas privadas sobre cuestiones sanitarias y fitosanitarias**. En cuanto a la expresión "escrita", la opinión de los coordinadores fue que el último texto propuesto en el documento G/SPS/W/281 se basa en la labor precedente del Comité MSF, las observaciones más recientes de los miembros del GT-e y los elementos pertinentes de otras definiciones existentes.

Por último, en cuanto a las preocupaciones sobre la cláusula de descargo, la UE ⁷⁶ planteó sustituir la redacción propuesta por el grupo "*La presente definición de trabajo se entiende sin perjuicio de los derechos y obligaciones de los Miembros en virtud del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, incluida, aunque no exclusivamente, la cuestión del alcance de ese Acuerdo*"; en los siguientes términos: "*La presente definición de trabajo se entiende sin perjuicio de los derechos y obligaciones de los Miembros y no representa las opiniones de los Miembros acerca del alcance del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias*".⁷⁷

72 Preocupación planteada por Estados Unidos y la Unión Europea que propusieron sustituir la primera de las expresiones por "organismo privado" y suprimir el término "prescripción".

73 Preocupación planteada por Estados Unidos.

74 Preocupación planteada por Argentina por considerar que el uso del término "escrita" restringe el alcance de la definición, al excluir determinadas prescripciones consuetudinarias.

75 OMC. Decisión del Comité sobre "Medidas acerca de las normas privadas relacionadas con cuestiones sanitarias y fitosanitarias" (G/SPS/55).

76 El planteamiento fue apoyado por Estados Unidos aclarando a su vez, que continuaban sus inquietudes en cuanto a la falta de precisión sobre el alcance.

77 El subrayado es de los coordinadores, para señalar las diferencias principales entre los dos textos.

Como conclusiones sobre estos debates, los coordinadores manifestaron que pese al empeño demostrado y a lo poco que faltó para alcanzar el acuerdo, los miembros del GT-e no lograron un consenso acerca del texto propuesto para una definición de trabajo, quedando bloqueada la labor en cuanto a las expresiones "**prescripción**" y "**entidad no gubernamental**".

Vemos en este aspecto, la posible relación que los Miembros vislumbran, a nuestro juicio equivocadamente, entre la elaboración de esta definición de trabajo y lo que consideran como "alcance" del Acuerdo MSF particularmente en lo que respecta al término "entidades no gubernamentales" contenido en el artículo 13, que como demostraremos en este trabajo, algunas argumentaciones que se han sostenido en el ámbito del Comité al respecto, no cuentan con un argumento jurídico convincente y continúan sin ajustarse a las normas que regulan esta materia.

Esto ha provocado sin embargo, un claro retroceso en el camino iniciado en el año 2005 ya que, si bien en el año 2011, los Miembros de la OMC lograron un acuerdo en cuanto a una definición de trabajo sobre las normas privadas, cuatro años después, en la Reunión de marzo de 2015, decidieron suspender los esfuerzos⁷⁸ realizados por el grupo de trabajo establecido para alcanzar dicha definición, después de no haber podido salir del "punto muerto" en que se encontraban (y se encuentran) en torno a este respecto⁷⁹.

Ello, a pesar de que la definición perseguida ni siquiera se constituiría en un precedente legalmente vinculante o podría tener los efectos jurídicos que se le han atribuido. En efecto, el objetivo claramente planteado respecto a la misma, fue proporcionar un marco para limitar el alcance de las cuestiones examinadas por el Comité MSF en relación a las "normas privadas" a la luz de la exhortación hecha por países en desarrollo de alcanzar un compromiso en ese sentido, por los efectos negativos que dichas normas tendrían sobre su sector exportador.

Una lectura atenta del importante número de documentos que se han generado a este respecto, nos lleva a concluir que la mayor dificultad para alcanzar una definición de trabajo radica en que, aunque la mayoría de los miembros dieron su apoyo a la definición propuesta, varios países desarrollados expresaron no poder apoyar la utilización de ciertos términos, justamente "entidad no gubernamental" y también "requisitos".

Si bien abordaremos estos aspectos a título de recomendaciones, en el último capítulo de este trabajo, adelantamos nuestra visión en cuanto a que los hechos antes indicados, deberían alertarnos en cuanto a que quizás no resulte necesario focalizarse tanto en intentar lograr una definición, cuando desde un punto de vista conceptual se tiene claro y los propios Miembros se han encargado de precisar en todos estos años, a qué tipo de "normas privadas" nos estamos refiriendo y qué materia regulan. Creemos entonces que un cambio de estrategia de acción en este sentido, podría permitir avanzar con resultados más tangibles para los intercambios comerciales que resultan condicionados al cumplimiento de estas exigencias privadas.

78 G/SPS/W/276. G/SPS/W/283.

79 OMC. Marzo 2015. Sitio Web OMC.

Lo antes expresado, cobra aún mayor relevancia cuando constatamos que en el mes de julio de 2017, al probarse el cuarto examen de funcionamiento y aplicación del Acuerdo MSF, que precisamente estaba trabado por la temática que nos ocupa, quedaron definidas las medidas que deberán instrumentarse en el ámbito del Comité MSF.

Las recomendaciones⁸⁰ acordadas en el marco de la aprobación de dicho examen marcan un punto de inflexión en el tratamiento de este tema principalmente para aquellas posiciones que han argumentado, acertadamente, la responsabilidad del Comité MSF en la materia. En tal sentido, se cuenta por ejemplo, con un expreso mandato de examinar problemas específicos planteados por los Miembros. Vemos en este sentido, una oportunidad de formalización de estas preocupaciones que suele tener efectos persuasivos para el Miembro que resulta expuesto a un reclamo y además, un medio para focalizar y dirigir energías al logro de resultados.

Adicionalmente, en el cuarto exámen se mandata al Comité a continuar aplicando las medidas 1 a 5⁸¹ acordadas en el documento G/SPS/55 y se lo habilita también a continuar examinando otras cuestiones pendientes, haciendo referencia específicamente a las previstas en el documento G/SPS/W/256⁸² así como a otras actividades pertinentes; instando además a los Miembros y observadores a facilitar información sobre estudios o análisis que hayan llevado a cabo de los que tengan conocimiento.

A partir de esta nueva etapa, quizás resulte adecuado, revisar las estrategias de acción de los Miembros, priorizando no tanto las formalidades de una definición sino la formulación y fundamentación de preocupaciones específicas en forma sistemática además de trabajar sobre alguna de las otras medidas que se especifican en este cuarto examen sobre el particular.

2.5 Evidencia Empírica: Caso citrus, frutales de hoja caduca y arándanos

En la respuesta que efectúa Uruguay⁸³ al cuestionario sobre las normas privadas relacionadas con cuestiones sanitarias y fitosanitarias⁸⁴ realizado por el Comité MSF y recopi-

80 G/SPS/W/280/Rev.2, párrafo 14.20 Recomendaciones, Pág. 29

81 **Medida N° 1:** El Comité MSF debería elaborar una definición de trabajo de las normas privadas relacionadas con cuestiones sanitarias y fitosanitarias y limitar sus debates a dichas normas.

Medida N° 2: El Comité MSF debería informar de forma regular al Codex, la OIE y la CIPF de las novedades pertinentes que surjan en su examen de las normas privadas relacionadas con cuestiones sanitarias y fitosanitarias e invitar a esas organizaciones a que asimismo informen de forma regular al Comité MSF de las novedades pertinentes que se produzcan en sus ámbitos respectivos.

Medida N° 3: El Comité MSF invita a la Secretaría a informarle de las novedades en otros foros de la OMC que pudieran ser pertinentes para sus debates sobre las normas privadas relacionadas con cuestiones sanitarias y fitosanitarias.

Medida N° 4: Se insta a los Miembros de la OMC a que se mantengan en comunicación con las entidades que se ocupan de las normas privadas relacionadas con cuestiones sanitarias y fitosanitarias en sus territorios para sensibilizarlas acerca de las cuestiones planteadas en el Comité MSF y hacer hincapié en la importancia de las normas internacionales establecidas por el Codex, la OIE y la CIPF.

Medida N° 5: El Comité MSF debería estudiar la posibilidad de trabajar conjuntamente con el Codex, la OIE y la CIPF para apoyar la elaboración y/o distribución de material informativo que haga ver la importancia de las normas sanitarias y fitosanitarias internacionales.

82 Este documento plasma otras 7 medidas propuestas sobre las cuales no había consenso en el ámbito del Comité.

83 Disponible en: http://members.wto.org/WTO_resources/SPS/SPS-Private-Standards.

84 OMC. Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. 2008. G/SPS/W/232.

ladas posteriormente en un documento que resume 40 respuestas recibidas de 22 Miembros de la OMC⁸⁵, se presentaron entre otros, dos casos de determinación de medidas sanitarias a nivel privado que se aplican a los citrus, frutales de hoja caduca y arándanos.

Estos productos^{86 87} se encuentran de acuerdo al mencionado documento dentro de dos de las tres categorías más afectadas por medidas sanitarias privadas relativas a la inocuidad de los alimentos⁸⁸, y son impuestas mayoritariamente por minoristas (*retailers*) y sus empresas proveedoras.

Las empresas uruguayas cuyas exportaciones deben cumplir dichas normas privadas son en su mayoría PYMES, las que predominan ampliamente en el mencionado sector productor. Son fundamentalmente de capitales nacionales, aunque también existe un número menor de empresas de capitales extranjeros y mixtos (es decir, nacionales y extranjeros). Se trata de empresas integradas producción - comercialización; empresas de productores individuales o agrupados; empresas comercializadoras y proveedoras de servicios frigoríficos. Se destina a la exportación más del 50% de la producción de citrus, más del 95 % de la producción de arándanos y el 10% de la producción de frutas de hoja caduca.

Los principales mercados de exportación de estos productos son la Unión Europea (principales destinos Holanda, Alemania, España, Reino Unido, Portugal, Italia), otros países de Europa, Estados Unidos, Federación Rusa, Canadá, mercados asiáticos (principalmente Arabia Saudita, Emiratos Árabes Unidos y China) y países de nuestra región (principalmente Brasil). Estos destinos acumularon en el 2008 más del 90% del volumen exportado.

Las normas privadas que se aplican en cada uno de los mercados de exportación del producto son, para el caso de sistemas colectivos internacionales, los protocolos internacionales colectivos: Globalgap, que es exigido con predominio en las cadenas de valor de la Unión Europea por empresas minoristas (*retailers*) y por importadores de alimentos, BRC, Fair Trade y SA8000; para el caso de sistemas colectivos nacionales, empresas con certificación de protocolos nacionales como USAGAP; y para el caso de sistemas de empresas específicas, Algunas empresas certifican el protocolo Nature's Choice de Tesco, MarkSpencer, Filiere Qualité de Carrefour.

Como expresáramos anteriormente, para los rubros bajo análisis las exigencias privadas que se plantean como problema tienen que ver con la inocuidad alimentaria y específicamente con la aplicación de Límites Máximos de Residuos de Pesticidas (Lmr)

85 OMC. Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. 2009. Efectos de las Normas Privadas relacionadas con cuestiones Sanitarias y Fitosanitarias - Recopilación de Respuestas. G/SPS/GEN/932/Rev.1.

86 N° SA: Citrus: 0805500000 (AGRIOS O CITRICOS LIMONES CITRUS LIMON FRESCOS); 0805100000 (AGRIOS O CITRICOS NARANJAS FRESCAS); 0805200000 (AGRIOS O CITRICOS MANDARINAS FRESCAS); 0805400000 (AGRIOS O CITRICOS POMELOS FRESCOS); Arándanos: 0810400000 (ARANDANOS AZULES FRESCOS); Frutas de Hoja Caduca: 0808100000 (MANZANAS FRESCAS); 0808201000 (PERAS FRESCAS); 0809301000 (DURAZNOS FRESCOS); 0806100000 (UVAS FRESCAS).

87 La descripción detallada del producto analizado en el presente caso corresponde a fruta fresca, empacada en cajas o bins, encerada y/o desinfectada, del tipo productos frescos bajo Buenas Prácticas Agrícolas y Buenas Prácticas de Manufactura.

88 De acuerdo con el documento G/SPS/GEN/932/Rev.1.Op. Cit., los productos citados un mayor número de veces como productos afectados por las normas privadas son los siguientes: frutas y frutos frescos (códigos 0804, 0805, y 0810 del Sistema Armonizado (SA); y hortalizas frescas (códigos 0701 y 0710 del SA).

más restrictivos que las regulaciones oficiales y con la exigencia de realizar los Análisis Microbiológicos y Químicos en Laboratorios con Acreditación ISO 17025.

Exigencia de Límites Máximos de Residuos de Pesticidas más restrictivos que las regulaciones oficiales.

Para los rubros indicados, las autoridades sanitarias oficiales suelen exigir LMRs más restrictivos que los establecidos por las organizaciones de referencia de la OMC (en este caso Codex Alimentarius)⁸⁹, pero a su vez, las empresas compradoras establecen niveles aún más bajos y controlan la presencia de varios residuos en una muestra. Tal el caso de las siguientes cadenas de supermercados de Alemania e Inglaterra: ALDI: exige un máximo del 80% del LMR de la UE y una presencia máxima de 3 a 5 productos (dependiendo de cuáles sean los productos); PLUS-EDEKA-REWE-METRO GROUP: exige un máximo del 70% de los LMR de la UE; COOP: exige un máximo del 25% de los LMR de la UE; NORMA: exige un 80% de los LMR de la UE sumados y hasta 5 principios activos; SUPER de BOER: exige 50% de los LMR de la UE, dependiendo de los principio activos; KAUF-FLAND: exige 33.3% de los LMR de la UE; KAISER'S-TENGELMANN: exige 70% de los LMR de la UE y de 3 a 5 principios activos, dependiendo de los productos empleados.⁹⁰

De lo anterior se demuestra que las exigencias establecidas a nivel privado son más restrictivas que las regulaciones oficiales de la propia Unión Europea que de por sí superan los límites admitidos en el Codex Alimentarius.

Exigencia de realizar los Análisis Microbiológicos y Químicos en Laboratorios con Acreditación ISO 17025

En la información aportada por Uruguay a los casos de estudio, se identificaron exigencias privadas que imponen realizar análisis microbiológicos y químicos en laboratorios con acreditación ISO 17025. En contraposición a dicha exigencia, los servicios nacionales oficiales, cuentan con infraestructura de laboratorios y utilizan las técnicas analíticas que determina el Codex Alimentarius de acuerdo a las siguientes normas:

- CAC/GL 65 1997 Directivas armonizadas para el control de calidad en los laboratorios de química analítica;
- CODEX STAN 228 2001 Métodos de análisis generales para los contaminantes 1 2004;
- CODEX STAN 234 1999 Métodos Recomendados de Análisis y de Muestreo Recomendados 2 2007;
- CAC/GL 40 1993 Directrices sobre Buenas Prácticas en el Análisis de Residuos de Plaguicidas 1 2003;

⁸⁹ Las disposiciones del Codex Alimentarius, como norma de referencia en la materia han sido establecidas en las siguientes disposiciones: CAC/MRL 1 Lista de Límites Máximos para Residuos de Plaguicidas 2001 y CAC/MRL 3 Lista de Límites Máximos para Residuos Extraños 2001.

⁹⁰ Información aportada por Uruguay al Comité MSF.

- CAC/GL 41 Análisis de Residuos de Plaguicidas: Parte del producto agrícola a la que se aplican los límites máximos del Codex para residuos y que se analiza 1993;
- CAC/GL 27 1997 Directrices para Evaluar la Competencia de los Laboratorios de Ensayo que participan en el Control de Imp. y Exp. de Alimentos; y
- CAC/GL 28 1995 Protocolo Internacional Armonizado de Pruebas de Competencia para Laboratorios de Análisis.

Más allá de que la exigencia no posee una justificación científica demostrada, las normas privadas no aceptan la equivalencia u homologación de las técnicas analíticas empleadas en el país por los laboratorios que realizan los análisis lo que en los hechos se traduce en una restricción injustificada.

Constituye una dificultad relevante, a su vez, el hecho de que en muchos países en desarrollo no existen laboratorios con dicha acreditación y es necesario enviar las muestras a analizar al exterior, con los costos que ello implica. En Uruguay existen organismos de certificación acreditados por los protocolos privados de referencia a nivel internacional (por ejemplo, LATU Sistemas Quality Austria).

De acuerdo con los casos planteados y a tenor de una declaración presentada por la Delegación de Uruguay ante el Comité MSF⁹¹, al ser las normas privadas tan exigentes y costosas, comprometen, por ejemplo, la posibilidad de los pequeños agricultores⁹² de acceder a mercados potenciales, a pesar de estar recibiendo apoyo y capacitación a dichos efectos, operando estas normas privadas como un factor exógeno al mercado, provocando un desequilibrio que favorece a las economías de escala, desplazando a la agricultura familiar.

Los principales efectos negativos sobre el comercio de las normas privadas que surgen de los casos presentados se centran en:

- **Dificultades y obstáculos al comercio**, estando las mayores dificultades vinculadas a las capacidades para la implementación y el mantenimiento, los costos directos e indirectos y la ausencia de adaptabilidad de las normas privadas a las condiciones del país;
- **Costo del cumplimiento de las normas**, básicamente asociado a inversiones tales como: estudio y comprensión de la norma privada (tiempo del personal, entrenamiento, información), asesoramiento externo para la implementación, certificación y mantenimiento. Los costos directos están asociados principalmente a infraestructura, capacitación, análisis, certificación y cambios derivados de nuevas versiones de las normas. Estos costos son muy variables entre empresas con distinto tamaño y producto a certificar, y aún entre empresas del mismo porte, según los recursos naturales y humanos con que cuenten o que existan en la zona de emplazamiento de las mismas, la línea de base o situación de comienzo, el nivel de automatización, manejos, etc.. Existen costos recurrentes (se debe incurrir en ellos todos los años)

91 OMC. Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. 2008. Declaración del Uruguay en la Reunión de los días 2-3 de abril de 2008. G/SPS/GEN/843. Op. Cit.

92 El 80% de los agricultores de Uruguay son agricultores familiares.

y no recurrentes (se realizan por única vez para la primer certificación); también hay costos tangibles e intangibles. A modo de ejemplo, el costo de los análisis en laboratorios acreditados ISO 17025 mencionado en uno de los casos de estudio es muy alto, por no haber laboratorios con dicha acreditación en el país;

- **Costo de la certificación**, siendo el mismo muy alto para empresas pequeñas y medianas (prácticamente todas las presentes en Uruguay en estos rubros de exportación). En relación a sus escalas, la certificación es mucho más cara para las empresas pequeñas que para las grandes. Pero este costo se hace alto también para las empresas grandes por el tiempo que deben destinar a certificar según cada una de las normas privadas que se les exige. Incide significativamente el hecho de que las normas privadas no toman en cuenta los antecedentes de la empresa, exigiendo lo mismo a una empresa que ha certificado varios años consecutivos sin problemas que a una que recibe su primer auditoría. A su vez, en muchos casos, todo el esfuerzo realizado en la certificación por parte de la empresa no llega a ser visualizado por el consumidor ya que no se utiliza la marca de la norma privada en el punto de venta minorista, de forma que gran parte de la ventaja que podría significar la certificación no se aprovecha. Por otra parte, las normas privadas no contemplan el historial de cumplimiento: no toman en cuenta los antecedentes de la empresa, exigiendo lo mismo a una empresa que ha certificado varios años consecutivos sin problemas que a una que recibe su primer auditoría.
- **Preocupaciones relacionadas con los laboratorios acreditados de certificación:** no siempre existen laboratorios con la certificación ISO 17025, por lo que se debe enviar las muestras a ser analizadas a otros países con el mayor costo y la mayor pérdida de tiempo para recibir el resultado, lo cual implica una dificultad para cumplir con los plazos de la certificación exigidos por la norma privada;
- **Existencia de diferentes normas para el mismo producto**, observándose la proliferación de normas privadas, en diferentes etapas de la cadena y para diferentes clientes y mercados, constituyendo posibles barreras al comercio con terceros países para productores y para empresas que buscan desarrollarse y diferenciarse en el mercado internacional de alimentos. Se verifica asimismo la exigencia, para un mismo producto según su destino, de la certificación de varios estándares de igual alcance, de los cuales la empresa debe cumplir las condiciones más restrictivas de cada uno, siendo el nivel de exigencia mucho mayor que el de cada estándar por separado. Esta multiplicación trae aparejados altos costos por la multiplicación de certificaciones, auditorías, etc.; y
- **Efecto de exclusión de los pequeños productores de la cadena de suministro, afectando el desarrollo**, siendo un problema importante en general y respondiendo en los sectores analizados a una problemática compleja. Las normas privadas no contribuyen a facilitar su acceso a los mercados, dadas las dificultades que sufren en cuanto al acceso a la información y los costos antes mencionados.

2.6 Conclusiones

- 1) De acuerdo a la definición que establece el Acuerdo MSF, las medidas sanitarias y fitosanitarias deben definirse por sujetos de derecho público (Miembros en el concepto OMC) e instrumentarse mediante normas estatales jurídicamente imperativas.
- 2) De acuerdo a la normativa reseñada en este capítulo y a la evidencia empírica presentada, surge que las “normas privadas” objeto de estudio son en esencia, medidas sanitarias y fitosanitarias no estatales establecidas, adoptadas e impuestas por sujetos de naturaleza estrictamente privada, que pueden afectar directa o indirectamente el comercio internacional.
- 3) Las preocupaciones comerciales planteadas por los Miembros en el ámbito del Comité MSF, si bien han permitido instaurar el debate sobre las “normas privadas” al más alto nivel internacional, no han avanzado con la celeridad que ameritaría en atención a sus efectos para el comercio internacional, lo que pone de relieve la conveniencia de revisar las estrategias de acción que se han llevado adelante identificando vías más efectivas que las instrumentadas hasta el presente.

CAPÍTULO III: EL ENTORNO O CONTEXTO NORMATIVO APLICABLE

3.1 Normas y Principios del Derecho Internacional Económico

El Derecho internacional económico tiene como principal objetivo la organización de los intercambios económicos y financieros internacionales y a su respecto se ha expresado que se trata de un ordenamiento que resulta de la intersección de dos disciplinas, el Derecho y la economía, y el ajuste de dos campos de actividades, el Derecho y la diplomacia y, contrariamente a lo que sucede en el ámbito del Derecho del Comercio Internacional, el Derecho Internacional Económico responde al hecho cierto de la intervención pública de diseño del mercado internacional. (Fernandez Rozas, J.C. 2000: Pág: 161-230)

FERNÁNDEZ ROZAS (2000), nos enseña que:

“(..)Se trata de una intervención organizada de carácter internacional, y canalizada a través de distintos mecanismos institucionales de creciente importancia, que a su vez involucran los intereses, a menudo enfrentados, de los distintos mercados regionales. Los frutos de esta actividad institucionalizada se plasman en principios y directivas orientadoras, pero también en normas positivas y concretas que condicionan de forma directa el régimen de los intercambios, deben ser tenidas en cuentas por los operadores profesionales y por los jueces y árbitros, y, en suma, son parte esencial del marketing legal de las empresas enfrentadas al comercio transfronterizo (...)”

Esta organización de los intercambios económicos dio lugar a los procesos de integración de carácter económico que comenzaron a surgir luego de finalizada la Segunda Guerra Mundial, ante la necesidad, entre otros, de ampliar los mercados nacionales, dado que la oferta de bienes resultante de la modalidad de producción industrial de la época, excedía ampliamente la demanda que se generaba en dichos mercados nacionales, hasta ese entonces altamente proteccionistas.

En 1944, en Bretton Woods (New Hampshire) tuvo lugar una Conferencia Monetaria y Financiera en la que se entendió que el crecimiento económico debía lograrse en un plano global, requiriéndose, entre otros, de instituciones como un banco central mundial, que estabilizara la economía mundial; un fondo para la reconstrucción y el desarrollo, que otorgara créditos a países de bajos ingresos; y una organización internacional de comercio, que se ocupara especialmente de la estabilidad de los bienes de exportación.

Se crearon finalmente instituciones como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional (FMI) y se suscribió en 1947 el Acuerdo General Sobre Aranceles y Comercio, cristalizándose en este último caso la idea de impulsar un ordenamiento comercial a escala mundial más abierto, estable y transparente y luchar contra el proteccionismo y la discriminación, de modo que, sobre la base de una expansión del comercio se facilite una utilización más completa y eficiente de los recursos mundiales, que redunde en mayores niveles de empleo, ingreso y bienestar.

Dentro del ámbito específico del comercio internacional, el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, firmado a fines de 1947 y, desde 1995 la Organización Mundial del Comercio, tienen su origen en esa visión que considera la liberalización del comercio mundial y en general las relaciones de cooperación en las esferas de la actividad comercial y económica, como herramientas para el logro de objetivos que se encuentran concretamente delimitados en los correspondientes textos jurídicos.

Las razones o los motivos para obligarse internacionalmente pueden ser muy variados y de hecho mucho se discutió, y se discute aún, acerca de la conveniencia o no de asumir compromisos y formar parte del sistema multilateral de comercio, pero lo cierto es que el mismo pretendía garantizar una cierta gobernanza mínima para las relaciones comerciales internacionales, dotándolas de transparencia, previsibilidad y estabilidad, dentro de un marco de no discriminación.

En tal sentido, y como se afirmara anteriormente, la conclusión de la Ronda Uruguay⁹³ constituyó un hito histórico en el desarrollo del derecho internacional económico y en la organización institucional y normativa del sistema multilateral derivada de la creación de la Organización Mundial del Comercio (OMC), establecida por el "Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio" como

93 El Acuerdo sobre Aranceles y Comercio, suscripto en el año 1947 y que entró en vigor el 1 de enero en 1948 al mismo tiempo que las rebajas arancelarias acordadas para impulsar la liberalización comercial, tuvo como principal característica, sentar las bases para negociaciones multilaterales en el marco de los principios a que hicimos referencia. El sistema multilateral de comercio se desarrolló en tal sentido, a través de "rondas" o negociaciones comerciales. La denominación "Ronda Uruguay del GATT" se utiliza para hacer referencia a la octava y última de las rondas celebradas en ese marco y que se extendió desde 1986 a 1994, concluyéndose en el año 1995 con la creación de la OMC.

institución permanente⁹⁴ dotada de personería jurídica e integrada por ciento treinta y cuatro miembros, de los cuales tres cuartas partes son países en desarrollo. Sus funciones principales, de acuerdo a lo previsto en el Artículo 3 del Acuerdo de la OMC, son la administración de los acuerdos suscriptos, servir como foro de negociación⁹⁵, de resolución de diferencias⁹⁶ y de examen de políticas comerciales⁹⁷.

Interesa destacar que, la mayoría de los Acuerdos de la OMC fueron el resultado de la Ronda Uruguay celebrada, como ya se dijo, entre 1986 y 1994⁹⁸ y fue en virtud de los acuerdos alcanzados durante la misma, que se amplió el marco jurídico internacional a prácticamente la totalidad de los aspectos vinculados al comercio.

Estos Acuerdos implican entonces, la concreción de esfuerzos negociadores que ocuparon por décadas las agendas de la política exterior e internacional y, específicamente, de la política comercial de nuestros países y sus resultados obligan a los gobiernos a mantener sus políticas comerciales dentro de los límites convenidos y a actuar conforme a las reglas acordadas.

Alguno de estos acuerdos, incluido el GATT de 1994, son revisiones de acuerdos multilaterales o plurilaterales que existían ya en el marco del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio suscripto en 1947. Otros Acuerdos como el de Servicios, el de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, entre otros, son nuevos⁹⁹.

94 La OMC tiene su sede en Ginebra, Suiza y cuenta con una importante estructura institucional. Está integrada por una Conferencia Ministerial que como autoridad máxima, puede adoptar decisiones sobre todos los aspectos abarcados por cualquiera de los acuerdos comerciales multilaterales y se reúne por lo menos una vez cada dos años. Un Consejo General que integra el segundo nivel dentro de la estructura de la OMC, está compuesto por representantes de todos los países miembros, normalmente estos representantes son embajadores o representantes permanentes con sede en Ginebra. Este Consejo, se encarga de supervisar el funcionamiento del Acuerdo y la aplicación de las decisiones Ministeriales y también actúa como veremos, como Órgano de Solución de Diferencias y como Órgano de Examen de las Políticas Comerciales, para tratar todas las cuestiones comerciales abarcadas por la OMC. Adicionalmente, el Consejo General es el órgano rector del Comité de Negociaciones Comerciales (CNC), responsable de las negociaciones cuya celebración se dispuso en el Programa de Doha para el desarrollo. Cuenta a su vez con distintos órganos subsidiarios que los integran todos los Miembros de la OMC siendo el Consejo del Comercio de Mercancías, que supervisa todas las cuestiones relacionadas con los acuerdos sobre el comercio de mercancías. El Consejo del Comercio de Servicios, que supervisa todas las cuestiones relacionadas con el Acuerdo General de Comercio de Servicios (AGCS). El Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio, que administra el Acuerdo sobre los ADPIC.

El Consejo del Comercio de Mercancías tiene 11 comités que se ocupan de temas abarcados por acuerdos específicos sobre mercancías tales como las medidas sanitarias y fitosanitarias, la agricultura, el acceso a los mercados, las subvenciones, las medidas antidumping, entre otros. Por estar relacionado directamente a nuestro trabajo de investigación, haremos referencia específicamente al Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. La OMC cuenta adicionalmente con una Secretaría especializada que cumple una infinita variedad de funciones de apoyo técnico y administrativo a los distintos órganos.

95 Los párrafos 1 y 2 del artículo 3 del Acuerdo OMC disponen la función de servir de foro permanente para la celebración de negociaciones comerciales entre sus Miembros y que dichas negociaciones se podrán referir a temas ya tratados en los Acuerdos de la OMC o a "cuestiones nuevas".

96 En el párrafo 3 del artículo III del Acuerdo sobre la OMC se establece que la organización administrará el entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD), que figura en el Anexo 2 de dicho Acuerdo sobre la OMC.

97 En el párrafo 4 del artículo 3 del Acuerdo sobre la OMC se dispone que la organización administrará el Mecanismo de Examen de las Políticas Comerciales (MEPC) establecido en el Anexo 3 de dicho Acuerdo, como mecanismo de vigilancia de las políticas nacionales que llevan adelante los Miembros.

98 Las negociaciones celebradas con posterioridad a 1994 han dado por resultado textos jurídicos adicionales, como el Acuerdo sobre Tecnología de la Información (ATI).

99 La denominación Acta Final de la Ronda Uruguay de negociaciones abarca el conjunto de acuerdos multilaterales de la octava ronda.

Se siguió en tal sentido, un claro enfoque basado en reglas conformadas por un sistema de acuerdos comerciales totalmente multilaterales en función del criterio llamado “todo único” que implica que dichos acuerdos debían ser aceptados y ser aplicables a todos los Miembros¹⁰⁰. De esta forma, ser miembro de la OMC entraña la aceptación de todos los resultados de la Ronda.

Si bien nos referiremos sólo a los acuerdos que guardan relación con el tema objeto de análisis, cabe señalar a nivel general, que los acuerdos multilaterales indicados, se estructuran de la siguiente manera: un acuerdo general (el Acuerdo por el que se establece la OMC – Acuerdo OMC); cuyo Anexo 1 comprende acuerdos con respecto a cada una de las tres amplias esferas de comercio abarcadas por la OMC, bienes o mercancías (Anexo 1 A); servicios (Anexo 1 B) y propiedad intelectual (Anexo 1 C). El Acuerdo OMC consta asimismo de un Anexo 2 que contempla las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias; además de un Anexo 3 que regula el examen de las políticas comerciales de los gobiernos. En la Figura V, se ilustra el contenido de general de dicho Acuerdo por el que se establecen las reglas del Sistema Multilateral de Comercio.

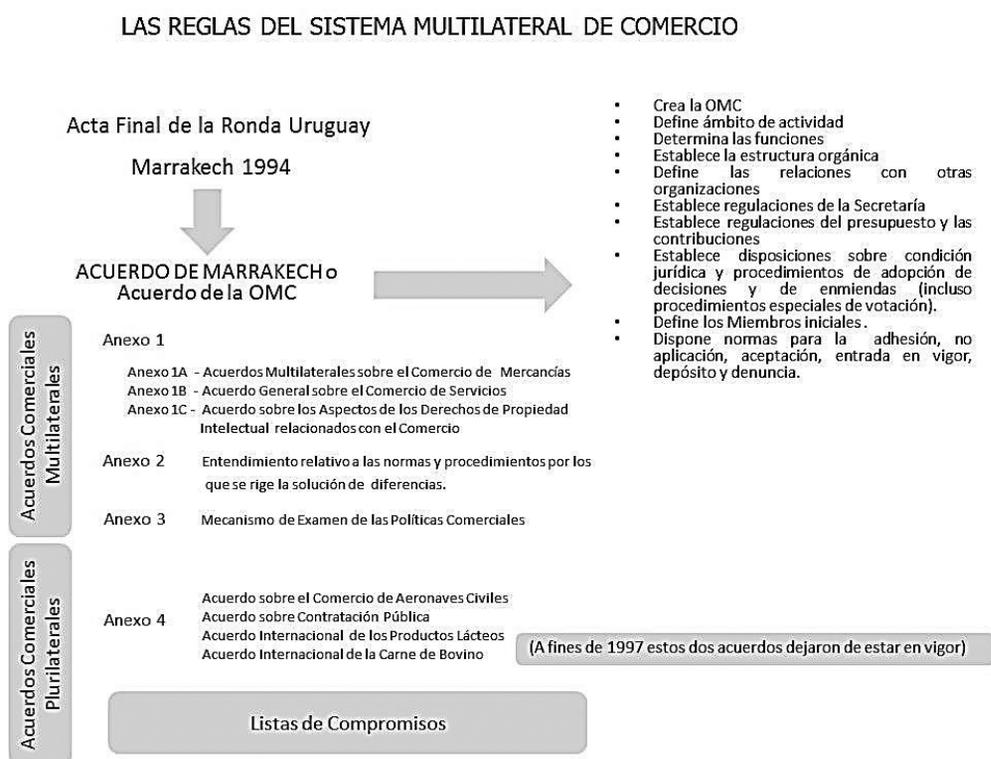


Figura V: Las Reglas del Sistema Multilateral de Comercio
Fuente: OMC

100 Aunque con respecto a la mayoría de los acuerdos se adoptó el enfoque del "todo único", durante la Ronda Uruguay se negociaron también cuatro acuerdos comerciales plurilaterales. Los acuerdos plurilaterales se aplican únicamente a los Miembros que los han aceptado como vinculantes. Durante la Ronda Uruguay se negociaron los siguientes acuerdos plurilaterales: Acuerdo sobre el Comercio de Aeronaves Civiles, Acuerdo sobre Contratación Pública, Acuerdo Internacional de los Productos Lácteos y Acuerdo Internacional de la Carne de Bovino. Los dos últimos quedaron sin efecto al final de 1997.

3.1.1 El Acuerdo de Marrakech o Acuerdo de la OMC.

Como se ilustra en la Figura V, el contenido del Acuerdo de la OMC es bastante específico y básicamente abarca las cuestiones institucionales a las que hemos hecho referencia en párrafos anteriores, además de contemplar aspectos de procedimiento, disposiciones sobre adopción de decisiones, entre otros.

Nos interesa destacar especialmente los objetivos contenidos en su preámbulo, a saber: el reconocimiento que efectúan los países miembros en cuanto a que sus relaciones en la esfera de la actividad comercial y económica, deben tender a elevar los niveles de vida, a lograr el pleno empleo y un volumen considerable y en constante aumento de ingresos reales y demanda efectiva, así como a acrecentar la producción y el comercio de bienes y servicios, permitiendo al mismo tiempo la utilización óptima de los recursos mundiales, de conformidad con el objetivo de un desarrollo sostenible.

Adicionalmente, en el párrafo 2 de dicho preámbulo se reconoce la necesidad de realizar esfuerzos positivos para que los países en desarrollo, y especialmente los menos adelantados, obtengan una parte del incremento del comercio internacional que corresponda a su desarrollo económico.

El párrafo 3 plasma además, como lo hemos señalado, que la liberalización del comercio mundial y las relaciones de cooperación económica y comercial constituyen herramientas para el logro de los objetivos planteados en cuanto a la reducción sustancial de los aranceles aduaneros, de los obstáculos al comercio, y de la eliminación del trato discriminatorio en las relaciones comerciales internacionales.

El Anexo 1 A del Acuerdo de la OMC contiene los “Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías” bajo cuya denominación se comprenden los trece Acuerdos que se indican en la siguiente Figura III y que son esencialmente, los Acuerdos que resultan abarcados por el sistema.

De dichos acuerdos nos interesa específica y particularmente el Acuerdo MSF y de un modo más general el Acuerdo OTC y el Acuerdo sobre Agricultura, los que analizaremos en el marco del conjunto de acuerdos del sistema multilateral del comercio y especialmente del GATT de 1994 y del Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD) “(...) a los que están vinculados de forma integral. (...)”¹⁰¹

Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT 1994) | Acuerdo sobre la Agricultura; | Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (Acuerdo MSF); | Acuerdo sobre los Textiles y el Vestido; | Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC); | Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (Acuerdo sobre las MIC); | Acuerdo relativo a la Aplicación del artículo VI del GATT de 1994 (Acuerdo Antidumping); | Acuerdo relativo a la Aplicación del artículo VII del GATT (Valoración en Aduana); | Acuerdo sobre Inspección Previa a la Expedición (IPE); | Acuerdo sobre Normas de Origen; | Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación; | Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (Acuerdo SMC); | Acuerdo sobre Salvaguardias.

Figura VI Acuerdos Multilaterales Anexo 1 A del Acuerdo OMC

101 Informe sobre el Comercio Mundial 2005, II El Comercio, Las Normas Comerciales y la OMC – Las normas en el sistema multilateral de comercio pág.143

3.1.2 El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT 1994)

En virtud de este Acuerdo, los miembros de la OMC están sujetos a una serie de obligaciones en materia de no discriminación y acceso a mercados¹⁰² para las mercancías.

Con relación al primero de los aspectos indicados, SABORANIS¹⁰³ nos indica que el principio de no discriminación en los tratados comerciales tiene una doble finalidad; impedir que los miembros discriminen entre sí y a su vez, impedir tratamientos que favorezcan a terceros en detrimento de dichos miembros. Desempeña en tal sentido, la función de impedir que un país obtenga aisladamente, en lugar de multilateralmente, un tratamiento más favorable. Dicho principio, se instrumenta en el GATT fundamentalmente a través de la cláusula de nación más favorecida (artículo 1º) y en la cláusula de trato nacional (artículo 3º).

En lo que respecta al acceso a mercados para las mercancías, la reducción de obstáculos tanto arancelarios como no arancelarios¹⁰⁴ así como el principio de no discriminación y la transparencia, son factores de real incidencia en el funcionamiento del sistema multilateral de comercio.

En tal sentido, los Miembros se obligan en función de dicho acuerdo, a actuar de conformidad con los niveles comprometidos de consolidación de las concesiones arancelarias, a la no imposición de restricciones cuantitativas y, de vital importancia para nuestro análisis, a no imponer medidas de tipo no arancelario que constituyan obstáculos innecesarios al comercio.

Las medidas no arancelarias representan para el sistema multilateral no sólo un aspecto de singular relevancia y preocupación, sino un real desafío en términos de eficacia de los acuerdos concluidos, habida cuenta de su potencial para recurrir a ellas como forma encubierta de restricción al comercio.

Un claro indicativo de la relevancia que se ha dado a estos aspectos para el comercio libre y previsible, está representado por el hecho de que la mayoría de los Acuerdos de la OMC contienen disposiciones sobre acceso de bienes, incluyendo por supuesto a los agropecuarios, tal y como se encuentran definidos en el Anexo I del Acuerdo sobre la Agricultura.

Sin perjuicio de lo anterior, el propio GATT establece una serie de excepciones horizontales a su aplicación, en virtud de las cuales los Miembros de la OMC pueden adop-

102 El acceso a los mercados para las mercancías se refiere a todas las condiciones impuestas y según las cuales, un producto puede entrar en un país.

103 SABORANIS, Jaime Álvarez en: El GATT: Antecedentes y Propósitos en Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, disponible en <http://revistas-colaboraciónjuridiciasunamx/index.php/jurídica/article/view/10818/9892>

104 Dentro de los obstáculos no arancelarios se incluyen los reglamentos técnicos y las normas (Acuerdo OTC), las medidas sanitarias y fitosanitarias (Acuerdo MSF), la falta de transparencia, aplicación desleal y arbitraria de medidas comerciales (párrafo 3 a) del artículo 10 del GATT); las formalidades y trámites aduaneros (párrafos 1 c) y 3 del artículo VIII del GATT); la inspección previa a la expedición (Acuerdo sobre inspección previa a la expedición, marcas de origen, medidas relativas al transporte en tránsito); normas de origen (Acuerdo sobre Normas de Origen); y los procedimientos para el trámite de licencias de importación (Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación)

tar determinadas medidas que de otro modo serían incompatibles con las obligaciones contraídas en el marco de la OMC.

Dichas excepciones se establecen, para el caso del comercio de mercancías, en el Artículo XX – Excepciones Generales¹⁰⁵, y a los fines de nuestro estudio nos interesa particularmente la prevista en el literal b), que refiere a medidas necesarias para proteger legítimos objetivos de política pública, entre los que se incluyen: la protección de la salud y la vida de las personas y de los animales o la preservación de los vegetales, pero exigiéndose en todo momento que no constituyan un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional.

Un aspecto importante a destacar en relación al *chapeau* del Artículo XX, está referido al objetivo perseguido de prevenir un eventual uso abusivo de las excepciones de carácter general listadas por dicho Artículo, razón por la cual dicho Artículo está formulado no tanto en función de la medida en cuestión o a su contenido específico, sino de la forma en que se aplica, cumpliendo en ese sentido la función de asegurar que el derecho de los Miembros a valerse de las excepciones se ejerza de buena fe y no como medio para eludir sus obligaciones¹⁰⁶.

Para determinar si una medida es “necesaria” para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales de conformidad con el apartado b) del artículo XX, el Órgano de Apelación ha utilizado un proceso en el que se sopesa y se confronta una serie de factores, incluidos la contribución de la medida al objetivo de política, la importancia de los intereses o valores en juego, y el grado de restricción del comercio que implica.

Si en este análisis se llega a una conclusión preliminar de que la medida es necesaria, hay que confirmar este resultado comparando la medida con las posibles alternativas a ella, que puedan tener efectos menos restrictivos del comercio, y que proporcionen una contribución equivalente al logro del objetivo perseguido¹⁰⁷.

Por último, a diferencia de los que se plasmó en el Acuerdo de la OMC¹⁰⁸, el GATT de 1994 no prevalece sobre los Acuerdos abarcados, tal y como se encuentra establecido mediante nota interpretativa general al Anexo 1A, en virtud de la cual se aclara que en caso de conflicto entre una disposición del GATT de 1994 y una disposición de cualquiera de los acuerdos abarcados en dicho anexo, prevalecerá, en el grado que haya conflicto, la disposición del acuerdo abarcado de que se trate.¹⁰⁹

105 “(...) A reserva de que no se apliquen las medidas enumeradas a continuación en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional, ninguna disposición del presente Acuerdo será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas: (...) b) necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales; (...)”

106 Informe del Órgano de Apelación, párrafo 215, Brasil – Neumáticos recauchutados.

107 OMC, Excepciones a las normas de la OMC: Excepciones generales, excepciones relativas a la seguridad, acuerdos comerciales regionales, balanza de pagos y exenciones; Módulo 8.

108 El Acuerdo de la OMC prevalece sobre cualquiera de los acuerdos abarcados.

109 Sobre este aspecto y a título de ejemplo de la aplicación de esta nota interpretativa, en el asunto CE-Amianto, el Grupo Especial indicó que los reglamentos técnicos que están al mismo tiempo regulados por el Acuerdo OTC y el GATT

3.1.3 El Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (Acuerdo MSF)

El Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT) al que hicimos referencia en la sección anterior, si bien estableció algunos criterios generales, no disciplinó específicamente la adopción y aplicación de las medidas necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales previstas en el literal b) del citado artículo XX.

En tal sentido, conjuntamente con una serie de arduos debates vinculados al sector agrícola, las restricciones no arancelarias impuestas a los productos agropecuarios, fueron foco de especial atención en el transcurso de las negociaciones llevadas a cabo durante la Ronda Uruguay del GATT.¹¹⁰

Resulta ilustrativo el importante énfasis que el lanzamiento de dicha ronda¹¹¹ puso en cuanto a la necesidad de regular las medidas sanitarias y fitosanitarias, sobre la base de criterios científicos, para reducir los efectos desfavorables en el comercio de productos agropecuarios.

Las disposiciones finalmente consagradas en el Acuerdo MSF ponen de relieve el esfuerzo negociador que hubo de emprenderse para lograr el equilibrio entre las necesidades de proteger la salud sin restringir innecesariamente el comercio.

Al igual que para el Artículo XX del GATT, referido a las excepciones generales permitidas a los Miembros, el preámbulo del Acuerdo MSF consagra el ambicioso objetivo de disponer de un marco jurídico capaz de generar dicho equilibrio a través de la interfaz entre los aspectos técnicos y comerciales involucrados, reconociéndose el derecho de los Miembros a adoptar y aplicar medidas sanitarias (destinadas a proteger la vida y la salud de las personas y de los animales) y fitosanitarias (destinadas a preservar los vegetales y evitar el ingreso de plagas).

De igual modo, el Acuerdo MSF establece una serie de principios y reglas para asegurar que dichas medidas se justifiquen científicamente, no constituyan un medio de discriminación arbitrario e injustificable entre los Miembros en que prevalezcan las mismas condiciones sanitarias o fitosanitarias, así como que no configuren una restricción encubierta del comercio internacional.

deben examinarse en primer lugar en el marco del Acuerdo OTC (CE-Amianto, informe del Grupo Especial, párrafo 8.16). Igual proceder corresponde con respecto al Acuerdo MSF en relación al GATT.

110 Si bien las primeras rondas de negociaciones que se efectuaron a partir del año 1947 se concentraron en la reducción de aranceles, en la Ronda de Kyoto (1970) se comenzaron a plantear los obstáculos derivados de la aplicación de barreras no arancelarias.

111 El lanzamiento de la octava ronda de negociaciones se efectuó con la Declaración de Punta del Este

3.1.3.1 Estructura y contenido del Acuerdo MSF

Para alcanzar los objetivos que reseñamos anteriormente, el Acuerdo MSF contiene un conjunto de disposiciones sustantivas, procedimentales e institucionales que se estructuran en catorce artículos y tres anexos cuyo contenido resumimos en el siguiente cuadro:

Disposición	Contenido	Descripción
Preámbulo	Objetivos	Garantizar que las medidas sanitarias y fitosanitarias necesarias para proteger la vida y la salud de las personas y de los animales o preservar los vegetales no se apliquen de manera que constituyan un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los Miembros en que prevalezcan las mismas condiciones o una restricción encubierta del comercio internacional.
Artículo 1	Disposiciones Generales - Ámbito	Aplica a todas las medidas sanitarias y fitosanitarias que pueden afectar, directa o indirectamente, al comercio internacional
Artículo 2	Derechos y Obligaciones básicas	Derecho de los gobiernos a proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o de preservar los vegetales y la obligación de adoptar medidas basadas en principios científicos
Artículo 3	Armonización	Basa la armonización de medidas sanitarias y fitosanitarias en normas, directrices o recomendaciones de organizaciones de referencia (CODEX, OIE, IPPC)
Artículo 4	Equivalencia	Determina el reconocimiento de la equivalencia entre medidas sanitarias y fitosanitarias
Artículo 5	Nivel Adecuado de Protección y Evaluación de Riesgos	Consagra el derecho a la determinación del nivel adecuado de protección sanitaria y fitosanitaria la obligación de evaluar riesgos.
Artículo 6	Regionalización	Determina la necesidad de adaptación a las condiciones regionales, con inclusión zonas libres de plagas o enfermedades y zonas de escasa prevalencias de plagas o enfermedades.
Artículo 7	Transparencia	Establece obligaciones en materia de transparencia.
Artículo 8	Procedimientos	Regula los procedimientos de control, inspección y aprobación
Artículo 9	Asistencia Técnica	Genera responsabilidades en materia de asistencia técnica
Artículo 10	Trato Especial y Diferenciado	Genera responsabilidades en materia de trato especial y diferenciado.
Artículo 11	Solución de Diferencias	Determina los mecanismos de consulta y solución de diferencias.
Artículo 12	Administración del Acuerdo	Crea el Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias
Artículo 13	Aplicación del Acuerdo	Determina las responsabilidades de los Miembros en la aplicación y cumplimiento de las disposiciones del Acuerdo.
Artículo 14	Disposiciones Finales	Disposiciones sobre vigencia y aplicación temporal.

Figura VII: Estructura y Contenido del Acuerdo MSF.

Anexos al acuerdo msf

ANEXO A	Definiciones
ANEXO B	Transparencia de las reglamentaciones sanitarias y fitosanitarias
ANEXO C	Procedimientos de Control, Inspección y Aprobación

Figura VIII: Anexos al Acuerdo MSF

Fuente: Acuerdo MSF

3.1.3.2 Ámbito de aplicación del Acuerdo MSF.

Como hemos expresado al tratar en el Capítulo I el concepto de medida sanitaria y fitosanitaria, el Acuerdo MSF es aplicable a todas las medidas sanitarias y fitosanitarias que puedan afectar, directa o indirectamente, al comercio internacional y obliga a que dichas medidas se elaboren y apliquen de conformidad con las disposiciones del Acuerdo¹¹². (Destacado nuestro). En el Anexo A del Acuerdo, se especifica el concepto de medida sanitaria y fitosanitaria en función del objetivo de la misma, aspecto que ya hemos considerado en la oportunidad antes indicada por lo que no profundizaremos sobre el particular en este punto, salvo para recordar que el Acuerdo no se aplica a las medidas de protección del medio ambiente (distintas de las definidas supra) o de los intereses de los consumidores ni a las adoptadas en defensa de los animales. Estas últimas medidas, quedan sin embargo, cubiertas por el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio y el GATT de 1994 en su artículo XX.

3.1.3.3 Derechos y Obligaciones consagrados en el Acuerdo MSF.

- Derecho a adoptar medidas sanitarias y fitosanitarias.

El Acuerdo reconoce el derecho de los países a establecer sus propias reglamentaciones, al tiempo que aclara, como ya se mencionó, la necesidad de que las mismas estén fundadas en principios científicos, de que se apliquen únicamente en la medida que sea necesaria para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, así como de que no discriminen de manera arbitraria o injustificable entre Miembros en que prevalezcan condiciones idénticas o similares.

Vale decir, el derecho de los países a adoptar dichas medidas se encuentra supeditado a la necesaria condición de que las mismas no sean incompatibles con las disposiciones del Acuerdo. (BRAÑES, R. y REY, O. 2001)

En ese sentido, a los efectos de asegurar la transparencia, el Acuerdo MSF prevé que para establecer medidas sanitarias y fitosanitarias, los países deben efectuar una evaluación apropiada de los riesgos reales existentes y, de serles solicitado, dar a conocer los factores que han tomado en consideración, los procedimientos de evaluación que han utilizado y el nivel de riesgo que estiman aceptable, así como notificarlas a los demás países cuyo comercio pudiese verse afectado.

¹¹² Artículo 1 Derechos y obligaciones básicos, numeral 1 del Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias

- Armonización Internacional.

En el Anexo A del Acuerdo se define el término “Armonización” como: “*Establecimiento, reconocimiento y aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias comunes por diferentes Miembros*”. El Acuerdo alienta a los Miembros a que utilicen las normas, directrices y recomendaciones internacionales, cuando ellas existan, si bien pueden aplicar medidas más rigurosas que las internacionales si hay justificación científica para ello.

Si un país basa su legislación en las normas, directrices y recomendaciones elaborada por las Organizaciones Internacionales de referencia, se presumirá que la misma es compatible con las disciplinas de la OMC. No obstante, pueden establecer asimismo, normas más rigurosas sobre la base de una evaluación adecuada del riesgo, siempre y cuando la técnica sea coherente y no arbitraria.

El Acuerdo MSF reconoce entonces, la autoridad de tres organismos internacionales de referencia, altamente especializados, con facultad de proveer normas sanitarias y fitosanitarias internacionales, elaboradas bajo un marco muy riguroso, facilitando a los gobiernos el establecimiento de medidas nacionales que estén en consonancia con las normas, directrices y recomendaciones internacionales: la Comisión del Codex Alimentarius (CCA), la Organización Mundial de Sanidad Animal (OIE) y la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria (CIPF), conocidos como “Las “Tres Hermanas”¹¹³.

Cada una de estas organizaciones internacionales de naturaleza gubernamental, se ocupan en sus respectivos ámbitos de actuación y mediante rigurosos procedimientos de análisis y consulta previos, no sólo de priorizar las normas a desarrollar, sino de elaborarlas y aprobarlas en ámbitos donde los respectivos miembros tienen su voz y su voto además de contar con posibilidades de incidir en el proceso.

En términos muy generales y sin detenernos en la importante labor normativa que desarrollan estas organizaciones, ni en la labor de coordinación que efectúan con la OMC y particularmente con el Comité MSF, indicamos a continuación el ámbito de actuación de estas dichas organizaciones internacionales:

1. El Codex Alimentarius¹¹⁴ se ocupa principalmente de los aspectos de inocuidad y calidad de los alimentos. Su función principal es elaborar las normas internacionales para la seguridad alimentaria, la protección de la salud del consumidor, garantizar prácticas leales en el comercio de alimentos y coordinar todos los trabajos sobre normas alimentarias, emprendidos por las organizaciones internacionales gubernamentales y no gubernamentales¹¹⁵.
2. La Convención Internacional de Protección Fitosanitaria¹¹⁶, a través de su Comisión, se ocupa de las Normas Internacionales sobre Medidas Fitosanitarias y cuenta con un nutrido programa anual de trabajo para su elaboración.

113 BID – 2008. Carta Mensual N° 142. Seminario sobre medidas sanitarias y fitosanitarias para países de América Latina. En: <http://www.iadb.org/intal/cartamensual/cartas/Articulo.aspx?Id=42eda819-b32e-4770-b3b8-85e4a9d4d674>

114 Órgano subsidiario de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, FAO y la Organización Mundial de la Salud, OMS.

115 Información disponible en: <http://www.codexalimentarius.org/codex-home/es/>

116 Órgano subsidiario de la FAO

3. La Organización Internacional de Epizootias (OIE), es competente en materia de sanidad animal y también ha desarrollado una importante labor normativa que entre otras, se refleja claramente en el Código Sanitario para la reglamentación del comercio de animales y productos de origen animal.

Los trabajos de cada una de esas tres organizaciones, dentro de sus respectivas competencias especializadas, van configurando también las reglas para el comercio internacional de productos agroalimentarios. Sin embargo, cuestiones no abarcadas en el ámbito de aplicación de las mismas, podrán quedar sujetas a las normas, recomendaciones y directrices apropiadas, promulgadas por otras organizaciones internacionales competentes, que sean identificadas por el Comité MSF y en las que participen todos los Miembros de la OMC.

Este proceso de armonización internacional que se desarrolla por parte de las organizaciones indicadas, está sujeto a la vigilancia del Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la OMC a través de los procedimientos que a dichos efectos han aprobado sus Miembros.¹¹⁷

- Equivalencia y su alcance.

El Artículo 4° del Acuerdo establece el compromiso de los Miembros de aceptar medidas equivalentes a las suyas propias partiendo de la base de que distintas medidas pueden lograr el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria exigido por el país Miembro importador. En ese sentido, dicho artículo señala:

“1. Los Miembros aceptarán como equivalentes las medidas sanitarias o fitosanitarias de otros Miembros, aun cuando difieran de las suyas propias o de las utilizadas por otros Miembros que comercien con el mismo producto, si el Miembro exportador demuestra objetivamente al Miembro importador que sus medidas logran el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria del Miembro importador. A tales efectos, se facilitará al Miembro importador que lo solicite un acceso razonable para inspecciones, pruebas y demás procedimientos pertinentes.

2. Los Miembros entablarán, cuando reciban una solicitud a tales efectos, consultas encaminadas a la conclusión de acuerdos bilaterales y multilaterales de reconocimiento de la equivalencia de medidas sanitarias o fitosanitarias concretas”.

Este concepto se reafirma en la Decisión sobre la Aplicación del Artículo 4° del Acuerdo Sobre Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias¹¹⁸, aprobada por el Comité MSF que establece en la parte expositiva lo siguiente: *“(...) la equivalencia de las medidas sanitarias o fitosanitarias no requiere la duplicación ni la identidad de las medidas sino la aceptación de medidas alternativas que permitan alcanzar el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria del Miembro importador”*

¹¹⁷ Los procedimientos se desarrollan en los documentos G/SPS/11/Rev. 1 y G/SPS/40

¹¹⁸ Documento G/SPS/19 Rev. 2.

La equivalencia puede aceptarse para una medida específica, o para medidas relativas a un producto determinado o una categoría determinada de productos, o al nivel de los sistemas.

Con miras a facilitar la aplicación del artículo 4, un Miembro importador, a solicitud de un Miembro exportador, deberá explicar el objetivo y la razón de ser de la medida, e identificar claramente los riesgos a que está destinada a hacer frente. El Miembro importador deberá indicar, igualmente, el nivel adecuado de protección que su medida sanitaria o fitosanitaria pretende lograr.¹¹⁹

Un Miembro importador deberá responder oportunamente a cualquier petición de un Miembro exportador de que se examine la equivalencia de sus medidas, para lo cual se ha establecido un plazo prudencial de seis meses. El Comité MSF, continuó considerando la aplicación práctica de este principio y en junio del 2012, aprobó el procedimiento recomendado para la notificación de la determinación del reconocimiento de la equivalencia de las medidas sanitarias y fitosanitarias.¹²⁰

De conformidad con esos procedimientos recomendados, cuando un país ha llevado a cabo una determinación por la que se reconoce como equivalente una medida sanitaria y fitosanitaria de otro país, debería proceder a una notificación de las medidas que se han reconocido y de los productos a los que afecta.

A los efectos de la notificación, la equivalencia se define como “el estado por el cual las medidas sanitarias aplicadas por un país exportador, aunque fueran diferentes de las medidas aplicadas en un país importador, alcanzan, según haya demostrado el país exportador y reconocido el país importador, el nivel apropiado de protección sanitaria del país importador”.

- Evaluación de los riesgos.

El artículo 5 del Acuerdo establece que los Miembros “se asegurarán de que sus medidas sanitarias o fitosanitarias se basen en una evaluación, adecuada a las circunstancias, de los riesgos existentes para la vida y la salud de las personas y de los animales o para la preservación de los vegetales, teniendo en cuenta las técnicas de evaluación del riesgo elaboradas por las organizaciones internacionales competentes”.

En el Anexo A párrafo 4 se define la evaluación del riesgo como: “la evaluación de la probabilidad de entrada, radicación o propagación de plagas o enfermedades en el territorio de un Miembro importador según las MSF que pudieran aplicarse, así como, de las posibles consecuencias biológicas y económicas conexas; o evaluación de los posibles efectos perjudiciales para la salud de las personas y de los animales de la presencia de aditivos, contaminantes, toxinas u organismos patógenos en los productos alimenticios, las bebidas y los piensos”

119 Para ello, los Miembros deberán tener en cuenta las Directrices para fomentar la aplicación práctica del párrafo 5 del artículo 5, adoptadas por el Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias en su reunión celebrada los días 21 y 22 de junio de 2000 (documento G/SPS/15, de fecha 18 de julio de 2000).

120 G/SPS/7/Rev.2/Add.1

El análisis del riesgo es un proceso que permite identificar y evaluar el riesgo y determinar el nivel apropiado de protección sanitaria y fitosanitaria, y que incorpora tres componentes: 1) Evaluación del riesgo; 2) Gestión del Riesgo y; 3) Comunicación del riesgo.

LARACH (Diciembre, 2003) expresa estos aspectos de la siguiente forma:

“El análisis de las actividades de evaluación, gestión y difusión de la información del riesgo deben basarse en los principios científicos y en la evidencia, revisando e incorporando todos los antecedentes relevantes existentes a la fecha, que asegure calidad y seguridad en la oferta alimentaria. Es una evaluación científica de los efectos adversos producidos por los alimentos.

En el transcurso del proceso de evaluación del riesgo, se identifican los efectos actuales y potenciales adversos asociados al alimento, se evalúan esos efectos y se identifica y caracteriza el peligro sanitario y fitosanitario. Las medidas elegidas, no más restrictivas que las requeridas para lograr un nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria, tienen en cuenta su viabilidad técnica y económica.

La evaluación del riesgo también incluye las opciones de gestión del riesgo. Este es un elemento importante en el análisis del riesgo y se define como un proceso que pondera las alternativas de política resultantes de la evaluación del riesgo. Se identifican las opciones y se selecciona la más apropiada para proteger la salud humana. La incertidumbre y la habilidad de la gestión del riesgo para recomendar la o las opciones apropiadas dependerán en gran medida de los recursos disponibles y de la oportunidad en que se lleve a cabo”. (Pág. 23-24)

- Nivel Adecuado de Protección.

El Acuerdo MSF impone tácitamente la obligación de determinar el nivel adecuado de protección, que se encuentra específicamente definido en el Anexo A literal 5 como el “Nivel de protección que estime adecuado el Miembro que establezca la medida sanitaria o fitosanitaria para proteger la vida o la salud de las personas y de los animales o para preservar los vegetales en su territorio”. En la Nota que figura al final de dicho párrafo, se aclara que muchos Miembros se refieren a este concepto utilizando la expresión “nivel de riesgo aceptable”.

El párrafo 5 del artículo 5 del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias ("Acuerdo MSF") estipula que:

“Con objeto de lograr coherencia en la aplicación del concepto de nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria contra los riesgos tanto para la vida y la salud de las personas como para las de los animales o la preservación de los vegetales, cada Miembro evitará distinciones arbitrarias o injustificables en los niveles que considere adecuados en diferentes situaciones, si tales distinciones tienen por resultado una discriminación o una restricción encubierta del comercio internacional. Los Miembros colaborarán en el Comité, de conformidad con los párrafos 1, 2 y 3 del artículo 12, para elaborar directrices que fomenten la aplicación práctica de la presente disposición. Al elaborar esas directrices el Comité tendrá en cuenta todos los factores pertinentes, con inclusión del carácter excepcional de los riesgos para la salud humana a los que las personas se exponen por su propia voluntad”.

De lo anterior se desprende que si bien los Miembros pueden decidir el nivel de riesgo que están dispuestos a asumir y son los que determinan que es lo “adecuado” o no en función de distintos factores o variables que pueden surgir (referidos a aspectos tales la prevalencia de enfermedades en una determinada zona, la geografía, la demografía, los valores culturales entre otros), el Acuerdo establece ciertos parámetros los que deberán ajustarse.

Estos parámetros están representados por la obligación que asumen los Miembros en el Acuerdo de reducir al mínimo los efectos negativos sobre el comercio, de aplicar medidas sanitarias y fitosanitarias que no entrañen un grado de restricción mayor al requerido (cuando exista una medida razonablemente disponible para lograrlo), así como evitar distinciones arbitrarias e injustificables en los niveles a considerar en distintas situaciones, conforme a lo previsto en el párrafo 5 del artículo 5 antes indicado. Vale decir, se exige a los Miembros coherencia en la aplicación del concepto de nivel adecuado de protección.

Para aclarar las consecuencias prácticas de las prescripciones del párrafo 5 del artículo 5, los Miembros de la OMC adoptaron el 18 de julio de 2000 las “Directrices para fomentar la aplicación práctica del párrafo 5 del artículo 5”¹²¹, que constituyó:

*“(...) la culminación de los constantes esfuerzos del Comité para promover la aplicación coherente del concepto de nivel adecuado de protección sanitaria y fitosanitaria. Las directrices tienen por objeto ayudar a los funcionarios nacionales encargados de la reglamentación a evitar distinciones arbitrarias o injustificables en el nivel de riesgo para la salud que consideren adecuado en diferentes situaciones, si tales distinciones tienen por resultado una discriminación o una restricción encubierta del comercio (...)”*¹²²

121 Documento G/SPS/15.

122 Documento G/SPS/GEN/510 de 20 de diciembre de 2004. Examen de Funcionamiento y Aplicación del Acuerdo MSF.

Interesa destacar las referidas directrices están destinadas a proporcionar asistencia a los Miembros en la aplicación práctica de las disposiciones del párrafo 5 del artículo 5 del Acuerdo MSF, sin que ello implique un aumento o disminución de los derechos y obligaciones de los Miembros en virtud del Acuerdo MSF o de cualquier otro Acuerdo de la OMC, o que se interprete o modifique dicho acuerdo.

- Regionalización

El artículo 6 numeral 1 del Acuerdo establece que:

“Los Miembros se asegurarán de que sus medidas sanitarias o fitosanitarias se adapten a las características sanitarias o fitosanitarias de las zonas de origen y de destino del producto, ya se trate de un país, de parte de un país o de la totalidad o partes de varios países. Al evaluar las características sanitarias o fitosanitarias de una región, los Miembros tendrán en cuenta, entre otras cosas, el nivel de prevalencia de enfermedades o plagas concretas, la existencia de programas de erradicación o de control y los criterios o directrices adecuados que puedan elaborar las organizaciones internacionales competentes”.

La base fundamental de esta disposición, que consagra el principio de Regionalización, radica en el reconocimiento de que las medidas sanitarias y fitosanitarias deben establecerse considerando las condiciones particulares de las zonas de origen y de destino de los productos.

Ello deriva de la aplicación de un criterio técnico combinado con la premisa fundamental de que las medidas no se conviertan en obstáculos innecesarios. En efecto, son los diferentes estatus sanitarios y fitosanitarios caracterizados por la ausencia, existencia o prevalencia de determinadas plagas o enfermedades determinantes a la hora de justificar la adopción de determinada medida de restricción.

- Transparencia

El artículo 7º del Acuerdo establece que *“Los Miembros notificarán las modificaciones de sus medidas sanitarias o fitosanitarias de conformidad con las disposiciones del Anexo B”.*

El Anexo B contiene dos prescripciones referidas a la publicación de las reglamentaciones dirigidas a dar previsibilidad a los Miembros y por ende a los interlocutores comerciales de las medidas sanitarias y fitosanitarias. En efecto, se genera por un lado la obligación de dar publicidad a las mismas a través de su publicación una vez adoptadas y la obligación de prever un plazo prudencial entre dicha publicación y la entrada en vigencia para que los productores de los miembros exportadores y en especial de los países en desarrollo Miembros, puedan adaptar sus productos y métodos de producción a las prescripciones del Miembro importador. La previsibilidad que se pretende lograr, se complementa con la oportunidad que se otorga a los Miembros que lo soliciten, de que se les explique y justifique los motivos que llevaron a la adopción de determinadas medida sanitaria y fitosanitaria.

Adicionalmente, se consagra la obligatoriedad de notificar por conducto de la Secretaría de la OMC, la adopción o propuesta de modificación de medidas sanitarias y fitosanitarias cuando no exista una norma, directriz o recomendación internacional o cuando el contenido de una reglamentación sanitaria o fitosanitaria en proyecto, no sea en sustancia el mismo que el de una norma, directriz o recomendación internacional y siempre que esa reglamentación pueda tener un efecto significativo en el comercio de otros Miembros. La única excepción que se establece en este aspecto, es la existencia de problemas urgentes de protección sanitaria en cuyo caso el Miembro puede omitir los trámites de dicho procedimiento de notificación si cumple con las condiciones que se indican en los literales a), b) y c) del numeral 6 del Anexo B¹²³.

- Procedimientos de control, inspección y aprobación

Los procedimientos de control, inspección y aprobación también han sido objeto de disciplinamiento en el Acuerdo, y es lógico que así sea en tanto los mismos son un componente esencial de las actividades que ejecutan las autoridades competentes en materia sanitaria y fitosanitaria para corroborar el cumplimiento de las medidas dispuestas.

Estable en ese sentido el artículo 8 que: *“Los Miembros observarán las disposiciones del Anexo C al aplicar procedimientos de control, inspección y aprobación con inclusión de los sistemas nacionales de aprobación del uso de aditivos o de establecimiento de tolerancias de contaminantes en los productos alimenticios, en las bebidas o en los piensos, y se asegurarán en lo demás que los procedimientos no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo”*.

Si bien el Acuerdo no nos aporta una definición de la expresión “Procedimientos de control, inspección y aprobación”, ha sido lo suficientemente amplio en la formulación que efectúa en el artículo indicado con lo cual resultada ajustado concluir que abarca toda actividad que desarrollen los Miembros a los efectos de corroborar el cumplimiento de las normas oficiales que contemplan las medidas sanitarias o fitosanitarias dispuestas.

Una análisis del tratamiento que efectúan las organizaciones internacionales de referencia con respecto a estos procedimientos, nos permite indicar que sin perjuicio de las diferencias que pueden haber por las características propias de cada temática (sanitaria o fitosanitaria), las normas de esas organizaciones contemplan siempre dentro de esos procedimientos, los de prueba o análisis, las inspecciones físicas propiamente dichas, sea en origen o en destino, a productos o procesos y toda actividad destinada a certificar el cumplimiento de las exigencias establecidas.

Estos procedimientos están a cargo de los organismos nacionales competentes en materia sanitaria y fitosanitaria, que son quienes han asumido la responsabilidad de garantizar hacia el ámbito interno que los productos importados no sean portadores de plagas o enfermedades que puedan afectar la salud humana, animal o vegetal. De igual modo, en virtud del Acuerdo MSF, son los Miembros a través de los organismos competentes quienes tienen la responsabilidad internacional de que los procedimientos que aplican y la certificación que emiten en los procesos de exportación pertinentes, cumplan con los requerimientos de los países de destino.

El Anexo C del Acuerdo aborda algunos aspectos de dichos procedimientos que configuran verdaderas reglas limitativas que deben ser consideradas a la hora de verificar como de certificar el cumplimiento de las exigencias.

Interesa destacar la obligación básica de no discriminación que inspira todo el acuerdo y que se reitera en el párrafo 1 a) del Anexo C con meridiana claridad al establecerse que: *“Con respecto a todos los procedimientos para verificar y asegurar el cumplimiento de las medidas sanitarias y fitosanitarias, los Miembros se asegurarán: a) de que esos procedimientos se inicien y ultimen sin demoras indebidas y de manera que no sean menos favorables para los productos importados que para los productos nacionales similares”*

- Asistencia Técnica

El artículo 9º del Acuerdo establece obligaciones específicas para los Miembros en materia de Asistencia Técnica y ello deriva del reconocimiento en cuanto a que algunos Miembros, especialmente los exportadores de países en desarrollo, pueden tener dificultades para adecuar sus sistemas de producción y de control a las exigencias en materia sanitaria y fitosanitaria.

La asistencia técnica es concebida en forma amplia por el acuerdo y puede adoptar la forma de asesoramiento, formación, equipamientos, etc. Una lectura del documento G/SPS/GEN/206, elaborado por la Secretaría a solicitud del Comité MSF, brinda a los Miembros orientaciones en cuanto a las clases de asistencia técnica que podrían ser solicitadas en el marco de las disposiciones del Acuerdo MSF. Se señalan en el documento indicado, las siguientes categorías: Información, Capacitación, Creación de infraestructura de servicios y Creación de infraestructura física.

Vale la pena destacar entonces, que el Acuerdo MSF a la vez de disciplinar el establecimiento de medidas sanitarias y fitosanitarias, impone la obligación de llevar adelante una serie de acciones por lo que, tanto el establecimiento del nivel adecuado de protección como la propia medida, pueden estar acompañados de requerimientos de Asistencia Técnica en determinadas situaciones.

- Trato especial y diferenciado.

El Acuerdo MSF incorpora medidas de trato especial y diferenciado para los países en desarrollo y países menos adelantados y estipula que las necesidades especiales de estos países, deberán ser tomadas en cuenta cuando los países elaboren y apliquen las MSF. Se otorgan sobre esas bases, plazos más largos para el cumplimiento de la aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias nuevas o se conceden excepciones específicas de carácter temporal.

El Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, adoptó un Procedimiento para Aumentar la Transparencia del Trato Especial y Diferenciado en Favor de los Países en Desarrollo Miembros.¹²⁴

124 Documento G/SPS/33/Rev.1.

3.1.3.4 Administración del Acuerdo MSF.

En virtud del Acuerdo MSF, se estableció un Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias con el objetivo de proporcionar un foro para las consultas relativas a esta materia y que afectan el comercio, y para garantizar la aplicación del Acuerdo.

Son funciones del Comité:

- servir regularmente de foro para celebrar consultas sobre todas las cuestiones relacionadas con la aplicación del Acuerdo MSF y para la consecución de sus objetivos, especialmente en materia de armonización (párrafo 1 del artículo 12);
- vigilar el proceso de armonización internacional y la utilización de normas, directrices o recomendaciones internacionales y coordinar los esfuerzos en ese sentido con las organizaciones internacionales competentes (párrafo 5 del artículo 3 y párrafo 4 del artículo 12);
- fomentar y facilitar la celebración entre los Miembros de consultas o negociaciones ad hoc sobre cuestiones sanitarias o fitosanitarias concretas (párrafo 2 del artículo 12);
- promover el aumento de la coordinación y la integración entre los sistemas y métodos nacionales e internacionales para la aprobación del uso de aditivos alimentarios o el establecimiento de tolerancias de contaminantes en los productos alimenticios, las bebidas o los piensos (párrafo 2 del artículo 12);
- elaborar directrices que fomenten la aplicación práctica del párrafo 5 del artículo 5, en el que se dispone que los Miembros están obligados a evitar distinciones arbitrarias o injustificables en los niveles que consideren adecuados en diferentes situaciones (de riesgo), si tales distinciones tienen por resultado una discriminación o una restricción encubierta del comercio internacional (párrafo 5 del artículo 5);
- conceder a los países en desarrollo Miembros excepciones específicas y de duración limitada, totales o parciales, al cumplimiento de las obligaciones que establece el del Acuerdo MSF, previa solicitud, teniendo en cuenta sus necesidades en materia de finanzas, comercio y desarrollo (párrafo 3 del artículo 10);
- lograr el mejor asesoramiento científico y técnico que pueda obtenerse a efectos de la administración del Acuerdo a fin de evitar toda duplicación innecesaria de la labor manteniendo un estrecho contacto con las organizaciones internacionales competentes, en particular la Comisión del Codex Alimentarius, la Organización Mundial de Sanidad Animal y la Secretaría de la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria. El Comité puede decidir utilizar la información generada por los procedimientos, especialmente en materia de notificación, vigentes en las organizaciones internacionales competentes (párrafo 3 del artículo 12 y párrafo 5 del artículo 12);
- invitar, a iniciativa de uno de los Miembros de la OMC, a las organizaciones internacionales competentes (o sus órganos auxiliares) a examinar cuestiones concretas que se hayan puesto a su consideración y que se refieran a una determinada norma, directriz o recomendación sanitaria o fitosanitaria (párrafo 6 del artículo 12);

- examinar el funcionamiento y la aplicación del Acuerdo MSF y presentar al Consejo del Comercio de Mercancías propuestas para modificar el texto del Acuerdo (párrafo 7 del artículo 12).

Normalmente el Comité MSF celebra tres reuniones ordinarias al año en la sede de la OMC en Ginebra y adopta sus decisiones por consenso. Las reuniones ordinarias del Comité MSF suelen durar dos días y pueden ir precedidas de una o varias reuniones informales para debatir temas específicos.

Las preocupaciones comerciales específicas derivadas de la aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias es uno de los aspectos de particular relevancia en las agencias del Comité para los países Miembros.

3.1.3.5 Implementación del Acuerdo: el Artículo 13 del Acuerdo MSF.

El Artículo 13 del Acuerdo MSF establece:

“En virtud del presente Acuerdo, los Miembros son plenamente responsables de la observancia de todas las obligaciones en él estipuladas.

Los Miembros elaborarán y aplicarán medidas y mecanismos positivos que favorezcan la observancia de las disposiciones del presente Acuerdo por las instituciones que no sean del gobierno central.

Los Miembros tomarán las medidas razonables que estén a su alcance para asegurarse de que las entidades no gubernamentales existentes en su territorio, así como las instituciones regionales de que sean miembros las entidades competentes existentes en su territorio, cumplan las disposiciones pertinentes del presente Acuerdo.

Además, los Miembros no adoptarán medidas que tengan por efecto obligar o alentar directa o indirectamente a esas instituciones regionales o entidades no gubernamentales, o a las instituciones públicas locales, a actuar de manera incompatible con las disposiciones del presente Acuerdo.

Los Miembros se asegurarán de que sólo se recurra para la aplicación de las medidas sanitarias o fitosanitarias a los servicios de entidades no gubernamentales si éstas se atienen a las disposiciones del presente Acuerdo.”

Este artículo ha sido uno de los más controvertidos a propósito de las preocupaciones que se han planteado con las “normas privadas. Christiane Wolff (Conferencia OIE 2008,

pág. 103)125, con su acostumbrada elocuencia, sintetiza la cuestión en los siguientes términos:

“(...) ¿Se aplica el Acuerdo MSF a las normas privadas? Los miembros de la OMC tienen opiniones divergentes al respecto, a causa, entre otros motivos, de las distintas interpretaciones que se hacen del Artículo 13 del acuerdo. Varios miembros de la OMC consideran que dicho artículo obliga a los miembros a asegurarse de que los organismos que elaboran normas privadas en sus territorios cumplen el acuerdo, mientras que otros discuerdan.

Las tres últimas frases del Artículo 13 mencionan a las “entidades no gubernamentales” sin definir las y en tal sentido las opiniones se dividen también entre quienes opinan que comprende las entidades que elaboran normas privadas mientras otros opinan que solo incluye a las normas de aquellas entidades a las cuales los gobiernos hayan encargado alguna actividad vinculada al Acuerdo MSF¹²⁶ (...)”.

El análisis de esta espinosa cuestión se hará más adelante, en tanto constituye precisamente el meollo del debate internacional que forma parte esencial de nuestro razonamiento en torno al objeto de estudio.

3.1.3.6 Consulta y Solución de Diferencias en el Acuerdo MSF

El Acuerdo MSF contiene una disposición específica en materia de consultas y solución de diferencias que se plasma en el artículo 11 y que establece:

- “1. Las disposiciones de los artículos XXII y XXIII del GATT de 1994, desarrolladas y aplicadas en virtud del Entendimiento sobre Solución de Diferencias, serán aplicables a la celebración de consultas y a la solución de diferencias en el marco del presente Acuerdo, salvo que en éste se disponga expresamente lo contrario.*
- 2. En una diferencia examinada en el marco del presente Acuerdo en la que se planteen cuestiones de carácter científico o técnico, el grupo especial correspondiente deberá pedir asesoramiento a expertos por él elegidos en consulta con las partes en la diferencia. A tal fin, el grupo especial podrá, cuando lo estime apropiado, establecer un grupo asesor de expertos técnicos o consultar a las organizaciones internacionales competentes, a petición de cualquiera de las partes en la diferencia o por propia iniciativa.*

125 Christiane Wolff: Consejera, Dirección de Agricultura y Productos Básicos de la Organización Mundial del Comercio en “LAS NORMAS PRIVADAS Y EL COMITÉ DE MEDIDAS SANITARIAS Y FITOSANITARIAS DE LA OMC” - Conf. OIE 2008, pág. 103.

126 El documento G/SPS/GEN/802, presentado por el Reino Unido, contiene un análisis detallado del Artículo 13 y de otros artículos de los Acuerdos MSF y OTC. Asimismo, este documento presenta un análisis jurídico no oficial realizado por O'Connor and Company, bufete de abogados de Bruselas.

3. *Ninguna disposición del presente Acuerdo menoscabará los derechos que asistan a los Miembros en virtud de otros acuerdos internacionales, con inclusión del derecho de recurrir a los buenos oficios o a los mecanismos de solución de diferencias de otras organizaciones internacionales o establecidas en virtud de un acuerdo internacional*". (Destacado nuestro)

Como se deriva de la norma indicada, en materia de Consultas y Solución de Diferencia relacionadas a medidas sanitarias y fitosanitarias, **se efectúa una remisión a las disposiciones de los artículo XXII y XIII del GATT de 1994 con lo cual, las eventuales diferencias que puedan surgir en virtud del Acuerdo MSF, están sujetas a jurisdicción del Órgano de Solución de diferencias de la OMC.**

Consistente con dicha disposición, el artículo 1º numeral 1 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC, al determinar su ámbito de aplicación, establece que las normas y procedimientos de dicho entendimiento, serán aplicables a las diferencias planteadas de conformidad con las disposiciones en materia de consultas y solución de diferencias de los acuerdos abarcados, entre los que se encuentra como vimos, el Acuerdo MSF.

En tal sentido, un eventual accionamiento motivado en la aplicación del Acuerdo MSF, quedará regulado por lo previsto en el numeral 2 del artículo 11 ut supra citado que mandata al grupo especial a recurrir al asesoramiento de expertos cuando se planteen **cuestiones de carácter científico o técnico**, en un reconocimiento expreso al particular rol de la ciencia en las cuestiones vinculadas a la materia sanitaria y fitosanitaria.

Adicionalmente, el derecho que se reconoce a los Miembros a recurrir a los buenos oficios o a los mecanismos de solución de diferencias de otras organizaciones internacionales, son coherentes con la estrategia de remisión y reconocimiento que adoptó el acuerdo MSF respecto a las que considera organizaciones de referencias (CODEX, OIE, CIPF). Nada impide por ende que un Miembro decida someterse a los mecanismos que dichas organizaciones prevén para dirimir controversias derivadas de la aplicación de las disposiciones de los acuerdos normativos que les dieron origen.

Otro aspecto de importancia para precisar, es que en caso de discrepancias¹²⁷ sobre las normas y procedimientos aplicables, priman los especiales que el Acuerdo MSF consagra sobre las previstas en el ESD; y que, cuando se planteen diferencias en torno a más de un acuerdo abarcado sin que las partes se pongan de acuerdo en las normas y procedimientos aplicables, corresponde al Presidente del OSD determinarlas bajo la premisa de evitar los conflictos que puedan originarse¹²⁸.

127 El artículo 1 del ESD, en su párrafo 2 establece que: "(...) Las normas y procedimientos del presente Entendimiento se aplicarán sin perjuicio de las normas y procedimientos especiales o adicionales que en materia de solución de diferencias contienen los acuerdos abarcados y se identifican en el Apéndice 2 del presente Entendimiento en la medida en que exista una discrepancia entre las normas y procedimientos del presente Entendimiento y las normas y procedimientos especiales o adicionales enunciados en el Apéndice 2 (...)".

128 El artículo 1 párrafo 2 in fine del ESD establece que "El Presidente se guiará por el principio de que cuando sea posible se seguirán las normas y procedimientos especiales o adicionales, y de que se seguirán las normas y procedimientos establecidos en el presente Entendimiento en la medida necesaria para evitar que se produzca un conflicto de normas".

De lo anteriormente expresado, se desprende claramente el vínculo o relación existente entre ambos Acuerdos a la hora de generarse consultas o diferencias sobre la materia sanitaria o fitosanitaria.

3.1.4 El Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos del Comercio

El Acuerdo OTC consagra principios fundamentales como el de no discriminación, previsibilidad, asistencia técnica, trato especial y diferenciado, que son comunes a otros Acuerdos de la OMC. Contiene también disposiciones específicas relacionadas con el desarrollo, adopción y aplicación de medidas que afectan el comercio de productos, destacando la importancia de utilizar normas internacionales y evitar que las mismas se transformen en obstáculos injustificados al comercio.

El artículo 1° “Disposiciones Generales” establece en el numeral 1.3 que “*Todos los productos, comprendidos los industriales y los agropecuarios, quedarán sometidos a las disposiciones del presente Acuerdo*” y, en tal sentido, su ámbito de aplicación es más amplio que el Acuerdo MSF. Como hemos visto además, el numeral 1.5 aclara expresamente que “*Las disposiciones del presente Acuerdo no son aplicables a las medidas sanitarias y fitosanitarias definidas en el Anexo A del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias*”, con lo cual los ámbitos de aplicación de ambos acuerdos se excluyen entre sí. Sin embargo, es necesario tener en cuenta que muchas veces la normativa que aplican los Miembros de la OMC se efectúa a los efectos de lograr más de un objetivo o propósito con lo cual, puede resultar alcanzada por ambos Acuerdos.

En cuanto a las normas consideradas por el Acuerdo OTC, hemos ya dicho que diferencia reglamentos, de normas y de procedimientos de evaluación de conformidad, indicando expresamente que los reglamentos técnicos establecen prescripciones obligatorias. Esto significa en los hechos, que aprobado un reglamento técnico, a diferencia de una norma, el mismo condiciona el acceso a un determinado mercado al cumplimiento de los requisitos establecidos.

Al respecto, la OMC¹²⁹ sostiene que:

“La diferencia entre una norma y un reglamento técnico reside en la observancia. Mientras que la conformidad con las normas es voluntaria, los reglamentos técnicos son de carácter obligatorio; además, tienen diferentes consecuencias para el comercio internacional. Si un producto importado no cumple las prescripciones establecidas en un reglamento técnico, no se autorizará que se ponga a la venta. En el caso de las normas, los productos importados que no estén en conformidad con ellas podrán ponerse en el mercado, pero se verán penalizados si los consumidores prefieren productos que se ajusten a las normas del país, por ejemplo en cuanto a calidad o color en el caso de los textiles y las prendas de vestir”.

129 Sitio Web de la OMC, Información Técnica sobre el Acuerdo de Obstáculos Técnicos al Comercio, disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/tbt_s/tbt_info_s.htm

Por otra parte, el Acuerdo pone especial énfasis en el sentido de que un reglamento técnico no se constituya en un obstáculo innecesario al comercio, considerando por tal, todo reglamento que sea más restrictivo de lo necesario para lograr el objetivo de política perseguido o; cuando directamente no se persigue ningún objetivo legítimo.

En tal sentido, es posible considerar que un reglamento restringe más de lo necesario cuando el objetivo perseguido puede lograrse mediante medidas menos restrictivas que la adoptada. Ello requiere por ende, tomar en consideración elementos científicos y técnicos y considerar el uso que se dará a los productos involucrados por la medida que se trate.

Corresponde tener presente además, que los objetivos de política, se consideran legítimos, si corresponden a imperativos de seguridad nacional; prevención de prácticas que puedan inducir a error; protección de la salud o la seguridad humanas, de la vida o la salud animal o vegetal, o del medio ambiente; tal como se enuncia en el artículo 2 párrafo 2 del Acuerdo OTC.

Interesa destacar adicionalmente, que a diferencia del Acuerdo MSF, el Acuerdo OTC contempla la existencia de entidades de normalización privadas para la elaboración, adopción y aplicación de normas, lo que se encuentra expresamente previsto en el artículo 4.1 que establece que:

“Los Miembros se asegurarán de que las instituciones de su gobierno central con actividades de normalización acepten y cumplan el Código de Buena Conducta para la Elaboración, Adopción y Aplicación de Normas (denominado en el presente Acuerdo “Código de Buena Conducta”) que figura en el Anexo 3 del presente Acuerdo. También tomarán las medidas razonables que estén a su alcance para lograr que las instituciones públicas locales y las instituciones no gubernamentales con actividades de normalización existentes en su territorio, así como las instituciones regionales con actividades de normalización de las que sean miembros ellos mismos o una o varias instituciones de su territorio, acepten y cumplan el Código de Buena Conducta. Además, los Miembros no adoptarán medidas que tengan por efecto obligar o alentar directa o indirectamente a dichas instituciones con actividades de normalización a actuar de manera incompatible con el Código de Buena Conducta. Las obligaciones de los Miembros con respecto al cumplimiento de las disposiciones del Código de Buena Conducta por las instituciones con actividades de normalización se aplicarán con independencia de que una institución con actividades de normalización haya aceptado o no el Código de Buena Conducta. 4.2 Los Miembros reconocerán que las instituciones con actividades de normalización que hayan aceptado y cumplan el Código de Buena Conducta cumplen los principios del presente Acuerdo”

Consecuentemente con lo anterior, determina el concepto de instituciones y sistemas locales, nacionales, regionales e internacionales, gubernamentales o no gubernamentales en el Anexo I, numerales 4 a 8 tal cual se ilustra en la Figura VII.

Institución o sistema internacional	Institución o sistema abierto a las instituciones competentes de por lo menos todos los Miembros.
Institución o sistema regional	Institución o sistema abierto solo a las instituciones competentes de algunos de los Miembros.
Institución del gobierno central	El gobierno central, sus ministerios o departamentos y cualquier otra institución sometida al control del gobierno central en lo que atañe a la actividad de que se trata. Nota explicativa: En el caso de las Comunidades Europeas son aplicables las disposiciones que regulan las instituciones de los gobiernos centrales. Sin embargo, podrán establecerse en las Comunidades Europeas instituciones regionales o sistemas regionales de evaluación de la conformidad, en cuyo caso quedarían sujetos a las disposiciones del presente Acuerdo en materia de instituciones regionales o sistemas regionales de evaluación de la conformidad.
Institución pública local	Poderes públicos distintos del gobierno central (por ejemplo, de los Estados, provincias, Länder, cantones, municipios, etc.), sus ministerios o departamentos, o cualquier otra institución sometida al control de tales poderes en lo que atañe a la actividad de que se trata.
Institución no gubernamental	Institución que no sea del gobierno central ni institución pública local, con inclusión de cualquier institución no gubernamental legalmente habilitada para hacer respetar un reglamento técnico.

Figura VII: Institución internacional, regional, del gobierno central, pública local e institución no gubernamental.

Fuente: Acuerdo OTC

3.1.5 El Acuerdo Sobre Agricultura y su relación con el Acuerdo MSF.

Se indica por la propia OMC, que:

“El Acuerdo sobre la Agricultura de la OMC establece un marco para la reforma a largo plazo del comercio de productos agropecuarios y de las políticas nacionales en esa esfera, a fin de lograr una competencia más leal y menos distorsiones en el sector. El Acuerdo abarca:

*Acceso a los mercados — la utilización de restricciones al comercio, como los aranceles a la importación
Ayuda interna — la utilización de subvenciones y otros programas de ayuda que de forma directa estimulan la producción y distorsionan el comercio.
Competencia de las exportaciones — la utilización de subvenciones a la exportación y otros programas de ayuda gubernamentales que subvencionan las exportaciones.*

En el marco del Acuerdo, los Miembros de la OMC convienen en "listas" o listas de compromisos que establecen límites a los aranceles que pueden aplicar a los distintos productos y a los niveles de ayuda interna y subvenciones a la exportación"¹³⁰.

Digamos adicionalmente, que dicho Acuerdo se relaciona directamente con el Acuerdo MSF y el propio articulado así lo considera. En efecto, el artículo 14 correspondiente a la Parte VIII del Acuerdo sobre la agricultura dispone: "Los Miembros acuerdan poner en vigor el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias".

Ambos acuerdos pueden en virtud de lo anterior, aplicarse simultáneamente y no se excluyen y como hemos visto, el Acuerdo MSF dota de mayor disciplinamiento el comercio de productos agropecuarios con el objetivo de que los gobiernos no se extralimiten a la hora de establecer y exigir la aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias.

Se ha sostenido además como ya lo hemos indicado, que las oportunidades de acceso a mercados aumentan con la disminución de los aranceles y ello puede llevar a que los gobiernos se vean compelidos a buscar mecanismos de protección, distintos del arancel, a los productos nacionales¹³¹. En este sentido, no es de sorprender que en oportunidad de las negociaciones de la Ronda Uruguay, se pusiera especial énfasis en el relacionamiento y coherencia de los distintos acuerdos abarcados que pudieran limitar las tendencias indicadas.

3.1.6 Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias (ESD)

Como vimos al tratar los Acuerdo resultantes de la Ronda Uruguay del GATT, este entendimiento consta en Anexo II del Acuerdo OMC, y es el instrumento jurídico aplicable a las consultas y solución de diferencias entre los miembros de la OMC con respecto a "sus derechos y obligaciones dimanantes de las disposiciones del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (denominado en el presente Entendimiento "Acuerdo sobre la OMC") y del presente Entendimiento".

De conformidad con lo establecido por el Artículo 1 de dicho Entendimiento, y por el Apéndice 1 del mismo, su ámbito de aplicación abarca igualmente a los Acuerdos Comerciales Multilaterales que forman parte integrante del Acuerdo sobre la OMC, así como a los Acuerdos Comerciales Plurilaterales allí listados. Igualmente, de acuerdo a lo establecido por el Artículo III del Acuerdo sobre la OMC, la OMC se encuentra encargada de administrar el ESD.

La importancia de este entendimiento suele destacarse con acierto, por su particular incidencia en garantizar el cumplimiento de las normas del sistema multilateral de

¹³⁰ https://www.wto.org/spanish/tratop_s/agric_s/agric_s.htm

¹³¹ El Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, Módulo 3 página 15.

comercio y objetivos de transparencia, estabilidad y previsibilidad que lo animan al sistema multilateral de comercio transparente, estable y previsible, al garantizar el cumplimiento de sus normas, desde su creación ha conocido más de 300 diferencias entre los Miembros y por su naturaleza vinculante podría decirse que nos encontramos ante los “dientes” del cuerpo normativo de la OMC.

El procedimiento se inicia con una etapa de consultas bilaterales, pensada principalmente para la búsqueda de soluciones mutuamente satisfactorias, luego de lo cual inicial la etapa jurisdiccional propiamente dicha, que incluye a su vez la etapa de grupos especiales (o “Paneles”) y la etapa ante el Órgano de Apelación. Una vez adoptados dichos informes por el Órgano de Solución de Diferencias (OSD), se activa la etapa de aplicación o cumplimiento de los mismos, que incluye la posibilidad de adoptar contramedidas si la parte vencida no cumple la resolución del OSD.

No nos adentraremos en el análisis del procedimiento en tanto excedería los límites de este trabajo pero nos referiremos a los aspectos sustanciales relacionados con el objeto de reclamación en oportunidad de plantear la recurrencia a este ámbito como posible alternativa para los Miembros. Nos pareció sin embargo oportuno plasmar en forma resumida dicho proceso, el cual ilustra la OMC¹³² como se indica de la siguiente forma:

132 OMC, diagrama del proceso de solución de diferencias, disponible en https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_settlement_cbt_s/c6s1p1_s.htm

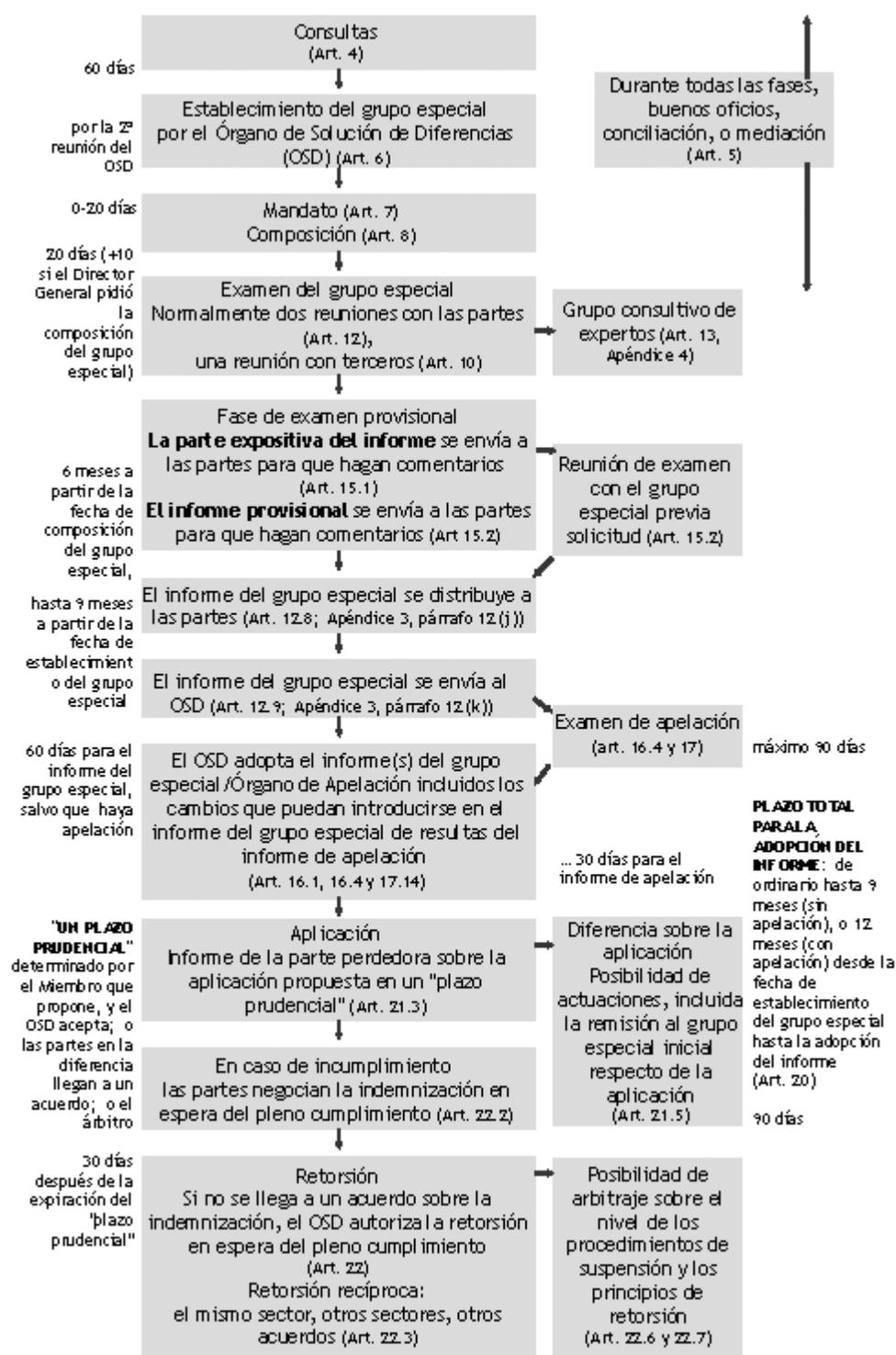


Figura X: Diagram del proceso de solución de diferencias.

Fuente: OMC

Para para concluir las breves referencias que hemos realizado en cuanto a este entendimiento y sin perjuicio de considerar que el Sistema Multilateral nos brinda otros mecanismos alternativos a los que como veremos, sería deseable recurrir, compartimos y hacemos nuestras las palabras expresadas por el Director General de la OMC con referencia a este sistema:

“(...) Las relaciones comerciales conllevan a menudo intereses contrapuestos. Los acuerdos, incluidos los negociados laboriosamente en el sistema de la OMC, tienen muchas veces que ser interpretados. La forma más armoniosa de resolver estas diferencias es mediante un procedimiento imparcial basado en un fundamento jurídico convenido. Ese es el propósito del sistema de solución de diferencias integrado en los Acuerdos de la OMC (...).” (Azevêdo, R, 2017: Pág. 4)

3.2 Normas y Principios derivados del Derecho del Comercio Internacional

El Derecho del Comercio Internacional ha sido definido como *“el conjunto de normas jurídicas que rigen las operaciones comerciales realizadas por particulares cuyos intereses se sitúan en Estados diferentes”*. (Fernández Rozas, J.C. 2000: Pág. 161) Es en la órbita del Derecho del Comercio Internacional que recaen las normas reguladoras de las transacciones comerciales internacionales.

Se ha sostenido por tal motivo, que es heredero del *ius mercatorum* elaborado en el seno de la sociedad de comerciantes medieval pero acotando que la coyuntura que dio origen al *ius mercatorum* fue sustancialmente distinta a la realidad que imperó mucho tiempo después, donde el desarrollo de la comunidad internacional involucra políticas estatales que incorporan aspectos de organización, control e intervención inexistentes en aquellas épocas. (Ibídem).

No obstante lo anterior, el desarrollo del comercio internacional ha llevado a la utilización de nuevas modalidades de producción normativa, caracterizada por priorizar los usos del comercio internacional, que han llevado a la creación de códigos privados independientes de los derechos nacionales y a que las partes regulen sus relaciones contractuales tanto desde el punto de vista conflictual como material, generando la proliferación de los contratos de tipo auto normativo. (LÓPEZ RUIZ. Diciembre 2007)

En este sentido, la llamada *Lex Mercatoria* es descrita como un conjunto normativo disperso, que goza, o pretende gozar, de un alto grado de autonomía respecto a los ordenamientos jurídicos estatales, y que constituye un grupo de reglas para las relaciones económicas internacionales, incluyendo las contractuales, que se aplican directamente en lugar de las disposiciones de los ordenamientos nacionales.

Dicho conjunto normativo, que actúa sobre materias de relevancia económica como las comerciales y financieras, se desarrolla en un espacio transnacional o globalizado que tiene como principales protagonistas a las empresas transnacionales e instituciones privadas dando origen a lo que Capella (2008) denomina como *“Soberano privado supraestatal difuso”* que trasciende o desborda los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales, basándose en usos comerciales, contratos internacionales, principios generales del comercio internacional elaborados por asociaciones profesionales y orga-

nismos internacionales, en lo que constituirían las típicas fuentes de expresión de esta producción normativa autónoma.

Es por su cada vez más profundo desenvolvimiento autorregulador que ha sido considerada como uno de los aspectos estructurales más importantes en las mutaciones que experimenta el derecho privado de la economía,¹³³ y si bien su impulso pretende atribuirse a las insuficiencias en la elaboración de un derecho mercantil uniforme, no podemos dejar de considerar dicho desenvolvimiento en el marco de las corrientes doctrinales que ven en el pluralismo jurídico¹³⁴ una forma más de manifestación del derecho.

Sin embargo, salvo que nos inclinemos por lo que consideramos un pluralismo extremo, creemos que también el fenómeno de la *lex mercatoria*, se genera y actúa en un determinado “entorno normativo” que condiciona decisivamente, la actuación empresarial. Esto nos lleva, como acertadamente lo indica López Ruiz (2007), a reflexionar acerca de la juridicidad de la *lex mercatoria*, de los límites a su autonomía respecto al derecho estatal e internacional y por ende profundizar hasta en la propia idea del Derecho o la de los límites de la juridicidad.

3.2.1 Autonomía de la voluntad negocial: La libertad de contratación

En contraposición a lo que ocurre en el ámbito del derecho económico internacional, y particularmente en el marco de las reglas multilaterales en materia de comercio internacional, en donde las disciplinas adoptadas constituyen una estructura normativa universalmente aceptada, cuyo cumplimiento queda a cargo de los Estados, en el ámbito del derecho internacional privado cobra una relevancia bastante importante la figura de la autonomía de la voluntad.

En virtud de la autonomía de la voluntad, las partes en una relación contractual pueden por un lado elegir el derecho que regirá sus relaciones contractuales, lo que se conoce como autonomía de la voluntad conflictual, mientras que por otro lado pueden dotar de contenido (o autorregular) a los contratos entre ellas, en lo que se conoce como autonomía de la voluntad material. La primera encuentra sus límites en el margen de maniobra que le otorga un ordenamiento jurídico determinado, mientras que la segunda se halla constreñida por las disposiciones imperativas del ordenamiento designado.

Al respecto, Oviedo Albán, comentando el artículo 6 de la Convención de Viena de 1980 señala: “*La autonomía de la voluntad tiene un doble alcance de acuerdo con el art. 6... Por un lado está la autonomía de la voluntad conflictual o en sentido internacional privatístico y por otro en un sentido material o negocial. En el primero, las partes pueden escoger la ley del contrato, y con el segundo determinar el contenido del mismo*”. (2004: Pág. 9)

133 FERNÁNDEZ ROSAS. La *Lex mercatoria*, Ob citada

134 El pluralismo jurídico es una perspectiva que plantea la existencia de diferentes derechos concurrentes que operan en diferentes espacios temporales, y a escalas locales, nacionales y transnacionales, que no se reducen al marco jurídico estatal. Pedro Garzón López Pluralismo jurídico *Universidad Carlos III de Madrid en Eunomía*. Revista en Cultura de la Legalidad N° 5, septiembre 2013 – febrero 2014, pp. 186-193 ISSN 2253-6655

La libertad de contratación se refiere al poder de los particulares de crear normas vinculantes entre ellos para regir sus relaciones, quedando las partes en un contrato en libertad, entre otras, de celebrar o no un contrato o acuerdo, elegir a la contraparte, discutir el contenido, la forma (salvo que la ley imponga una) y condiciones del mismo, sin más límites que los que establecen la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres, si bien esto último varía según el país y sus concepciones políticas, sociales y culturales.

Adicionalmente, cabe distinguir entre la libertad de contratar, vale decir, aquella referida al derecho de las personas de celebrar contratos y con quién hacerlo, así como la libertad contractual, la cual supone la libertad de las partes en un contrato de determinar las condiciones, limitaciones, modalidades, formalidades, plazos, y demás particularidades que regirán la relación jurídica que se establece a partir de la celebración del mismo. (Soto Coaguila, C.A. 2007)

Curiosamente, a efectos de nuestro análisis, es el principio contractual "*Pacta Sunt Servanda*" el elemento que confirma y legitima el respeto estatal a la autonomía de la voluntad negocial, al dar a la palabra empeñada, a la obligación libremente contraída, la fuerza vinculante que confiere su poder al contenido del pacto. (Ballesteros Garrido, J.A. 1999: Pág. 22)

Es ese mismo principio, cuando es trasladado al plano del derecho internacional público, el que pareciese entrar en contradicción con la autonomía de la voluntad negocial en el ámbito privado o, por lo menos, con algunas de sus manifestaciones en el plano de la contratación internacional entre privados, léase, para el caso que nos ocupa, con las normas privadas de carácter sanitario y fitosanitario.

3.3 Reglas y Principios derivados del Derecho Internacional General

Las relaciones entre los Estados son reguladas por normas jurídicas que se desarrollan en el ámbito del derecho internacional público, y el "Derecho Internacional es norma de conducta de los Estados en sus relaciones recíprocas".¹³⁵ STARKE, nos acerca algunos conceptos que nos parece oportuno reproducir por lo sustancial de su contenido, señalando que:

*"El Derecho Internacional puede ser definido como el cuerpo legal que está compuesto en su mayor parte por los principios y normas de conducta que los Estados se sienten obligados a observar en sus relaciones recíprocas, y que también incluyen: a) Las normas legales relacionadas con el funcionamiento de instituciones u organizaciones internacionales, las relaciones entre unos y otros y sus relaciones con estados e individuos, y b) Ciertas normas legales relacionadas con individuos y entidades no estatales, en tanto los derechos o deberes de éstos constituyan la preocupación de la comunidad internacional."*¹³⁶

135 Carta de la Organización de Estados Americanos. Artículo 3 literal A.

136 STARKE: *An Introduction to International Law*, 1963, páginas 1 – 2, citado por el Profesor PROF. HUGO LLANOS MANSILLA, "Definición del Derecho Internacional Público".

Por su parte, JULIO BARBOZA nos señala que las definiciones de esta rama del derecho han sido agrupadas en tres categorías: por sus destinatarios en tanto regulan relaciones entre Estados; por la sustancia, o sea por el carácter internacional de las relaciones reguladas y; por la técnica de creación de las normas, esto es, por los procedimientos a través de los cuales la normas de derecho positivo son creadas. Las consideraremos brevemente a continuación. (2008: Pág. 11)

3.3.1 Fuentes del Derecho Internacional Público

Una de las cuestiones fundamentales en todo orden jurídico, consiste en identificar cuáles son las normas que lo constituyen y cuáles son los modos de formación de dichas normas. (BARBERIS, J.A. Nota Preeliminar, Pág 7)

Ambos aspectos nos permiten precisar cuáles son los derechos y las obligaciones que derivan precisamente de dichas normas o, para decirlo mejor, la determinación de las fuentes del derecho internacional y del valor de cada una son cuestiones de capital importancia, porque de ello depende el contenido y el alcance de aquel derecho (PODESTÁ COSTA, L.A y RUDA, J.A. 1985. Pág. 12)

A los procedimientos de creación de normas jurídicas se los identifica como “fuentes formales” de derecho y responde a la pregunta ¿Cómo se forma el DIP? mientras que a las que proveen el contenido, se las identifica como “fuentes materiales”. (Barboza, J. 2008. Pág 87)

Las fuentes formales refieren concretamente a los métodos de creación de una norma jurídica y de verificación de su existencia mientras que las fuentes materiales guardan relación con las razones o causas que dan motivo a la creación de una norma jurídica.

Gran parte de la doctrina contemporánea, ha reconocido que las fuentes del derecho internacional están precisadas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia¹³⁷ que las enumera, sin establecer su jerarquía. Se desprende de esta disposición normativa, que los tratados, conjuntamente con los principios generales del derecho y la costumbre, constituyen fuente principal del derecho internacional¹³⁸, y son por definición convenios celebrados entre dos o más Estados.

El mismo artículo considera adicionalmente a las decisiones judiciales y a determinadas doctrinas publicistas como fuentes auxiliares no principales en tanto son utilizadas como herramienta para determinar la interpretación de las normas creadas por las fuen-

137 Artículo 38 del Estatuto de la CJI: “1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a) las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59. 2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo conviniere.”

138 Existe sin embargo una visión generalizada en la comunidad internacional en cuanto a que esta división de las fuentes del derecho internacional ha quedado superada por la aparición de otras formas o procedimientos de normativización o de manifestación de la voluntad de los Estados.

tes principales. Como afirma Barboza, no pueden ser utilizadas como única base para dar solución a un caso o fundamentar una opinión consultiva porque no son fuentes autónomas de producción del derecho internacional público, sino fuentes a las que el Tribunal puede recurrir para determinar mejor el significado y alcance de las normas provistas por las fuentes principales. (2008: Pág 90)

3.3.1.1 Los Tratados Internacionales

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 define los tratados en su Artículo 2, consignando que “...se entiende por “tratado” un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.” (Inciso 1, Literal A). Al respecto, DE LA GUARDIA (1997) nos señala que básicamente “los tratados son, para el derecho internacional, lo que los contratos para el derecho interno”.

De la definición surge sin vacilaciones que se trata de una manifestación de voluntad común de dos o más sujetos de derecho internacional con “capacidad suficiente” (Barberis, J. 1994: Pág. 32) y que dichos sujetos son los Estados.

Siguiendo a BARBERIS, interesa precisar qué “...de la circunstancia de que alguien sea sujeto de derecho internacional de gentes no puede deducirse que posee capacidad para celebrar tratados” y agrega que esta característica “...permite distinguir los tratados internacionales de los acuerdos suscriptos entre un sujeto de gentes y otro que no lo es o que carece de la capacidad suficiente para ello”. (Ibídem)

En orden de aparición, el tratado es la primera fuente del derecho internacional mencionada en el referido artículo 38 de los Estatutos de la Corte Internacional de Justicia.

Sobre su importancia, Luis Solari Tudela nos señala:

“Si bien su enumeración en primera orden no le otorga jerarquía sobre la costumbre internacional, pone en evidencia la importancia cada vez más creciente del Tratado como fuente del derecho internacional.

De otro lado, la misma Carta de las Naciones Unidas le asigna una especial importancia cuando en su parte pre ambulatoria dice: “Crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respecto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional” (1994: Pág. 31)

- Los Efectos de los Tratados.

Cuando hablamos de los efectos de los tratados, estamos hablando principalmente de cuestiones vinculadas a su cumplimiento y observancia.

El principio Pacta Sunt Servanda se incorpora a la Convención de Viena en el artículo 26 formulándolo en los siguientes términos: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

Se reafirma en tal sentido que el desarrollo armónico de las relaciones entre los Estados encuentra en este principio, surgido consuetudinariamente y consagrado de esta forma a nivel positivo, una base cierta que materializa un concepto de carácter moral según el cual las partes en un tratado o contrato deben honrar los compromisos asumidos.

Al respecto, sostiene BARBOZA que *“La buena fe en el derecho de gentes se presume; todas las obligaciones internacionales deben cumplirse de buena fe y ella inspira varias instituciones...”* (2008: Pág. 123)

Este principio de *Pacta Sunt Servanda* se ve complementado con la disposición contenida en el Artículo 27 de la Convención de Viena, que señala que *“Una Parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.”*

Algunos autores han creído ver en esto un reconocimiento expreso de la jerarquía del derecho internacional sobre el derecho interno, cuando más bien dicho artículo refiere a la teoría del acto propio (o Estoppel en el derecho anglosajón), o la *“prohibición de actuar contra los propios actos”*, vale decir, un Estado no puede argüir sus actuaciones en el marco de su derecho interno para justificar incumplimientos de obligaciones internacionales libremente aceptadas.

De acuerdo a Ernesto de la Guardia, *“No cabe duda que tal formulación, antes que una estructura normativa típica (condición-consecuencia) presenta un aspecto netamente axiomático o categórico. Mantenido hasta ahora en el plano teórico y doctrinario, sería la primera vez que aparece escrita en un texto de derecho positivo internacional”*. (1997: Pág. 194)

- La interpretación de los Tratados

Los elementos que componen la regla general de interpretación de tratados se encuentran conjugados en una misma formulación, en el artículo 31.1 de la Convención de Viena que señala que *“un tratado debe interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.”*

De igual modo, la Convención de Viena destaca algunos medios complementarios de interpretación: los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración.

A efectos del análisis, nos detendremos en cada uno de los referidos principios o elementos orientadores de la labor interpretativa.

Buena Fe

El principio de buena fe aparece mencionado en la Convención de Viena conjuntamente con el principio de *Pacta Sunt Servanda* en lo que refiere al cumplimiento y observancia de los tratados, siendo igualmente importante como regla interpretativa de los mismos, que asegura que la interpretación de un tratado se haga de manera recta y leal.

Cabanellas define a la buena fe como aquella “*Rectitud, honradez, hombría de bien, buen proceder. (...)*”¹³⁹, mientras que Solari Tudela la señala como un concepto “*(...) más bien vinculado con la moral y sugiere la actuación exenta de malicia. Es el procedimiento recto y honrado que realiza un Estado con la convicción de poseer alguna cosa con derecho legítimo.*”

En ese sentido, la buena fe aparece igualmente como un principio rector del proceso de solución de diferencias previsto en el Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC, conforme a lo previsto en el artículo 3 párrafo 10¹⁴⁰.

Efecto Útil

El principio de Efecto Útil o de “*effet utile*”, refiere a la necesidad de que la interpretación de un tratado no se efectúe de manera tal que el mismo devenga en inaplicable, o en una lectura contraria a los objetivos del propio tratado.

La interpretación de los tratados “*debe estar iluminada por el principio fundamental de la buena fe, que obliga a las partes a aplicar el tratado de forma razonable, de modo tal que su fin pueda ser logrado y del que deriva el dogma de la eficacia, esto es, cuando una disposición de la convención se presta a dos interpretaciones, una de las cuales permite darle efectos y la otra no, debe preferirse la primera*”

Sentido corriente u ordinario de los términos del Tratado

Recordemos que la regla general de interpretación del Artículo 31.1 señala que la misma debe hacerse “*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.*”.

Esto no es sino el reconocimiento de que el texto de un tratado constituye la base del proceso interpretativo, y que las palabras contenidas en dicho texto deben basarse en el sentido corriente de los términos empleados, no siendo por lo demás correcto imputar términos que no existen en él o trasladar conceptos que no se pretendían recoger en ellos.

Adicionalmente debemos tener en cuenta que a los fines de interpretación de una norma jurídica y particularmente de los tratados internacionales recurrimos al método objetivo, textual o gramatical (se basa en el texto del tratado), al método teleológico (consideración del objeto o fin del tratado) y al método subjetivo (verificar la verdadera intención de las partes).

Algunos distinguen la llamada “*regla del contexto*” como una regla interpretativa separada de la del sentido usual, siendo que nosotros consideramos que la primera forma parte de la segunda, en virtud de la mención expresa que hace el Artículo 31.2 de la Convención de Viena, de lo que se debe entender por el contexto a efectos de situar y comprender de manera cabal los términos de un tratado, a saber: el preámbulo, sus

139 Cabanellas Torres. Diccionario Jurídico Elemental.

140 ARTÍCULO 3.10: “*Queda entendido que las solicitudes de conciliación y el recurso al procedimiento de solución de diferencias no deberán estar concebidos ni ser considerados como actos contenciosos y que, si surge una diferencia, todos los Miembros entablarán este procedimiento de buena fe y esforzándose por resolverla. Queda entendido asimismo que no deben vincularse las reclamaciones y contrarreclamaciones relativas a cuestiones diferentes.*”

anexos, otros acuerdos que refieran al mismo, así como todo instrumento formulado por una de las partes, aceptado por las demás, como referido al tratado.

Conducta Ulterior de las Partes

Descrita en el Artículo 31.3 b), y tiene que ver con la manera en la cual se ha verificado la aplicación de un tratado, en virtud de las prácticas seguidas por las Partes, configurando un “*acuerdo tácito de interpretación*” (Solari Tudela, L. 1994: Pág. 42)

Integración Sistémica

Al momento de describir nuestro modelo de análisis profundizamos de manera exhaustiva en este principio, contenido en el Artículo 31.3.C el cual consiste, como dijimos, en la enunciación o declaración que se formula en la Convención de Viena de que no existe un tratado o acuerdo que pueda interpretarse de manera aislada o desvinculada de su entorno o contexto normativo.

3.3.1.2 La Costumbre o Derecho Consuetudinario

La costumbre (*consuetudo, mores maiorum*) es la más antigua fuente del derecho, practicada por el consentimiento de un pueblo o de un grupo social cuyos límites no son sólo geográficos, en ausencia de leyes escritas, dada por el uso, la repetición de los mismos actos, que de a poco van adquiriendo cierto carácter de obligatoriedad al convertirse en exigencias colectivas. Cuando una costumbre llega a imponerse en una sociedad y a ser considerada como una necesidad jurídica, se transforma en derecho consuetudinario.

En tal sentido, nos expresa Jiménez de Aréchaga (2005) que la costumbre jurídica está compuesta por un elemento material que consiste en la repetición de ciertos actos, en la existencia de ciertos usos o prácticas entre los Estados; y un elemento psicológico, la “*opinio juris sive necessitatis*”, o sea la convicción acerca de la obligatoriedad de esos usos o prácticas. La costumbre, como norma jurídica, surge recién cuando los dos elementos están reunidos, cuando el uso o práctica está sellado por la convicción existente en la comunidad acerca de su carácter obligatorio.

El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece como una de las fuentes a las que se debe recurrir para resolver los conflictos que se planteen, es precisamente la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho, si bien las opiniones doctrinales no son consistentes en cuanto a cómo debe materializarse esa convicción en relación a su carácter obligatorio, esto es, si requiere aceptación expresa o tácita de los Estados.

Sostiene Jiménez de Aréchaga al respecto que “(...) Según esa disposición, lo que se exige es que la práctica, que el uso sea generalmente aceptado y no que haya sido aceptado en forma particular por el Estado contra el cual la regla consuetudinaria ha sido invocada”. (2005: Pág. 188)

Sostiene además, que para evitar el sometimiento a las normas nacidas de esas prácticas, el Estado que así lo pretende debe demostrar que ha objetado sistemáticamente y

que se ha opuesto expresamente a la práctica, desde que comenzó a manifestarse, hasta que se pretendió oponérsele.

De lo antes planteado se desprende entonces que el derecho consuetudinario comprende el conjunto de normas jurídicas que se practican constantemente en una sociedad sin haber sido sancionadas en forma expresa, y que se consideran jurídicamente obligatorias.

Atendiendo a la manera en la que surge, se puede distinguir tres tipos de costumbre:

- la costumbre interpretativa (*secundum legem*) es la que se forma de acuerdo con la ley, y consiste en la observancia de sus preceptos o en su interpretación si la ley se presta a confusiones.
- la costumbre supletoria (*praeter legem*) surge en ausencia de la ley completando los vacíos del derecho escrito. Se trata ya de la creación de nuevas normas jurídicas que no se oponen a las existentes, pues la legislación no ha regulado todavía la materia sobre la cual versa costumbre. Constituye el tipo ideal de formación jurídica consuetudinaria, pues esta complementa el derecho escrito sin contradecirlo.
- la costumbre contraria a la ley (*contra legem*) es la que aparece en oposición a normas legales expresas que imponen una conducta diferente. Surge esta costumbre después de sancionada la ley, y en contra de ella.¹⁴¹

El Dr. BARBERIS (1994) señala que existen aún materias que continúan basando su funcionamiento en normas consuetudinarias, tales como la responsabilidad internacional, la protección diplomática y el procedimiento arbitral, e incluso, la codificación ha traído nuevas cuestiones aparejadas que muchas veces son resueltas por vía consuetudinaria.

Adicionalmente, hay quienes conceptualizan a la costumbre como la manifestación de un derecho preexistente; a quienes la conciben como una fuente creadora de derecho; así como a quienes la perciben como un derecho espontáneo, surgido sin que medie un método o procedimiento regulado jurídicamente.

3.3.1.3 Los Principios Generales de Derecho

Si bien la existencia de los principios generales de derecho en el campo del derecho internacional ha sido discutida por algún sector de la doctrina, aduciendo que en el plano de las relaciones entre los Estados, lo que debe primar en la formación de normas jurídicas internacionales es el consentimiento expreso de los mismos, el numeral c) del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia incluye, como tercera fuente principal “*los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas*”¹⁴².

Gran parte de estos principios, que algunos autores como Sánchez Rodríguez denominan “estructurales del Derecho Internacional”, se pueden encontrar codificados en el

141 Enciclopedia Jurídica. (2014) Disponible en: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/derecho-consuetudinario/derecho-consuetudinario.htm>

142 BARBOZA, J. En obra citada ut supra sostiene que independientemente de cual haya sido el origen de la expresión “naciones civilizadas”, en la actualidad refiere naturalmente a todo Estado que maneja sus relaciones internacionales de acuerdo con el derecho de gentes.

artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

BARBERIS nos señala que existe un conjunto de características comunes que nos permiten distinguir y diferenciar los principios generales del derecho de otras normas del orden jurídico internacional. (1994: Pág. 240)

En primer lugar, el origen de los mismos proviene de la generalización de normas de derecho interno de los Estados. Caso típico es el de aquellos que provienen del derecho civil y al procedimiento civil, como por ejemplo la relación entre las normas de contratación y los tratados, entre otros.

En segunda instancia, esta generalización, para poder serlo, no puede partir de la base de un único sistema jurídico, sino que tiene que mediar a su vez un reconocimiento generalizado de que los mismos constituyen un fondo común a distintos sistemas y ordenamientos jurídicos.

En tercera instancia, tiene que haber una cualidad de “transferibilidad” de estos principios originados en el derecho interno, hacia el derecho internacional, basada en la analogía que muchas veces se presenta entre el derecho estatal y el internacional, así como a la condición de que no existan normas de derecho internacional que se les opongan.

Independientemente de las consideraciones doctrinales que se formulan, lo cierto es que los principios generales de derecho comparten como rasgo general su carácter inspirador, informador y sustentador de la normativa más específica y del derecho codificado, de tal manera que estos principios constituyen una directriz eficaz para el intérprete y aplicador del derecho al momento de imprimir unidad, lógica y coherencia a su decisión concreta, aportando una determinada racionalidad jurídica, dependiendo de la materia de que se trata.

3.3.2 Los Sujetos para el Derecho Internacional Público

El sujeto de Derecho Internacional es el destinatario de la norma jurídica internacional, vale decir, es el titular de derechos y obligaciones conferidos por normas jurídicas internacionales. Se requiere una aptitud para hacer valer el derecho ante instancias internacionales o para ser responsable en el plano internacional, en caso de violación de la obligación.

El contenido de la personalidad internacional, en términos de capacidad, no es el mismo en todos los sujetos, de modo que no sería correcto negar la condición de sujeto del Derecho Internacional al individuo, basándose solo en su incapacidad para participar en los procesos de creación de normas jurídicas internacionales. (Paredes, E. Romay, L. 2010: Pág 54)

Claramente los Estados son sujetos de derecho internacional en tanto tienen conferido por el sistema la facultad de actuar generando consecuencias jurídicas. Tienen “*capacidad plena en el derecho de gentes. Son también legiferantes – es decir, crean el derecho internacional a*

través de los tratados y la costumbre – y son al mismo tiempo agentes de ese derecho, puesto que tienen la facultad de hacerlo cumplir”. (Barboza, J. 2008: Pág. 13). Las organizaciones internacionales son asimismo sujetos de derecho internacional de acuerdo a las facultades que los propios Estados les confieren en sus respectivos acuerdos constitutivos.

Son también sujetos de derecho internacional aquellos a los que el sistema les confiere tal condición. Pueden ser individuos¹⁴³ o personas físicas como centro de imputación de normas y determinadas personas jurídicas designadas comúnmente como organizaciones no gubernamentales.

El profesor Juan Manuel Rivero Godoy nos plantea que el problema de determinar cuándo se está frente a un sujeto de derecho internacional debe verse a la luz de la teoría general del derecho y sus postulados en tanto que de lo contrario, “...el criterio para asignar tal carácter a un “ente” sería arbitrario o político, pero no jurídico”.

Recurriendo al criterio de la imputación, Kelsen considera que:

(..)*“Cuando se dice que las reglas del derecho internacional hacen referencia como objeto de regulación al sujeto (sin distinción) es porque las mismas se elaboran en atención a un centro de imputación de normas jurídicas, siendo los sujetos (sin distinción) esos centros de imputación, por lo cual la imputación como ya lo estableció Kelsen es la forma de atribuir una consecuencia a las conductas de los sujetos” (...)* y a su vez, agrega que:

(..)*“desde el momento en que el ordenamiento jurídico ha previsto una situación de hecho y atribuido una consecuencia normativa susceptible de afectar una situación con anterioridad, es que se podría hablar de que ese “ente” tiene relevancia normativa en el sistema..”, pero que además, “.. Hay que hacer un contraste con la realidad, dado que una teoría debe tener contacto con aquella a efectos de no perder su predictibilidad y capacidad de describir la realidad”. Concluye, transcribiendo palabras de Merle Marcel que según se dice “No fundo, toda pessoa ou grupo que detém um meio de influência é um ator potencial e torna-se um ator ocasional quando resolve fazer uso de seu poder no terreno da ação internacional” (...)*

3.3.3 La relación entre Derecho Internacional y Derecho Interno: La aplicación de los Tratados a los Individuos.

La aplicabilidad del Derecho Internacional al ámbito jurídico interno ha ocupado la atención de la doctrina y la ha dividido entre quienes sostienen la teoría del dualismo y por el contrario quienes se afilian a la teoría monista.

143 KELSEN, H. (1934) Teoría Pura del Derecho: “Tanto en el derecho internacional general como en el derecho convencional se encuentran normas que se aplican inmediatamente a los individuos. Ellas determinan... que debe hacerse o..., sino también quien debe conducirse de la manera prescrita. El individuo así designado es entonces un sujeto inmediato del derecho internacional”

Los defensores del Dualismo, partiendo de la obra de TRIEPEL, “Derecho Internacional y Derecho interno”¹⁴⁴, consideran que el Derecho Internacional y el Derecho interno tienen distintas fuentes; que regulan relaciones diferentes; y que por lo tanto, las normas internacionales necesitan de un acto especial de recepción en el derecho interno.

Por su parte, partidarios del Monismo, corriente impulsada por KELSEN, entienden que existe la unidad esencial de todos los ordenamientos jurídicos y que todas las normas jurídicas derivan su validez y obligatoriedad de normas jerárquicamente “superiores”. (1934: Pág. 207-224)

De acuerdo a esta última posición, el Derecho Internacional tiene primacía sobre el Derecho interno, quedando éste último subordinado al primero. Esto implica que la norma internacional no necesitaría de ningún acto de recepción para ser aplicada por los Estados en su Derecho interno, prevaleciendo sobre éste en caso de conflicto.

Esta discusión entre Dualismo y Monismo ha dado lugar también a las llamadas “teorías coordinadoras”, entre las cuales se encuentra aquella que plantea, partiendo de la concepción monista sobre la unidad de todos los sistemas normativos, la existencia de una “coordinación” entre el Derecho interno al Derecho Internacional, sin hablar de una subordinación entre ambos.

Cabe reiterar que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados no prejuzga sobre el sistema monista o dualista. Si bien el Art. 27 de dicho instrumento normativo dispone que un Estado no puede justificar un incumplimiento de sus compromisos asumidos mediante la suscripción de un Acuerdo Internacional, alegando la aplicación de alguna norma de su Derecho interno, se trata únicamente de una regla de responsabilidad internacional que deriva de la teoría del acto o del hecho propio, bajo el principio de que los Estados, al ser los emisores y ejecutores de las leyes, no pueden alegar sus propios actos para eximirse del cumplimiento de una obligación internacionalmente contraída.

Al respecto, el Tribunal de Justicia de La Haya ha indicado que los Estados deben adoptar medidas legislativas que les sean impuestas por los tratados, al tiempo que no pueden invocar su Constitución o leyes internas para incumplir sus compromisos derivados del Derecho Internacional.

De acuerdo a lo señalado anteriormente, la aplicación mediata del derecho internacional a los individuos es defendida por Hans Kelsen quien sostiene que si bien el derecho internacional determina las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los Estados, esto no significa que las normas de derecho internacional no se apliquen a los individuos. Lo explica de la siguiente forma:

“Toda norma jurídica tiene por fin regular las conductas humanas y sólo puede aplicarse a otros hechos en la medida en que tienen relación con la conducta de un individuo. En tanto que los órdenes jurídicos nacionales determinan directamente las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los individuos, el derecho internacional los determina de manera solamente mediata por intermedio de un orden jurídico nacional, personificado bajo el nombre del Estado”. (1934: Pág. 202)

144 Citando a HEINRICH TRIEPEL, Carl. *Curso de Derecho Internacional Público*. Pág.194.

Como señalan Podestá Costa y Ruda (1985: Pág. 55), los autores clásicos en su mayoría negaron al individuo esa condición, en igual sentido lo hace la doctrina dualista al requerir que para que llegue a los individuos es necesaria su transformación en derecho interno mientras que por el contrario, la teoría monista en el sentido expresado por Kelsen ut supra, ha sostenido que no existe nada en la estructura del derecho internacional que permita afirmar de plano, que la persona privada no puede llegar a ser sujeto de derecho internacional.

3.3.4 La Responsabilidad internacional de los Estados

Junto a los principios que regulan la aplicación del Derecho Internacional, igualdad jurídica, no intervención, prohibición del uso de la fuerza, arreglo pacífico de controversias, buena fe, la responsabilidad es considerada el núcleo del sistema jurídico internacional. Desde el punto de vista jurídico, las conductas generadoras de responsabilidad que pueden ser atribuibles a un sujeto de derecho internacional pueden fundarse tanto en acciones como en omisiones violatorias de una obligación internacional.

En ese sentido, BROWNLIE (2008: Pág 434), refiriéndose a las bases y naturaleza de la responsabilidad estatal señala precisamente que hoy en día la responsabilidad se puede considerar como un principio general de derecho internacional y que los actos u omisiones pueden ser categorizados como ilegales en referencia a las normas o reglas que establecen derechos y obligaciones. De esta forma, las normas de responsabilidad refieren a la incidencia o consecuencia de actos ilícitos.

Por otra parte, en esa mirada al entorno normativo, nos interesa señalar que Resolución 54/83 de la Asamblea General de Naciones Unidas, adoptada en su quincuagésimo sexto período de sesiones genera como propuesta, un novedoso marco normativo en materia de responsabilidad del estado por hechos internacionalmente ilícitos.

A juicio de BARBOZA dicho cuerpo normativo es *“La mejor expresión del estado actual del derecho internacional general en materia de responsabilidad del Estado”* (2008: Pág. 395). Y en tal sentido, es de destacar que el largo proceso seguido, cuyas etapas finales describe con meridiana claridad CRWFORD¹⁴⁵, hayan culminado en la aprobación de los Artículos y estén siendo *“aplicados muy ampliamente en la práctica, incluso por la Corte Internacional de Justicia”*

145 Cf. JAMES CRWFORD, Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, United Nations Audiovisual Library of International Law. Disponible en http://legal.un.org/avl/pdf/ha/rsiwa/rsiwa_s.pdf “La Asamblea General, mediante su resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001, tomó nota de los Artículos, cuyo texto figura en el anexo de esa resolución, y los señaló a la atención de los gobiernos, sin perjuicio de la cuestión de su futura aprobación como texto de un tratado o de otro tipo de medida, según correspondiera. La Asamblea General señaló nuevamente los Artículos a la atención de los gobiernos en su resolución 59/35, de 2 de diciembre de 2004, y pidió también al Secretario General que preparara una compilación inicial de las decisiones de cortes y tribunales internacionales y otros órganos refiriéndose a los artículos. En su resolución 62/61, de 6 de diciembre de 2007, la Asamblea General observó con reconocimiento dicha compilación, señaló nuevamente los Artículos a la atención de los gobiernos y decidió seguir examinando la cuestión de una convención sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos o la adopción de otro tipo de medida sobre la base de los artículos. La Asamblea General adoptó una posición similar en su resolución 65/19, de 6 de diciembre de 2010. Si bien algunas delegaciones han insistido en que una conferencia diplomática examine los Artículos, otras han preferido que sigan siendo un texto de la CDI aprobado ad referendum por la Asamblea General. En realidad, los Artículos han sido aprobados y aplicados muy ampliamente en la práctica, incluso por la Corte Internacional de Justicia”

Se plasma en dicha Resolución a nivel de principio general que todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera responsabilidad internacional indicando que hay hecho internacionalmente ilícito cuando un comportamiento, que puede ser una acción o una omisión es atribuible al Estado según el derecho internacional y constituye una violación de una obligación internacional del Estado. La ilicitud, es provocada por el incumplimiento de un deber jurídico, de un deber derivado de una regla imperativa.

Afirma BARBOZA que la Comisión optó por la palabra "hecho" y no "actos" porque la palabra hecho incluye tanto acciones como omisiones y agrega que "*La conducta atribuida al Estado puede ser positiva u omisiva, siendo esta última la más frecuente en el campo de los hechos ilícitos internacionales. Por ejemplo, las conductas de particulares que causen daños a extranjeros, no son las que originan la responsabilidad del Estado – cuando ésta corresponde – sino la inacción de los órganos propios que tenían la obligación de evitarlos*". (2008: Pág: 400)

Se requiere entonces para que surja responsabilidad, un elemento subjetivo o conducta atribuible al Estado (hecho del Estado) y un aspecto objetivo (violación), que es el contraste de ese hecho del Estado con la conducta exigida por una obligación internacional. No se consagra ni la culpa ni el daño como supuestos para generar dicha responsabilidad siendo este un aspecto relevante del proyecto.

Importa destacar de lo que venimos indicando, que en la responsabilidad por hecho ilícito, se atribuye al Estado la conducta de ciertas personas o entidades que actúan en determinadas condiciones. En efecto, el comportamiento de esas personas o entidades se consideran un hecho del Estado, se atribuyen o se imputan al Estado cuando son órganos del Estado (artículo 4), o ejercen atribuciones del poder público (artículo 5) o actúan bajo la dirección de las autoridades oficiales (artículo 9).

Resulta razonable que dicha imputación solo opere si se dan los supuestos previstos en tanto que no se puede asignar al Estado, en el campo de la responsabilidad por hechos ilícitos, las consecuencias de la conducta de terceros que no actúan de alguna manera como sus órganos, de jure o de facto. (Barboza, J. 2008: Pág. 484)

Además de la responsabilidad por violación de una obligación, el texto de la norma indicada agrega la responsabilidad por riesgo o sine delicto. En ambos tipos de responsabilidad, ciertas conductas acarrearán determinadas consecuencias pero se diferencian en que el comportamiento que la origina es lícito en un caso e ilícito en el otro. (Barboza, J. 2006).

El fundamento por ende es distinto en ambos tipos de responsabilidad. En la primera entonces, el hecho ilícito causa un daño jurídico que exige el retorno a la legalidad mientras que en la segunda, se fundamenta en el daño producido por un hecho lícito, no hay hecho jurídico ni existe el reclamo de retorno a la legalidad.

Se distinguen ambos tipos de responsabilidad también por la imputación en tanto en caso de responsabilidad sine delicto, las conductas que originan el daño no se atribuyen al Estado, y las obligaciones que a éste incumben nacen simplemente porque dichas actividades se desarrollan bajo su jurisdicción o control. El daño es asimismo un componente distintivo en tanto en la responsabilidad por ilicitud no se exige la existencia del

daño material, el daño jurídico es consecuencia inevitable de la violación, mientras que en la responsabilidad sine delicto es el daño material que la desencadena.

Las cuestiones referidas al tipo de actos que pueden o no configurar un ilícito internacional, para el caso de ciertas entidades o individuos distintos de los Estados, resultan de particular importancia para el objeto de nuestra investigación, como se verá en el apartado correspondiente al análisis jurídico.

3.4 Conclusiones

- 1) Las normas y principios de derecho internacional económico y particularmente las cláusulas específicas del Acuerdo MSF previstas en el Artículo 1 (relativo al derecho de los Miembros a adoptar medidas sanitarias y fitosanitarias en los términos definidos en el Anexo I literal a)), en el Artículo 2 (relativo a la adopción de medidas), en el Artículo 5 (relativo a la determinación del nivel adecuado de protección) y en el artículo 13 (relativo a la Responsabilidad de los Miembros en materia de implementación del Acuerdo y su observancia) y nos proporcionan suficientes elementos para una argumentación jurídica sobre la legitimidad de las “normas privadas” y las responsabilidades que pueden atribuirse a los Miembros frente a dicha producción normativa.
- 2) El derecho transnacional y la *lex mercatoria* como una de sus manifestaciones, encuentra sus límites en el entorno legal representado por las reglas y principios de derecho internacional económico que claramente define la gobernanza internacional en materia económica y comercial. El principio de autonomía de la voluntad debemos valorarlo a la luz de los propios límites que imponen la moral, las buenas costumbres y el orden público.
- 3) Las reglas y principios de derecho internacional establecidos en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, deberán guiar nuestra argumentación jurídica con especial apego a las reglas de interpretación y a los principios de buena fe, efecto útil y *Pacta Sunt Servanda*.

CAPÍTULO IV: LA LEGITIMIDAD DE LAS “NORMAS PRIVADAS” Y LA RESPONSABILIDAD DE LOS MIEMBROS: Análisis Jurídico a la luz de las cláusulas específicas del Acuerdo MSF

4.1 Precisiones previas en cuanto a la sistematización del análisis jurídico a desarrollar

Tal como nos propusimos en oportunidad de describir nuestro modelo de análisis en el Capítulo I, recurriremos al entorno o contexto normativo para efectuar la tarea interpretativa, incluyendo a las “normas privadas” como norma de derecho internacional aplicable a las relaciones entre las partes, utilizando la progresión del razonamiento jurídico expuesto por el destacado jurista Max Huber, citado por la CDI en su estudio.

En tal sentido, nuestro proceso de interpretación lo efectuaremos a la luz de las cláusulas específicas del Acuerdo MSF, que hemos indicado en el literal 1) de las conclusiones a las que arribamos en el Capítulo IV.

Los principios generales de derecho, incluidos el de *pacta sunt servanda* y autonomía de la voluntad que hemos desarrollado asimismo en el Capítulo III, los utilizaremos como parte de la argumentación jurídica, al igual que las reglas y principios de interpretación que nos proporciona la Convención de Viena.

Bajo las premisas indicadas, dividimos el análisis de este Capítulo para tratar en primer término, la legitimidad de las “normas privadas” y los límites que al principio de autonomía de la voluntad derivan de las disposiciones específicas del Acuerdo MSF (Artículos 1, 2 y 5). En segundo lugar, abordamos específicamente, el alcance y contenido del Artículo 13.

4.2 La legitimidad de las “normas privadas” frente a las cláusulas específicas del Acuerdo MSF

4.2.1 Anexo A numeral 1 del Acuerdo MSF: El carácter imperativo de las disposiciones normativas en materia sanitaria y fitosanitaria

En el Capítulo II, sección 2.1, conceptualizamos las “normas privadas” y acudimos a dichos efectos, a la definición de medidas sanitarias y fitosanitarias contenida en el Anexo A numeral 1 del Acuerdo, indicando además, nuestra valoración en torno a lo previsto en el párrafo final de dicho numeral. Sostuvimos al respecto, que dicho párrafo, enuncia los instrumentos normativos (leyes, decretos, reglamentos, prescripciones), mediante los cuales se exterioriza la obligatoriedad de las medidas sanitarias y fitosanitarias y el alcance general de las mismas.

El Acuerdo MSF no legitimó por ende, como si lo hizo el Acuerdo OTC para las “normas”, la posibilidad de que entidades u operadores privados pudieran definir medidas sanitarias y fitosanitarias, así como tampoco les atribuyó actividades de “normalización”¹⁴⁶.

¹⁴⁶ Recordemos que las organizaciones de referencia normativa para el Acuerdo MSF, a diferencia del Acuerdo OTC, son organismos internacionales de naturaleza gubernamental.

Lo previsto en el párrafo a que hicimos referencia anteriormente, es de medular importancia entonces, pero no como fundamento para sostener que como este párrafo hace referencia a normas jurídicas que claramente emanan de los respectivos poderes públicos, su aplicación no alcance ni mandate a disciplinar las conductas privadas. Muy por el contrario, las disposiciones que se mencionan, son verdaderas reglas imperativas de conducta.

En efecto, como hemos expresado en oportunidad de analizar la naturaleza de las “normas privadas” en el Capítulo II, las normas jurídicas imperativas son aquellas que obligan a los destinatarios independientemente de su voluntad y, en este sentido, los obligados tienen que actuar necesariamente conforme a lo prescrito en la norma, no pudiendo decidir la realización de otra conducta diferente.

Adicionalmente, la referencia que efectúa este párrafo a las disposiciones normativas indicadas, es coherente con la materia que regulan y claramente alineado a las políticas públicas que los Miembros instrumentan a nivel interno en materia sanitaria y fitosanitaria.

Visto entonces desde esta perspectiva, sabido es que hay una razón de ser o fundamento anterior que ha llevado a que, en los ordenamientos jurídicos nacionales se considere la regulación protectora de la salud humana, animal o vegetal como parte de los cometidos esenciales del Estado y de la elaboración de políticas públicas.

La misma conclusión se desprende desde la perspectiva de los compromisos que el Estado asume en el ámbito internacional cuando opta por relacionarse o no con otros Estados sobre la base de la coordinación, en tanto manifestación externa de su soberanía, y en mayor medida aun, cuando decide someterse por razones de política exterior y comercial, a las reglas derivadas del derecho internacional económico.

En ambos casos, las acciones que el Estado emprende sobre la base de mandatos consagrados a nivel constitucional y legal, responden a un interés general que se pretende tutelar y que van más allá de los intereses individualmente considerados.

El interés general lleva consigo la limitación de la protección exterior de la libertad, porque compete al Estado, se explicita en su derecho positivo y “(...) encierra el reconocimiento de la necesidad de la propia persona humana y de sus comunidades, de la acción de la sociedad políticamente estructurada (Estado), para afirmar las potencialidades de su naturaleza (...)” (Brito, M. 1985: Pág. 11)

Desde tiempos remotos, los países han sufrido consecuencias para la salud humana, animal y vegetal, resultantes de la aparición y diseminación en sus territorios de plagas y enfermedades. La respuesta habitual de los poderes públicos ha sido la adopción de medidas de regulación que, para que se consideren verdaderamente útiles, deben instituir órganos responsables de la adopción, entre otras, de medidas cuyo objeto está claramente delimitado,¹⁴⁷ así como de acciones de supervisión, dirección y control, que permitan conjugar dichos factores con los intereses particulares en juego.

147 Como lo está en el Anexo al Acuerdo MSF cuando trata la definición de medida sanitaria y fitosanitaria.

Para el caso específico de la inocuidad alimentaria, por ejemplo, se ha señalado que *“es obligación del Estado proteger a la salud de los consumidores, y reducir la probabilidad que la población se exponga a enfermedades transmitidas por el consumo de alimentos. Esta responsabilidad se concreta primero, por medio de una legislación nacional capaz de ser modificada y modernizada constantemente y segundo, de un sistema de fiscalización de la calidad de los alimentos consumidos”*¹⁴⁸.

Dicha regulación limita, por consiguiente, el ejercicio de derechos individuales, como resultado de una “ponderación” de las ventajas o inconvenientes que puede significar para una determinada persona con respecto a las ventajas o inconvenientes que una norma jurídica aporta a la comunidad. En efecto, estimar la razonabilidad de la ley exige *“(…) que exista cierta substancial y razonable relación entre el acto (Ley, acto administrativo, sentencia) y la seguridad, salubridad, moralidad y bienestar públicos”*. (Linares, J.F. 1989: Pág. 32-33)

Es inherente al Estado de Derecho que una norma no pueda fundamentarse en cualquier interés para limitar los derechos individuales, sino en un interés más “abarcativo”, equivalente a bien común. Con meridiana claridad se ha dicho al respecto que:

(…) “El interés público no es de entidad superior al interés privado ni existe contraposición entre ambos: el interés público solo es prevalente con respecto al interés privado, tiene prioridad o predominancia por ser un interés mayoritario, que se confunde y asimila con el querer valorativo asignado a la comunidad. Si el interés público y el interés privado tienen la misma identidad sustancial, si son cualitativamente semejantes, distinguiéndose solo cualitativamente, de suerte que el primero debe prevalecer o primar sobre el segundo, va de suyo que el interés privado no pueda ser sacrificado al interés público, aún cuando pueda ser desplazado o sustituido por éste (..)” (Escola, H.J. 1989: Pág. 249)

Esto es lo que sucede en materia sanitaria y fitosanitaria, en tanto el interés privado es desplazado por la generación de un marco normativo que limita su accionar para proteger un bien cuyo valor resulta incluso significativamente más trascendente que la libertad de comercio: la protección de la salud humana, animal y vegetal.

Entendemos entonces que recae sobre el Estado¹⁴⁹ la obligatoriedad de proteger la salud humana, animal y vegetal de la entrada o propagación de plagas o enfermedades que por su propia naturaleza y características, rebasan en muchos casos las fronteras físicas, justificando además un accionar de coordinación entre Estados que tienen el deber de garantizar que la protección de dichos bienes jurídicos se efectúe en apego a las normas regulatorias acordadas y que no configuren una restricción encubierta al comercio internacional.

148 El Acuerdo sobre aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias: Contenido y Alcance para América Latina y el Caribe María Angélica Larach, Oficial de Asuntos Económicos de la División de Comercio Internacional e Integración de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Serie Comercio Internacional (39), Diciembre 2013.

149 Lo que no enerva, ni contradice ni niega la consagración de una responsabilidad compartida también con las empresas o entidades que intervienen en las cadenas de producción de alimentos y que se consagra en algunos ordenamientos jurídicos como el de la Unión Europea en materia de Seguridad Alimentaria. Esta responsabilidad, lejos de legitimar una “captura regulatoria”, la descarta a nuestro juicio claramente la propia normativa Europea.

Es precisamente por esa razón, que tanto los temas de inocuidad como los relacionados con la protección de la sanidad animal y vegetal, han quedado tradicionalmente sujetos a disposiciones **normativas de orden público** por expresa consagración a nivel legal y, consecuentemente, han sido objeto de disciplinamiento en el marco de la actuación del estado a nivel internacional

No podemos dejar de considerar entonces, la índole de los intereses que las normas jurídicas atienden prioritaria o directamente y en tal sentido es claro que hay ámbitos y materias como la sanitaria y fitosanitaria, en los cuales la atención exclusiva o prioritaria del interés general hace inadecuadas e ilegítimas soluciones que sólo atienden intereses privados.

Consideramos finalmente, que la argumentación planteada, resulta reforzada si nos remitimos a alguna de las tantas disposiciones de los ordenamientos jurídicos de los Miembros de la OMC que abordan el disciplinamiento de las medidas sanitarias y fitosanitarias a nivel legal como instrumento para la materialización de políticas públicas en esa materia.

Tomaremos a efectos ilustrativos, dos conceptos que tienen directa relación con lo que estamos sosteniendo y que se plasman en la Ley de Protección Fitosanitaria de la República de Costa Rica, N° 7664¹⁵⁰, que en su artículo 1, **declara de Interés público y aplicación obligatoria**, las medidas de protección fitosanitaria establecidas en dicha ley y sus reglamentos.

En igual sentido, pero con particularidades jurídicas que consideramos por demás acertadas, la Ley 27233¹⁵¹ de la República Argentina, a tiempo que declara de interés nacional todos los aspectos vinculados con la sanidad animal y vegetal, comprendiendo en su alcance las medidas sanitarias y fitosanitarias definidas en el Acuerdo MSF de la OMC aprobado por Ley 24.425; declara de orden público las normas nacionales por las cuales se instrumenta o reglamenta el desarrollo de las acciones destinadas a preservar la sanidad animal y la protección de las especies de origen vegetal, y la condición higiénico-sanitaria de los alimentos de origen agropecuario. Adicionalmente, especifica la responsabilidad primaria e ineludible de los actores privados, sean personas físicas o jurídicas, de velar y responder por la sanidad, inocuidad, higiene y calidad de su producción, **de conformidad a la normativa vigente y a la que en el futuro se establezca**.

Lo antes expuesto, resulta consistente con los compromisos asumidos a nivel internacional y el camino seguido particularmente en el Acuerdo MSF, en cuanto a descartar la producción normativa privada en esta materia, conducta a la cual se la limita claramente al establecer a texto expreso la naturaleza de orden público de la regulación sanitaria y fitosanitaria. En tal sentido, por tratarse de materias reservadas a ley, de producirse una intromisión o una “captura regulatoria” por una “norma privada”, estaremos frente a un caso de invalidez en tanto conducta contraria a la norma imperativa de orden público.

150 Disponible en: https://www.cne.go.cr/cedo_dvd5/files/flash_content/pdf/spa/doc389/doc389-contenido.pdf

151 Disponible en InfoLEG, base de datos del Centro de Documentación e Información, Ministerio de Economía y Finanzas Públicas. <http://unterseccionalroca.org.ar/imagenes/documentos/leg/Ley%2027233%20%28D%20Inter%-C3%A9s%20Nacional%29.pdf>

4.2.2 El Artículo 5 del Acuerdo MSF: Las atribuciones de los Miembros en la determinación del Nivel Adecuado de Protección (NAP)

De acuerdo a lo previsto en el Anexo A, párrafo 5, el NAP, es el nivel que estime adecuado el Miembro que establezca la medida sanitaria o fitosanitaria para proteger la vida o la salud de las personas y de los animales o para preservar los vegetales en su territorio.

De lo expuesto en la definición indicada, se desprende que la propia disposición internacional que resulta aplicable para la determinación del NAP, (**Anexo A párrafo 5 del Acuerdo MSF**), consagra a texto expreso que la decisión en cuanto al nivel de riesgo que un país está dispuesto a asumir o “tolerar” compete a los Miembros y consecuentemente, no puede legítimamente ni ser definida ni responder a intereses privados. El claro tenor literal de la norma en cuestión en lo que a este aspecto refiere, no amerita recurrir a reglas interpretativas adicionales para sustentar que son por ende los propios Miembros, a través de sus organismos públicos competentes y por razones de interés general y no privadas, que determinan el NAP sin que se hayan previsto en el marco del Acuerdo, excepciones a esta disposición.

No resulta para nada extraño que el Acuerdo regule y ponga a cargo de los Miembros su determinación, porque son varios los aspectos de interés general que deberá valorar y porque ello es coherente como elemento de política pública¹⁵² y a su vez, resulta razonable y consistente con el equilibrio que el Acuerdo pretende lograr entre los objetivos legítimos de protección sanitaria o fitosanitaria y la liberalización del comercio.

En un interesante informe, el Órgano de Apelación¹⁵³ ha sostenido incluso, que la fijación del NAP, no puede ser efectuada ni siquiera por un grupo especial o el propio Órgano de Apelación.

Adicionalmente, el proceso de determinación del NAP, tampoco puede efectuarlo un Miembro con total discrecionalidad porque el Acuerdo en cierta forma también limita, a través de su disciplinamiento, los márgenes de actuación en dicho aspecto. En efecto, recordemos en tal sentido, que el artículo 5 del Acuerdo MSF prescribe la necesidad de recurrir a testimonios científicos suficientes criterios científicos, teniendo en cuenta el objetivo de reducir al mínimo los efectos negativos sobre el comercio y de ser coherentes en la aplicación del concepto NAP, evitando distinciones arbitrarias o injustificables en los niveles que se consideren adecuados en diferentes situaciones.

Otro aspecto importante a considerar que, siendo el nivel adecuado de protección el que determina la medida sanitaria o fitosanitaria que ha de establecerse o mantenerse¹⁵⁴, ello enerva toda posibilidad de que el mismo pueda ser definido por actores privados en base a un interés propio o particular.

152 MÉNDEZ define la política pública como “(...) ejecución de una acción o conjunto de acciones estratégicas relacionadas, utilizando como incentivos uno o varios recursos: de organización; económicos; legales; etc., siguiendo cierto orden establecido por una estrategia de acción o programa, a fin de cumplir ciertos objetivos generales (soluciones) fijados por el Estado, en donde gracias a un diagnóstico, dicha estrategia y objetivos generales se asocian en la resolución de un problema percibido por el Estado como público”

153 *Ibidem* párrafo 209.

154 Asunto Australia – Salmón, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 203.

El Órgano de Apelación¹⁵⁵ ha efectuado un pronunciamiento de significativa relevancia en cuanto a estos aspectos, y ha sostenido que si una medida sanitaria o fitosanitaria no se basa en una evaluación de los riesgos existentes para la vida y la salud de las personas y de los animales o para la preservación de los vegetales, porque no ha habido ninguna evaluación del riesgo o porque la misma ha sido insuficiente, constituye un indicio de que esta medida no tiene en realidad por objeto la protección de la vida y la salud de las personas y los animales o a la preservación de los vegetales, sino que es una “restricción encubierta del comercio internacional”.

Siguiendo este mismo razonamiento, si son los países los empoderados para fijar el nivel adecuado de protección, con base en respaldo científico suficiente, cualquier norma privada que establezca niveles más estrictos que los de una medida gubernamental, debe generar de plano la presunción de que no ha sido prevista, en su formulación, la consideración de similar sustentación científica.

Recordamos en tal sentido, que a los efectos del párrafo 6 del artículo 5, una medida sólo entrañará un grado de restricción del comercio mayor del requerido cuando exista otra medida¹⁵⁶, razonablemente disponible teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica, con la que se consiga el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria y sea significativamente menos restrictiva del comercio.

En efecto, la medida por sí sola no puede establecerse y requiere, a la luz de la norma en examen una valoración previa del nivel de riesgo que el Miembro considera aceptable y en tal sentido, implica claramente una decisión de los organismos estatales correspondientes, en tanto como veíamos, el **nivel de protección a la salud humana, animal o vegetal es claramente un objetivo de las políticas públicas** que precede a la elección de la medida que habrá de aplicarse para el manejo del riesgo identificado por los propios Miembros.¹⁵⁷

Los conceptos de evaluación de riesgos y determinación del nivel adecuado de protección están estrechamente vinculados, con lo cual sostener que este último puede darse en virtud de una decisión privada, independiente de cualquier evaluación de riesgo es a nuestro juicio una situación que menoscaba las garantías ofrecidas por dicho acuerdo, así como los objetivos que persigue.

Recordemos, igualmente, que para el Acuerdo MSF, la cuestión de si una medida sanitaria o fitosanitaria es necesaria debe determinarse con arreglo a las disposiciones del propio Acuerdo¹⁵⁸, debiendo recurrirse entonces a principios científicos de acuerdo a lo previsto en el artículo 2, a normas internacionales de acuerdo a lo previsto en el artículo 3 y a la evaluación de riesgos consagrada en el artículo 5, ello sin perjuicio de las propias prerrogativas que el Acuerdo establece en cada caso.

155 Informe del Órgano de Apelación, *Australia – Salmón*, párrafo 166.

156 La gubernamental en nuestro caso, derivada de precisamente del nivel de protección determinado por el Miembro de que se trate.

157 Es por esta razón que consideramos necesario al menos observar, que la Decisión número 15 del Comité MSF (Documento G/SPS/15), independiza de tal manera el concepto de nivel adecuado de protección de la medida sanitaria o fitosanitaria que podría incluso argumentarse, que dicha decisión se aparta sutilmente de lo consagrado en el Acuerdo pero con consecuencias importantes para la generación de trabas al comercio.

158 Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafos 238-239.

Haciendo uso de dichas prerrogativas, un miembro puede por ejemplo decidir no aplicar las normas internacionales acordados por las organizaciones internacionales de referencia, si tiene justificación científica o si ello es consecuencia del nivel de protección sanitaria o fitosanitaria que el Miembro determine adecuado de conformidad con las disposiciones pertinentes de los párrafos 1 a 8 del artículo 5.

Esta rigurosidad en los procedimientos impuestos por el Acuerdo MSF responde al reconocimiento del potencial efecto restrictivo al comercio que medidas de esta naturaleza pueden suponer. La preocupación en torno a evitar restricciones injustificadas llevó a los creadores del Acuerdo a reflejar esa intención en prácticamente todos los artículos de esta norma especial y, de esta forma, se auto limitaron voluntariamente.

Como veremos en detalle al analizar el Artículo 13 del Acuerdo MSF, sostener que esas limitaciones se las autoimponen los Miembros dejando en absoluta libertad a privados o entidades privadas para actuar en esas esferas en forma autónoma, implica desconocer la norma y no considerar en sus justos términos la primacía que debemos darle al texto, al contexto y al objetivo y fin de la misma en cualquier ejercicio interpretativo.

A mayor abundamiento y considerando lo previsto en el párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF, que permite a los miembros adoptar medidas provisionales aun cuando no existen testimonios científicos suficientes para tomar una decisión final sobre la inocuidad de un producto o proceso, sujetas a un ulterior proceso de evaluación y revisión; es posible sostener que muchas normas privadas parecen responder más al enfoque del principio precautorio “OMC Plus”, y no tanto a la lógica del principio de precaución contenido en el Acuerdo MSF.

Efectivamente, se llega en algunos casos, a invertir la carga de la prueba, exigiéndole en los mercados que aplican dichas normas, que demuestren “ex ante” que su ingreso a los mismos no implican ningún riesgo al medioambiente o a la salud de las personas, animales o plantas.

Sobre esta reversión de la carga de la prueba, la OMC nos dice:

“La disciplina de la evaluación del riesgo, una de las obligaciones básicas del Acuerdo MSF, se formuló para orientar la actuación en situaciones en las cuales hay un conocimiento incompleto de los riesgos para la salud. Se concentra en la probabilidad de la aparición de un peligro y sus posibles consecuencias, porque el conocimiento completo es muy raro. Además, es prácticamente imposible demostrar científicamente la “inocuidad” de un alimento o producto, y los científicos tratan más bien de buscar pruebas de algún daño” (Ibídem)

Si de una regulación oficial se tratara, este tipo de exigencias a nuestro entender resultaría claramente violatoria de las disposiciones multilaterales sobre la materia, toda vez que supondrían una inversión de la carga de la prueba que rebasa los cauces del principio precautorio tal y como se encuentra reflejado en la OMC, en lo que vendría a constituirse en un principio precautorio OMC plus, al estilo de los Acuerdos Multilaterales sobre Medio Ambiente.

Tememos que todo esto derive, como se ha sostenido, citando a Capella, (1997: Pág. 273),¹⁵⁹ en la regresión hacia una nueva *lex mercatoria*, con normas acordadas explícita o implícitamente por grandes agentes económicos con total independencia de los poderes públicos, para regular sus relaciones recíprocas, sus relaciones con los estados y para determinar las políticas de estos, porque ella transforma y revierte el espectro normativo estatal sin necesidad de consentimiento alguno por parte de los Estados.

4.2.3 El Artículo 2 del Acuerdo MSF: El derecho a la adopción de medidas sanitarias y fitosanitarias

En oportunidad de considerar el contenido del Acuerdo MSF, hacíamos referencia a lo previsto en el Artículo 2 párrafo 1, que formulado bajo el título “Derechos y Obligaciones Básicas” dispone que *“Los miembros tienen derecho a adoptar medidas sanitarias y fitosanitarias necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales siempre que tales medidas no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo”*.

Precisemos en primer lugar, que el término “adoptar” sea que se refiere a “hacer suya una medida” o “a tomar una medida” o “a determinar una medida” se reconoce y atribuye en forma clara, directa y concisa a los Miembros (partes contratantes en el GATT) desde el párrafo primero del preámbulo y se concreta expresamente en la formulación de este artículo. Sin embargo, este derecho es reconocido en tanto las medidas sean **“necesarias”, pertenezcan al grupo de políticas destinadas a proteger la salud, la vida de personas y animales o a preservar los vegetales y guarden una relación sustancial con éstas.**

El **criterio de necesidad** entraña un proceso de “sopesar y confrontar” una serie de factores, entre los que se incluyen: **la contribución que hace la medida al logro de su objetivo; la importancia de los intereses o valores en juego y; el grado de restricción del comercio que implica**¹⁶⁰. Ha sido interpretado como “indispensable”, no siendo suficiente que simplemente “contribuya a”¹⁶¹.

Tales medidas, no pueden ser obviamente incompatibles con el acuerdo, tienen que estar basadas en principios científicos y no deben discriminar en forma arbitraria o injustificadamente, aspectos que representan desde nuestra perspectiva, expresiones cabales de la voluntad de los Miembros al suscribir el Acuerdo y que no deberían pasar desapercibidas de ningún ejercicio interpretativo realizado de buena fe, que considere la primacía de los textos y que atienda al objetivo y finalidad del Acuerdo MSF.

Recordemos adicionalmente, que al abordar el tratamiento de las medidas sanitarias y fitosanitarias en el ámbito del **Artículo XX literal b)**, señalamos que esta disposición, cuya aplicación regula el Acuerdo MSF con importante nivel de detalle, constituye

159 Mira González, C.M “La *lex mercatoria* como fuente del derecho internacional”, Revista CES DERECHO. Volumen 4 No.2 Julio-Diciembre / 2013 file:///C:/Users/Win%207%20HP/Downloads/DialnetLaLexMercatoriaComoFuenteDelDerechoInternacional-4863654.pdf

160 Informe del Órgano de Apelación en el Asunto Brasi – Neumáticos recauchutados. Párrafo 178.

161 Informe del Órgano de Apelación en el Asunto Corea – Carne Vacuna. Párrafo 164.

una excepción¹⁶² general que habilita a la Partes Contratantes en la terminología del GATT, a hacer lo que de otro modo estaría prohibido bajo las disposiciones de dicho Acuerdo comercial, aplicar restricciones al comercio.

Profundizando un poco más en el análisis, quizás resulte ilustrativo preguntarnos el fundamento por el cual en el Acuerdo MSF se coloca como sujetos de la “obligación” y del “derecho” a los Miembros, cuando en otros acuerdos del sistema multilateral de comercio, que tienen la misma naturaleza jurídica que el Acuerdo MSF, se introdujera a título expreso la atribución de determinar o adoptar “normas” por organismos de normalización como lo hace el Acuerdo OTC.

La respuesta a esta interrogante, la obtenemos del análisis del propio Acuerdo MSF, cuyas disposiciones claramente no previeron esta posibilidad ni dejaron margen alguno que pudiera legitimar el establecimiento o la adopción de medidas sanitarias y fitosanitarias a nivel privado. Por el contrario, como hemos visto anteriormente, los compromisos internacionales asumidos en el Acuerdo MSF, están a nuestro juicio, en un todo alineados con las políticas públicas que los Miembros desarrollan en sus correspondientes ordenamientos jurídicos internos respecto a la materia sanitaria y fitosanitaria. Bajo esta perspectiva, la regulación privada sobre esta materia, configuraría lo que a nivel doctrinal se considera una ilegítima “captura regulatoria.” (Baldiwin y Cave. 1999).

Esta captura regulatoria ha sido descrita como aquella que se produce cuando las relaciones entre las autoridades regulatorias y los sujetos de regulación se vuelven demasiado estrechas y llevan a perseguir la protección de los intereses de las empresas reguladas y no los del público en general. Al respecto, se ha expresado que:

“(...) esta definición admite la posibilidad de que se produzca la captura regulatoria, fenómenos según el cual los grupos de presión nacionales logran -con dudosa legitimidad-, la sanción de reglamentos técnicos que básicamente constituyen un obstáculo al comercio y generan un menoscabo del bienestar tanto para los productores extranjeros como para el país importador, aunque resulten beneficiosos para el bienestar de los productores locales. La posibilidad de que las MSFs generen un impacto perturbador en el comercio y provoquen una pérdida en el superávit generado por el intercambio internacional las convierte en un potencial instrumento proteccionista y coloca a la política comercial en el foco del debate”. (Lacovone, L. 2005: Pág. 107)

De igual manera, cabe recordar la “huida del poder público” de la que nos hablaba Sarmiento¹⁶³, sobre la cual refería que “ha desembocado en una proliferación de normas privadas de carácter obligacional, pero de dudosa naturaleza jurídica (...)”, no se ha dado al menos, en lo que a la regulación nacional e internacional de la materia sanitaria y fitosanitaria refiere. Consideramos en cambio, que asistimos a un fenómeno de “captura regulatoria ilegítima” que encuentra su máxima expresión en las conductas privadas asumidas en el

162 Excepción que debe ser de interpretación estricta

163 En La autoridad del Derecho y la naturaleza del soft law, Cuaderno de Derecho Público, núm. 28 (mayo – agosto 2006)

marco de las transacciones comerciales internacionales respecto a materias a las cuales el “poder público” ha marcado una clara política internacional en el sentido de cristalizar un “enfoque basado en reglas”. (Idógoras, G. Fied, A. Lara, P. 2011: Pág. 889)

Compartimos por ende las expresiones del autor citado cuando concluye que “*la comunidad internacional adoptó el “enfoque basado en reglas”, alternativo al enfoque de la preeminencia del poder negociador de las partes*”, por lo que más allá de los argumentos que lo avalan para dar estabilidad y seguridad a las relaciones económicas internacionales, el mismo se convirtió en un **infranqueable límite**, al menos en el papel, a la actuación privada, resultando “(...) *inconcebible que los particulares pudiesen organizar a su medida una actividad de tamaño interés público e internacional*” (Ibídem), contando con preceptos normativos que claramente imponen que tanto la elaboración como la adopción de medidas sanitarias y fitosanitarias, se atribuye a Miembros de la OMC.

Lo cierto es sin embargo, que pese a que dicho accionar es claramente contrario al precepto normativo analizado en el marco del Artículo 2 del Acuerdo MSF, sean algunos Miembros de la propia OMC, los que hayan puesto en tela de juicio y cuestionado las competencias del Comité MSF para intervenir en estas materias.

4.3 Las “Normas privadas” y la Responsabilidad de los Miembros de la OMC: El alcance y el contenido del Artículo 13 del Acuerdo MSF

El Artículo 13, ha sido una de las disposiciones más controvertidas en el tratamiento de las preocupaciones que se han planteado en el ámbito del Comité MSF.

En efecto, recordemos que los avances que se lograron luego de arduas discusiones, respecto a acordar el tratamiento de las “normas privadas” en el ámbito del Comité¹⁶⁴ (limitando sus deliberaciones a las normas privadas relacionadas con cuestiones sanitarias y fitosanitarias establecidas o adoptadas por entidades no gubernamentales para conseguir uno de los cuatro objetivos enumerados en el párrafo 1 del Anexo A), no tuvieron los frutos esperados, por la imposibilidad de lograr una definición consensuada debido a las diferencias planteadas por algunos Miembros en relación a la expresión “entidad no gubernamental” que utiliza el Artículo 13, así como respecto a las opiniones divergentes en torno al alcance de este artículo.

Es por las razones indicadas, que para el análisis de esta sección, nos detendremos en la consideración de algunos puntos de vista que determinaron el estancamiento los trabajos emprendidos por el Comité MSF y que ello tuviera directa relación, con las demoras incurridas en la aprobación del Cuarto Examen de Funcionamiento del Acuerdo, el que se concreta luego de tres años de discusiones, en junio del presente año¹⁶⁵.

Christiane Wolff (Conferencia OIE 2008, pág. 103)¹⁶⁶, con su acostumbrada elocuencia,

164 Acuerdo que como vimos en oportunidad de efectuar en nuestra evaluación inicial (Capítulo II, sección 2.2), tardó en materializarse habida cuenta de la oposición de algunos Miembros que consideraban que por tratarse de normas elaboradas en ámbitos privados, no debían ser tratadas en el ámbito del Comité.

165 Ver Capítulo II, sección 2.2 en la cual efectuamos el resumen cronológico de lo acontecido.

166 Christiane Wolff: Consejera, Dirección de Agricultura y Productos Básicos de la Organización Mundial del Comercio en “LAS NORMAS PRIVADAS Y EL COMITÉ DE MEDIDAS SANITARIAS Y FITOSANITARIAS DE LA OMC” - Conf. OIE 2008, pág. 103.

sintetiza la cuestión en los siguientes términos:

“(...) ¿Se aplica el Acuerdo MSF a las normas privadas? Los miembros de la OMC tienen opiniones divergentes al respecto, a causa, entre otros motivos, de las distintas interpretaciones que se hacen del Artículo 13 del acuerdo. Varios miembros de la OMC consideran que dicho artículo obliga a los miembros a asegurarse de que los organismos que elaboran normas privadas en sus territorios cumplen el acuerdo, mientras que otros discuerdan.

Las tres últimas frases del Artículo 13 mencionan a las “entidades no gubernamentales” sin definir las y en tal sentido las opiniones se dividen también entre quienes opinan que comprende las entidades que elaboran normas privadas mientras otros opinan que solo incluye a las normas de aquellas entidades a las cuales los gobiernos hayan encargado alguna actividad vinculada al Acuerdo MSF¹⁶⁷ (...)”.

A nuestro modo de ver, se ha incurrido en un error conceptual en la base argumentativa de determinadas posiciones que parten por considerar el Artículo 13 como disposición regulatoria del ámbito de aplicación del Acuerdo,¹⁶⁸ o quienes vinculan esta disposición a los alcances de los tratados internacionales a los individuos¹⁶⁹, aspectos que son claramente distintos y que no se abordan en la disposición en examen.

En efecto, en lo que respecta a este último aspecto, ccontrariamente a lo que se ha sustentado, entendemos que las reglas de derecho que se consagran en los tratados válidamente concluidos alcanzan a los individuos de los Miembros que los han suscripto, lo cual no equivale a concluir que existe una “aplicación directa” de sus disciplinas a los particulares, como si de un proceso de integración supranacional se tratase.

Si bien vimos en el marco teórico las distintas posiciones doctrinales que se desarrollan sobre el particular y que han sido objeto de constantes consideraciones en el abordaje del alcance a los individuos de las reglas el derecho internacional público y particularmente del derecho internacional económico, no podemos dejar de precisar que se incurre en un error conceptual de base cuando se pretende justificar en base a ese debate doctrinal, que la “captura regulatoria” a la que asistimos, por generarse en ámbitos estrictamente privados, escapan a toda consideración en el ámbito del sistema multilateral.

En efecto, dicha “conducta” privada se encuentra regulada y resulta alcanzada por las disposiciones que derivan del derecho internacional económico, en tanto se originan en ámbitos sujetos a jurisdicción de los distintos Miembros, sea por su aplicación inmediata o por virtud de la incorporación a los ordenamientos jurídicos nacionales de

167 El documento G/SPS/GEN/802, presentado por el Reino Unido, contiene un análisis detallado del Artículo 13 y de otros artículos de los Acuerdos MSF y OTC. Asimismo, este documento presenta un análisis jurídico no oficial realizado por O'Connor and Company, bufete de abogados de Bruselas.

168 Este error conceptual, lo vemos reflejado en las propias discusiones que se han formulado en el ámbito del Comité MSF, como se desprende del tenor de los documentos que se han circulado y que hemos considerado en términos generales, al investigar en torno al tratamiento de las “normas privadas” en dicho contexto en el Capítulo II.

169 G/SPS/R/37 y G/SPS/R/46

normativa internacional.

Se ha sostenido con acierto que:

“..El problema planteado obliga a teorizar respecto a las relaciones entre el derecho y el derecho internacional y su efecto sobre los particulares” y que ha sido una constante en el debate doctrinario dado que de él “(...) devienen las distintas teorías sobre la forma en que las normas del derecho internacional se aplican a los particulares de los países (efecto directo, incorporación a la legislación nacional) y a la responsabilidad internacional de los Estados.

La importancia de remitirnos a los fundamentos del debate doctrinario sobre el efecto de los Acuerdos respecto a los particulares, es porque, más allá de que sea por efecto directo o por incorporación a las legislaciones nacionales, los productores y empresarios de los Miembros han adquirido derechos que devienen de los Acuerdos, el Acuerdo MSF en el caso que nos ocupa, los cuales se han constituido en un derecho para todos los nacionales de los países Miembros de la OMC.” (Idógoras, G. Fied, A. Lara, P. 2011: Pág. 93)

Concluyen los autores del trabajo indicado que:

“De acuerdo a las reflexiones expuestas, afirmar que los Acuerdos de la OMC no se aplican a particulares, y por lo tanto obligan solo a los Estados, sería una simplificación un tanto apresurada de los efectos legales de los Tratados en materia de derecho económico internacional.

Con más precisión jurídica podría afirmarse que los acuerdos de la OMC no tienen efecto directo sobre los particulares de los Estados Miembros, o no obligan directamente a los particulares. Esto no implica que no se generen derechos y obligaciones respecto de los mismos en tanto y en cuanto los Estados incorporan dichos Acuerdos a la legislación nacional, ni que los Estados no deban garantizar la observancia de los mismos”. (Ibídem)

4.3.1 El carácter implementativo del Artículo 13

Para comenzar a entender el verdadero alcance del Artículo 13 del Acuerdo MSF, frente a algunas lecturas que se ha pretendido darle, es necesario tomar en consideración una aproximación de tipo sistémico, habida cuenta de algunos matices que hemos detectado entre las versiones en inglés y francés de dicho acuerdo, frente a la versión en español.

El texto en español del Acuerdo MSF tiene como título para dicho Artículo la palabra “Aplicación”, lo que podría entenderse erróneamente como referido al ámbito de aplicación de dicho acuerdo, incluyendo por consiguiente a los directamente responsables de su cumplimiento, cuando en realidad el contenido del Artículo 13 está referido a

cuestiones vinculadas a la implementación y observancia del Acuerdo MSF dentro de su territorio.

En efecto, recurriendo a la versión en inglés constatamos que, la expresión utilizada es **“Implementation”** y en el mismo sentido, el texto en la versión francesa que refiere a **“Mise en Oeuvre”**, expresión cuya primera acepción es **“implementación”** o **“puesta en marcha”**, o **“puesta en aplicación”**, si se quiere. De hecho, si revisamos el Diccionario en línea WordReference, encontramos con que la palabra implementación se traduce del español al francés como *“mise en oeuvre, mise en place nf”*¹⁷⁰, al tiempo que la misma herramienta en línea traduce *“mise en oeuvre”* como *“aplicación, implementación nf/puesta en marcha nf + loc adj”*¹⁷¹.

Por su parte, el Diccionario en línea Diccionario Espasa Grand: español-francés français-espagnol © 2000 Espasa-Calpe traduce la palabra **“implementación”** como **“f Inform implémentation f”**¹⁷², definiéndola a su vez como **“f Inform implementación, instalación”**¹⁷³.

Creemos, en virtud de lo señalado, que una adecuada expresión para rotular el Artículo 13 en su versión en español, debió ser **“Implementación”**, aspecto que resulta de capital importancia en nuestro análisis, en tanto **hace caer como veremos al avanzar en la progresión de nuestro razonamiento jurídico, toda posición que sustentada en que este artículo regula el ámbito de aplicación del Acuerdo, pretenda despejar en base al mismo, la interrogante en relación a si el Acuerdo aplica a las “normas privadas” o si la expresión “entidades gubernamentales” abarca o no, a toda entidad privada independientemente de si actúan bajo un mandato gubernamental al elaborar y aplicar dichas normas.**

Con relación a versiones de los textos que hemos visto, entendemos que corresponde proceder conforme a lo previsto en el párrafo 3 del Artículo 33 de la Convención de Viena, que establece la presunción en cuanto a que los términos de un tratado tienen igual sentido en cada uno de los textos autenticados, y adicionalmente, en línea con lo previsto en el párrafo 4 del mismo artículo, que refiriéndose a la interpretación de tratados autenticados en dos o más idiomas, señala que si la diferencia de sentido identificada entre las distintas versiones no pueda resolverse de acuerdo con las reglas generales de interpretación, o recurriendo a los medios de interpretación complementarios, **se adoptará el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y del fin del tratado.**

En tal sentido, de lo que hemos expresado en relación a estos matices, surge que la diferencia de sentido entre las distintas versiones puede resolverse de acuerdo a las reglas generales de interpretación, considerando el sentido literal de los términos empleados y el propio contenido del tratado.¹⁷⁴

170 <http://www.wordreference.com/esfr/implementaci%C3%B3n>

171 <http://www.wordreference.com/fres/mise%20en%20oeuvre>

172 <http://www.wordreference.com/esfr/implementaci%C3%B3n>

173 <http://www.wordreference.com/fres/impl%C3%A9mentation>

174 Si tuviéramos igualmente que atenernos al objetivo y fin del tratado, deberíamos adoptar el mismo sentido que estamos sosteniendo y conciliar ambas versiones sobre la base de lo que efectivamente regula que es la implementación

Del mismo modo, el título del Artículo 13 debe leerse de manera consistente con el contenido del mismo y en tal sentido, desde la frase que encabeza su redacción (párrafo 1) y de los párrafos siguientes, se hace referencia a la responsabilidad de los Miembros por la **observancia** de las disposiciones del Acuerdo y de todas las obligaciones en el estipuladas, **vale decir, se refuerza la idea de que este artículo está dirigido a dejar claramente sentadas las disposiciones en materia de responsabilidad de los Miembros por la implementación y observancia del Acuerdo MSF dentro de su territorio.**

Es relevante tener en cuenta en tal sentido, que los aspectos vinculados al cumplimiento o la observancia de los Tratados, dicen relación con el efecto de los propios Tratados, aspecto que destacamos al considerar, en el Capítulo III, las disposiciones aplicables de derecho internacional general; siendo el principio *pacta sunt servanda* la piedra angular de las disposiciones de los Tratados referidas al cumplimiento y la observancia, como acciones encaminadas a honrar de buena fe los compromisos asumidos.

Estos aspectos, que empezamos a delinear tan solo con analizar el título de la disposición bajo análisis y lo previsto en su párrafo 1, se aprecia de manera mucho más evidente cuando profundizamos en las obligaciones de los Miembros respecto a las entidades no gubernamentales que actúan en sus respectivos ámbitos jurisdiccionales.

En efecto, la “observancia” de todas las disposiciones del Acuerdo, que el Artículo 13 impone bajo la responsabilidad de los Miembros, incluye obviamente las previstas en este mismo Artículo con respecto al disciplinamiento de las conductas privadas que se realizan por entidades no gubernamentales que actúan bajo su jurisdicción, aspecto al que nos abocamos a considerar seguidamente.

Lo concerniente a este asunto se encuentra contenido en la siguiente sección de dicho artículo:

“Los Miembros tomarán las medidas razonables que estén a su alcance para asegurarse de que las entidades no gubernamentales existentes en su territorio, así como las instituciones regionales de que sean miembros las entidades competentes existentes en su territorio, cumplan las disposiciones pertinentes del presente Acuerdo. Además, los Miembros no adoptarán medidas que tengan por efecto obligar o alentar directa o indirectamente a esas instituciones regionales o entidades no gubernamentales, o a las instituciones públicas locales, a actuar de manera incompatible con las disposiciones del presente Acuerdo.”

4.3.2 El alcance de la expresión “entidades no gubernamentales”

Esta es una cuestión abordada intensamente, como vimos, en el marco del Comité del Acuerdo. En efecto, adoptando el sentido de la expresión en español “aplicación” como sinónimo de “ámbito de aplicación de la norma”, se ha interpretado, como lo hemos expresado anteriormente, que algunas conductas privadas aún cuando regulen la materia sanitaria y fitosanitaria, no resultan alcanzadas por la disposiciones del Acuerdo MSF. Entendemos que dicha visión, no sólo carece de fundamento jurídico sino que además, no tiene en cuenta el objetivo y fin del Acuerdo MSF que como vimos en el Capítulo III, es precisamente garantizar que las medidas en él comprendidas, sólo se apliquen si son necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales.

MSF de la OMC y se han generado opiniones doctrinales como las sustentadas por BOHANES y SANDFORD (2008), quienes señalan que los actos de instituciones no gubernamentales estarían sujetos a las disciplinas del Acuerdo MSF sólo en la medida en que tales instituciones operen bajo un mandato gubernamental especial.

Ello, debido a una vinculación errónea que dichos investigadores efectúan, con relación al hecho cierto de que en el lenguaje de la OMC, las expresiones “leyes, decretos, reglamentos, requisitos y prescripciones” (contenidos en la definición de medidas sanitarias y fitosanitarias del Acuerdo MSF) están siempre asociadas con una acción gubernamental. El intento de definir medidas tomadas por entidades no gubernamentales, interpretando que ello únicamente se refiere a entidades que desempeñan algún tipo de cometido gubernamental es un claro intento por restringir el alcance del artículo 13.

Recordemos en tal sentido, que toda enumeración taxativa origina interpretaciones restrictivas. El artículo 13 no contiene ningún tipo de enumeración taxativa de lo que se entiende por entidad no gubernamental. En ese sentido, y por oposición, toda interpretación de buena fe debería considerar sus alcances dentro de los términos más amplios posibles, sin intentos de limitar o circunscribirlo de manera tal que el problema de fondo quede, precisamente, incólume.

Al respecto, es necesario hacer especial hincapié en lo señalado por el párrafo 2 del Artículo 3 del ESD, en el sentido de que:

“Los Miembros reconocen que ese sistema sirve para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados y para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público. Las recomendaciones y resoluciones del OSD no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados.”

Si bien no está dirigido expresamente a analizar las disposiciones bajo estudio, el Órgano de Apelación ha señalado que dicha disposición puede servir de referencia para discernir las normas usuales aplicables a su interpretación. Nótese igualmente, que el enunciado final recoge claramente el principio de Efecto Útil, de suma importancia para nuestro análisis.

Los debates en el ámbito del Comité se han centrado como hemos visto, en intentar precisar los conceptos de entidad no gubernamental y norma privada cuando en realidad, debió analizar en primer término las diferencias notorias que en este aspecto se producen entre el acuerdo MSF y el Acuerdo OTC. Sobre el particular, cualquier ejercicio interpretativo debería partir de la base de las diferencias, no casuales, en torno a lo que pueden o no pueden hacer las “entidades no gubernamentales”, esto es, “entidades que no son del gobierno” según la propia definición del Acuerdo OTC. Este Acuerdo, reconoció a dichas entidades con capacidad para “elaborar normas” y también para “aplicarlas” y son comúnmente denominadas entidades de normalización habilitadas con frecuencia, a elaborar normas cuyo contenido no es obligatorio.

Sin embargo, resulta fácilmente advertible que el Acuerdo MSF siguió un camino distinto. A nuestro juicio, cuando el artículo 13 hace referencia a los organismos no gubernamentales, en modo alguno consagra la posibilidad de que dichos organismos no gubernamentales puedan elaborar o adoptar medidas sanitarias o fitosanitarias, sino que por el contrario, el hecho de que no lo haya señalado expresamente, como si lo hace el Acuerdo OTC, refleja una intencionalidad distinta del legislador, que deja por fuera dicha posibilidad. Ello, partiendo de la base que además, tanto la fijación del nivel adecuado de protección como la medida sanitaria o fitosanitaria en sí misma, son elaboradas o adoptadas por los Miembros, a través de los organismos gubernamentales pertinentes.

El Acuerdo OTC regula específicamente la actividad de entidades no gubernamentales, porque muchos de los aspectos vinculados con la aplicación y aún con la elaboración de normas o reglamentos técnicos son delegados en instituciones u organismos que no forman parte de la estructura gubernamental propiamente dicha.

El tema no pasa por ver si el acuerdo OTC y el Acuerdo MSF comprenden o no a las normas privadas, el Acuerdo OTC consideró en su regulación la práctica usualmente aplicada en los países miembros.

Si bien los principios que inspiraron ambos acuerdos son los mismos que inspiran a todo el sistema multilateral del comercio, las distancias entre ambos acuerdos son grandes en cuanto a las características de uno u otro sistema o régimen institucional. Esto queda confirmado con meridiana claridad cuando advertimos que a título expreso las medidas sanitarias y fitosanitarias son excluidas del tratamiento en el acuerdo OTC.

Evidentemente, no todos comparten esta opinión, Gascoine y O'Connor and Company (OMC, 2007d: 25) sostienen "(...) *Que la posibilidad de aplicar el Acuerdo MSF a las normas privadas no se mencionó nunca en las reuniones formales de negociación ni en los debates informales*" y sobre dicha base, sostienen que el acuerdo MSF no es aplicable a la normativa privada.

Nada más sesgado o menos ajustado a derecho, y nada más peligroso para la previsibilidad del sistema multilateral en materia sanitaria y fitosanitaria que este tipo de interpretaciones, razón por la cual nos ocuparemos de ella con cierto detenimiento:

- En materia de elaboración o adopción de medidas sanitarias y fitosanitarias el Acuerdo MSF es claro en cuanto a que por tratarse de una clara política pública, corresponde únicamente a las entidades gubernamentales este tipo de actuaciones.
- Al respecto, recordemos que el artículo 31 de la Convención de Viena resalta la necesidad de que la interpretación de los tratados se realice tomando en consideración el contexto de los términos del tratado, y teniendo en cuenta su objeto y finalidad. Del mismo modo, el artículo 26 de la Convención de Viena, que recoge el principio de *pacta sunt servanda*, señala que los tratados obligan a las partes y deben ser cumplidos por ellas de buena fe.

- Si consideramos el contexto y finalidad en el cual fue redactado el artículo 13 del Acuerdo MSF, resulta evidente que cuando los países miembros de la OMC se sentaron a la mesa de negociaciones durante la Ronda Uruguay y previamente en el marco del GATT 1947, lo hicieron con la intención de negociar las reglas bajo las cuales lo que primordialmente se debía garantizar es el acceso a los mercados de sus exportaciones.
- En ese sentido, determinar, adoptar e imponer medidas sanitarias y fitosanitarias a nivel privado, menoscaba y erosiona considerablemente los derechos de los países exportadores, adquiridos en virtud de las maratónicas jornadas de negociación que dieron origen al actual sistema multilateral de comercio.
- Recordemos igualmente que el Artículo 32 de la Convención de Viena señala que deberá recurrirse a los medios de interpretación complementarios únicamente cuando la interpretación efectuada bajo la regla general de interpretación contenida en su Artículo 31, deba ser validada o determinada en virtud de persistir aún ambigüedades en el sentido de un tratado, o cuando el resultado de dicha interpretación resulte absurdo o irrazonable, siendo que ninguno de ambos supuestos resulta de aplicabilidad al Artículo 13.
- De igual manera, el fenómeno de la fragmentación del derecho en el campo sanitario y fitosanitario, para la época en la que se negoció el Acuerdo MSF, no se presentaba de manera tan marcada, resultando igualmente razonable suponer que en aquellos momentos no estaba en cuestión para ninguno de los allí presentes el hecho de que son los Estados los únicos empoderados para adoptar este tipo de medidas.
- Y si de los trabajos preparatorios se trata, acompañamos lo expresado por el representante de Argentina cuando en ocasión de abordar la preocupación comercial específica formulada por San Vicente y las Granadinas, en el seno del Comité MSF, señaló que:

“La comunidad internacional había concluido acuerdos internacionales para garantizar que las normas comerciales no fueran innecesariamente rigurosas, de manera que actuaran como obstáculos al comercio internacional, y los países habían dedicado tiempo y recursos financieros y humanos a asistir a todas las reuniones internacionales en las que se habían examinado, elaborado y aplicado normas. Si el sector privado fuera a aplicar unas normas innecesariamente restrictivas que afectarían al comercio y los países no dispusieran de un foro en el que propugnar cierta racionalización de esas normas, 20 años de debates en los foros internacionales habrían sido inútiles.”

Ahora bien, el Artículo 13 considera no obstante a las entidades no gubernamentales, pero ¿en qué sentido y con qué alcance lo hace?: En un sentido y alcance totalmente distinto al que surge del Acuerdo OTC que aborda no sólo la elaboración y aplicación de reglamentos técnicos oficiales, sino también, de manera explícita, las actividades privadas de elaboración y adopción de normas y de evaluación de la conformidad.

El matiz que queremos enfatizar es precisamente que el Acuerdo OTC aborde ambos instrumentos (elaboración oficial y no oficial de normas) no puede llevarnos a sostener que como esta circunstancia no está considerada en el Acuerdo MSF, eso significa que las normas privadas no están abarcadas por sus disposiciones.

Una interpretación de esta naturaleza desvirtúa y no considera las particularidades de uno u otro sistema, cuando en realidad, se da la situación inversa, estas particularidades son tenidas en cuenta en la redacción que el Acuerdo MSF da al artículo 13 si la comparamos con la homóloga del Acuerdo OTC.

Esto se desprende con claridad si tomamos en consideración el hecho de que, como ya señalamos, el Acuerdo OTC se vio obligado a circunscribir su alcance de manera expresa a actuaciones efectuadas bajo la utilización de facultades gubernamentales, mientras que el Acuerdo MSF no efectuó ninguna acotación en dicho sentido.

De igual modo, debe notarse que la mención a la expresión “entidades no gubernamentales” se hace más bien dentro de un artículo, como el 13, dirigido a velar por la implementación y observancia del Acuerdo MSF, lo cual ni resulta casual, ni debe dejar de formar parte de nuestro razonamiento, toda vez que de ello se puede extraer que dicha mención no solamente tiene un alcance diferenciado, sino que adquiere un sentido totalmente distinto que la que se le otorga por el Acuerdo OTC.

Cabe reiterar la importancia del contexto y fines, a efectos de cualquier ejercicio interpretativo, de conformidad con la Convención de Viena, así como lo mencionado en párrafos anteriores respecto a lo señalado por el párrafo 2 del Artículo 3 del ESD, acerca de la importancia de que los ejercicios interpretativos no entrañen el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados por el sistema multilateral de comercio.

Por si todo lo anterior no fuera suficiente, es necesario poner especial atención a la última oración del Artículo 13, la cual señala que los Miembros “se asegurarán de que sólo se recurra para la aplicación de las medidas sanitarias o fitosanitarias a los servicios de entidades no gubernamentales si éstas se atienen a las disposiciones del presente Acuerdo.”.

En ese sentido, el Acuerdo MSF únicamente señala la posibilidad de recurrir a los servicios de entidades no gubernamentales, para la implementación de una medida, pero claramente no lo hace para la fijación del nivel adecuado de protección y la determinación de la medida sanitaria y fitosanitaria que del mismo deriva.

Para finalizar, y para ponerlo en términos muy sencillos, si eso fuera correcto, la redacción del artículo 13.1 del Acuerdo MSF y 3.1 del Acuerdo OTC tendría que haber sido la misma.

4.3.3 El artículo 13 del Acuerdo MSF como obligación para los Miembros

Como se desprende de la síntesis que efectúa Chistiane Wolff en la cita que hemos

transcripto, los debates en torno a las “normas privadas”, se han orientado a lo que resume con la interrogante planteada: *¿Se aplica el Acuerdo MSF a las normas privadas?* La respuesta a la misma, se plantea inmediatamente, sintetizando el tenor de las opiniones divergentes que a ese respecto, tienen los Miembros de la OMC y que responden a interpretaciones distintas respecto al alcance del Artículo 13.

Hemos despejado en la sección anterior, los fundamentos por los cuales entendemos que las posiciones que vinculan a este artículo con el ámbito de Aplicación del Acuerdo, no son consistentes con el alcance implementativo que el mismo consagra.

Ahora bien, ¿están obligados los Miembros a asegurarse que los organismos que elaboran normas privadas en sus territorios, cumplen el Acuerdo?

La respuesta a esta interrogante, la efectuaremos sobre la base del análisis efectuado por Jan Bohanes y Ian Sandford (2008), el cual se ocupa de las conductas restrictivas al comercio generadas por actores privados, efectuando un claro detalle del tipo de obligaciones que muchos de los acuerdos de la OMC entrañan. Advertimos sin embargo, que si bien compartimos y hacemos nuestro parte del razonamiento, en el sentido del tipo de obligaciones contenidas en los acuerdos OMC y en el Artículo 13, disentimos diametralmente de algunas de las conclusiones a las que arriban, como se verá más adelante.

Los autores parten por señalar que debido a que no solamente las medidas tomadas por los gobiernos impactan en el comercio, la OMC se asegura en determinadas circunstancias, de que asuman responsabilidad por actividades privadas que distorsionen el comercio. Al respecto, dividen en dos grandes categorías estas actividades: por un lado aquellas en las que las normas mismas de la OMC proporcionan base para “atribuir” esta conducta a los Estados, y por el otro, aquellas situaciones en las que las normas de la OMC proporcionan base suficiente para que los Estados adquieran responsabilidad por no disciplinar estas conductas.

Cabe destacar de lo anterior, que parten del reconocimiento en cuanto a que son siempre los Estados los llamados a disciplinar estas conductas privadas, sea por la vía de la atribución de la conducta a los Estados, sea por la vía de la asignación de responsabilidad a los mismos. En ese sentido, siguen los criterios plasmados en la Resolución 54/83 de la Asamblea General de Naciones Unidas, que fuera analizada en la sección referente a la responsabilidad internacional de los Estados, razón por la cual distinguen:

Atribución a los Estados de acciones desarrolladas por privados: aquí Bohanes y Sandford señalan que son situaciones en las que las normas de la OMC, apoyándose en un conjunto más general de normas vinculadas a la responsabilidad del Estado, permiten asimilar actividades privadas a las gubernamentales, atribuyendo responsabilidades a los Estados. En el análisis citan diversos casos y jurisprudencia multilateral, considerando además, como vimos, que los acuerdos OMC no pueden analizarse de manera independiente o aislada del derecho internacional.

Estas actividades pueden clasificarse en:

1. Aquellas llevadas a cabo por instrucción, o bajo la dirección o control de un Estado, o
2. Conductas que no serían atribuibles a un Estado, si no fuese porque el mismo reconoce y adopta como propias dichas conductas¹⁷⁵.

Entre los ejemplos citados como situaciones en las que la OMC expresamente atribuye a los estados conductas privadas, considerando que estas conductas esconden la intención de los Estados de “esquivar” o “rodear” las disciplinas de la OMC, se citan, entre otras, disciplinas sobre subsidios privados bajo el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias; el caso de las Empresas del Estado o Monopolios designados bajo el Artículo XVII del GATT; la tercerización o delegación de funciones gubernamentales, siendo el caso típico el ya descrito del Acuerdo OTC.

Algo importante que señalan es que la atribución de conducta privada a un Estado no es suficiente para tener un caso, citando el Japan – Film en donde si bien la reclamación estadounidense pasó el análisis de atribución, no logró demostrar una anulación o menoscabo bajo el inciso b) del Artículo XXIII. Ergo, concluyen que una conducta privada atribuida a un Estado debe también estar cubierta por una regla o recurso de la OMC para poder sustentar de manera sólida una reclamación.

Indican adicionalmente, que las limitaciones a esta atribución radican en que muchas veces el “textual hook” o base normativa para atribuir una conducta privada a un gobierno no es claro o incluso es inexistente, siendo natural la reluctancia de los órganos de la OMC para atribuir a Estados conductas de organismos privados independientes a sus gobiernos.

- B) Falla de un Estado en disciplinar la actuación de los privados dentro de su jurisdicción: aquí, si bien la conducta no es atribuible en principio a un Estado, toda vez que ocurre enteramente por fuera de la esfera de control de un gobierno, lo que se reclama es que el gobierno en cuestión, después de tomar conocimiento de la conducta privada de que se trate, falla u omite ejercitar su autoridad para disciplinarla. Estas obligaciones son conocidas como disposiciones de “diligencia debida”.

Dos subcategorías son abordadas por los autores:

1. Disposiciones que expresamente requieren que un miembro de la OMC tome acciones para disciplinar acciones privadas dentro de su jurisdicción: el resultado en este caso debe ser “OMC consistente” en todos los casos.
2. Disposiciones que no contienen esa obligación expresa, pero que no obstante pue-

¹⁷⁵ En el panel Japan – Film el panel observó que “panels have been faced with making sometimes difficult judgments as to the extent to which what appear on their face to be private actions may nonetheless be attributable to a government because of some governmental connection to or endorsement of those actions”

den interpretarse en el sentido de requerir esa acción.

Dentro de las primeras se distinguen igualmente obligaciones de “asegurar” y obligaciones de “tomar medidas razonables o apropiadas”. Dentro de las obligaciones de asegurar se encuentra inmersa una “obligación de resultado”. Las últimas contendrían, siguiendo este razonamiento, una “obligación de gestión”.

Los autores distinguen con razón, entre el examen de atribución aplicable al supuesto anterior, y a la asignación de responsabilidad que si aplica para este tipo de situaciones. A diferencia de la “atribución” de la conducta, en donde el objetivo de política perseguido es evitar que los miembros evadan sus obligaciones (“Circumvention”), en este caso dicho objetivo es mucho menos marcado.

La existencia de una obligación positiva de actuar, señala el documento de Bohanes y Sandford, tiene como consecuencia lógica que a) la conducta gubernamental puede ser llevada a corte y b) el comportamiento gubernamental puede ser inconsistente con dicha obligación.

Al respecto, tanto las acciones positivas de un Estado, como un fallo en actuar o intervenir, pueden ser encontrados inconsistentes. Colocan como ejemplo de esto último lo señalado por el Órgano de Apelación durante la revisión del caso “US Corrosion Resistant Steel Sunset Review”.

Como veremos en las páginas siguientes, a nuestro juicio el Artículo 13 del Acuerdo MSF, contiene una obligación de “diligencia debida”, que requiere, siguiendo esta lógica, un resultado “OMC consistente”, toda vez que el alcance de la frase “*Los Miembros tomarán las medidas razonables que estén a su alcance para asegurarse (...)*” de que las entidades no gubernamentales cumplan y tengan una actuación compatible con las disposiciones del Acuerdo MSF, constituye claramente un mandato que compele a los Miembros a actuar con todos los recursos que se encuentren a su alcance.

Sobre el alcance de la palabra “cumplan” en este contexto nos ocuparemos en breve, pero regresando a lo anterior, y por los mismos motivos, dicho Artículo contiene claramente una obligación de resultado y no de gestión, habida cuenta de que dicho mandato explícitamente señala que el resultado deseado es el de “asegurar” este “disciplinamiento” de las actividades no gubernamentales en materia sanitaria y fitosanitaria”.

Como vimos, el Artículo 13 del Acuerdo tiene un carácter claramente “implementativo”, lo que nos permite concluir válidamente que dicho artículo contiene una obligación para los Miembros de “diligencia debida” al momento de implementar las disposiciones del Acuerdo MSF, que exige un resultado compatible con la OMC en dicha implementación, lo que incluye igualmente a cualquier medida sanitaria y fitosanitaria emitida conforme a sus disposiciones, toda vez que dichas medidas constituyen, precisamente, la implementación u “operativización” de los compromisos internacionales allí contenidos.

Bohanes y Sandford citan una serie de disposiciones de los acuerdos que componen el sistema multilateral de comercio, que cuentan con disciplinas que contienen obliga-

ciones expresas para los Estados en torno al “disciplinamiento” de conductas privadas: aquí los autores citan los ejemplos típicos de los Acuerdos OTC y MSF, entre otros, ocupándose precisamente del artículo 13 de este último, detallando el debate existente de si las normas privadas se encuentran cubiertas por dicho artículo.

Sobre esto último hacen referencia a la discusión de si el mismo comprende a empresas privadas o si el mismo únicamente hace referencias a organismos a los que los que un gobierno ha confiado determinada tarea legal (por ejemplo evaluación de la conformidad) o que tienen algún status legal especial.

En este punto acertadamente señalan, que la mención a entidad no gubernamental en el Acuerdo OTC hace expresa mención a que las mismas actúan bajo mandato gubernamental para poner en vigencia normas técnicas, lo que sugiere que esa mención expresa se hace tomando en consideración a que de otro modo el alcance de la expresión “entidad no gubernamental” incluiría entidades que no poseen dicho poder legal.

No cabría argumentar, por consiguiente, que es posible extraer que la mención a “entidades no gubernamentales” implícitamente debe leerse de esta manera en el Acuerdo MSF, sino que por oposición, la redacción del Acuerdo MSF debe interpretarse con un alcance mucho más amplio, derivado del hecho del carácter general de la misma, que no efectúa ningún tipo de mención expresa a que dichas entidades deban estar actuando bajo facultades gubernamentales a efectos de dicho acuerdo.

El órgano de apelación, según refieren, ha hecho especial énfasis en que el intérprete de un tratado no debe leer palabras en el mismo “que no están allí”.

Sin perjuicio de lo anterior, los autores señalan que la razón más fuerte para entender que el artículo 13 no ampara a las normas privadas, es porque las mismas no son “medidas sanitarias y fitosanitarias” tal y como se encuentran definidas en el Acuerdo MSF, vale decir, deben entenderse como normas, leyes, decretos, regulaciones, requisitos y procedimientos asociados a acción gubernamental y, por consiguiente, una medida sanitaria y fitosanitaria siempre puede rastrearse a autoridades gubernamentales y siempre será vinculante.

En ese sentido, concluyen, los actos de este tipo de entidades son sujetas a las disciplinas del Acuerdo MSF únicamente en la medida en que estas entidades no gubernamentales operen bajo autoridad gubernamental, razón por la cual no debería entenderse, según ellos, que dicho Acuerdo disciplina normas privadas de carácter sanitario y fitosanitario, efectuadas por entidades no gubernamentales que no puedan ser vinculadas al gobierno.

Para los autores, por consiguiente, la obligación del Artículo 13 es, en suma, una obligación para disciplinar conductas que pueden ser “atribuidas” a un Estado como si fueran suyas, razón por la cual la mención a la adopción de medidas razonables es una “obligación de resultado”, más no por una responsabilidad directa, sino que se debe pasarse previamente por un examen de “atribuibilidad”, escapando por consiguiente de

la órbita de este artículo, cualquier actuación privada que se encuentre completamente desvinculada de la órbita de acción estatal.

Nuestro razonamiento no puede estar más a contramano de dichas afirmaciones, que si bien pueden parecer convincentes en virtud de una mirada superficial, luego de una lectura más detenida a la luz de los principios interpretativos contenidos en la Convención de Viena, resulta hasta reduccionista.

En efecto, tienen razón en cuanto a que el Acuerdo MSF no busca regular la elaboración de normas privadas, pero ello es precisamente la razón por la que la obligación de hacer cumplir las disposiciones del acuerdo está dirigida a los Miembros, de manera tal que disciplinen a las entidades no gubernamentales que actúen de manera incompatible con el acuerdo.

De igual modo, pensamos efectivamente que se trata de una obligación de resultado, pero por las razones señaladas de que se trata de una obligación que implica, desde la frase inicial del artículo, una asignación de responsabilidad a los Estados en la observancia de las disposiciones del Acuerdo MSF.

Asimismo, nos encontramos ante una obligación de resultado, porque la referencia en dicho artículo, a medidas razonables, se complementa con la mención a que las mismas los Estados deben hacerlas para “asegurarse de que las entidades no gubernamentales...”. Vale decir, es una obligación de resultado porque el artículo mismo lo dice así a texto expreso, asignando directamente la responsabilidad a los Estados, sin que deba mediar ningún examen de atribución.

Este parece haber sido el criterio seguido por una “Comunicación de MERCOSUR (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay) al Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias”¹⁷⁶, publicada el 30 de septiembre de 2009 distingue dos tipos de obligaciones para los Miembros, de conformidad con el Artículo 13:

“Una “obligación de hacer”, materializada en el enunciado “Los Miembros tomarán las medidas razonables que estén a su alcance para asegurarse de que las entidades no gubernamentales existentes en su territorio, (...) cumplan las disposiciones del presente Acuerdo.

Una “obligación de no hacer”, materializada en el enunciado “Los Miembros no adoptarán medidas que tengan por efecto obligar o alentar directa o indirectamente a esas instituciones regionales o entidades no gubernamentales, o a las instituciones públicas locales, a actuar de manera incompatible con las disposiciones del presente Acuerdo.”

176 OMC. Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. 2009. MARCO LEGAL OMC DE LAS NORMAS PRIVADAS. Comunicación de Mercosur (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay). G/SPS/W/246

Dicha comunicación identifica además dos requisitos para comprometer la responsabilidad de los miembros: (i) que las entidades no gubernamentales no cumplan con las disposiciones del Acuerdo MSF y que (ii) el Miembro no haya cumplido con las referidas obligaciones de acción y omisión.

Como los autores citados señalan, no deben leerse en un tratado palabras que no se encuentran en él y la definición de entidad no gubernamental en el Acuerdo MSF es de hecho de carácter amplio y general.

Dicho de otra forma, en ninguna parte se señala que el objetivo del artículo sea el de establecer dentro del ámbito de aplicación del Acuerdo MSF a la elaboración de normas privadas de carácter sanitario y fitosanitario por parte de entidades privadas, o que estas últimas estén llamadas a cumplir las disposiciones del acuerdo.

Recordemos aquí que ya se ha elaborado de manera suficiente acerca del carácter “implementativo” del Artículo 13, así como a que la obligación en él contenida, en lo que refiere a las entidades no gubernamentales, es una obligación de resultado respecto de su puesta en marcha o implementación, exigiendo un resultado compatible con la OMC para la misma.

Para decirlo de una manera más sencilla, dicho artículo incorpora dentro de su alcance el de establecer simple y llanamente que los Miembros de la OMC tienen la obligación de lograr una actuación compatible de las entidades no gubernamentales en su territorio respecto del Acuerdo MSF, entendidas estas últimas en sentido amplio y general, como ya hemos demostrado.

De otro lado, si ya hemos establecido que la definición de “entidad no gubernamental del Acuerdo MSF difiere radicalmente de aquella contenida en el Acuerdo OTC, tanto en su sentido como en su alcance, pues en este último acuerdo dicha definición se encuentra expresamente constreñida a entidades que actúan por delegación de facultades gubernamentales, resulta incongruente concluir que al final de cuentas se trata de lo mismo.

Ello, a sazón de todo lo argumentado anteriormente, así como a la luz de una lectura atenta de las herramientas que el derecho internacional pone a nuestra disposición en lo que respecta a la interpretación de los tratados, a saber:

El texto de un tratado, según el artículo 31 de la Convención de Viena, constituye la base del proceso interpretativo y que las palabras contenidas en dicho texto deben basarse en el sentido corriente de los términos empleados, no siendo correcto imputar términos que no existen en él o trasladar conceptos que no se pretendían recoger.

A la luz del Principio de *Effet Utile*, el intérprete de un tratado no tiene libertad para adoptar una lectura que vuelva inútiles o redundantes partes enteras del Tratado.

En efecto, interpretar de manera restrictiva el alcance de la expresión “entidad no gubernamental” implica dejar por fuera un universo de actuaciones por parte de entidades privadas que, como hemos demostrado a lo largo de nuestro trabajo, tienen el poder para regular de facto los mercados internacionales e impactar directamente en los beneficios derivados de los acuerdos multilaterales.

Del mismo modo, recordemos que en lo que refiere a los acuerdos del sistema multilateral, el método finalista o teleológico de interpretación jurídica ocupa un lugar preponderante, siendo la premisa básica favorecer aquellas interpretaciones que más favorezcan el comercio.

4.3.4 El Alcance del verbo “cumplir” en el Artículo 13 del Acuerdo MSF

Recordemos que, de conformidad con el Artículo 13 del Acuerdo MSF, los Miembros deben tomar “las medidas razonables que estén a su alcance para asegurarse de que las entidades no gubernamentales existentes en su territorio, así como las instituciones regionales de que sean miembros las entidades competentes existentes en su territorio, **cumplan**¹⁷⁷ las disposiciones pertinentes del presente Acuerdo...”.

Ello, como ya señalamos, ha dado lugar a que algunos autores señalen, equivocadamente a nuestro parecer, que dicho acuerdo está únicamente dirigido a regular la imposición de medidas gubernamentales, por lo que no habría margen para interpretar que la mención a las “entidades no gubernamentales” a que hace referencia dicho artículo incorpora a entidades que actúen por fuera de una delegación de competencias o bajo la dirección de un Estado.

Además de las razones ya expuestas en torno al carácter “implementativo” de dicho artículo, al alcance de la expresión “entidad no gubernamental”, así como sobre quién constituye el verdadero sujeto de la obligación bajo lo dispuesto por el Artículo 13 con relación a dichas entidades, esto es, la obligación de lograr resultados compatibles con la OMC que consagra para los Miembros, nos ocuparemos de ciertas inconsistencias o matices que nuevamente aparecen entre las distintas versiones oficiales del mencionado artículo, específicamente en torno al alcance de la expresión “cumplan”, lo cual arrojará nuevas luces sobre el particular.

En efecto, el panorama queda mucho más claro cuando revisamos el texto en inglés del artículo 13 del Acuerdo MSF, el cual, en sus partes pertinentes señala “(...) *Members shall take such reasonable measures as may be available to them to ensure that non-governmental entities within their territories, as well as regional bodies in which relevant entities within their territories are members, comply with the relevant provisions of this Agreement (...)*”

Nótese, por consiguiente, que el texto en inglés usa el verbo “comply”, mientras que en la versión en español el verbo empleado es “cumplir”, siendo que a nuestro entender la voz inglesa tiene matices distintos a aquellos contenidos en el vocablo en español, estando más vinculada a la observancia, adherencia o conformidad con determinados estándares, que al cumplimiento directo de una obligación por parte de particulares, lo que no resultaría coherente para el caso de un instrumento como el Acuerdo MSF, que no está pensado en principio para actores distintos de los gobiernos, como ya se vio.

Revisando la definición del verbo “comply” que nos da el Merriam Webster Online Dictionary¹⁷⁸, encontramos con que la misma está referida a “(...) *to conform, submit, or*

177 El Subrayado es nuestro.

178 Merriam Webster Online Dictionary: <https://www.merriam-webster.com/dictionary/comply>.

adapt (as to a regulation or to another's wishes) as required or requested comply with federal law the devices comply with industry standards".

Del mismo modo, si revisamos la definición que nos arroja el Diccionario Jurídico Inglés – Español de Guillermo Cabanellas y Eleanor C. Hoague (2010: Pág.126), encontramos que la palabra “compliance” tiene las siguientes definiciones: “*Cumplimiento. Obediencia. Conformidad*”, mientras que, a su vez, el verbo “cumplir” se traduce al inglés, en sus acepciones pertinentes, como “*v, to carry out, perform, fulfill, execute/to discharge/to satisfy/(...)*” (Ibídem: Pág.170), no constando en esta última definición, alusión alguna al verbo “comply”, mientras que en la primera, si bien se lista la palabra “cumplimiento” no se limita, como puede apreciarse, a esta única acepción.

De hecho, la palabra inglesa usual para hablar del cumplimiento directo de alguna obligación por algún sujeto de derecho, es el verbo “fullfill”, lo que puede corroborarse si revisamos la traducción que de “cumplimiento” nos hacen los mencionados Cabanellas y Hoague, a saber: “*fullfillment, performance/satisfaction (of an obligation); term of military service/expiration, maturity/completio*”. (Ibídem: Pág.170)

Las definiciones citadas arrojan luces sobre lo señalado, dado que la palabra “cumplan” a la que hace referencia la citada disposición del Artículo 13 en su versión en español, no estaría referida, como dijimos, al cumplimiento directo de una obligación, sino que en cambio estaría vinculada más a que las entidades no gubernamentales dentro de su territorio tengan una actuación conforme o compatible con el Acuerdo MSF y, en consecuencia, adapten su accionar a las regulaciones gubernamentales que son determinadas y adoptadas conforme al mismo.

En ese sentido, y continuando con lo señalado en torno a los principios interpretativos de buena fe, literal y de efecto útil, ése sería el sentido usual que se le debe dar a los términos empleados en el Artículo 13, particularmente en lo que refiere a la connotación que en el mismo adquiere el verbo “cumplir”.

4.3.5 Del tipo de medidas que el Artículo 13 del Acuerdo MSF requiere

Como ya hemos establecido, con relación a la actuación de entidades no gubernamentales en su territorio, el Artículo 13 del Acuerdo MSF contiene una obligación de resultado para los Miembros de la OMC.

En este contexto, cabe aclarar que este tipo de obligaciones, por definición, no establecen ningún tipo de sanción o tipificación del tipo de actuación esperada de los Estados, lo que se refuerza aún más si tomamos en consideración que nos encontramos frente a una disposición referida a la implementación del Acuerdo MSF, cuestión que ingresa ya a la órbita del derecho interno de los Miembros. Mal habrían hecho los redactores del acuerdo en pretender detallar con exactitud las conductas a adoptarse al respecto por los Miembros.

Lo anterior se desprende claramente de la mención que efectúa dicho artículo a que “*Los Miembros tomarán las medidas razonables que estén a su alcance para asegurarse*”¹⁷⁹

179 El subrayado es nuestro.

de que las entidades no gubernamentales existentes en su territorio (...)”, lo que nos libra de análisis adicionales a los ya efectuados.

Cabe reiterar, igualmente, que el resultado debe ser compatible con la OMC en todo momento, lo que de la misma manera se desprende indubitadamente tanto de la mención a que dichas entidades “(...) *cumplan las disposiciones pertinentes del presente Acuerdo*”, como a que no deban adoptarse medidas que tengan por efecto “*obligar o alentar directa o indirectamente a esas instituciones regionales o entidades no gubernamentales, o a las instituciones públicas locales, a actuar de manera incompatible con las disposiciones del presente Acuerdo.*” (Ibídem)

Al respecto, en el reclamo presentado por San Vicente y Granadinas con relación a la exportación de bananas que encontraban exigencias privadas más rigurosas que aquellas de la Unión Europea, parte de lo señalado por la Comisión Europea en su descargo, fue manifestar que habían cumplido con trasladar a EurepGap, entidad que aplicaba dichas exigencias, las preocupaciones expresadas por los países afectados, estando imposibilitados de desarrollar acciones adicionales en función a que los requerimientos de EurepGap se movían dentro de la esfera de la actuación privada.

En virtud de lo expuesto, si bien la Comisión Europea no señaló haber actuado en cumplimiento del Artículo 13, el mero traslado de las preocupaciones de los países productores de banano a los grandes minoristas responsables por el establecimiento de estándares más restrictivos que las regulaciones oficiales, resulta a todas luces un ejemplo del tipo de actuaciones estatales que fracasarían de manera rotunda en configurar el cumplimiento de una obligación de resultado como la que exige el mencionado artículo.

Es de suyo considerar que la intención del legislador fue la de asegurar el pleno compromiso y acción de los Estados respecto de la necesidad de evitar la vulneración de los compromisos del Acuerdo MSF por la acción de agentes no estatales.

Y por último, si quedaba alguna duda respecto del nivel de responsabilidad que toca a los Estados en torno al problema de las normas privadas, el propio Artículo 13 establece, como ya dijimos, la plena responsabilidad de los Miembros de la OMC en la observancia de las disposiciones del Acuerdo MSF.

Sin perjuicio de lo señalado en torno a que el Acuerdo MSF no detalla la tipología de medidas exigidas en torno a dicha cuestión, a continuación nos ocuparemos acerca del carácter que, no obstante, deberían tener dichas medidas para lograr su cometido y que, por consiguiente, los Miembros no incurran en responsabilidad debido a fracasos en su intento de lograr la observancia del Acuerdo MSF.

4.3.6 Del carácter imperativo de la implementación del Acuerdo MSF

Si bien, como dijimos, en función del tipo de obligación, el legislador hizo bien en no detallar en un acuerdo internacional como el Acuerdo MSF, el tipo de conductas o actuaciones que deberían tener los Miembros para lograr cumplir con los alcances de su Artículo 13 con respecto a la emisión de normas privadas sanitarias y fitosanitarias por

entidades de corte no gubernamental, desde el plano académico no resulta muy difícil efectuar unas cuantas consideraciones sobre la materia.

En primer lugar, debe recordarse lo señalado en torno al carácter “implementativo” del Artículo 13, vale decir, a que dicho artículo refiere a la “puesta en marcha” o “puesta en aplicación” del Acuerdo MSF.

De igual manera, hay que considerar el tenor de la obligación en él contenida para los Miembros con relación a que los mismos serán responsables por la observancia de las disposiciones del Acuerdo MSF y de que igualmente deberán “asegurar” que la actuación de las entidades no gubernamentales dentro de su territorio sea de observancia, respeto o compatibilidad con las disposiciones del Acuerdo MSF.

Otro elemento central a tomar en cuenta es nuevamente el principio de Buena Fe contenido en la Convención de Viena en cuanto a la interpretación o cumplimiento de los tratados, en donde citamos lo señalado por el MERCOSUR en el apartado 10 de la comunicación de referencia: “Conforme al principio de *pacta sunt servanda*, todo tratado en vigor obliga a las Partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. Esta regla ha sido expresamente consagrada en el artículo XVI: 4 del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC, al disponer que:

“Cada Miembro se asegurará de la conformidad de sus leyes, reglamentaciones y procedimientos administrativos con las obligaciones que le impongan los Acuerdos Anexos.” (...) el Acuerdo de Marrakech reconoce expresamente que los Acuerdos que integran el plexo normativo de la OMC establecen obligaciones (y su contra cara, es decir, el derecho a reclamar el cumplimiento de esta obligación). A su vez, (...) dispone que son las partes del Acuerdo (es decir, los miembros de la OMC) los responsables de cumplir con las obligaciones y los beneficiados del ejercicio de los derechos.”

Todo ello, debe ser leído de manera consistente con el espíritu, naturaleza y objetivos del Acuerdo MSF, que no es otro que el de establecer, en el plano internacional, las reglas bajo las cuales debe ejercerse la facultad exclusiva y excluyente de los Miembros de determinar el NAP para un determinado producto y en consecuencia, elaborar y aplicar la medida determinada en función del objetivo de política deseado, sobre la base del nivel de riesgo considerado aceptable.

De igual manera, deberá tenerse en cuenta lo señalado a profundidad de que la determinación del NAP, y la consecuente elaboración y aplicación de una medida sanitaria o fitosanitaria, implica una decisión gubernamental que no puede quedar librada a intereses particulares, tanto por el interés general que persigue dicha decisión, vale decir, la protección de la salud humana, animal y vegetal, como por la alta rigurosidad con la que los Miembros de la OMC se disciplinaron a sí mismos en el Acuerdo MSF en esta materia, con el objetivo de que la protección que se establezca no se haga de manera discriminatoria, o que configure restricciones injustificadas o encubiertas al comercio.

Como vimos, la legislación en materia sanitaria y fitosanitaria tradicionalmente ha quedado encuadrada, por los objetivos de alto interés general que persigue, dentro de disposiciones normativas de orden público, vale decir, dentro de lo que se conoce como derecho imperativo, referido a prescripciones legales que no admiten pacto en contrario.

Es bajo las consideraciones enumeradas, y ya desarrolladas a profundidad en otras secciones, que deben leerse los mandatos contenidos para los Miembros en el Artículo 13, que para el caso de las entidades no gubernamentales dentro de su territorio, se encuentra dirigido a lograr que los Miembros garanticen una actuación compatible por parte de las mismas, en función del carácter imperativo de las medidas sanitarias y fitosanitarias y que, por consiguiente, ningún tipo de entidad no gubernamental puede contravenirlas o pactar en contrario.

Una posible vía para garantizar esta actuación compatible, quizá la única que corresponda seguir, estaría dada por la necesidad de que los actos de implementación adoptados en función del mandato del Artículo 13 de velar por la observancia de las disposiciones del Acuerdo MSF, consignen o declaren de manera expresa el carácter imperativo de las medidas sanitarias y fitosanitarias adoptadas de conformidad con dicho acuerdo.

En ese sentido, no serían admisibles, ni tolerables, prácticas privadas que pacten en contrario de lo dispuesto por las medidas gubernamentales en materia sanitaria y fitosanitaria, particularmente en lo que refiere a cuestiones tan esenciales como la fijación de niveles adecuados de protección.

4.3.7 Artículo 13, las normas privadas y la responsabilidad internacional de los Miembros

Como vimos cuando nos ocupamos de la cuestión de la responsabilidad internacional de los Estados, salvo en el supuesto de que actúen por delegación de facultades o bajo instrucciones o dirección estatal, los comportamientos de los particulares no se considerarán como hechos del estado.

Bajo este supuesto uno podría entender, en una lectura descuidada del Artículo 13, que la producción normativa privada generada en un Miembro o un conjunto de miembros, que atente contra las disposiciones del Acuerdo MSF no le genera responsabilidad internacional, habida cuenta de que no se trataría en estricto sentido de un ilícito internacional atribuible a dicho o dichos miembros.

Esto se ve desvirtuado porque como dijimos, la obligación contenida en el Artículo 13 es una obligación de resultado dirigida a los Miembros, y el sentido de la expresión "se asegurarán..." va, según se vio, a que los Miembros garanticen una actuación compatible de las entidades no gubernamentales en su territorio, en función del carácter de derecho imperativo de las regulaciones oficiales en materia sanitaria y fitosanitaria.

En ese sentido, el cumplimiento de dicho mandato se verifica únicamente en función en que los actos de implementación de dichas medidas así lo consignen, vale decir, la responsabilidad internacional se configura a partir del fracaso de los Estados en lograr el

resultado requerido, el cual consistiría para el caso que nos ocupa, en la omisión de dejar claramente reflejado ese carácter imperativo en los actos de implementación, más no en los actos de particulares que dicho fracaso habilita.

4.4 Conclusiones

- 1) A tenor de lo previsto en los artículos 1, 2 y 5 del Acuerdo MSF, la determinación del nivel adecuado de protección y la medida sanitaria y fitosanitaria que se adopta en función del mismo, implica una decisión gubernamental que no puede quedar librada a intereses particulares, al constituir un objetivo de política pública destinado a lograr el justo equilibrio entre la protección de la salud humana, animales y vegetal y los aspectos vinculados a la liberalización del comercio internacional.
- 2) La autonomía de la voluntad privada, se encuentra claramente limitada por las normas de orden público y el carácter imperativo de los instrumentos normativos que determina el Acuerdo en su Anexo A.
- 3) El Artículo 13 no determina el ámbito de aplicación del acuerdo, sino que dispone obligaciones para los Miembros respecto a la observancia de sus disposiciones, incluida la específicamente prevista en este artículo respecto a las entidades no gubernamentales sin restricciones. De conformidad con su carácter “implementativo” y su finalidad dirigida a establecer la responsabilidad de los Miembros en la observancia de las disposiciones del Acuerdo MSF, el Artículo 13 contiene una obligación de “diligencia debida” y de “resultado”, el cual deberá ser consistente con la OMC en todo momento.
- 4) Los actos de implementación en función del mandato del Artículo 13 de velar por la observancia de las disposiciones del Acuerdo MSF, tendrían que consignar o declarar de manera expresa el carácter imperativo de las medidas sanitarias y fitosanitarias adoptadas de conformidad con dicho acuerdo, razón por la cual no serían admisibles, ni tolerables, prácticas privadas que pacten en contrario de lo dispuesto por las medidas gubernamentales en materia sanitaria y fitosanitaria, particularmente en lo que refiere a cuestiones tan esenciales como la fijación de niveles adecuados de protección.

CAPÍTULO V: VIAS DE ACCIÓN Y RECURSOS JURÍDICOS A DISPOSICIÓN DE LOS MIEMBROS PARA EVITAR LA PROLIFERACIÓN DE “NORMAS PRIVADAS”

A lo largo del análisis nos hemos centrado en identificar y enumerar las razones y los fundamentos jurídicos que asisten a los gobiernos y la comunidad internacional para reforzar los mecanismos disponibles y asumir una conducta proactiva en pos de la defensa del legítimo derecho que detentan, para evitar que la proliferación de normas privadas en el campo sanitario y fitosanitario, erosione los niveles de acceso que se garantizaron recíprocamente tras años de complejas y delicadas negociaciones.

Si damos una mirada al estado de estos mencionados debates a nivel multilateral, particularmente en el ámbito del Comité MSF o en las Organizaciones Internacionales de Referencia reconocidas por el Acuerdo MSF, nos preocupa constatar cómo aquel oportuno y fundado planteamiento efectuado por San Vicente y Granadinas ante el Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (Junio 2005) que logró colocar el tema al más alto nivel del debate internacional, no ha logrado aún los resultados que en atención a la magnitud de los problemas planteados debieran haberse logrado a nivel multilateral.

No podemos dejar de considerar además que el escenario mundial sigue caracterizándose por una demanda organizada y una mayor oferta de alimentos, ante lo cual muchos países agroexportadores se encuentran en desventaja para plantear algún tipo de disconformidad con las condiciones establecidas por los compradores, que en la mayoría de los casos, están representados por empresas y conglomerados de empresas con un peso destacado en el comercio agroalimentario. En ese contexto, es usual que en un intento por conservar los mercados, las empresas exportadoras asuman importantes costos tanto de producción como de certificación, para cumplir con las medidas sanitarias o fitosanitarias impuestas aun cuando dichas exigencias se adopten al margen de toda regulación oficial.

Es evidente que lo que ha dado en llamarse “dimensión de desarrollo” del Acuerdo MSF, que se plasma en las disposiciones sobre trato especial y diferenciado para los países en desarrollo, es, en dicho contexto, absolutamente inaplicable.

Siendo realistas ante esa situación, y ante un escenario en el cual parecen estar tomando impulso posiciones que se presentan desfavorables a la apertura e incluso, al cumplimiento de los principios, reglas y disciplinas que rigen el comercio internacional, aspiramos a que el análisis que efectuamos a esta altura de nuestro trabajo de investigación, contribuya:

- a. a brindar algunos elementos de reflexión para aquellos integrantes de la comunidad internacional que están siendo más afectados y,
- b. alentar una firme estrategia de acción, con base en los mecanismos jurídicos disponibles, que debería impulsar de manera sistemática y organizada, el abordaje de la problemática en los ámbitos que nos proporciona el sistema multilateral de comercio.

En lo que respecta a nuestro objeto de estudio, observamos posibles soluciones u oportunidades para encontrar herramientas que, bien aplicadas y articuladas, permitan, principalmente a los países en desarrollo agroexportadores, posicionarse con solidez ante nuevos riesgos globales representados entre otros aspectos, por la pérdida de las ventajas y concesiones que para el acceso a los distintos mercados se lograron en el ámbito multilateral.

El sistema multilateral de comercio, como ámbito especializado que responde con parámetros regulatorios a las relaciones económicas de los distintos sujetos del derecho internacional, cuenta con diversos mecanismos e instancias tendientes a garantizar el cumplimiento de los compromisos contraídos que no los vemos como excluyentes sino como complementarios.

En tal sentido, nos abocamos seguidamente a describir y evaluar las vías de acción disponibles y los recursos jurídicos, poniendo énfasis en la importancia estratégica de continuar atendiendo el tema en el ámbito del Comité MSF y en las Organizaciones Internacionales de referencia, manteniendo a su vez, espacios de coordinación con las organizaciones de normalización, entidades privadas y otros organismos relacionados.

Lo anteriormente indicado, no implica desconocer la importancia que puede cobrar para la solución del problema, la utilización de los procedimientos jurisdiccionales que están a disposición de los Miembros y que son utilizados cada vez con mayor frecuencia, aspecto reafirmado por el Director General de la OMC (Roberto Azevêdo, 2016: Pág. 2) en el mensaje introductorio al Informe Anual 2016 de la OMC, al indicar que:

(..) En 2015, la OMC alcanzó un hito importante cuando se presentó ante la Organización la diferencia comercial número 500, lo que demuestra que los Miembros siguen confiando en el sistema de solución de diferencias. En los últimos años, la magnitud y la complejidad de las diferencias planteadas ante la OMC ha aumentado enormemente (...).

La relevancia de estos mecanismos, se ve igualmente comprobada si verificamos lo consignado al respecto en el Informe Anual 2017, expresa (Ibídem: pág. 2):

“(...) Dos terceras partes de nuestros 164 Miembros han participado de un modo u otro en nuestro sistema de solución de diferencias (...). Al finalizar el año, se habían sometido unas 520 diferencias comerciales a la OMC. Con el fin de atender al creciente número de diferencias sometidas a la OMC, he seguido reasignando recursos a nuestras Divisiones jurídicas, para que los asuntos sean examinados oportunamente. El hecho de que tanto los países en desarrollo como los países desarrollados recurran regularmente al sistema de solución de diferencias de la OMC es un signo claro de la importancia que los Miembros le atribuyen y de su confianza en él (...).

5.1 Tratamiento de las “normas privadas” en el ámbito del Comité MSF

Son varias las instancias que el Acuerdo MSF otorga a los Miembros para promover el tratamiento de diversas cuestiones vinculadas a la aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias: cuando observamos aquellas que son propias del trabajo que corresponde realizar al Comité, llegamos a la conclusión de que, efectivamente, no es la falta de instancias o mecanismos el problema, sino las maniobras dilatorias que puedan estar generándose por falta de los consensos necesarios.

5.1.1 Bajo el punto de Agenda Aplicación y Administración del Acuerdo: “Preocupaciones Comerciales Específicas”

En el segundo Capítulo, describimos el tratamiento de las normas privadas en el ámbito del Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias y cómo desde los planteamientos iniciales, el tema se mantuvo como punto de agenda permanente bajo el orden del día

correspondiente a Aplicación y Administración del Acuerdo MSF, Preocupaciones Comerciales Específicas, hasta que fue retirado en el año 2015.

Un nuevo impulso es de esperar que tenga el tratamiento de las “normas privadas” como preocupación comercial específica, con el recientemente aprobado Examen de Funcionamiento del Acuerdo, a estar por los lineamientos que sobre el particular establece.

Consideramos en tal sentido, que resulta totalmente en línea con los objetivos que llevaron a la creación del Comité MSF que se aborde el tratamiento de dichas cuestiones en este ámbito, y que es medular que los Miembros ejerzan su legítimo derecho a optar por esta vía cuando se enfrentan a situaciones que generan preocupación por su incidencia comercial, máxime si existe como en el caso de las normas privadas, una “preocupación generalizada” que surge claramente de los debates en ese y en otros ámbitos internacionales relevantes¹⁸⁰.

Una mirada sobre los documentos que se han planteado en el Comité MSF en relación a las preocupaciones comerciales específicas, y algunos datos estadísticos proporcionados por la Secretaría¹⁸¹, nos muestran que esta vía, se presenta como ámbito efectivo para arribar a soluciones negociadas, dado un posible efecto de persuasión o disuasión sobre los Miembros respecto a quienes vaya dirigida una preocupación, habida cuenta de lo incómodo que resulta muchas veces ser cuestionado en este tipo de instancias multilaterales.

La recurrencia a este ámbito, puede además efectuarse con independencia de negociaciones bilaterales que un Miembro decida llevar adelante, tanto en las propias reuniones del Comité, como mediante la articulación de los mecanismos formales tradicionalmente efectuados a nivel diplomático en coordinación con los organismos nacionales competentes según la materia de que se trate.

En ese mismo sentido, surge de los exámenes sobre el funcionamiento del Acuerdo, que se ha alentado a los Miembros a utilizar las reuniones del Comité para ofrecer información ad hoc sobre su experiencia en la aplicación del artículo 13, que está directamente relacionado con el tema de las normas privadas en cuestión.

Esto significa que los Miembros se encuentran habilitados a plantear los problemas de aplicación del Artículo 13 como preocupaciones comerciales específicas, toda vez que como ya vimos, el debate en torno al alcance del Acuerdo MSF sobre dichas normas privadas, guarda estrecha relación con las distintas interpretaciones que surgen respecto del mandato contenido en dicho artículo.

Por otra parte, entendemos que la estrategia de planteamiento en el punto de agenda Preocupaciones Comerciales Específicas, debería tomarse como un ámbito de consulta, registro y análisis de la preocupación en un intento de arribar a soluciones negociadas. Quizás convenga en tal sentido, efectuar mayores precisiones en el Reglamento de Funcionamiento del Comité sobre las condiciones mínimas necesarias que deberían cumplirse para la presentación de un tema bajo este ítem.

180 La Organización Internacional de Epizootias (OIE) y el propio Codex han abordado este tema como una preocupación de la cual no pueden quedar al margen.

181 Documento G/SPS/53 de 3 de mayo de 2010 Examen del Funcionamiento del Acuerdo MSF.

A modo de ejemplo: descripción detallada de la preocupación, fundamento de la misma, norma privada que origina la preocupación vs normas oficiales aplicables tanto las que emanan de las organizaciones internacionales de referencia como las establecidas a nivel oficial para la regulación de la medida sanitaria o fitosanitaria de que se trate.

5.1.2 Bajo el punto de Agenda “Vigilancia de la Utilización de Normas Internacionales”

La vigilancia de la utilización de normas internacionales es un punto permanente en el orden del día de las reuniones ordinarias del Comité MSF y de conformidad con el procedimiento provisional acordado¹⁸², el mismo ha presentado informes anuales en relación con el proceso de vigilancia de la armonización internacional.¹⁸³

Si bien en el año 2006 el Comité examinó el funcionamiento del procedimiento provisional sobre la base del documento G/SPS/W/200 elaborado por la Secretaría, decidió prorrogar indefinidamente el procedimiento provisional y *“Decidió asimismo examinar el funcionamiento del procedimiento provisional en el marco de su examen periódico del funcionamiento y aplicación del Acuerdo en virtud del párrafo 7 del artículo 12, con miras a decidir si se continuaba con el mismo procedimiento, se modificaba o se elaboraba otro nuevo.*

*Además, el Comité instó a los Miembros a que utilizaran ese procedimiento para abordar sus preocupaciones con respecto a normas internacionales específicas o a la necesidad de esas normas”*¹⁸⁴ Se concluye este párrafo indicándose que *“Los Miembros han utilizado poco el procedimiento”*.

Sin embargo, resulta para nosotros claro, que ese proceso de vigilancia debería abarcar o al menos considerar, los casos que han sido planteados ante el Comité con respecto a las normas privadas. En efecto, bajo “Vigilancia de la Utilización de Normas Internacionales”, es medular, como lo indica la propia expresión, efectuar un seguimiento de la utilización o no de estas normas que derivan de las organizaciones internacionales de referencia.

Es claro en los casos que abordamos, que en materia de residuos, el Codex establece (aunque no para el universo de productos), límites máximos de residuos que luego resultan dejados de la lado por la norma privada y en tal sentido, es un tema que atañe a esa vigilancia que el Acuerdo encomienda al Comité y que se efectúa de acuerdo a un procedimiento provisional¹⁸⁵ que no ha sido objeto de propuestas concretas de modificación salvo las planteadas por India¹⁸⁶ con respecto al párrafo 5 del artículo 3 y el párrafo 4 del Artículo 12 en cuanto a examinar los resultados del proceso de vigilancia y revisar el procedimiento fijando plazos para la resolución de las preocupaciones específicas planteadas por los Miembros.

Como expresamos en el Capítulo II de este trabajo, oportunidad en la cual nos abocamos a indagar respecto al tratamiento de las normas privadas en el ámbito del Comité

182 Documento G/SPS/11/Rev.1.

183 Documentos G/SPS/37, G/SPS/42 y Corr.1, G/SPS/45, G/SPS/49, G/SPS/51 y Corr.1 con respecto al período 2005-2009.

184 Documento G/SPS/53, párrafo 44 página 10.

185 G/SPS/11 Rev. 1 Revisión sobre el procedimiento para la vigilancia del Procedimiento de Armonización Internacional.

186 G/SPS/53, párrafo 48 página 11.

MSF, el cuarto examen de funcionamiento del acuerdo recientemente aprobado, brinda recomendaciones que permitirán a los Miembros avanzar en este sentido.

5.1.3 Bajo el punto de Agenda “Examen del Funcionamiento y Aplicación del Acuerdo MSF”

Vimos en la segunda parte que entre las responsabilidades que se le asigna en virtud del Acuerdo MSF al Comité, se encuentra la relacionada a examinar “...el funcionamiento y aplicación del presente Acuerdo a los tres años de la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC y posteriormente cuando surja la necesidad”.¹⁸⁷

En el cuarto período de sesiones de la Conferencia Ministerial de Doha en el año 2001, los Ministros encomendaron al Comité que examinara el funcionamiento y aplicación del Acuerdo al menos una vez cada cuatro años¹⁸⁸. Es el propio Comité, o sea, a los Miembros, a quienes compete examinar el funcionamiento y la aplicación del Acuerdo y en el marco del ejercicio de dicha competencia es que pueden presentar propuestas de enmiendas del texto del Acuerdo al Consejo de Comercio de Mercancías.

Más allá de esta última prerrogativa, que se presenta jurídicamente viable pero de difícil concreción práctica, habida cuenta de lo que implicó la negociación de este Acuerdo, es la propia herramienta de examen que se otorga a los Miembros lo que nos interesa destacar en este punto. El Examen del funcionamiento y de la aplicación del Acuerdo es una instancia que posibilita llevar al más alto nivel de tratamiento, los temas que son objeto de preocupación.

Se han elaborado a la fecha cuatro exámenes sobre el funcionamiento y aplicación del Acuerdo, el último de los cuales se preparó en base al procedimiento y al calendario fijado por el Comité¹⁸⁹. Si bien el Comité ha reconocido en tal sentido la utilidad del párrafo 2 del artículo 12, y, en especial, de los buenos oficios del Presidente, como medio para facilitar la resolución de problemas comerciales¹⁹⁰, no ha logrado respecto a las preocupaciones sobre las normas privadas, encauzar este tema con el suficiente marco de análisis.

Las recomendaciones que derivan del cuarto examen recientemente aprobado, han identificado las medidas sobre las cuales centrar la atención. No obstante, parecería necesario ser cauteloso en cuanto a evitar retomar discusiones que en el pasado llevaron años y que terminaron paralizando las actividades en el ámbito del Comité como sucedió tal cual lo describimos, en relación a los esfuerzos por lograr una definición de “normas privada” que quizás no represente un aspecto de suma necesidad.

Cabe enfatizar en tal sentido, que el cuarto informe¹⁹¹ sobre el examen del Acuerdo insumió tres años de discusiones, y ello se debió precisamente a las opiniones divergen-

187 Artículo 12, Párrafo 7.

188 Cuestiones y preocupaciones relativas a la aplicación, Decisión de 14 de noviembre de 2001, WT/MIN (01)/17, párrafo 3.4.

189 G/SPS/W/270 y G/SPS/W/270/Add.1.

190 Párrafo 24 del documento G/SPS/12; párrafos 87 y 88 del documento G/SPS/36; y párrafos 116-126 del documento G/SPS/53.

191 G/SPS/W/280/Rev.2, de 6 de noviembre de 2014

tes de los Miembros en relación a las recomendaciones propuestas para el apartado 14, “Normas privadas sanitarias y fitosanitarias”. De hecho, algunos Miembros sostuvieron por años que las normas privadas rebasan el ámbito de aplicación del Acuerdo MSF y, por consiguiente, los intercambios de información deberían tener lugar al margen de las reuniones del Comité¹⁹².

En conclusión, el cuarto informe se aprobó finalmente en julio de 2017 con una recomendación que si bien no resuelve el problema de fondo, avanza en cuanto a la pertinencia del tratamiento de las normas privadas en el ámbito del Comité MSF y lo mandata a “(...) *Examinar problemas específicos planteados por los Miembros, de aplicación de normas privadas MSF que afectan a sus exportaciones*”¹⁹³; proceder que consideramos ajustado a las competencias asignadas a dicho ámbito y al legítimo derecho y la obligación que tienen los Miembros de velar por el funcionamiento que el propio Acuerdo consagra.

Con lo indicado anteriormente, resulta claro que los Miembros podrán retomar los planteamientos sobre normas privadas en el punto de agenda correspondiente a preocupaciones comerciales específicas, si bien no nos deja del todo conformes el que dicho mandato se refiera únicamente a cuestiones o problemas “específicos” y no a la legitimidad misma de dichas normas privadas, cuestión sobre la cual nos hemos pronunciado en extenso.

Ello sin perjuicio además, de la pertinencia de facilitar al Comité información sobre estudios o análisis que se hayan llevado a cabo o de los que tengan conocimiento¹⁹⁴ y de continuar aplicando las medidas 1 a 5 acordadas en el documento G/SPS/55; examinando otras cuestiones pendientes según G/SPS/W/256 y actividades pertinentes¹⁹⁵.

5.1.4 Reforzar y continuar alentando el diálogo y la participación privada en el Comité MSF

El mensaje que el Director General Roberto Azevêdo efectúa en el Informe Anual de la OMC 2017 “(...) *describe en retrospectiva un año caracterizado por la entrada en vigor del Acuerdo sobre Facilitación del Comercio y una importante enmienda del Acuerdo sobre los ADPIC de la OMC, y un mayor nivel de compromiso de diversas partes interesadas con las actividades de la Organización* (...)”¹⁹⁶.

En efecto, se encabeza dicho informe sosteniendo que: “(...) *Tras el éxito de la Décima Conferencia Ministerial de la OMC, celebrada en Nairobi en diciembre de 2015, el nivel de participación en muchas de las esferas de nuestra labor se intensificó significativamente en 2016. Ha sido un año caracterizado por un intenso debate entre los Miembros sobre muy diversas cuestiones y por un aumento notable del interés de otros colectivos* (...). (Ibídem: Pág.2)

192 G/SPS/W/280/Rev.2, de 6 de noviembre de 2014, párrafo 14.15

193 G/SPS/W/280/Rev.2, de 6 de noviembre de 2014, numeral 14.20, párrafo 2.

194 G/SPS/W/280/Rev.2, numeral 14.20 párrafo 1.

195 G/SPS/W/280/Rev.2, numeral 14.20 párrafo 3.

196 OMC, sitio web oficial, https://www.wto.org/spanish/news_s/news17_s/anrp_31may17_s.htm. Última visita 13.08.2017

Respecto a la participación de distintas organizaciones privadas, se indica en el informe que por iniciativa de la Cámara de Comercio Internacional y el B-20, se efectuó en mayo de 2016 un encuentro de más de 60 dirigentes empresariales que debatieron sobre las dificultades que encuentran en sus operaciones comerciales. El encuentro formaba parte de la iniciativa “Diálogos sobre el comercio”, que tiene por objeto ofrecer a diversos colectivos interesados, con inclusión de organizaciones empresariales sindicales, asociaciones de consumidores y círculos académicos, la oportunidad de debatir cuestiones relacionadas con el comercio.

Consideramos que este tipo de ámbitos resultan ideales para que los países afectados (agroexportadores en el caso que nos ocupa), movilicen a sus actores y agentes económicos de manera tal que los canales de participación de la sociedad civil que puedan habilitarse en el marco del sistema multilateral de comercio, acojan igualmente sus intereses y puntos de vista, así como sus preocupaciones en torno a las cuestiones

5.1.5 Recurrir a las instancias de Mediación del Presidente del Comité MSF

En el año 2014, el Comité MSF incorporó un nuevo mecanismo mediatorio (Documento G/SPS/61) para abordar preocupaciones comerciales específicas que de aplicarse en la práctica, implican otra oportunidad de evaluar y considerar el tema de la elaboración privada de normas sanitarias y fitosanitarias sin tener que recurrir a un proceso de impugnación bajo el Entendimiento relativo a la solución de controversias.

Vemos esta nueva instancia como un paso previo voluntario o “punto medio” entre la presentación de preocupaciones en el Comité y el inicio de un litigio formal. No es obligatorio ni vinculante jurídicamente, pero brinda a las dos partes la oportunidad de recurrir a la mediación como herramienta amigable para la resolución de un conflicto.

Este aspecto, se encuentra legitimado por el propio Acuerdo MSF que establece en su artículo 12 numeral 1 que el Comité MSF se constituye como un órgano que servirá regularmente de foro para celebrar consultas; y que a su vez, otorga a las Miembros la prerrogativa de solicitar al Presidente del Comité actuar como mediador en virtud de lo previsto en el numeral 2 del artículo antes indicado.

En este sentido, consideramos atinada la recomendación efectuada en el cuarto examen del Acuerdo¹⁹⁷ que dispuso:

“Según lo previsto en el Procedimiento para fomentar y facilitar la resolución de cuestiones sanitarias o fitosanitarias concretas entre los miembros de conformidad con el párrafo 2 del artículo 12, el Comité deberá incluir un examen de la aplicación del procedimiento en los exámenes periódicos del Acuerdo MSF”.

De esta forma, se procura a nuestro juicio acertadamente, fomentar la utilización de este procedimiento que vemos entonces como una vía posible para la formulación de consultas en el tema que nos ocupa.

197 G/SPS/W/280/Rev.2

5.2 Aplicación del sistema de Solución de Diferencias por Anulación o Menoscabo

5.2.1 Procedimientos de Mediación, Buenos Oficios y Conciliación

Como señaláramos, las alternativas identificadas en búsqueda de soluciones al problema bajo análisis, pueden ser concomitantes entre sí.

En ese sentido, si bien el desarrollo del debate multilateral y las posiciones evidenciadas por algunos países, nos pueden generar bastante incertidumbre en torno al éxito de este tipo de recursos, consideramos que los países afectados deben, como estrategia, utilizar todas las vías a su disposición para velar por sus intereses.

Al respecto, es importante anotar que las diligencias relativas a los buenos oficios, la conciliación y la mediación, iniciadas con arreglo al Artículo 5° del ESD, y en particular las posiciones adoptadas durante las mismas por las partes en la diferencia, son confidenciales y no prejuzgan sobre los derechos de ninguna de las partes en posibles diligencias ulteriores con arreglo a estos procedimientos.

Recordemos igualmente, que si las partes en la diferencia así lo acuerdan, el procedimiento de buenos oficios, conciliación o mediación podrá continuar mientras se desarrollen las actuaciones del grupo especial, lo que resulta importante habida cuenta de que, como vimos al detallar el carácter sumamente especializado del Acuerdo MSF, el grupo especial contempla para estos casos la posibilidad de conformar grupos asesores o consultar a instituciones internacionales competentes, para cuestiones científicas o técnicas que requieran este tipo de asesoramiento externo.

En este sentido, la mediación, conciliación o buenos oficios, para el caso del Acuerdo MSF, pueden verse alimentadas de insumos aportados por entidades o expertos internacionales sobre la materia, lo que sin duda puede traducirse en un nivel de análisis y debate muy distinto al tratamiento superficial que, como hemos visto, ha tenido la cuestión de las normas privadas en el marco del Comité MSF.

Otra reflexión interesante que nos surge es que, en este tipo de ejercicios alternativos de solución de diferencias, está prevista la posibilidad de que el Director General, de oficio, ofrezca sus buenos oficios, conciliación o mediación para ayudar a los Miembros a resolver una diferencia, siendo dicho alto funcionario además el máximo responsable de velar por el cumplimiento y vigencia de las normas que componen el sistema multilateral de comercio.

A riesgo de pecar de ingenuos, no nos resulta descabellado pensar que toda intervención de la Secretaría General de la OMC, en la persona de su Director General, tendrá como norte la búsqueda de la estabilidad del sistema, máxime frente a fenómenos como el de las normas privadas sanitarias y fitosanitarias que, como hemos visto, se convierten de facto en restricciones injustificadas paralelas y adicionales a las regulaciones oficiales establecidas con arreglo a los compromisos multilaterales.

5.2.2 Consultas entre los Miembros

Vimos al tratar el Acuerdo MSF en materia de consultas y solución de diferencias, que las disposiciones de los artículos XXII y XXIII del GATT de 1994, desarrolladas y aplicadas en virtud del Entendimiento sobre Solución de Diferencias, son aplicables a la celebración de consultas y a la solución de diferencias en el marco del Acuerdo MSF, salvo que en éste se disponga expresamente lo contrario¹⁹⁸. Por ende, las diferencias que surjan en virtud del Acuerdo MSF están sujetas a la jurisdicción del Órgano de Solución de diferencias de la OMC.

La práctica conciliatoria a que hicimos referencia anteriormente, se plasma en el artículo XXII del Acuerdo GATT de 1994, al establecer que:

- “1. Cada parte contratante examinará con comprensión las representaciones que pueda formularle cualquier otra parte contratante, y deberá brindar oportunidades adecuadas para la celebración de consultas sobre dichas representaciones, cuando éstas se refieran a una cuestión relativa a la aplicación del presente Acuerdo.*
- 2. Las PARTES CONTRATANTES podrán, a petición de una parte contratante, celebrar consultas con una o más partes contratantes sobre toda cuestión para la que no haya sido posible hallar una solución satisfactoria por medio de las consultas previstas en el párrafo 1.”*

Esto reafirma, como hemos visto, que la consulta o conciliación entre las partes como requisito de precedibilidad al debate jurídico, es un principio procesal de los sistemas de solución de controversias del derecho económico internacional y que de conformidad con el artículo 4.5 y 3.10 del Acuerdo de ESD de la OMC, las consultas tienen como finalidad la búsqueda de mecanismos amigables de solución de controversias en aras de concretar la situación fáctica y jurídica de la disputa entre los Estados y, materializar un mecanismo de autocomposición entre los Estados Miembros en pro del principio de economía procesal (OMC, 1993).

Se consagra de esta forma, una solución que es común a muchos sistemas jurídicos en tanto parte de la base que es preferible siempre una solución consensuada sobre la base de una autocomposición del conflicto por las mismas partes involucradas. Este es además un mecanismo que está siempre disponible aun cuando la diferencia avance a otras etapas del proceso, con lo cual no podemos más que compartir la consagración y alentar la aplicación práctica del mismo.

Por las circunstancias anotadas, es que según palabras de la propia OMC¹⁹⁹ *“La cuestión prioritaria es resolver las diferencias, no dictar sentencia”* y agrega que en todas las etapas del procedimiento *“... se alienta a las partes en la diferencia a que celebren consultas entre sí,*

198 Acuerdo MSF, artículo 11 numeral 1.

199 Capítulo 3 Solución de Diferencias en la OMC, curso en línea

a fin de llegar a una solución “extrajudicialmente”. En todas las etapas el Director General de la OMC podrá ofrecer sus buenos oficios, mediar o contribuir a una conciliación”.

Si bien, como señalamos al ocuparnos de los buenos oficios, mediación o conciliación, es dable agotar todas estas instancias que los Acuerdos en general y el MSF en particular, ponen a disposición de los Miembros que se consideran afectados por la actuación de otro Miembro, también dijimos que en los hechos, resulta en ocasiones difícil lograr una solución cuando la visión de las partes dista mucho de tener algún elemento en común.

En ese sentido, hay una parte importante de miembros que no considera que tengan nada que hacer frente a entidades, personas físicas o jurídicas privadas, aun cuando estando sujetos a “su jurisdicción” y a las normas legales vigentes en sus propios territorios, establecen y exigen en las transacciones comerciales medidas sanitarias y fitosanitarias.

Se requeriría entonces, para asumir las instancias mediatorias y las oportunidades de seguimiento que el propio Acuerdo pone a disposición de los miembros, y que hemos descrito anteriormente, cambiar sustancialmente el enfoque que ha tenido el tratamiento del tema a la fecha, que si bien mandata a abordar preocupaciones específicas, no avanza en ninguna consideración jurídica respecto a al hecho cierto de dejar librado a intereses privados, la determinación de los NAP y la propia MSF. 1

De no ocurrir ello, tememos que no será posible llegar a un entendimiento que permita evitar la articulación de los mecanismos de solución de diferencias por la no adopción por parte de algunos Miembros de acciones a las que están obligados y que derivan concretamente del propio Acuerdo MSF en claro incumplimiento de las disposiciones en él establecidas.

5.2.3 Los procedimientos de reparación por anulación o menoscabo

Las circunstancias en que un Miembro tiene derecho a una reparación por anulación o menoscabo y a recurrir para ello al mecanismo de solución de diferencias previsto en el ESD, están establecidas en los apartados a) a c) del párrafo 1 del Artículo XXIII que expresamente dispone:

“1. En caso de que una parte contratante considere que una ventaja resultante para ella directa o indirectamente del presente Acuerdo se halle anulada o menoscabada o que el cumplimiento de uno de los objetivos del Acuerdo se halle comprometido a consecuencia de:

- a) *que otra parte contratante no cumpla con las obligaciones contraídas en virtud del presente Acuerdo; o*
- b) *que otra parte contratante aplique una medida, contraria o no a las disposiciones del presente Acuerdo; o*
- c) *que exista otra situación”*

Del indicado inciso 1 del artículo XXIII surge que están previstas en el sistema tres clases de reclamaciones²⁰⁰ a saber: 1) Reclamaciones en casos en que existe infracción; 2) Reclamaciones en los casos en que no existe infracción y, 3) Reclamaciones en casos en que existe otra situación.

Para que se configure entonces el supuesto previsto en la norma, se requiere entonces que como consecuencia de alguna de esas tres situaciones, una *“ventaja” derivada directa e indirectamente del acuerdo, se “anuló” o “menoscabó” o “el cumplimiento de uno de los objetivos del acuerdo se encuentra comprometido”*.

Es en base a lo anterior que se ha señalado con respecto a esta figura que: *“En la OMC estos términos se utilizan para referirse a la anulación o menoscabo de las ventajas de que goza o espera gozar un país gracias a su pertenencia a la OMC, causado por una modificación del régimen de comercio de otro país o por el incumplimiento de sus obligaciones en el marco de la OMC.”*²⁰¹

Ingresando a los supuestos previstos en la norma, puntualizamos que, mientras el literal a) comprende las reclamaciones en caso de que exista infracción, el literal b) en cambio, refiere a lo que ha dado a llamarse *“reclamación sin infracción”* que pueden presentarse para impugnar cualquier medida aplicada por un Miembro aunque no entre en conflicto con los Acuerdos pero siempre que dé lugar a la anulación y el menoscabo de una ventaja.

El tercer tipo de reclamaciones es el llamado *“reclamaciones en casos en que existe otra situación”*, que dada la generalidad de su redacción, podría abarcar cualquier situación siempre y cuando dé lugar a una *“anulación o menoscabo”*. Si bien bajo el GATT 47 se presentaron algunas reclamaciones de este tipo, ninguna de ellas dio lugar a un informe de un grupo especial.

En la OMC, hasta ahora ningún reclamante ha invocado el párrafo 1 c) del artículo XXIII del GATT. Las características antes indicadas son las que llevan a que en el ámbito de la OMC se sostenga que la admisibilidad de las reclamaciones *“en los casos en que no existe infracción”* y *“en casos en que existe otra situación”* hace que el alcance del sistema de solución de diferencias de la OMC sea mayor que el de otros sistemas internacionales de solución de diferencias que se limitan a resolver la violación de acuerdos.

Por dichas razones no ahondaremos en el análisis de los párrafos 1 (b) y 1 (c) del Artículo XXIII del GATT, por considerar que el párrafo 1 (a) nos proporciona la base jurídica para un eventual accionamiento por incumplimiento de los Miembros, de lo previsto en el Artículo 13 y que se traduce en la omisión de actuar conforme a lo que el mismo establece.

200 Conforme OMC *“...las primeras son, con mucho, las más frecuentes. Son pocos los casos que se han sometido alegando una anulación o menoscabo de ventajas comerciales que no es debida a una violación. No ha habido “reclamaciones en casos en que existe otra situación” respecto de las cuales se haya redactado un informe de un grupo especial o el Órgano de Apelación sobre la base del párrafo 1 c) del artículo XXIII del GATT de 1994”*.

201 https://www.wto.org/spanish/thewto_s/glossary_s/nullification_and_impairment_s.htm

Cabe indicar al respecto, que el artículo 3 numeral 8 del ESD establece que:

“En los casos de incumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de un acuerdo abarcado, se presume que la medida constituye un caso de anulación o menoscabo. Esto significa que normalmente existe la presunción de que toda transgresión de las normas tiene efectos desfavorables para otros Miembros que sean partes en el acuerdo abarcado, y en tal caso corresponderá al Miembro contra el que se haya presentado la reclamación refutar la acusación”.

De esta disposición se desprende entonces que en caso de incumplimiento de las disposiciones del GATT 94 o de disposiciones de sus acuerdos abarcados, la anulación o el menoscabo se presumen. Por ende, una violación de una o varias disposiciones de los Acuerdos, da lugar automáticamente a una presunción de anulación o menoscabo de ventajas comerciales. Para que dicha presunción caiga, es necesario la presentación de “prueba en contrario” por parte del Miembro sobre quien recae la reclamación.

Este aspecto, ha sido considerado a nivel jurisprudencial, habiéndose puesto especial énfasis en que la inversión de la carga de la prueba opera con respecto a la presunción consagrada en el artículo considerado. En efecto, el Órgano de Apelación²⁰² ha sostenido en ese sentido que:

“Esta carga de la prueba, implicará entonces para el demandado, justificar que no hay impacto comercial si aspira a hacer caer la presunción. Al respecto, es interesante ver que si bien este aspecto ha sido considerado en el marco de procedimientos de solución de diferencias porque ha habido situaciones en que se ha intentado justificar la caída de esta presunción, la respuesta ha sido contundente a nivel de algunos órganos. En efecto, ello ha sucedido por ejemplo con los grupos especiales²⁰³.”

Como se desprende de lo que hemos considerado al abordar las disposiciones del artículo 13 del Acuerdo MSF, resulta a nuestro juicio meridianamente claro que el mismo consagra obligaciones de resultado para los Miembros y por ende, el no cumplimiento de esa obligación genera responsabilidad, en virtud de la presunción que ha sido detallada.

El párrafo 1º, del Artículo 13, que no ha sido prácticamente objeto de consideración en las discusiones del Grupo de Trabajo creado ex profeso, en tanto y como vimos, se ha centrado en los términos “entidad no gubernamental” y en un intento por definir “norma privada”, establece en forma expresa que “En virtud del presente Acuerdo, los miembros son plenamente responsables de la observancia de todas las obligaciones en él estipuladas”, lo cual no es más que la asignación directa de responsabilidad para los miembros, basada además en lo establecido por la Convención de Viena de que los acuerdos deben ser cumplidos de buena fe.

202 Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos, Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India, WT/DS33/AB/R y Corr. 1, adoptado el 23 de mayo de 1997.

203 En el Informe del Grupo Especial, Italia, Maquinaria agrícola, párrafos 21 y 22 se sostuvo:

Adicionalmente, el propio Artículo 13 del Acuerdo MSF dispone que los Miembros tomaran las medidas razonables para que las entidades no gubernamentales existentes en sus territorios, cumplan con las disposiciones pertinentes del Acuerdo. En ese sentido, la obligación para los Miembros los mandata a asegurar, con todos los medios a su alcance, una actuación compatible con las disposiciones del Acuerdo MSF, de, entre otras, las entidades no gubernamentales en su territorio. La ilicitud, se genera en tal sentido, por el incumplimiento de un deber jurídico, de un deber derivado de una regla imperativa, en este caso, la de velar por la observancia del Acuerdo.

Es necesario recordar asimismo, que las conductas generadoras de responsabilidad que pueden ser atribuibles a un sujeto de derecho internacional pueden fundarse tanto en acciones, como en omisiones, violatorias en ambos casos de una obligación internacional. Citamos en tal sentido, una vez más a BARBOZA (2008: Pág.400), cuando aclara que la Comisión optó por la palabra "hecho" y no "actos" porque la palabra hecho incluye tanto acciones como omisiones y agrega que *"La conducta atribuida al Estado puede ser positiva u omisiva, siendo esta última la más frecuente en el campo de los hechos ilícitos internacionales. Por ejemplo, las conductas de particulares que causen daños a extranjeros, no son las que originan la responsabilidad del Estado – cuando ésta corresponde – sino la inacción de los órganos propios que tenían la obligación de evitarlos"*.

Se requiere entonces para que surja responsabilidad, un elemento subjetivo o conducta atribuible al Estado (hecho del Estado) y un aspecto objetivo (violación), que es el contraste de ese hecho del Estado con la conducta exigida por una obligación internacional. En el presente caso, el elemento subjetivo o hecho del Estado es la omisión en disciplinar la actuación de entidades privadas que emitan normas de carácter sanitario y fitosanitario, mientras que el aspecto objetivo se evidencia claramente cuando se contrasta dicha omisión con el categórico mandato de "asegurar" que este tipo de entidades tengan una actuación compatible con las disposiciones del Acuerdo MSF.

De otro lado, vimos que en lo que refiere a la responsabilidad por hecho ilícito, es posible atribuir al Estado la conducta de ciertas personas o entidades que actúan en determinadas condiciones, cuando dichas personas o entidades: ejercen atribuciones del poder público o actúan bajo la dirección o supervisión de las autoridades oficiales., arguyéndose por oposición que no se puede asignar al Estado responsabilidad por hecho ilícito, derivada de las consecuencias de la conducta de terceros que no actúan de alguna manera como sus órganos, de jure o de facto

Esto ha querido ser visto, como describimos en oportunidad de analizar el Artículo 13, como una indicación en cuanto a que el Artículo 13 del Acuerdo MSF no aplica para el caso de entidades no gubernamentales que actúen por fuera de esos supuestos, lo que resulta a todas luces, si se quiere, un sofisma, toda vez que el mandato de dicho artículo no se encuentra dirigido a dichas entidades sino que constituye un mandato directo a los Miembros para que garanticen una actuación compatible de las entidades no gubernamentales en su territorio.

El cumplimiento del mandato del Artículo 13 del Acuerdo MSF se verifica, únicamente en función en que los actos de implementación de dichas medidas así lo consignen, vale decir, la responsabilidad internacional se configura a partir del fracaso de los Estados en lograr el resultado requerido, el cual consistiría para el caso que nos ocupa, en la omisión de dejar claramente reflejado el carácter imperativo que deberían tener los actos de implementación, más no en los actos de particulares que dicho fracaso posibilita.

En consecuencia, reiteramos, resulta irrelevante analizar si dichas actuaciones se encuadran dentro de supuestos de delegación de facultades o bajo instrucciones o dirección estatal, o si los mismos se efectúan por fuera de la órbita de la actuación estatal, habida cuenta de que, en cualquiera de los casos, se efectúan dentro de su jurisdicción.

El incumplimiento entonces de esa obligación de resultado contenida en el artículo 13 del Acuerdo MSF, de velar “la observancia de todas las obligaciones estipuladas en el Acuerdo”, particularmente en lo que a la actuación de entidades no gubernamentales en su territorio se refiere, en el marco de la puesta en marcha de dicho Acuerdo, constituye claramente un hecho que por la vía de la omisión de cumplimiento de un compromiso internacional, se traduce en la responsabilidad internacional del Miembro omiso y configura un supuesto de anulación o menoscabo bajo los términos del párrafo 1 (a) del Artículo XXIII.

5.3 Conclusiones

- 1) La articulación de procedimientos mediatorios, consulta y buenos oficios, así como el accionar proactivo y fundado de los Miembros en el ámbito del Comité, representan, vías de acción estratégicas que llevadas a cabo con los necesarios argumentos técnicos y jurídicos, pueden resultar eficaces.
- 2) La omisión de un Miembro en disciplinar la actuación de entidades no gubernamentales en su territorio, constituye un hecho generador de responsabilidad internacional de dicho Miembro, por incumplimiento de la obligación de resultado contenida en el Artículo 13 de dicho Acuerdo. Esta omisión de actuación por parte de los Miembros, configura un supuesto de anulación o menoscabo bajo los términos del párrafo 1 (a) del Artículo XXIII del GATT y en tal sentido, podría articularse con adecuado fundamento, el mecanismo de solución de diferencias previsto en el ESD.

CAPÍTULO VI: CONTRASTACIÓN DE LAS HIPÓTESIS DE INVESTIGACIÓN Y CONCLUSIONES GENERALES

En virtud de lo desarrollado a lo largo del presente trabajo, pasaremos a contrastar nuestros hallazgos frente a las hipótesis inicialmente planteadas:

Hipótesis 1: Las “normas privadas” bajo análisis son en esencia medidas sanitarias y fitosanitarias de conformidad a lo previsto en el Acuerdo MSF²⁰⁴ y su imposición al comercio internacional, genera conflictos e impactos que pueden resolverse a la luz del principio de integración sistémica.

Del análisis efectuado, es posible observar que las “normas privadas” concuerdan con la definición de Medida Sanitaria y Fitosanitaria que establece el Anexo A numeral 1 párrafo 1 del Acuerdo MSF, sin embargo el proceso de su elaboración no se ajusta a lo previsto en el Acuerdo, tanto en lo que respecta a su emisión como a las exigencias técnicas requeridas, tal como surge de los casos analizados como evidencia empírica. En relación al impacto sobre el comercio internacional, del estudio es posible observar las diversas exigencias injustificadas y adicionales a las gubernamentales, cuyo cumplimiento deviene obligatorio y genera un impacto negativo para el comercio internacional.

Por último, recurriendo al principio de integración sistémica hemos podido incluir en nuestro análisis a las “normas privadas” como normas aplicables a las relaciones entre las partes (Miembros de la OMC), y así abordar jurídicamente el tratamiento de conflictos normativos derivados de normas de derecho internacional público y normas que regulan las relaciones entre privados.

Hipótesis 2: Las “normas privadas” de carácter sanitario y fitosanitario elaboradas, adoptadas e impuestas al comercio internacional, no son compatibles con las reglas y principios del derecho internacional económico, en particular con el sistema multilateral del comercio y el Acuerdo MSF de la OMC, ni resultan legitimadas en la medida que lo contravengan.

Del análisis de la evidencia empírica presentada, de las presentaciones con cuestionamientos realizadas por algunas delegaciones en el seno del Comité MSF y del análisis de los artículos del Acuerdo MSF, es posible concluir que las normas privadas regulan temáticas de interés general pertenecientes al campo del derecho imperativo, sobre las cuales los países a modo de contralor se han autoimpuesto la necesidad de contar para su elaboración, con suficiente evidencia científica, garantizando la aplicación del principio de equivalencia, evaluación de riesgo, transparencia, procedimientos previos de notificación entre otros. Dichos requisitos están dirigidos a velar por la protección de la salud humana, animal y vegetal, sin que ello implique restringir el comercio más de lo necesario para alcanzar dichos objetivos. En consecuencia, es posible advertir que las normas privadas que se imponen al comercio internacional no son compatibles con ninguna de dichas disposiciones.

204 De acuerdo a su contenido pero no a su proceso de elaboración.

Hipótesis 3: Los acuerdos que componen el sistema multilateral de comercio, particularmente el Acuerdo MSF, ofrecen una base jurídica legítima y suficiente para limitar, en territorio de los Miembros, la elaboración, adopción e imposición de medidas sanitarias y fitosanitarias a nivel privado.

En el estudio hemos demostrado en diversas oportunidades, que el Artículo 13 del Acuerdo MSF plasma una obligación de resultado, dirigida a los Miembros de la OMC que los obliga a velar por la observancia del acuerdo y asegurar una actuación compatible con el mismo, incluyendo a la actuación de las entidades privadas en su territorio. Sin embargo, la producción de normativa en materia sanitaria y fitosanitaria a nivel privado, genera un claro incumplimiento por parte de los Miembros de la OMC de la observancia del Acuerdo MSF. En efecto, hemos demostrado a través del análisis jurídico efectuado, que tanto la fijación del Nivel Adecuado de Protección como la adopción de medidas sanitarias y fitosanitarias, compete a los Miembros, lo que descarta toda posibilidad de que puedan quedar, ambos extremos, bajo la esfera de actuación de entidades privadas. Asimismo, se demuestra que la materialización de ambos aspectos (el NAP y la MSF), debe necesariamente implementarse a través de normas imperativas de orden público que limitan la autonomía de la voluntad privada.

Hipótesis 4: El Acuerdo MSF permite fundamentar la atribución de responsabilidad a los Miembros de la OMC por anulación o menoscabo de sus obligaciones y de los beneficios de acceso garantizados por el sistema multilateral de comercio.

Del análisis efectuado se desprende que en virtud del artículo 13, los Miembros de la OMC son responsables por omisión a la obligación de disciplinar las conductas privadas y asegurar que este tipo de entidades tengan una actuación compatible con el Acuerdo MSF. Dicho incumplimiento, genera la presunción de anulación o menoscabo de las ventajas comerciales bajo los términos del párrafo 1 a) del Artículo XIII del Gatt que resulta aplicable por remisión expresa del Acuerdo MSF.

REFLEXIONES FINALES

La enorme dificultad para poder delimitar y analizar el objeto de estudio del presente trabajo de investigación estuvo radicada principalmente, dentro de la vasta complejidad del asunto bajo análisis, en una interrogante que se presentó como telón de fondo a lo largo de todo el proceso, referida a la aparente colisión, o en todo caso, a la interacción no virtuosa que se daba entre los acuerdos del sistema multilateral del comercio, específicamente el Acuerdo MSF, y determinadas normas aplicadas por agentes privados al comercio internacional, que menoscaban los beneficios de acceso al mercado que los países Miembros de la OMC se garantizaron en materia sanitaria y fitosanitaria, siempre y cuando se cumplieran con los estándares establecidos por los gobiernos en función del Acuerdo MSF.

Básicamente, se trataba de abordar, desde la perspectiva del derecho, lo que aparecía como la disonancia entre dos principios jurídicos fundamentales, el principio de *Pacta Sunt Servanda* del Derecho Internacional Público, en virtud del cual los tratados deben cumplirse de buena fe y el Principio de la Autonomía de la Voluntad, en su sentido negocial o contractual, del derecho privado, en virtud del cual uno es libre de elegir a su contraparte y de dotar de contenido a su relación contractual, dentro de los límites que impone el orden público, la ley y las buenas costumbres.

De ahí surgió como primera interrogante la necesidad de delimitar la relación jurídica entre un acuerdo de tipo intergubernamental, que establece fundamentalmente obligaciones para los Estados, con regulaciones pertenecientes a órdenes normativos no jurídicos que se aplican los privados entre sí.

En principio no parecía existir una interface entre ambos tipos de normas, las intergubernamentales y las privadas, por lo que igualmente no parecía existir la posibilidad de desafiar las últimas según los mecanismos de solución de diferencias establecidos en el sistema multilateral de comercio en el que se inscribe el Acuerdo MSF.

De hecho, y como ya hemos descrito, el debate en el ámbito del Comité MSF creado en virtud de dicho acuerdo ha estado centrado precisamente en esta cuestión:

- de un lado quienes (básicamente el mundo desarrollado) alegan que el Acuerdo MSF, específicamente su artículo 13 no constituye una base suficiente para lograr disciplinar actuaciones privadas que pongan en riesgo los logros conseguidos en el marco del Acuerdo MSF, al hacer referencia, siguiendo su razonamiento, dicho artículo a entidades no gubernamentales que actúan por delegación de facultades de gobierno (pese a que no lo dice expresamente); y,
- de otro lado quienes señalan que la obligación contenida en el artículo 13 de lograr que entidades no gubernamentales en su territorio cumplan con las disposiciones del Acuerdo MSF comprende a todo tipo de entidades privadas que pudiesen actuar de manera incompatible con el mismo.

No obstante lo anterior, basándonos en nuestro propio análisis, en los principios y normas que rigen el derecho internacional, así como en el estado del arte en el debate internacional de la materia, y utilizando un par de casos que grafican de manera patente la existencia del problema, nos propusimos analizar las herramientas que el sistema multilateral de comercio pone a disposición para disciplinar la actuación de los privados en esta materia, más allá de la naturaleza jurídica distinta de las normas privadas bajo análisis, así como plantear algunas alternativas de solución.

Cabe anotar que el presente trabajo se ha centrado en identificar que pueden hacer los gobiernos en el plano internacional a la luz de los acuerdos del sistema multilateral de comercio, más no hemos ahondado en identificar de manera detallada los mecanismos o medidas que los Estados deberían adoptar para disciplinar la actuación privada al interior de sus mercados de cara a garantizar debidamente la observancia y aplicación del Acuerdo MSF y de las medidas gubernamentales de carácter sanitario y fitosanitario adoptadas en función de sus disposiciones.

No obstante lo anterior, efectuamos algunas consideraciones sobre el particular, principalmente vinculadas a los objetivos de alto interés general que persiguen las normas sanitarias y fitosanitarias, y al carácter imperativo que adquieren en consecuencia, que debería bastar para impedir que convencionalismos privados vulneren los compromisos internacionales de acceso a mercados.

El desarrollo de la investigación nos permitió arribar a una serie de conclusiones que no sólo nos permiten considerar que el objetivo propuesto ha sido logrado, sino que además, proporciona un enfoque en materia de responsabilidad de los Miembros de la OMC por la observancia de las disposiciones del Acuerdo MSF, que puede aportar orientaciones en relación a las medidas necesarias que habrán de implementarse para disciplinar la actuación privada en materia sanitaria y fitosanitaria.

Las principales conclusiones a las que hemos llegado, nos permiten reflexionar acerca de la importancia del problema desde la perspectiva del derecho y fundamentalmente, al enorme desafío, que a su respecto tienen, la comunidad internacional en su conjunto, el sistema multilateral del comercio y los Miembros de la OMC habida cuenta de los distintos intereses comprometidos.

En tal sentido, los ejercicios académicos pueden contribuir y aportar elementos adicionales para el análisis y es por este motivo que nos interesa reseñar brevemente, y para culminar, los aportes más relevantes que pueden extraerse de este trabajo.

Habida cuenta de la trascendencia que tienen los fenómenos fragmentarios en el campo normativo e independientemente de las distintas posiciones doctrinales y enfoques existentes sobre el particular, consideramos importante haber encontrado en el propio derecho internacional, las herramientas que nos permitieron efectuar el análisis de la regulación oficiosa a nivel privado, desde la perspectiva de dicho fenómeno incluyendo a las normas privadas, como norma de derecho internacional aplicable a la relaciones entre las partes (Miembros de la OMC) para analizar el conflicto y sus vías de solución.

En relación al problema inicial que nos propusimos abordar, creemos estar haciendo un aporte a los debates que seguramente continuarán desarrollándose en la comunidad internacional y, en tal sentido, ponemos especial énfasis en cuanto a que los desarrollos efectuados en la investigación, nos permiten válidamente afirmar, que las normas y principios de derecho internacional nos proporcionaron la base argumentativa necesaria para concluir, que las “normas privadas” en materia sanitaria y fitosanitaria no sólo contravienen lo previsto en las normas y principios de derecho internacional sino que, generan responsabilidad internacional de los Miembros de la OMC por incumplimiento de sus obligaciones en materia de observancia y disciplinamiento de dicha actuación privada en sus respectivas jurisdicciones.

El carácter “implementativo” del Artículo 13 del Acuerdo MSF, y la obligación en él consignada en lo que respecta a la responsabilidad de los Miembros por lograr la observancia de sus disposiciones, incluyendo el objetivo de “asegurar” que la actuación de las entidades no gubernamentales dentro de su territorio sea de observancia, respeto o compatibilidad con las disposiciones de dicho acuerdo, debe leerse de manera armoniosa y consistente con el espíritu, naturaleza y objetivos del Acuerdo MSF, de establecer las reglas bajo las cuales debe ejercerse, de manera no discriminatoria ni innecesariamente restrictiva para el comercio, la facultad exclusiva y excluyente de los Miembros de emitir medidas sanitarias y fitosanitarias.

Esta lectura armoniosa debe considerar la naturaleza de disposiciones normativas de orden público de las cuestiones sanitarias y fitosanitarias, que implican decisiones gubernamentales que no pueden quedar libradas a intereses particulares, tanto por el interés general de protección de la salud humana, animal y vegetal que persiguen, como por el objetivo de lograr que dicha protección no se verifique de manera discriminatoria, o que configure restricciones injustificadas o encubiertas al comercio.

Reflexión particular merecen, los actos de implementación que los Miembros deberían adoptar en función de dicho mandato, consignando de manera expresa, el carácter imperativo de las medidas sanitarias y fitosanitarias en el marco del Acuerdo MSF, razón por la cual no serían admisibles, prácticas privadas que pactan en contrario de lo dispuesto por las medidas gubernamentales en materia sanitaria y fitosanitaria, ello sin perjuicio de la ilegitimidad que representa que los niveles de protección sanitaria o fitosanitaria, se establezcan sin evaluación ni análisis y resulten de valoraciones motivadas en intereses privados.

La responsabilidad internacional de los Miembros de la OMC, se configura precisamente, a partir del fracaso de los Estados en lograr el resultado requerido de reflejar claramente ese carácter imperativo en los actos de implementación, habida cuenta de los actos de particulares que dicho fracaso habilita. Al estar dicha obligación de resultado dirigida a los Miembros, en un contexto de implementación y observancia de las disposiciones del Acuerdo MSF, resulta irrelevante analizar si dichos actos se encuadran dentro de actuaciones efectuadas en función de supuestos de delegación de facultades o bajo instrucciones o dirección estatal, o si los mismos se efectúan por fuera de la órbita de la actuación estatal, habida cuenta de que, en cualquiera de los casos, se efectúan dentro de su jurisdicción. Al estar dicha obligación de resultado, dirigida a los Miembros, en

un contexto de implementación y observancia de las disposiciones del Acuerdo MSF, resulta irrelevante analizar si dichas prácticas se encuentran vinculadas o no a actuaciones gubernamentales, habida cuenta de que, en cualquiera de los casos, se efectúan dentro de su jurisdicción.

El sistema multilateral y el Acuerdo MSF ofrecen un conjunto de herramientas e instancias para abordar el tratamiento del tema, tales como el propio Comité MSF así como una serie de mecanismos como los buenos oficios, la conciliación y la mediación (incluyendo aquella que contempla específicamente la intervención del Presidente del Comité MSF), así como las consultas que pueden ser muy útiles para encaminar las próximas acciones.

Enfatizamos en tal sentido, la importancia estratégica de agotar y utilizar todas las herramientas e instancias disponibles y, evaluar al menos los elementos con los que se cuenta desde una perspectiva jurídica, para accionar de ser necesario, las instancias que la OMC nos proporciona en materia de solución de diferencias.

Finalmente, y en todo caso, el apego a las reglas de derecho, se plantea como la estrategia más cierta y recomendable como contrapeso a otras que derivan del ejercicio del poder en su amplia dimensión.

BIBLIOGRAFÍA

ABREU, S. 2006. *“La Inserción Externa del Uruguay. Visión Política y Estratégica”*. En: Reflexiones para un MERCOSUR Viable. Montevideo: KONRAD - ADENAUER – STIFTUNG E.V.

ALBÁN OVIEDO, J. Junio 2004. *La autonomía de la voluntad en la compraventa internacional*. En Revista de Derecho Internacional y del Mercosur. Luis Alejandro Estoup (Director). La Ley Sociedad Anónima Editora e Impresora.

AMAZO PARRADO, D.C. 2007. *¿Es Paradójica la Autonomía de la Voluntad frente al Principio de Legalidad en los Contratos Estatales?* Bogotá: Revista Estudios Socio-Jurídicos, Julio-diciembre, año/vol. 9, número 002. Universidad del Rosario.

ARNOLETTO, E.J. 2007. *Glosario de Conceptos Políticos Usuales*. EUMEDNET. Disponible en: <http://www.eumed.net/dices/eja-dic.zip>. Consultado el 28/08/2017

ARTIGAS, C. 2001. *El Principio Precautorio en el Derecho y en la Política Internacional*. Santiago de Chile: CEPAL.

AZEVEDO, R. 2017. *Informe Anual 2017*. Organización Mundial del Comercio.

BALDWIN, R. y CAVE, M. 1999. *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*. Oxford University Press. ISBN 0198774370, 9780198774372

BALLESTEROS GARRIDO, J.A. 1999 *Las condiciones generales de los contratos y principio de autonomía*. José María Bosch Editor.

BARBERIS, J.A. 1994. *Formación del Derecho Internacional*. Editorial Abaco de Rodolfo de Palma.

BARBOZA, J. 2006. *La Responsabilidad Internacional*. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXXIII_curso_derecho_internacional_2006_Julio_Barboza.pdf. Consultado el 28/08/2017.

BARBOZA, J. 2008. *Derecho Internacional Público*. Segunda Edición. Buenos Aires: Editorial Zavalía,

BERNARDO, J. y CALDERO, J.F. 2000. *Investigación cuantitativa (4); Métodos no experimentales*. Madrid: RIALP, S.A

BOHANES, J. y SANDFORD, I. 2008. *The (Untapped) Potential of WTO Rules to Discipline Private Trade-Restrictive Conduct*. Society of International Economic Law, 56/08: Geneva.

BRAÑES, R. y REY, O. 2001. *Política, derecho y administración de la seguridad de la biotecnología en América Latina y el Caribe: Serie Seminarios y conferencias*. Santiago de Chile: CEPAL

BRITO, M. 1985. *El principio de legalidad e interés público en el Derecho Positivo Uruguayo*. LJU. Tomo 90.

BROWNLIE, I. 2008. *Principles of Public International Law*. Oxford. Seventh Edition,

CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G; HOAGUE, E.C. 2010. *Diccionario Jurídico Inglés – Español*. Volumen 1. Editorial Heliasta S.R.L.

CABANELLAS DE TORRES, G. 1993. *Diccionario Jurídico Elemental*. Ed. Heliasta SRL.

CABANELLAS, G. 1984. *Diccionario Jurídico Elemental*. Séptima Edición. Editorial Heliasta S.R.L.

CAPELLA, J.R. 2008. *Fruta Prohibida: Una aproximación histórico – teórica al estudio del Derecho y el Estado*. Quinta Edición. Editorial Trotta. ISBN: 978-84-9879-013-9

CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y EL DESARROLLO. 1992. *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*. Disponible en: http://www.un.org/esa/dsd/agenda21_spanish/res_riodecl.shtml. Consultado el 28/08/2017

DE LA GUARDIA, E. 1997. *Derecho de los Tratados Internacionales*. Buenos Aires: Editorial Abaco de Rodolfo De palma.

Enciclopedia Jurídica. 2014. Disponible en: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/derecho-consuetudinario/derecho-consuetudinario.htm>. Consultado el 15/08/2017.

ESCOLA, H.J. 1989. *El interés público como fundamento del Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Depalma Bs. As.

FAO. Set. 2008. *Seminario Regional “Normas Privadas de Sanidad Vegetal, Animal e Inocuidad Alimentaria, La Necesidad de la Acción Regional para Promover Bienes Públicos*. Actas. Santiago de Chile: FAO, 3-5 Set. 2008.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. 2000. *El Derecho del comercio internacional en el contorno de la globalización*. N° 5. Escrivá. México: Revista del Colegio de Notarios del Estado de México.

GARNER, B. A. 2009. *Black’s Law Dictionary*. 8ava Edición.

IDIGORAS, G; FIED, A; LARA, P. Enero 2011. *Incidencia de los requisitos privados para alimentos en el Cono Sur*. Estudio sobre cadena bovinos de carne. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura (IICA).

ITC. 2012. *When do Private Standards Work?* (Literature Review Series on the Impacts of Private Standards; Part IV). Documento N° MAR-12-227.E, Ginebra: ix. Disponible en: <http://www.intracen.org/When-do-Private-Standards-Work/>

JIMENES DE ARECHAGA, E; ARBUET-VIGNALI, H; PUCEIRO RIPOLL, R. 2005. *Derecho Internacional Público, Principios, normas y estructuras*. Fundación de Cultura Universitaria, Tomo I Primera Edición.

KELSEN, H. 1953. *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires. Ed. 28. 1994

KOSKENNIEMI, M. 2006. A/CN.4/L.682. *Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación del Derecho Internacional*. Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional. Ginebra: Comisión de Derecho Internacional, ONU.

LACOVONE, L. 2005. *Análisis e impacto de las medidas sanitarias y fitosanitarias* Revista de Integración y Comercio. Departamento de Economía, Universidad de Sussex: Falmer, Brighton, Reino Unido. ISSN 1026-0463

LAMY, P. 2006. *El lugar y la función (del derecho) de la OMC en el orden jurídico internacional: Intervención ante la Sociedad Europea de Derecho Internacional*. Sorbonne, Paris. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/news_s/sppl_s/sppl26_s.htm. Consultado el 20/08/2017.

LARACH, M.A. 2003. *El acuerdo sobre la aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias: contenido y alcance para América Latina y el Caribe*. Naciones Unidas, CEPAL, Serie Comercio Internacional 39.

LINARES, J.F. 1989. *“Razonabilidad de las leyes*. Buenos Aires: Astrea.

LÓPEZ RUIZ, F. Diciembre 2007. *Notas sobre la nueva lex mercatoria*. Revista de Derecho del Mercado Financiero, Working Paper 1/2007.

MARTÍNEZ CAÑELLAS, A. 2009. *Derecho del Comercio Internacional*. La nueva lex mercatoria. Instrumentos de Derecho mercantil uniforme: de CNUDMI, de UNIDROIT, de la CCI, y otras fuentes: Campus Extens Unitat de Suport Tecnicopedagògic Universitat de les Illes Balears.

MÉNDEZ, J.L. 1993. *La política pública como variable dependiente: hacia un análisis más integral de las políticas públicas*. En Foro internacional.

NUÑEZ SANTIAGO, B. 1998. *Políticas públicas y derecho alimentario: Del GATT a la OMC en América Latina y del Caribe*. Argentina: Ed. Ciudad Argentina.

OIE. RESOLUCIÓN No. 26 de la Asamblea Mundial de la OIE. 78ª SG/IF – PARIS. 2010. *Papel de las normas públicas y privadas en la sanidad animal y el bienestar animal*. Disponible en: http://www.oie.int/fileadmin/Home/esp/Internationa_Standard_Setting/docs/pdf/E_RESO_2010_PS.pdf. Consultado el 15/08/2017.

OMC. Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. 2005. G/MSF/GEN/766.

OMC. Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. 2008. G/MSF/GEN/822.

OMC. Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. 2008. G/MSF/GEN/822

OMC. Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. 2008. G/MSF/GEN/843.

OMC. Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. 2008. G/MSF/W/232.

OMC. Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. 2009. Efectos de las Normas Privadas relacionadas con cuestiones Sanitarias y Fitosanitarias - Recopilación de Respuestas. G/MSF/GEN/932/Rev.1.

OMC. Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. 2009. G/MSF/GEN/932

OMC. Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. 2009. *MARCO LEGAL OMC DE LAS NORMAS PRIVADAS. Comunicación de Mercosur* (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay). G/SPS/W/246.

OMC. Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. 2011. G/MSF/W/256.

OMC. Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. 2015. Informe de los Coordinadores del Grupo de Trabajo por vía electrónica para las Normas Privadas, presentado a la reunión de marzo de 2015 del Comité MSF, relativo a la Medida N° 1 (G/MSF/55). G/MSF/W/283

Organización Mundial de la Salud (OMS) y Organización de Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO). 2007. Análisis de Riesgos relativos a la ino-

cuidad de los alimentos. Guía para las autoridades nacionales de inocuidad de alimentos. Roma: Estudio número 87, ISSN 1014-2916..

PAREDES, E. ROMAY, L. 2010. *Derecho Internacional Público, Fundamentos, métodos y subjetividad en el Derecho Internacional Público*. SERVIEDUCA, 2ª. Edición: Maracaibo Venezuela. Disponible en <https://luislinares.jimdo.com/.../Unidad+I+derecho+internacional+público+%281%29>. Consultado el 27/08/2017

PEREIRA FREDES, E. y WARNIER READI, I. 2011. *Convergencia y fragmentación en el sistema jurídico internacional. Derecho y Justicia*. N° 1. Disponible en: www.derecho-ucsh.cl/revista. Consultado el 15/08/2017.

PODESTÁ COSTA, L.A y RUDA, J.A. 1985. *Derecho Internacional Público Volumen 1*. Primera Edición. Argentina: Editorial TEA.

Publicación Organización Internacional de Normalización (ISO). 2010. *Normas Internacionales y «normas privadas»*. Disponible en: file:///C:/Users/Win%207%20HP/Downloads/private_standards-ES.pdf. Consultado el 15/08/2017.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. 2012. *Diccionario de la lengua española*". 22ª Edición. Disponible en: <http://lema.rae.es/drae/?val=norma>. Consultado el 15/08/2017.

ROBACH, M. 2010. *La Visión del Sector Privado respecto a las Normas Privadas – Algunos enfoques que pueden ayudar a reducir los Conflictos actuales y futuros entre las Normas Públicas y Privadas : 78ª SG/IF*, Paris.

ROCUTS, A. 2012. *Cumbres y Acuerdos globales. Tratados y Convenios*. Cátedra UNESCO de Sostenibilidad. España: Universidad Politécnica de Cataluña. Disponible en: http://portalsostenibilidad.upc.edu/detall_01.php?numapartat=8&id=177. Consultado el 15/08/2017.

RODILES, A. Enero 2009. *La Fragmentación del Derecho Internacional. ¿Riesgos u oportunidades para México*. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Vol. 9.

SÁEZ, F.F. 2009. *Repercusiones de las normas privadas en el comercio agroalimentario*. Revista del CEI Número 14

SARMIENTO, D. 2006. *La Autoridad del Derecho y la Naturaleza del Soft Law*. Madrid: Cuadernos de Derecho Público.

Sitio Web de la OIE. En: <http://www.oie.int/es/normas-internacionales/implicaciones-de-las-normas-privadas/>. Consultado el 25/08/2017.

Sitio Web de la OMC. En <http://www.wto.org/>. Consultado el 28/08/2017.

SOLARI TUDELA, L. 1994. *Derecho Internacional Público*. Quinta Edición. Studium Ediciones.

SOTO COAGUILA, C.A. 2007. *La libertad de contratación en los contratos preparatorios. Su reciente modificación legislativa*. Disponible en <http://derechogeneral.blogspot.com/2007/12/la-libertad-de-contratacin-en-los.html>. Consultado el 15/08/2017.

TONIOLLO, J. GOTTARDI, M.L. MARICHAL, M.E. SPANO TARDIVO, L. 2011. *Principio precautorio. Posibilidades y límites de su exportabilidad: el caso del Derecho Alimentario*. XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Comisión 3. Comisión de Daños: principios de prevención y precaución: Tucumán.

UE. Commission of the European Communities, COM. 2000. Communication From the Commission on the Precautionary Principle. Bruselas

VAN DEN BOSSCHE, P. ZDOUC, W. 2013. *The Law and Policy of the World Trade Organization*. Third Edition. Cambridge: Cambridge University Press.



MONOGRAFIAS DE ESTUDIANTES

*RIGUETTI, Agustina; ÁLVAREZ, Camila; ROJAS, Mathías;
OLLERO, Melanie; URCHITANO, Micaela y CEDROLA, Paulina*
Valor y fuerza de los pronunciamientos de la Corte Interamericana
de Derechos Humanos en la interpretación del corpus iuris
Interamericano: la cosa interpretada

VALOR Y FUERZA DE LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN LA INTERPRETACIÓN DEL *CORPUS IURIS* INTERAMERICANO: LA COSA INTERPRETADA¹

AGUSTINA RIGUETTI, CAMILA ÁLVAREZ, MATHÍAS ROJAS, MELANIE OLLERO,
MICAELA URCHITANO Y PAULINA CEDROLA²

Resumen:

Previo a analizar la cuestión que nos atañe, es necesario realizar una serie de precisiones para comprender el fondo del asunto. Por consiguiente, comenzaremos analizando el origen de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, su funcionamiento y los actos que la misma expide. A su vez, haremos referencia al concepto de Control de Convencionalidad y su evolución a través de la jurisprudencia interamericana.

Luego de realizar dichas precisiones, y para comenzar con el fondo del asunto, haremos hincapié en el concepto de cosa interpretada, y lo diferenciaremos del concepto de cosa juzgada. Luego, analizaremos el valor y fuerza que tienen los actos expedidos por la Corte IDH, distinguiendo aquellos que emanan de la función consultiva, de los que emanan de la función contenciosa y con respecto a los Estados Parte de la controversia, los no Parte del caso y los no signatarios de la Convención.

Finalmente, examinaremos el valor y fuerza de los pronunciamientos de la Corte y su relación con la democracia.

1. Introducción

El presente estudio se enmarca en el contexto de los ejes temáticos propuestos por la Universidad Católica del Uruguay para las XV Jornadas Interuniversitarias de Derecho Constitucional y Derechos Humanos: “Nuevos medios para la protección y garantía de los Derechos Humanos”³.

En un sentido amplio podría entenderse que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH”) es un medio de protección por excelencia y garante de los Derechos Humanos (en adelante “DDHH”). Sin perjuicio de ello, podría cuestionarse su carácter de “nuevo”.

1 Trabajo presentado en XV Jornadas Interuniversitarias de Derecho Constitucional y Derechos Humanos, celebradas en la Universidad Católica del Uruguay.

2 Estudiantes del tercer año de la carrera de Derecho de la Universidad de Montevideo.

3 La presente investigación dio lugar a los premios al “Trabajo más original” y a la “Mejor exposición”.

Ahora bien, si existen nuevas pautas en materia de protección de Derechos Humanos, que no se retrotraen al momento de creación de la Corte IDH, o al momento de aprobación de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “CIDH”).

En este sentido, la Corte IDH ha comenzado a utilizar conceptos o pautas jurídicas que podrían catalogarse de novedosos en el ámbito interamericano, pues ya en Europa llevan algunos años, respecto a la protección de los DDHH.

En este sentido, puede destacarse que, en lugar de tratados y Derecho Interno, se alude a un concepto de *corpus iuris* interamericano, que tendría un alcance distinto a la suma de los tratados y el Derecho Interno, y podría preguntarse si acaso la interpretación de la norma no se convierte en norma y este *corpus iuris* no se va ampliando cada vez que la Corte IDH actúa en su función consultiva o jurisdiccional.

La forma de actuación de la Corte IDH en los últimos años, ha llevado a que algunos autores la asemejen con ciertos límites a lo que sería un Tribunal Constitucional muy similar al alemán.

En este contexto, es que surge el “nuevo medio de protección” sobre el cual haremos énfasis: *la cosa interpretada*. Concepto que, en principio, implicaría que los pronunciamientos de la Corte IDH interpretando la CIDH son vinculantes para los Estados (veremos cuál es el alcance subjetivo) y para los órganos de los mismos.

La cosa interpretada, así como novedosa, ha sido polémica, lleva a cuestionarse con mayor fuerza el concepto de democracia de cada Estado. En relación a ello veremos cómo las decisiones expresadas por la Corte IDH parecerían colisionar con ciertos valores o prácticas democráticas.

Hacemos notar que respecto de “cosa interpretada” la bibliografía no es numerosa, como sí lo es para el control de convencionalidad. Situación fáctica que motivó la elaboración del presente trabajo, en tanto se pretende contribuir al avance de la ciencia jurídica en el marco del Estado de Derecho, investigando sobre un punto recientemente planteado y sin perjuicio de no poder agotar la investigación, pues las aristas del tema son muchas y extensas cada una en sí misma.

2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los actos expedidos por ella

Según el artículo 1 del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH”) es una institución judicial autónoma que tiene por objeto la aplicación e interpretación de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “CIDH”)⁴.

4 Artículo 1 del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Corte IDH tiene función jurisdiccional y consultiva⁵.

En cuanto a la competencia consultiva, a solicitud de cualquier Estado Parte, puede emitir opiniones “*acerca de la compatibilidad entre cualquiera de las leyes internas y los instrumentos internacionales, o solicitar una consulta sobre la interpretación de tratados internacionales*”⁶.

Surge del artículo 64 de la CIDH⁷, que podrán solicitar opiniones consultivas “*la totalidad de los órganos de la Organización de los Estados Americanos que enumera el Capítulo X de la Carta, e igualmente todo Estado Miembro de la misma, sea o no parte de la Convención (...) se concede a todos los miembros de la OEA la posibilidad de solicitar opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales*”⁸.

Con respecto al objeto de la consulta “*no está limitado a la Convención, sino que alcanza a otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos*”⁹. No obstante, cuenta con una competencia limitada, ya que, “*sólo puede conocer, dentro de esta función, sobre la interpretación de tratados en que esté directamente implicada la protección de los derechos humanos en un Estado Miembro del sistema interamericano*”¹⁰.

El material normativo controlante está conformado por las cláusulas de la CIDH, conjuntamente con la exégesis que de ellas ha hecho la Corte IDH. Esta tesis importa una interpretación mutativa por adición realizada sobre la CIDH, en su condición de intérprete definitiva del mismo¹¹. El tribunal ha agregado algo al contenido inicial de la Convención, aunque el texto literal de éste no ha variado¹².

Con respecto a la función jurisdiccional la Corte IDH “*conoce de los casos en que se alegue que uno de los Estados parte ha violado un derecho o libertad protegidos por la Convención*”¹³. Para ello se deberán agotar los recursos internos “*que establece un país para hacer efectiva la protección de los derechos humanos*”¹⁴.

5 Artículo 2 del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

6 Christian STEINER, Patricia URIBE, *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, México, año 2014, p. 7.

7 Artículo 64 de la Convención Americana de Derechos Humanos: 1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en los que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. 2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

8 Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982, p. 5.

9 Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982, p. 5.

10 Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982, p. 8.

11 Artículo 67 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

12 Pedro SAGÜES, *Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad*, Estudios Constitucionales, año 2010, p. 125 y 126.

13 C. STEINER, P. URIBE, *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, p. 7.

14 C. STEINER, P. URIBE, *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, p. 7.

Surge de los artículos 44 y 45 de la CIDH¹⁵, en los cuales se prevén dos mecanismos para hacer efectivas las denuncias, en primer lugar, se reconoce el derecho de petición individual, por el cual cualquier persona, grupo de personas o entidades no gubernamentales legalmente reconocidas de cualquier Estado Parte pueden denunciar supuestas violaciones de DDHH; en segundo lugar, se establecen las comunicaciones estatales, las cuales consisten en la denuncia de un Estado Parte ante las violaciones de DDHH por otros Estados Partes.

Refiriéndonos a la petición individual, el Juez Antonio CançadoTrindade entiende que, “*El derecho de petición individual constituye, (...) la piedra angular del acceso de los individuos a todo el mecanismo de protección de la Convención Americana*”¹⁶.

De acuerdo al artículo 51 de la CIDH, la Comisión o alguno de los Estados involucrados deberán someter la controversia a la Corte, de lo contrario, “*el procedimiento concluye en la Comisión, con las opiniones, conclusiones y recomendaciones que ésta formule*”¹⁷.

3. La interpretación del *corpus iuris* Interamericano por la Corte IDH, como nuevo parámetro de Control de Convencionalidad

La Corte IDH puede pronunciarse de varias formas y es a través de estas resoluciones que debe llevarse a cabo el control de convencionalidad.

El control de convencionalidad consiste en el cumplimiento de los deberes impuestos por la CIDH por lo que, “*no implica una transgresión a su soberanía estatal, pues ciertamente es en ejercicio de ésta que consintieron para vincularse jurídicamente con el contenido de dicho tratado*”¹⁸.

La armonización que debe de realizarse del ordenamiento interno a través del Control de Convencionalidad no alcanza solamente a las normas de la CIDH, sino también a la interpretación que de ella hace la Corte IDH a través de la jurisprudencia, de sus opiniones consultivas, medidas provisionales, supervisión de cumplimiento de sentencias, entre otras.

Siguiendo a Nogueira Alcalá el *corpus iuris* “*está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones*

15 Artículo 44 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos: *Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte.*

Artículo 45 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos: *1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce la competencia de la Comisión para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro Estado parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en esta Convención. 2. Las comunicaciones hechas en virtud del presente artículo sólo se pueden admitir y examinar si son presentadas por un Estado parte que haya hecho una declaración por la cual reconozca la referida competencia de la Comisión. La Comisión no admitirá ninguna comunicación contra un Estado parte que no haya hecho tal declaración. 3. Las declaraciones sobre reconocimiento de competencia pueden hacerse para que ésta rija por tiempo indefinido, por un período determinado o para casos específicos. 4. Las declaraciones se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que transmitirá copia de las mismas a los Estados miembros de dicha Organización.*

16 Sentencia: Castillo Petruzzi y otros v. Perú, año 1998.

Además entiende que: “*no se puede analizar el artículo 44 como si fuera una disposición como cualquier otra de la Convención, como si no estuviera relacionada con la obligación de los Estados Partes de no crear obstáculos o dificultades para el libre y pleno ejercicio del derecho de petición individual, o como si fuera de igual jerarquía que otras disposiciones procedimentales*”.

17 Héctor FAÚNDEZ LEDESMA, *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, año 1996, Chile, p. 236.

18 Juana María IBAÑEZ RIVAS, *Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Anuario de Derechos Humanos, Universidad de Chile, año 2012, p. 112.

y declaraciones), (...) entre ellos, la CIDH y los tratados o convenciones complementarios del sistema (...), así como, por la interpretación que ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos del mencionado instrumento”¹⁹.

Existen otras convenciones o protocolos adicionales de igual naturaleza a la CIDH que conforman el *corpus iuris* interamericano, ellos son: el Protocolo de San Salvador, el Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer y la Convención sobre Desaparición Forzada²⁰.

Para Ferrer Mac – Gregor, el *corpus iuris* no solo se conforma por estos protocolos y convenciones que poseen la misma naturaleza que la CIDH, sino también por la “*opinión consultiva sobre dichos tratados o bien emitir una opinión acerca de la compatibilidad entre cualquiera de las leyes internas de un estado y los protocolos adicionales*”²¹. Por lo que, “*se forma de esta manera un auténtico “bloque de convencionalidad” como parámetro para ejercer el control difuso de convencionalidad*”²².

Es así, que a través de este *corpus iuris* y de su interpretación, la Corte IDH determina el parámetro para el control de convencionalidad mediante el cual se garantiza una eficacia mínima del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

4. La Corte IDH como Tribunal Constitucional Interamericano

Es importante comenzar destacando que es decisivo el texto donde cada Estado reconoció la competencia de la Corte IDH. Ello por cuanto, La Corte IDH no cuenta con competencia de pleno derecho, sino que “*para que pueda conocer de una controversia, se requiere la aceptación expresa de su competencia por parte del Estado denunciado, ya sea mediante una declaración especial formulada por el mismo o mediante una convención especial*”²³.

El artículo 62 inciso 2 de la CIDH establece el modo en el cual los Estados pueden realizar dicho reconocimiento: “*La declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos (...)*”²⁴.

Es importante subrayar que cuando un Estado reconoce la competencia de la Corte IDH, reconoce también, tal como señala Nogueira Alcalá, la eventual responsabilidad internacional del Estado con todas las consecuencias pertinentes, ya sean jurídicas como políticas²⁵.

19 Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, *Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 2012 (135), p. 1168 a 1182.

20 A. ABREU BURELLI, *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, p. 96-98.

21 C. STEINER, P. URIBE, *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, p. 720.

22 Eduardo FERRER MAC-GREGOR, *El control difuso de convencionalidad por los jueces latinoamericanos: evolución de la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Cuadernos Manual Giménez Abad, año 2011, n° 2, p. 107.

23 H. FAÚNDEZ LEDEZMA, *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Aspectos institucionales y procesales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, año 2004, p. 236.

24 Artículo 62 inciso segundo de la Convención Interamericana Derechos Humanos.

25 H. NOGUEIRA ALCALÁ, “*Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para el tribunal constitucional*”, p. 341.

El reconocimiento uruguayo se encuentra en el artículo 16 de la Ley 15.737, el cual establece: “Reconócese la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido, y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención, bajo condición de reciprocidad.”²⁶.

Según Santiago Torres Bernadez, la condición de reciprocidad implica que en asunto los Estados involucrados deben haber asumidos obligaciones con respecto a la Corte para que esta pueda decidir en la controversia. Por lo tanto, nuestro reconocimiento no es incondicional sino que está condicionado, lo cual nos muestra como Uruguay adopta una posición más restrictiva. Esta posición restrictiva, implica siguiendo al Prof. Santiago Altieri, en lo que en su análisis respecto al caso “*Artavia Murillo vs. Costa Rica*”²⁷, que la jurisprudencia se restringe a aquellos casos en que el Estado Uruguayo sea parte.

La cuestión que aquí se plantea, es si se puede considerar a la Corte IDH como Tribunal Constitucional, para lo cual, debemos señalar, en primer lugar, qué significa.

Siguiendo el modelo alemán, Mathias Hartwig en base a lo que señala Carl Schmitt, entiende que el Tribunal Constitucional es el guardián de la Constitución y su competencia se encuentra en realizar una “interpretación auténtica del texto constitucional y vincula con sus decisiones a los otros poderes estatales.”²⁸.

Según lo que establece Gerhard Leibholz, se trata de un tribunal autónomo e independiente, que realiza una tarea “típicamente jurisdiccional”²⁹. Es el órgano que debe resolver en última instancia “ante el pueblo y el Estado, sobre las controversias jurídicas y diferencias de opinión que la Ley Fundamental le somete.”³⁰.

Una vez definido lo que es el Tribunal Constitucional es que cabe plantear la cuestión, tal como plantea Laurence Burgorgue-Larsen, tendiente a determinar si la Corte IDH tiene la capacidad suficiente para “asegurar la coherencia de lo que se podría llamar un “sistema constitucional” interamericano, formado tanto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos como por todos los tratados en los cuales se haya reconocida la competencia de la Corte de San José: el famoso ‘corpus iuris interamericano’”³¹.

El artículo 64 inciso 2³² de la CIDH conforma el fundamento por el cual, cualquiera de los Estados Parte de la CIDH tiene la facultad de realizar consultas a la Corte IDH sobre sus leyes internas, analizando si son compatibles o no tanto con la CIDH, así también como con el resto de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos. Tal como sostiene Laurence Burgorgue-Larsen, como resultado de una interpretación extensiva de

26 Artículo 16 de la Ley 15.737.

27 Santiago ALTIERI MASSA DAUS, *El comienzo de la personalidad jurídica del ser humano en el Derecho Uruguayo*, tesis inédita, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2015, p.447.

28 Mathias HARTWIG, *El Tribunal Constitucional y la Unión Europea*, Uruguay, año 2008 p. 1.

29 Gerhard LEIBHOLZ, *El Tribunal Constitucional de la Republica Federal Alemana y el problema de la apreciación judicial de la política*, p. 89.

30 G. LEIBHOLZ, *El Tribunal Constitucional de la Republica Federal Alemana y el problema de la apreciación judicial de la política*, p. 89.

31 Laurence BURGORGUE-LARSEN, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos como Tribunal Constitucional*, p. 422.

32 Artículo 64 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

la norma, es que deducimos que no solamente realiza un control sobre las leyes en vigor, sino también sobre aquellas que están en gestación³³.

Es por ello, que dicha autora sostiene que, el hecho de que la Corte IDH realice un control tanto de las leyes en vigor como las leyes en gestación, es un elemento que permite aplicar analógicamente a la Corte IDH el concepto de Tribunal Constitucional.

No obstante, dicha analogía se encuentra limitada. Ello por cuanto, por ejemplo, el control que realiza la Corte IDH no cuenta con el poder para derogar una ley o dejarla sin efecto, sino que esto sigue siendo facultad exclusiva de los órganos internos de cada Estado Parte.

Pero esta analogía no deja de ser interesante, debido a que la Corte IDH transforma la imposibilidad de dejar sin efecto una ley, en una obligación positiva, ya que dicha inaplicación la deben realizar los jueces de los Estados Parte, justamente, por ser contrarios a la CIDH. En definitiva, *“los efectos de una declaración de inconveniencia son, aunque indirectamente, asimilables a los efectos de una resolución de inconstitucionalidad.”*³⁴.

Otro elemento que asemeja a la Corte IDH como Tribunal Constitucional es el siguiente: así como en el ámbito interno se debe aplicar el “control de constitucionalidad”, aquí se debe aplicar el “control de convencionalidad”, el cual consiste en *“interpretar y aplicar los derechos fundamentales protegidos por la CIDH”* y el resto de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos³⁵.

5. Nacimiento de la noción de Control de Convencionalidad y evolución. Alcance: ¿Cuándo se recurre? ¿Quién lo aplica?

En cuanto a la noción de Control de Convencionalidad ha habido una evolución. En primer lugar, debemos destacar la ley de Costa Rica número 7135, la cual establece que la finalidad de la ley consiste en *“garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del Derecho Internacional o Comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica”*³⁶.

A lo largo del tiempo es que algunas de las sentencias emitidas por la Corte IDH fueron agregando elementos al concepto de control de convencionalidad.

En primer lugar, tenemos la sentencia *“Almonacid Arellano v. Chile”*, donde se define al control de convencionalidad. La misma establece: *“(…) el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.”* Aquí el Poder judicial debe considerar tanto el tratado como la interpretación de éste que ha *“hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”*³⁷.

33 L, BURGORGUE-LARSEN, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos como Tribunal Constitucional*, p. 424.

34 L, BURGORGUE-LARSEN, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos como Tribunal Constitucional*, p. 435.

35 L, BURGORGUE-LARSEN, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos como Tribunal Constitucional*, p. 441.

36 Ley de Costa Rica número 7.135, del 11 de Octubre de 1989.

37 Sentencia: *Almonacid Arellano v. Chile*, serie C154, año 2006. § 124

La Sentencia “Myrna Mack Chang v. Guatemala” agrega un elemento al concepto de control de convencionalidad, y es que la responsabilidad por la actuación del Estado corresponde al Estado en su conjunto, no se puede “obligar ante la Corte IDH sólo a alguno o algunos de sus órganos (...) dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte IDH”³⁸.

Según la sentencia del caso “Trabajadores cesados del Congreso”, en Perú, el control de convencionalidad realizado por los Jueces es *ex officio*. Dicha sentencia establece: “Los órganos del Poder Judicial tienen que ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también **de convencionalidad ex officio**, entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes”³⁹.

Tal como enseña Carbonell, todos los Jueces deberán realizar dicho control de convencionalidad sin importar “que se trate de un litigio de derecho **público** o de derecho **privado**”⁴⁰. Pues entiende que por el sólo hecho de que se deben respetar y cumplir las obligaciones que emergen de la CIDH de la cual los Estados son Parte, es justificativo suficiente para que los Jueces siempre tengan en cuenta las normas y los principios allí consagrados, y cuenten con el poder de aplicarlos a cada caso en concreto.

Luego, tenemos la sentencia “Radilla Pacheco v. Estados Unidos Mexicanos” la cual condena al Estado de México, a que todas aquellas interpretaciones que se realicen a la Constitución y a las Leyes que se “refieran a criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar de México”, correspondan con los principios que establece el Tribunal de la Corte IDH a través de su jurisprudencia⁴¹.

A su vez, establece que en este caso van a ser competentes las autoridades judiciales “con base en el control de convencionalidad, a disponer inmediatamente y de oficio el conocimiento de los hechos por el Juez natural”⁴².

Así también, la sentencia “Gelman v. Uruguay” establece que la realización del control de convencionalidad le corresponde a cualquier autoridad pública y no únicamente al Poder Judicial⁴³.

La sentencia “Liakat Ali Alibux v. Suriname” agrega una importante precisión: “la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad.” Por lo que, si bien es obligatorio realizar el control de convencionalidad debido, no se impone ninguna forma de realizarlo; lo cual queda al arbitrio de los Estados⁴⁴.

38 Sentencia: Myrna Mack Chang v. Guatemala, serie C101, año 2003. §27

39 Serie C158, § 128, Miguel CARBONELL, *Introducción general al control de convencionalidad*, México, año 2012, pág. 73.

40 M. CARBONELL, *Introducción general al control de convencionalidad*, pág. 73

41 Sentencia: Radilla Pacheco v. Estados Unidos Mexicanos, serie C209, año 2009 §340

42 Sentencia: Radilla Pacheco v. Estados Unidos Mexicanos, año 2009, §§ 272-277

43 Sentencia: Gelman v. Uruguay, serie C221, año 2011, §239

44 Sentencia: Liakat Ali Alibux v. Suriname, serie C276, año 2014, §124

Frente a la cuestión que se plantea en la práctica tendente a determinar cuándo se debe recurrir a la CIDH, existen diversas posturas. Es importante comenzar determinando si existe o no la supremacía de la CIDH por sobre el derecho interno. O bien, determinar cuál es la jerarquía que cada Estado Parte le otorga a la CIDH, esto es, si tiene jerarquía constitucional, de ley o un status intermedio. A partir de allí es que se puede determinar cuál es el régimen aplicable en caso de contradicción.

Parte de la doctrina entiende que debe aplicarse el “*bloque constitucional de los derechos humanos*”, donde en caso de que exista contradicción no debe resolverse la cuestión atendiendo a la jerarquía normativa, sino, tal como expone RISSO FERRAND “*conforme a la directriz de preferencia de normas*”⁴⁵. Esto significa que se tienen que aplicar las normas más protectoras al derecho concreto en cuestión, o bien la más favorable.

Tal como señala Eduardo Esteva, el control de convencionalidad “*no debe quedar limitado exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones*”⁴⁶. En primer lugar, se debe realizar un cotejo de las normas internas con las normas de la CIDH, con otros tratados similares a ésta y con la interpretación de las mismos realizada por la Corte IDH. En caso de que el resultado del cotejo sea incompatibilidad, es que se debe determinar cuál es quien protege mejor al derecho. “*Por tanto, sólo se prescindirá de la aplicación de la norma interna cuando la protección Convencional sea superior*”⁴⁷.

La sentencia “*Almonacid Arellano v. Chile*” consagra el “*control de convencionalidad difuso*” el cual está a cargo del Poder Judicial a través de todos los jueces que lo integran. Según señala Correa Freitas, de aquí se sostiene que: “*la jurisdicción interamericana tiene naturaleza complementaria o coadyuvante, de la jurisdicción de los Estados Parte*”⁴⁸. Por ende, según el autor, primero se debe recurrir al ordenamiento interno, en caso de que este haga silencio o bien sea insuficiente, es que se recurre a la CIDH.

Así también, Eduardo Esteva señala que a “*todos los Jueces y tribunales internos del Poder Judicial (...) y los demás órganos vinculados a la administración de justicia*”⁴⁹ les compete velar por los efectos de la CIDH, que no sean menoscabados por las normas jurídicas internas.

6. Cosa Interpretada y Cosa Juzgada

Según lo dispuesto por el artículo 1 del Estatuto de la Corte IDH, ésta tiene competencia para interpretar la CIDH. En virtud de ello, la jurisprudencia de la Corte IDH ha ido creando su propia teoría de la interpretación de los derechos contenidos en la CIDH y otros tratados regionales sobre los que posee competencia.

45 Martin RISSO FERRAND, *El control de convencionalidad*, Revista de Derecho Público, Uruguay, año 2016, p. 194.

46 Eduardo ESTEVA, *El control de convencionalidad/Situación en el Uruguay*, año 2012, p. 20.

47 E. ESTEVA, *El control de convencionalidad/Situación en el Uruguay*, p. 20.

48 Rubén CORREA FREITAS, *Supremacía constitucional y control de convencionalidad en Uruguay*, Uruguay, año 2015, p. 9.

49 E. ESTEVA, *El control de convencionalidad/Situación en el Uruguay*, p. 19.

La interpretación que realiza la Corte IDH respecto del *corpus iuris* interamericano se denomina “cosa interpretada” (“*res interpretata*”) que significa “norma convencional interpretada”⁵⁰.

Tal como expresa Risso Ferrand, es dudosa la pertinencia de la cosa interpretada y la obligatoriedad de la jurisprudencia, pero de todas formas se le debe dar una muy especial importancia⁵¹.

El origen de la noción de cosa interpretada se atribuye a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el *Caso Irlanda contra el Reino Unido, de 18 de enero de 1978*⁵². A su vez, el efecto de cosa interpretada aparece en el caso *Marckx c. Bélgica* del 13 de junio de 1979, donde el TEDH afirmó que era inevitable que sus sentencias generasen efectos más allá de los confines del caso en cuestión⁵³.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor ha señalado que “la eficacia interpretativa de la norma convencional ha sido resaltada desde hace tiempo por la doctrina europea con la denominación de “cosa interpretada” (*chose interprétée*)”, que alude a la eficacia erga omnes que producen las sentencias del Tribunal de Estrasburgo hacia todos los Estados Parte en la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante CEDH) que no intervinieron en el proceso. Como lo ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) “sirve no sólo para decidir sobre los casos que conoce el Tribunal sino en general, para aclarar, proteger y desarrollar las normas previstas en la Convención”⁵⁴.

Negar al TEDH la obligatoriedad de la cosa interpretada de sus sentencias definitivas, sería como negar la evolución de la propia CEDH y su efectividad actual, puesto que la misma tan solo representa el contenido mínimo de los derechos y libertades; mientras que el TEDH se encarga de su actualización para poder responder adecuadamente a la evolución de las sociedades⁵⁵.

De esta manera, los jueces internos se ven obligados a respetar la jurisprudencia de Estrasburgo en virtud del efecto de cosa interpretada que se deriva de las sentencias del TEDH⁵⁶. En otras palabras, los países que pertenecen al CEDH pueden aplicar las normas constitucionales sobre derechos fundamentales de forma autónoma, únicamente en aquellos sectores en que aún no han sido interpretadas por la jurisprudencia de Estrasburgo⁵⁷.

50 E. FERRER MAC-GREGOR, *Estudios constitucionales*, vol.11, N° 2 Santiago, año 2013, p. 672.

51 M. RISSO FERRAND, *El control de convencionalidad*, Revista de Derecho Público, N° 50, año 2016, p. 201.

52 Sentencia: Irlanda v. Reino Unido, año 1978, “*Nevertheless, the Court considers that the responsibilities assigned to it within the framework of the system under the Convention extend to pronouncing on the non-contested allegations of violation of Article 3 (art. 3). The Court’s judgments in fact serve not only to decide those cases brought before the Court but, more generally, to elucidate, safeguard and develop the rules instituted by the Convention, thereby contributing to the observance by the States of the engagements undertaken by them as Contracting Parties*”.

53 Eduardo FERRER MAC-GREGOR, Argelia QUERALT JIMÉNEZ, “El control de convencionalidad americano y el efecto de cosa interpretada europeo ¿dos caras de una misma moneda?”, XIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, México 2017, inédito, p. 3.

54 E. FERRER MAC-GREGOR, *Estudios Constitucionales*, vol 11, N° 2, Santiago, año 2013, p. 673.

55 Argelia QUERALT JIMENÉZ, “El Tribunal de Estrasburgo y los Tribunales Constitucionales”, *Universitat Pompeu Fabra, Barcelona*, año 2008, p. 1.

56 A. QUERALT JIMENÉZ, “El Tribunal de Estrasburgo y los Tribunales Constitucionales”, *Universitat Pompeu Fabra, Barcelona*, año 2008, p. 2.

57 Pablo NUEVO LÓPEZ, *Control de convencionalidad y aplicación judicial de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, en Revista Catalana de Dret Públic, n° 50, Cataluña, 2015, p. 147.

Una vez que el Tribunal de Estrasburgo se pronuncia sobre un caso particular, la sentencia que dictamina al respecto produce un efecto directo en el Estado que ha vulnerado los derechos de la persona sometida a su jurisdicción. Ahora bien, ha sido comúnmente aceptado por la doctrina que la resolución de un caso concreto provoca una influencia mucho mayor que impacta sobre la totalidad de los Estados miembros del Convenio de Roma, siendo éste el efecto indirecto de las sentencias expedidas por dicho Tribunal⁵⁸.

Alejandro Sáiz Arnáiz entiende al efecto de cosa interpretada como “*la adecuación de las jurisdicciones y, en general, de los poderes públicos nacionales, al entendimiento que de los derechos convencionales se deduce de las sentencias del Tribunal Europeo*”⁵⁹. Así se puede afirmar que estos efectos rebasan la finalidad de la resolución para el caso concreto, cual es la reparación del daño causado a la víctima de la vulneración, predisponiendo a los Estados partes a que acojan internamente los pronunciamientos que, sobre análogos derechos, pero en relación a otros países miembros, dictamina el Tribunal de Estrasburgo.

La obligatoriedad que genera la cosa interpretada de las sentencias del TEDH es de resultado y supone un deber de compatibilidad de los ordenamientos internos con el “*acquis conventionnel*” compuesto por las obligaciones del Convenio y, por el desarrollo jurisprudencial efectuado por el Tribunal de Estrasburgo⁶⁰.

En definitiva, desde la perspectiva de una visión integrada de los sistemas de garantía como un todo que persigue el respeto de los DDHH y el mantenimiento de unos estándares comunes cabe afirmar que el *corpus iuris* interamericano y el *acquis conventionnel* europeo deben formar parte del bloque de constitucionalidad de cada Estado que lleve a las autoridades internas a enfocar sus normas, prácticas judiciales y decisiones, de forma que sean compatibles con los estándares fijados por las dos jurisdicciones internacionales: la Corte IDH y el TEDH⁶¹.

De esta forma, las decisiones judiciales resultan claves para la protección de los derechos humanos a nivel internacional, ya que al no existir órganos legislativos globales, gran parte del desarrollo de los derechos humanos se lleva a cabo por estos órganos.

La interpretación de la Corte IDH a las disposiciones convencionales adquiere la misma eficacia que poseen éstas, ya que, como “*órgano judicial autónomo cuyo objetivo es la aplicación e interpretación*”⁶² del *corpus iuris* interamericano el efecto erga omnes del contenido de las sentencias de la Corte IDH representa una aspiración por la creación de un sistema uniforme en la protección de los derechos humanos.

58 Inés BERMEJO BARTOLOMÉ, “La función armonizadora del TEDH y la búsqueda de un equilibrio efectivo en la tutela de los derechos fundamentales. La doctrina del margen de apreciación nacional como desafío”, Salamanca, año 2016, p. 23 a 24.

59 Alejandro. SAIZ ARNAIZ, “*La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*”, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 143.

60 E. FERRER MAC-GREGOR, A. QUERALT JIMÉNEZ, “El control de convencionalidad americano y el efecto de cosa interpretada europeo ¿dos caras de una misma moneda?”, p. 8.

61 E. FERRER MAC-GREGOR, A. QUERALT JIMÉNEZ, “El control de convencionalidad americano y el efecto de cosa interpretada europeo ¿dos caras de una misma moneda?”, p. 12.

62 Artículo 1 del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Las sentencias de la Corte IDH, se dictan en el marco de un sistema de protección de DDHH que es multilateral, por lo que los Estados no pueden actuar como si fueran sujetos jurídicos privados, es decir, invocando la clásica triple identidad de la cosa juzgada civil, puesto que dichas sentencias se asemejan a las sentencias constitucionales que gozan de una eficacia erga omnes⁶³; ésto último cuando se trata de tribunales constitucionales, como sucede en el caso de Chile.

La cosa interpretada difiere de la tradicional cosa juzgada civil, ya que no demanda los tradicionales requisitos de la cosa juzgada formal: la triple identidad de los sujetos, el objeto, y la causa de pedir. Asimismo, posee mayores efectos: una eficacia general, abstracta y erga omnes. En última instancia, se asemeja a la cosa juzgada formal en el sentido de que frente a ella no cabe recurso alguno y, a la cosa juzgada material, en el sentido de que el estado jurídico de una cuestión sobre la que ha recaído una sentencia firme tiene la eficacia de vincular al órgano jurisdiccional nacional en otros procesos⁶⁴.

Siguiendo a Claudia Sánchez Ayala podría entenderse a la cosa interpretada como efecto de la cosa juzgada formal, así señala que *“una de las dimensiones que despliega de forma objetiva e indirecta la sentencia al adquirir la autoridad de «cosa juzgada formal internacional» es el efecto de «cosa interpretada»: autoridad interpretativa de la jurisprudencia del Tribunal Interamericano”*⁶⁵.

Por ello los DDHH contenidos en el *corpus iuris* interamericano y la interpretación de los mismos que realice la Corte IDH deben *“irradiar”*⁶⁶ su protección no sólo en el ámbito del Derecho Internacional sino también a nivel nacional. De esta forma, los Estados se encuentran obligados a interpretar el Derecho Nacional a la luz del conjunto del *corpus iuris* interamericano, tal como es interpretado por la Corte IDH.

Por consiguiente, la sentencia que dicte la Corte IDH no solo es cosa juzgada, lo cual significa que es obligatoria para el Estado demandado en cuestión, sino también es cosa interpretada, lo que quiere decir que es válida erga omnes para todos los Estados Partes en la Convención.

En definitiva, no deben confundirse ambos conceptos, ya que precisamente el efecto de cosa interpretada es una de las dimensiones que despliega de forma objetiva e indirecta la sentencia al adquirir la autoridad de cosa juzgada. Asimismo, para diferenciarlas, Eduardo Ferrer Mac-Gregor refiere a la *“Eficacia de la sentencia interamericana como “cosa juzgada” (res judicata) con efectos inter partes y como “norma convencional interpretada” (res interpretata) con efectos erga omnes”*⁶⁷. De lo anterior se desprende la eficacia interpre-

63 Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “El control de Convencionalidad por los Estados parte de la Convención Americana sobre derechos humanos y tribunales chilenos”, *Revista de Derecho UCUDAL*, N° 13, año 2017, p. 163.

64 H. NOGUEIRA ALCALÁ, “El control de Convencionalidad por los Estados parte de la Convención Americana sobre derechos humanos y tribunales chilenos”, *Revista de Derecho UCUDAL*, N° 13, año 2017, p. 164.

65 Claudia SANCHÉZ AYALA, *Impacto de la cosa interpretada por la Corte IDH y la reforma constitucional en México*, Foro, Nueva época, vol. 17, núm. 1, Madrid, 2014, p. 362.

66 Eduardo FERRER MAC-GREGOR, Carlos María PELAYO MÖLLER, *“Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada”*, Konrad Adenauer Stiftung, México, año 2013, p. 67.

67 Voto razonado del Juez E. FERRER MAC-GREGOR a la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013. Supervisión de cumplimiento de sentencia en el Caso Gelman vs. Uruguay. Parr. 30.

tativa de la sentencia hacia todos los Estados parte que han suscrito y ratificado la Convención y dispone la obligación por todas las autoridades nacionales de aplicar no solo la norma convencional sino también la “norma convencional interpretada”⁶⁸.

Para concluir el análisis de este punto podemos decir que la cosa interpretada constituye una norma imperativa de Derecho Internacional y, en su carácter de tal, genera obligaciones *erga omnes* para los Estados partes de adoptar las medidas que sean necesarias para prevenir y erradicar violaciones a los DDHH. Las obligaciones de respeto y garantía deberán estar presentes en cada derecho y libertad consagrada en el *corpus iuris* interamericano y en la interpretación que realiza la Corte IDH respecto de la norma convencional, dado que no se trata de obligaciones autónomas sino que responden al análisis de cada derecho y libertad consagrados en la CIDH en casos concretos y respecto de titulares de derechos específicos, lo que exige un esfuerzo hermenéutico para determinar el contenido y alcance de estos derechos a la luz de las obligaciones particulares que deben cumplir todos los Estados parte de la Convención.⁶⁹

7. Alcance de la expresión valor y fuerza de los actos expedidos por la Corte IDH en su jurisdicción contenciosa

a. Para los Estados Parte de la controversia:

En primer lugar, partimos de una base en principio indiscutible: las decisiones de la Corte IDH resultan de cumplimiento obligatorio para el Estado que es condenado o absuelto lo cual significa que el pronunciamiento hace cosa juzgada internacional⁷⁰.

El fallo de la Corte es “*definitivo e inapelable*”, y por consiguiente, todo Estado parte se compromete a cumplir con dicho fallo⁷¹. Asimismo, el inciso 2 del artículo 68.1 señala que: “*La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.*” Así como el artículo 65 de la presente normativa establece que: “*La Corte someterá a la consideración de la Asamblea General de la Organización (...), los casos en que un estado no haya dado cumplimiento a sus fallos*”.

Ferrer Mac-Gregor entiende que los fallos de la Corte IDH son obligatorios. Esto deriva del principio básico de la responsabilidad internacional del Estado, que está respaldada ampliamente por la jurisprudencia internacional⁷². Los Estados al ratificar la CIDH se obligan a cumplirla de buena fe⁷³. Y además, no podrán invocar su derecho interno como motivo para incumplir⁷⁴. Ello implica que también deberán cumplir de buena fe los fallos de la Corte IDH, y que no podrán invocar su derecho interno para incumplirlos⁷⁵.

68 E. FERRER MAC-GREGOR, “Estudios constitucionales”, vol.11, N° 2 Santiago, año 2013, p. 606.

69 Eduardo FERRER MAC-GREGOR, Carlos María PELAYO MÖLLER, “Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada”, Konrad Adenauer Stiftung, México, año 2013, p. 55.

70 Artículo 67 y 68.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

71 Artículo 67 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

72 E. FERRER MAC-GREGOR, *Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional*, p. 631.

73 Artículo 26 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados.

74 Artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados.

75 E. FERRER MAC-GREGOR, *Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional*, p. 631.

Asimismo, en el caso de la Corte IDH, la obligatoriedad de sus decisiones está contenida en el artículo 68: “*Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes*”. Los artículos 1 y 2 también ayudan a comprender el sentido y la extensión de la obligatoriedad de las decisiones de la Corte IDH al establecer claras obligaciones a los Estados partes en lo que respecta al cumplimiento de todas las disposiciones de la CIDH.

Puede entenderse que en base a las características de las sentencias de la Corte IDH (ser obligatorias y definitivas), las sentencias tendrían no sólo naturaleza declarativa, sino que también serían ejecutables por sí mismas. Y según lo dispuesto por el artículo 68.2 de la Convención IDH, los Estados parte de la misma, se comprometen a ejecutar las mismas por medio de sus procedimientos internos ya existentes para la ejecución de sentencias contra el Estado.

Y en este sentido, Rodríguez Rescia afirma: “*Es en base a la ejecutividad en que la Corte puede llegar a tener las sentencias que establezcan reparaciones para el caso concreto y el resto de los fallos que dicte la misma sobre el fondo de un caso, no sólo sirven para resolver los asuntos que se le someten, sino para aclarar, amparar y desarrollar las normas de la Convención lo que contribuye a que los Estados partes respeten los compromisos internacionales firmados*”⁷⁶.

En cuanto al valor de los pronunciamientos de la Corte IDH, según Hitters, tienen valor de *doctrina legal* ya que sus decisiones “*deben servir de guía*” y “*constituyen una imprescindible pauta de interpretación*” en el ámbito interno de cada Estado Parte⁷⁷.

En este sentido, los Jueces y Tribunales deben ser conscientes de que si un Estado ha ratificado un tratado internacional como es la Convención, ellos también se encuentran sometidos a la misma en igual medida que los individuos del propio Estado por lo que deberán “*ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*”⁷⁸.

Uno de los aspectos importantes que se procura resaltar respecto a la *dimensión objetiva* de las sentencias de la Corte IDH es precisamente que tenga eco en los órganos nacionales competentes.⁷⁹

De esta manera, la exigencia del control de convencionalidad intraestatal no hace otra cosa que obedecer a la propia *dinámica de irradiación* de la jurisprudencia de la Corte IDH hacia los Estados que han aprobado y ratificado la Convención IDH y reconocido la jurisdicción contenciosa de ese Tribunal⁸⁰.

76 Victor RODRÍGUEZ RESCIA, *La Ejecución de sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, San José, C.R.: IJSA, 1997. pág. 69.

77 Juan Carlos HITTERS; *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, t. II, 1999, pág. 148.

78 D. GARCIA SAYAN, Corte Interamericana y Tribunales Internos, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*, p. 347 a 349.

79 Luis QUESADA, *La vinculación del juez a la jurisprudencia internacional*, en Miguel Revenga Sánchez (coord.), *El poder judicial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 501-502 y nota 13 a pie de página.

80 Victor BAZÁN, “Control de convencionalidad, aperturas dialogicas e influencias jurisdiccionales reciprocas”, *Revista europea de Derechos fundamentales*, Año 2011, p. 74.

En síntesis, no cabe duda de que las decisiones de los tribunales internacionales, bajo la perspectiva del derecho internacional, son consideradas, de manera general, como obligatorias para los Estados partes⁸¹.

Según la propia CIDH, el incumplimiento de una obligación internacional, por acción u omisión del Estado, genera la responsabilidad de éste, ya sea de forma directa o indirecta, la que se traduce en la obligación de reparar íntegramente todo perjuicio, tanto material como moral, que el hecho haya causado⁸².

En palabras de Eduardo Jiménez de Aréchaga si afirmamos que las disposiciones de la Convención Interamericana son ejecutables en sí mismas entonces, producto del carácter *coadyuvante* o *complementario* de la protección internacional de los Derechos allí consagrados, tal como lo expresa el Preámbulo, es indispensable que antes de cualquier comunicación o petición, se agote primeramente los recursos de jurisdicción interna. Si en dicho proceso de agotamiento de recursos internos el juez nacional deja de aplicar la CIDH como derecho interno, entonces dicha sentencia judicial configura, sin lugar a dudas, una violación al Derecho Internacional, lo cual lleva como consecuencia la responsabilidad por parte del Estado Parte.⁸³

Por otra parte, este intento de hacer que todas las decisiones judiciales en el ámbito del sistema interamericano tengan efectos erga omnes, acarrea inevitablemente problemas porque insiste en un modelo jerárquico de supremacía del derecho internacional que, muchas veces, puede generar paradojas. El valor de la jurisprudencia de la Corte IDH está, por tanto, mucho más a favor de abordar este tema acudiendo a la conversación y al diálogo, puesto que de tratarlo bajo la imposición de un modelo jerárquico llevará de forma inevitable tener que transitar por caminos indisolubles en las relaciones entre del Derecho Internacional y el Derecho Interno⁸⁴.

b. Para los Estados no Parte de la controversia:

En el derecho interno de los diferentes países se ha discutido el tema de si se ven vinculados por la jurisprudencia de la Corte IDH a pesar de no haber formado parte de la controversia.

Un claro ejemplo es una sentencia de la Corte Suprema de México, Distrito Federal, 28 de noviembre de 2011. Esta adoptó la tesis de que los criterios de la Corte IDH que derivan de sentencias en donde el Estado mexicano no intervino como parte en el litigio son orientadores para todas las decisiones de los jueces mexicanos, siempre que sean más favorables a la persona⁸⁵.

81 George Rodrigo BANDEIRA, *El valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Disponible en: https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/pmdh_pdf/PMDH_Manual.255-274.pdf

82 International Court of Permanent Justice, Usina de Chorzów, *sentencia de fondo*, 1928, Series A No. 17, párr. 13.

83 Eduardo JIMENEZ DE ARÉCHAGA, *La Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho Interno*, FCU, Montevideo.

84 G. BANDEIRA, *El valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, p. 256.

85 Corte Suprema de México, Distrito Federal, 28 de noviembre de 2011. Citado por M. CARBONELL, *Introducción General al Control de Convencionalidad*, p. 77.

Según Miguel Carbonell, este criterio de la Suprema Corte genera alguna perplejidad y puede suscitar en el futuro algunos problemas. En primer término, no tuvo en cuenta una distinción elemental entre lo que se conoce como puntos “considerativos” y puntos “resolutivos”. Los puntos resolutivos de las sentencias de la Corte IDH son obligatorios solamente para las partes que participaron en el juicio. Pero, el problema que genera la tesis de la Suprema Corte es que al reconocerle un criterio “orientador” a los criterios de la Corte permite que, al resolver un caso concreto, cualquier autoridad judicial mexicana se “oriente” en un sentido distinto al que sostiene la jurisprudencia de la Corte IDH. Por lo tanto, dicha interpretación debe ser considerada como integralmente obligatoria⁸⁶.

El Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, en la sentencia del caso “Cabrera García y Montiel Flores contra México” señaló que la jurisprudencia de la Corte IDH adquiere “eficacia directa” en todos los Estados nacionales que han reconocido expresamente su jurisdicción, con independencia de que derive de un asunto donde no han participado formalmente como “parte material”. Apunta que pretender reducir la obligatoriedad sólo a los casos donde el Estado haya sido “parte material” equivaldría a anular la esencia misma de la propia CIDH, cuyos compromisos asumieron los Estados nacionales al haberla suscrito y ratificado o haberse adherido a ella⁸⁷.

Sergio García Ramírez, ex presidente de la Corte IDH, se expresa en el mismo sentido señalando que no es posible sostener que las interpretaciones establecidas por la Corte constituyan un punto de vista atendible o desatendible, y no un acto de necesaria observancia. Es decir, esta implica una interpretación vinculante de textos normativos asimismo vinculantes para los Estados⁸⁸.

c. Para los Estados no signatarios de la CIDH:

Actualmente, a nivel mundial existe una corriente cada vez más generalizada que reconoce un bloque de derechos integrado por los derechos contenidos en la Constitución, en los Instrumentos Internacionales de derechos humanos y los derechos implícitos, donde el operador jurídico debe interpretar buscando buscando preferir aquella fuente que mejor protege y garantiza los derechos de la persona humana⁸⁹.

No se puede invocar la teoría clásica de la soberanía para defender la potestad estatal de limitar la protección jurídica de los Derechos Humanos. Los derechos humanos han desplazado el enfoque del tema, la regulación actual de los Derechos Humanos no se basa en la posición soberana de los Estados, sino en la persona en tanto titular, por su condición de tal, de los derechos esenciales que no pueden ser desconocidos en el ejercicio del poder constituyente⁹⁰.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 confiere a la CIDH

86 M. CARBONELL, *Introducción General al Control de Convencionalidad*, p. 77.

87 M. CARBONELL, *Introducción General al Control de Convencionalidad*, p. 81.

88 Sergio GARCIA RAMIREZ, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, cit., p. 658.

89 Martín RISSO FERRAND, *Derecho Constitucional*, Tomo 1, 2a. edición ampliada y actualizada, octubre de 2006, p. 114.

90 Armin VON BOGDANDY, *Iusconstitutionalecommune en América Latina*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, año 2014.

un estatus particular, debido a que no sólo vincula a las partes signatarias de manera recíproca, sino que a todos los Estados, por haber sido esta concebida para generar una serie de obligaciones nacionales en red que deben ser garantizadas colectivamente por los Estados firmantes⁹¹.

Sin perjuicio de lo anterior, se ha entendido que la realización de un control de convencionalidad no es una obligación exclusiva de los Estados Parte de la CIDH, sino que dicha obligación le corresponde a todos los Estados porque deriva de los principios generales de Derecho Internacional. Ello, porque la realización del control de convencionalidad implica un mecanismo de control a las normas internas⁹².

8. Alcance de la expresión valor y fuerza de los actos expedidos por la Corte IDH en la jurisdicción consultiva

La Corte IDH afirmó de forma expresa la obligatoriedad de estas: *“Cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin.”*⁹³.

En palabras de Ferrer Mc Gregor, las opiniones consultivas son obligatorias para todos y no solo para quien realizó la consulta, puesto que en realidad las normas convencionales constituyen el resultado de la “interpretación convencional” que emprende la Corte IDH como órgano autónomo cuyo objetivo es la interpretación y aplicación del *corpus iuris* interamericano. Entonces, no tendría sentido privar de fuerza vinculante a las interpretaciones que realiza la Corte IDH cuando en última instancia va a ser lo que se termine aplicando en el fuero jurisdiccional⁹⁴.

9. Posibilidad o imposibilidad de afectar lo que establece la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El carácter obligatorio de las sentencias de la Corte IDH ha sido reconocido por el mismo Pacto de San José de Costa Rica al decirse que los “Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte IDH en todo caso en que sean partes” (artículo 68.1)⁹⁵.

91 Juan N. SILVA MEZA, “Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada”, *Suprema Corte de Justicia de la Nación* (México), año 2014, p. 13.

92 Natalia TORRES ZÚÑIGA, *Control de Convencionalidad: deber complementario del Juez Contitucional peruano y el Juez Interamericano (similitudes, diferencias y convergencias)*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Año 2012, p. 74.

93 Sentencia Cabrera y Montiel contra el Estado de México, serie C 220, párrafo 225. Conforme Carbonell, Miguel, “Introducción General al Control de Convencionalidad”, p. 82

94 Eduardo FERRER MAC-GREGOR “Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad”, Universidad Católica (Montevideo), año 2012, p. 87. Opinión compartida por: Néstor P. SAGUES, *las opiniones consultivas de la Corte Interamericana, en el control de convencionalidad*, en *Pensamiento Constitucional*, Lima, n° 20, 2015, pp. 280-281.

95 Víctor Manuel RODRÍGUEZ RESCIA, “La ejecución de sentencias de la Corte IDH”, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A, 1997, p. 19.

Adicionalmente, el artículo 62.1 de la CIDH refuerza esa obligatoriedad al disponer que todo Estado Parte puede en cualquier momento declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial la competencia de la Corte IDH sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación a la misma. Quiere decir que, independientemente de la forma en que se haga el reconocimiento de la competencia del Corte IDH, los Estados Partes en un proceso contencioso se obligan a cumplir el resultado del fallo.

En cuanto al carácter definitivo de las sentencias de la Corte IDH lo que se busca es evitar la apelación de las mismas ante cualquier otra autoridad. Si bien el art 67 de la CIDH establece que el fallo de la Corte IDH es definitivo e inapelable, sí se permite que sea interpretado en caso de desacuerdo sobre su sentido y alcance a petición de cualquiera de las partes. El artículo 68 del reglamento actual de la Corte IDH regula el procedimiento de las solicitudes de interpretación de sentencias de la Corte IDH.

No obstante, el recurso de interpretación de sentencias internacionales ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina. Alcalá Zamora refiriéndose al sistema europeo ha dicho que tal recurso es “uno de los mecanismos más absurdos que quepa imaginar”⁹⁶.

Por otra parte, Alejandra Nuño⁹⁷ sostiene, desde los comienzos de la función contenciosa de la Corte IDH, se utilizó esta posibilidad para obtener distintas aclaraciones de fallos, lo que fue valorado por el tribunal al entender que ello “contribuye a la transparencia de los actos de este Tribunal, esclarecer, cuando estime procedente, el contenido y alcance de sus sentencias y disipar cualquier duda sobre las mismas, sin que puedan ser opuestas a tal propósito consideraciones de mera forma”⁹⁸. (Ejemplo: Caso El Amparo vs. Venezuela. Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas. Resolución de la Corte de 16 de abril de 1997. Serie C No. 46, Considerando 1.)

No obstante, aun cuando el citado artículo 67 de la CIDH expresamente prohíbe la apelación de las sentencias de la Corte IDH, la mayoría de las solicitudes de interpretación presentadas por Estados, son para la autora citada: “apelaciones encubiertas”⁹⁹, por lo que la Corte IDH las termina desestimando por ser improcedentes.

La jurisprudencia interamericana es conteste en el sentido de que una solicitud de interpretación de sentencia no debe utilizarse como medio de impugnación de la decisión cuya interpretación se requiere. Dado que dicha solicitud tiene como objeto, exclusivamente, determinar el sentido de un fallo cuando alguna de las partes sostiene que el texto de sus puntos resolutivos o de sus consideraciones carece de claridad o precisión, siempre y cuando esas consideraciones incidan en dicha parte resolutive. Por lo tanto, no se puede pedir la modificación o anulación de la sentencia respectiva a través de una solicitud de interpretación¹⁰⁰.

96 Niceto ALCALA ZAMORA, “La Protección Procesal Internacional de los Derechos Humanos”, Cívitas, Madrid, 1975, p. 137.

97 Alejandra NUÑO, “Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada”, Konrad Adenauer Stiftung, México, 2013, p. 899.

98 Corte IDH. Caso El Amparo vs. Venezuela. Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas. Resolución de la Corte de 16 de abril de 1997. Serie C No. 46, Considerando 1.

99 A. NUÑO, “Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada”, p. 899.

100 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakyé Axa vs. Paraguay. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparacio-

Es indudable que la solicitud de interpretación de sentencia constituye una importante forma de garantizar que el fallo sea claro, dado que sirve a diferentes fines, principalmente a las partes en el proceso y al Estado condenado, a fin de que pueda cumplir adecuadamente con lo estipulado en la sentencia emitida¹⁰¹.

10. Valor y fuerza de los pronunciamientos de la Corte y su relación con la democracia

El concepto de Democracia no es unívoco, pero excede este trabajo profundizar en el mismo. No obstante, podría entenderse con cierta paz que se trata del gobierno del pueblo y para el pueblo¹⁰².

Nótese que desde la Segunda Guerra Mundial cobró fuerza el concepto de Democracia Constitucional, la cual persigue dos objetivos, por un lado, limitar el poder político y por otro distribuirlo entre los ciudadanos sobre la base de la garantía efectiva de los derechos fundamentales¹⁰³.

La doctrina distingue entre democracia formal y democracia material, la primera entendida como democracia electoral y la segunda como democracia de libertad y justicia. La segunda limitaría a la primera, en tanto impone estándares mínimos de DDHH¹⁰⁴.

Si bien no existe acuerdo en cuanto a la aplicabilidad exclusiva del control de convencionalidad por el Poder Judicial, al menos quienes en principio señalan que podría ser vinculante o que podría servir de guía, pareciere que en principio tienen en mente el Poder Judicial.

Dicho Poder, como se ha mencionado anteriormente, no sólo debe realizar un control de convencionalidad entre las normas internas con la CIDH, sino también con la interpretación que la Corte IDH haga de ella¹⁰⁵.

Sin perjuicio de ello, en una concepción evolutiva, la jurisprudencia de la Corte IDH ha sostenido que *“es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias”*.¹⁰⁶ Así se expresó en el caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México¹⁰⁷. Lo cual ya no incluye solo al Poder Judicial en posición de la Corte IDH.

nes y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006. Serie C No. 142, párr. 15; Corte IDH. Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala. Interpretación de la Sentencia de fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006. Serie C No. 143, párr. 15; Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Demanda de Interpretación de la Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2006. Serie C No. 156, párr. 14; Corte IDH. Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 157, párr. 27.*

101 A. NUÑO, *“Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada”*, p. 900.

102 Pablo Darío VILLALBA BERNIÉ, *“Debido proceso y democracia. Ajustes de convencionalidad”* Derecho y Debate.

103 Pedro SALAZAR UGARTE, *Democracia Constitucional*, en *“Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional”*, Universidad Autónoma de México, 2016, p.362.

104 Gonzalo AGUILAR CAVALLLO, *“Los derechos humanos como límites a la democracia a la luz de la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos”*, *Doctrina Extranjera*, p.344.

105 Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124.

106 Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°7, Control de Convencionalidad, pág.6.

107 Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. *“cuando un Estado es Parte de un tratado internacional*

La Opinión Consultiva OC-21/14 establece que todos aquellos Estados que sean Parte de un determinado tratado como lo es la CIDH, van a encontrarse obligados todos sus órganos, *“incluidos los poderes judicial y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquél”*¹⁰⁸.

Cuando la Corte IDH señala *“todos sus órganos”*, no cabe duda de que al menos se refiere a los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, al Tribunal de lo Contencioso Administrativo, al Tribunal de Cuentas y la Corte Electoral si fuese el caso de Uruguay.

La cuestión sería cómo compatibilizar el deber de toda autoridad de realizar un control de convencionalidad y si a su vez dicho control debe hacerse teniendo como pauta la cosa interpretada.

Planteado de un modo práctico, la cuestión sería determinar si un órgano de función primordialmente jurisdiccional y de carácter supranacional para algunos o internacional para otros como la Corte IDH, podría expedir actos que vinculen a la Administración o al Poder Legislativo.

Incluso el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, podría, como así lo ha sostenido la doctrina, hacer efectivo el control de convencionalidad y aplicar la cosa interpretada al actuar administrativo¹⁰⁹.

Esto puede verse reflejado en el Caso Rochac Hernández y otros v. El Salvador¹¹⁰. Y en función ver como la Corte IDH ha sostenido que el Poder Legislativo también se encuentra obligado y que se ha atribuido función cuasi legislativa.

Asimismo, en el Caso Mendoza y otros Vs. Argentina, la Corte IDH establece que *“dentro de un plazo razonable, el Estado debe adecuar su ordenamiento jurídico interno de conformidad con los parámetros establecidos en esta Sentencia”*.¹¹¹

Ahora bien, la cuestión deviene aún más compleja cuando se resuelve cuestiones que fueron anteriormente sometidas a los mecanismos de Democracia directa, o incluso que sucedería en caso de que fuera posterior.

En otras palabras, es importante determinar qué sucedería si sobre determinada norma se realiza un referéndum revocatorio y los votantes entienden que no corresponde

como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010.

108 Opinión Consultiva Oc-21/14 de 19 de Agosto de 2014 solicitada por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay. En el mismo sentido: Christian STEINER, Patricia URIBE, *“Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada”*, Konrad Adenauer Stiftung, México, 2013, p. 16.

109 Augusto DURÁN MARTÍNEZ, *“Control de convencionalidad en el contencioso administrativo de anulación uruguayo”*, Estudios de Derecho Administrativo, Número 14 (2016), p.463-489.

110 Corte IDH. Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador. *“Estima pertinente ordenar al Estado que implemente, en un plazo razonable, programas permanentes de derechos humanos dirigidos a policías, fiscales, jueces y militares, así como a funcionarios encargados de la atención a familiares y víctimas de desaparición forzada de personas, en los cuales se incluya el tema de los derechos humanos de niñas y niños desaparecidos durante el conflicto armado interno y del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, así como del control de convencionalidad”*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014.

111 Corte IDH. Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013.

su derogación, pero posteriormente la Corte IDH entiende lo contrario o desconoce el pronunciamiento. ¿Se encontraría facultada para ello la Corte IDH? ¿No se vulneraría el ejercicio de la Democracia?

Sucedió en el Caso Gelman Vs. Uruguay. En 1989 se interpuso un recurso de referéndum contra la Ley 15.848 conocida como Ley de Caducidad, el cual no fue aprobado. Luego, en 2009 se realizó un plebiscito en busca de una reforma constitucional que dejara sin efectos artículos de la mencionada Ley, pero tampoco fue aprobado. Aquí vemos como existieron dos pronunciamientos jurídicamente válidos y característicos del pleno ejercicio de la Democracia directa.

Sin embargo, la Corte IDH entendió pertinente desconocer ambos pronunciamientos en base a dos principales argumentos: En primer lugar, que no es suficiente la aprobación de una ley y su posterior respaldo por parte de la ciudadanía para brindar legitimidad al Estado ante el Derecho Internacional; y, en segundo lugar, que la sola existencia de un régimen democrático no garantiza el respeto de los Derechos Humanos¹¹².

En un principio podría sostenerse en forma pacífica que el sistema democrático es el más adecuado para la protección de los Derechos Humanos. Sin embargo, según la Corte IDH no es suficiente. En posición de la Corte IDH, no parecería tan importante el principio de mayorías, cuando se afectan las normas de Derecho Internacional para la protección de los Derechos Humanos.

En tal sentido, la Corte IDH ha sostenido en el Caso Gelman Vs. Uruguay que por un lado los pronunciamientos de la ciudadanía se encuentran limitados por las normas internacionales de protección de los Derechos Humanos, el cual es un “límite infranqueable” al principio de mayoría¹¹³. Debe tenerse presente que la Suprema Corte de Justicia de Uruguay al resolver sobre la inconstitucionalidad de la Ley de Caducidad en el Caso *Nibia Sabalsagaray Curutchet* se pronunció en el mismo sentido.¹¹⁴

112 En palabras textuales de la Corte IDH: “El hecho de que la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional. La participación de la ciudadanía con respecto a dicha Ley, utilizando procedimientos de ejercicio directo de la democracia –recurso de referéndum (párrafo 2º del artículo 79 de la Constitución del Uruguay)- en 1989 y –plebiscito (literal A del artículo 331 de la Constitución del Uruguay) sobre un proyecto de reforma constitucional por el que se habrían declarado nulos los artículos 1 a 4 de la Ley- el 25 de octubre del año 2009, se debe considerar, entonces, como hecho atribuible al Estado y generador, por tanto, de la responsabilidad internacional de aquél. 239. La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. (Caso Gelman Vs. Uruguay Sentencia de 24 de febrero de 2011. Fondo y Reparaciones)..”

113 En términos textuales de la Corte IDH: *La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un ‘control de convencionalidad’”*

114 “De forma distinta “las cuestiones pertenecientes a la que he llamado “esfera de lo decidible”, los derechos fundamentales “están sustraídos a la esfera de la decisión política y “pertenecen a la que he llamado ‘esfera de lo no “decidible’ (qué sí y qué no). Esta es por tanto su “característica específica: tales derechos son “establecidos en las constituciones como límites y “vínculos a la mayoría justamente porque están siempre —“de los derechos de libertad a los derechos sociales— “contra las contingentes mayorías. Es más: ésta es la “forma lógica que asegura su garantía. Siempre que se “quiere tutelar un derecho como fundamental se lo “sustraer a la política, es decir, a los poderes de la “mayoría, ... como derecho inviolable, indisponible, e “inalienable. Ninguna mayoría, ni siquiera por “unanimitad, puede decidir su abolición o reducción”” (Sentencia 365/2009 de la Suprema Corte de Justicia, disponible en Base de Jurisprudencia Nacional Pública).

Como señala Roberto Gargarella, en principio se presenta una contradicción o choque. Por un lado, la Democracia se plantea como un sistema que no reconoce límites, mientras que el sistema Internacional de los Derechos Humanos propone límites infranqueables¹¹⁵. Sin perjuicio de ello el autor señala que el control judicial¹¹⁶ y la Democracia son conceptos compatibles en la medida que se ejerzan “en cierto modo”. Este modo según el autor sería “uno que, a la vez de ser respetuoso del predominio de la autoridad democrática, sirva al debate colectivo, y contribuya a la inclusión y a la igualdad que son necesarias para otorgarle sentido a la deliberación colectiva”¹¹⁷.

Frente a esta contradicción o choque, Gabriel Maino señala que debe buscarse una solución en la cual se respete tanto las instituciones como los Derechos Humanos. Esto es fomentar un “*margen de apreciación estatal*”, en la cual se respeta los procesos políticos locales y los modos de resolver cuestiones vinculadas a la justicia transicional como a su vez la vigencia de los Derechos Humanos¹¹⁸.

Néstor Pedro Ságües coincide con que debe atenderse al margen de apreciación nacional. Incluso postula que el funcionamiento de la “*doctrina del control de convencionalidad*” depende de la aplicación del margen de apreciación nacional y que en definitiva no se incurra en “*internacionalismos salvajes*”¹¹⁹.

Puede verse, que Manuel Quinche Ramírez ha entendido que los fallos de la Corte IDH permiten la vigencia de los Derechos Humanos cuando los mecanismos internos han fallado en ello y cuando a su vez el existe detrás de las decisiones “*un inmenso poder del Presidente ejerciendo el poder constituyente*”¹²⁰.

Por otro lado, la misma Corte IDH ha destacado en otros casos la importancia de la vigencia del régimen democrático, incluso señalando que es un derecho de todo ciudadano “*la participación en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por representantes libremente elegidos*”¹²¹.

A su vez, Enrique Carpizo ha señalado que la dirección de gobierno es exclusiva del Estado siempre y cuando mantenga los mínimos de protección de los Derechos Humanos¹²².

115 Roberto GARGARELLA, “Constitutionalismo vs. Democracia”, *Revista UNAM* (Universidad Autónoma de México), 2015, p. 1991. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3876/11.pdf>.

116 Hacemos la salvedad de que el autor refiere en este caso al control de constitucionalidad, pero es trasladable el razonamiento al control de convencionalidad.

117 Roberto GARGARELLA, “Un papel renovado para la Corte Suprema. Democracia e interpretación judicial de la Constitución”, *CELS* (Centro de Estudios Legales y Sociales), 2008, p. 11. Disponible en <http://www.cels.org.ar/common/documentos/gargarella.pdf>.

118 Carlos Alberto GABRIEL MAINO, “Los derechos humanos: baluarte y socavo de las instituciones. Hacia un adecuado equilibrio entre el control judicial de convencionalidad y la representación política de los procesos democráticos”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XXI, 2016, p. 377.

119 Néstor Pedro SAGÜÉS, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, *Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca*, Estudios Constitucionales, Año 8, N° 1, 2010, pp. 132.

120 Manuel Fernando QUINCHE RAMÍREZ, “El presidencialismo, el control de convencionalidad y la democracia en los países andinos”, *Revista Co-herencia* Vol. 10, No 19 Julio - Diciembre 2013, pp. 199.

121 Corte IDH. Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 6 de agosto de 2008.

122 Enrique CARPIZO, “El Control de Convencionalidad y su relación con el Sistema Constitucional Mexicano. Hacia una simple actividad protectora de los Derechos Humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Volumen 46, Issue 138, Septiembre-Diciembre 2013, pp. 939-971.

Debe tenerse presente que en el ámbito interamericano existe la Carta Democrática Interamericana (“Carta”), la cual en su artículo 1 obliga a los Estados a promoverla y defenderla. Pero pareciese que ciertos fallos de la Corte IDH llevarían a cuestionarse ¿hasta qué punto los Estados deben defender a toda costa el régimen democrático, incluyendo los mecanismos de democracia directa?

Parece ser en cierto modo contradictorio sostener por un lado que la existencia de democracia no necesariamente garantiza la vigencia de los Derechos Humanos y que a su vez el artículo 7 de la Carta señale que la “*democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos...*”.

Ya autores han señalado el problema que genera el concepto de control de convencionalidad a la idea de democracia. Así “*la soberanía no es sinónimo de arbitrariedad, sino del ejercicio del poder por el pueblo, para satisfacer la necesaria Dignidad Humana. Esa publicidad (en el sentido que le da Habermas) no la otorga el derecho internacional, ni los jueces. Frente a ello el Control de Convencionalidad debe superar las críticas o bien reformularse*”¹²³.

Entendemos interesante lo señalado por Inés Bermejo Bartolomé, en cuando a que debe existir un *iuscommune* en lo que respecta a los DDHH¹²⁴. Sería una consecuencia lógica de que todos los seres humanos gocen de una misma dignidad, intrínseca a su condición de tal.

Sin perjuicio de lo anterior debería armonizarse el derecho a lo soberanía de cada Estado, con el *iuscommune* en materia de DDHH. Lo cual implicaría en la práctica, que exista un canon interpretativo para los tribunales internos, pero que se mantenga el principio de subsidiariedad.

Siguiendo a la autora, la cuestión de si los órganos del Estado se encuentran sometidas a jurisprudencia de la Corte IDH, se resuelve buscando la armonización en materia de DDHH, sin violentar la subsidiariedad.

Advertimos al lector que la cuestión requiere de aún más profundo estudio y meditado, podemos señalar dos disparadores que podrían arribar a una respuesta. Por un lado, el respeto del principio de subsidiariedad y por el otro lado distinguir que las mayorías no pueden eliminar los DDHH pero si podrían pronunciarse sobre su extensión o limitarlos sin afectar el “núcleo duro” del derecho.

123 Manuel YÁÑEZ, “El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos problemas y desafíos”, Revista Estudios Jurídicos Democracia y Justicia, No. 3, 2014, p. 138.

124 Inés BERMEJO BARTOLOMÉ, “La función armonizadora del TEDH y la búsqueda de un equilibrio efectivo en la tutela de los derechos fundamentales”, La doctrina del margen de apreciación nacional como desafío, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2016, p. 53.

11. Conclusiones

En primer lugar, entendemos que podría sostenerse una especie de analogía entre el concepto de Tribunal Constitucional alemán y la Corte IDH. No obstante, la analogía es limitada y como señalamos anteriormente existen elementos que alejan un concepto de otro.

En primer lugar, entendemos que podría sostenerse una especie de analogía entre el concepto de Tribunal Constitucional alemán y la Corte IDH. Es cierto que la analogía se encuentra limitada y ello debido a que la Corte IDH no puede derogar las leyes internas de los Estados Parte. No obstante, los efectos del control de convencionalidad que deben realizar los Jueces, tal como señala Laurence Burgorgue-Larsen, son indirectamente asimilables con los efectos que tiene la declaración de inconstitucionalidad que se realiza a la interna de cada Estado Parte. En segundo lugar, la cosa interpretada es un concepto en constante evolución que dificulta tomar posición.

De todas formas, adherimos a la opinión de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, en el sentido de que la cosa interpretada “sirve no sólo para decidir sobre los casos que conoce el Tribunal sino en general, para aclarar, proteger y desarrollar las normas previstas en la Convención”. En este sentido, entendemos que la norma convencional interpretada representa una aspiración por la creación de un sistema uniforme en la protección de los DDHH.

Asimismo, entendemos que la eficacia de la interpretación que realiza la Corte IDH respecto de la norma convencional determina la obligación de respetar los DDHH que están consagrados en el *Corpus Iuris* Interamericano, lo cual exige un esfuerzo hermenéutico de todos los Estados parte que han suscrito y ratificado la Convención.

Lo anterior conlleva a que los Estados partes deberían acoger internamente los pronunciamientos de la Corte IDH, así los mismos deben ser tenidos en cuenta para la protección del DDHH no solo en el Estado Parte de la controversia sino también por los restantes Estados Miembros de la CIDH. No obstante, disentimos con la postura de Francisco Zuñiga que expresa que las sentencias de la Corte IDH son obligatorias para el Estado, pero para los Tribunales dichas sentencias no constituyen fuentes formales del derecho, sino que son fuente los tratados internacionales, cuando cumplen los requisitos para su aplicación directa¹²⁵.

En tercer lugar, los fallos adoptados por la Corte IDH son de obligatorios para los Estados Parte siendo definitivos, no admiten recurso de apelación y son ejecutables en sí mismos. Tal es así, que su incumplimiento conlleva a una reparación íntegra de los perjuicios causados.

Los pronunciamientos de la Corte IDH cuentan con efecto erga omnes, de manera que acarrea a una doble consecuencia: por un lado, la supremacía de las decisiones

125 Francisco ZÚÑIGA URBINA, Control de convencionalidad y tribunales nacionales. Una aproximación crítica, en AA.VV. El Diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos, H. Nogueira (coord...), Santiago (2012), p. 387 y ss.

adoptadas por la Corte respecto del Derecho Interno. Y por el otro, el alcance de la decisión de la Corte que abarca no sólo a los Estados intervinientes en el conflicto como también a aquellos que no han participado como “parte material” en el propio juicio. En contraposición a lo sostenido por Miriam Henríquez, que expresa que la jurisprudencia de la Corte IDH no puede ser vinculante si el Estado no lo ha determinado así expresamente en su Constitución¹²⁶.

En cuarto lugar, también cabe destacar que la realización de un control de convencionalidad compete de forma exclusiva no sólo a los Estados Parte de la CIDH sino que también engloba a todos los Estados en general porque deriva de los principios generales en materia de Derecho Internacional, ello por cuanto, dicho control implica un instrumento para controlar las propias normas internas de cada uno de ellos.

En quinto lugar, por la Corte IDH no solo es vinculante en cuanto forma parte de un proceso jurisdiccional, sino que esta tiene un alcance más vasto. Esto es, las opiniones consultivas expedidas por la Corte IDH también tienen fuerza vinculante para todos los Estados parte, y no solo para aquellos que realizaron la consulta.

Las normas convencionales constituyen el resultado de la “interpretación convencional” por lo que dejar sin efecto erga omnes a las opiniones de la Corte IDH significaría mermar sin ningún tipo de justificación parte de lo que también se constituye como el *Corpus Iuris Interamericano*.

Tanto las opiniones consultivas como los actos expedidos en el ámbito del fuero jurisdiccional tienen fuerza vinculante y no son pasibles del recurso de apelación, tal como establece el artículo 67 de la CIDH y artículos 62 y 68 del Reglamento de la Corte IDH. De todas formas, esto es discutible, puesto que si bien no cabe el recurso de apelación, si se admite la demanda de interpretación, dando lugar en la mayoría de los casos a apelaciones encubiertas.

Lo último a destacar, es que si bien la construcción del concepto de la cosa interpretada y su aplicación en busca de la protección de los DDHH es positiva y debe tenerse presente como “un nuevo medio” de protección; no pueden olvidarse los medios de protección ya existentes. La democracia es un medio de protección de los DDHH.

Sin embargo, se nos plantea una dificultad cuando existe un conflicto entre el alcance que la Corte IDH otorga y el alcance que los medios democráticos pretenden otorgar a un DDHH.

En cuanto a ello, entendemos que del mismo modo que entre un conflicto entre normas se debería optar por el que brinde mayor protección al DDHH, podríamos análogamente extender el principio al conflicto entre medios de protección. Por tanto, optar por aquel que brinde una mayor protección al DDHH.

126 Miriam HENRIQUEZ VIÑAS y José Ignacio NUÑEZ, El control de convencionalidad: hacia un no positivismo interamericano, en *Revista Boliviana de Derecho*, n° 21, 2016, p.326 y ss.

Referencias bibliográficas:

AGUILAR CAVALLO Gonzalo, “Los derechos humanos como límites a la democracia a la luz de la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos”, *Doctrina Extranjera*.

ALTIERI MASSA DAUS Santiago, *El comienzo de la personalidad jurídica del ser humano en el Derecho Uruguayo*, tesis inédita, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2015.

BANDEIRA George, *El valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Disponible en: https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/pmdh_pdf/PMDH_Manual.255-274.pdf

BAZÁN Víctor, “Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas”, *Revista europea de Derechos fundamentales*, Año 2011.

BERMEJO BARTOLOMÉ Inés, “La función armonizadora del TEDH y la búsqueda de un equilibrio efectivo en la tutela de los derechos fundamentales. La doctrina del margen de apreciación nacional como desafío”, Salamanca, año 2016.

BURGORGUE-LARSEN Laurence, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos como Tribunal Constitucional*.

CARBONELL Miguel, *Introducción general al control de convencionalidad*, Ed. Universidad Autónoma de México, México, 2012.

CARPIZO Enrique, “El Control de Convencionalidad y su relación con el Sistema Constitucional Mexicano. Hacia una simple actividad protectora de los Derechos Humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Volumen 46, Issue 138, Septiembre-Diciembre 2013.

CORREA FREITAS Rubén, *Supremacía constitucional y control de convencionalidad en Uruguay*, Uruguay, año 2015.

Corte IDH. Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 157.

Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010.

Corte IDH. Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 6 de agosto de 2008.

Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006. Serie C No. 142.

Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Demanda de Interpretación de la Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2006. Serie C No. 156.

Corte IDH. Caso *El Amparo vs. Venezuela. Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas. Resolución de la Corte de 16 de abril de 1997.* Serie C No. 46.

Corte IDH. Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala. Interpretación de la Sentencia de fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006. Serie C No. 143.

Corte IDH. Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014.

Corte Suprema de México, Distrito Federal, 28 de noviembre de 2011. Citado por M. CARBONELL, *Introducción General al Control de Convencionalidad*, p. 77.

Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°7, Control de Convencionalidad, pág.6.

ESTEVA Eduardo, *El control de convencionalidad/ Situación en el Uruguay*, año 2012.

FAÚNDEZ LEDESMA Héctor, *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, año 1996, Chile.

FERRER MAC-GREGOR Eduardo “Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad”, Universidad Católica (Montevideo), año 2012, p. 87. Opinión compartida por: Néstor P. SAGUES, *Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana, en el control de convencionalidad*, en Pensamiento Constitucional, Lima, n° 20, 2015.

FERRER MAC-GREGOR Eduardo, *El control difuso de convencionalidad por los jueces latinoamericanos: evolución de la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Cuadernos Manual Giménez Abad, año 2011, n° 2.

FERRER MAC-GREGOR Eduardo, PELAYO MÖLLER Carlos María, “*Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada*”, Konrad Adenauer Stiftung, México, año 2013.

FERRER MAC-GREGOR Eduardo, QUERALT JIMÉNEZ Argelia, “El control de convencionalidad americano y el efecto de cosa interpretada europeo ¿dos caras de una misma moneda?”, XIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, México 2017, inédito.

GABRIEL MAINO Carlos Alberto, “Los derechos humanos: baluarte y socavo de las instituciones. Hacia un adecuado equilibrio entre el control judicial de convencionalidad y la representación política de los procesos democráticos”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XXI, 2016.

GARCIA RAMIREZ Sergio, La Corte Interamericana de Derechos Humanos, cit., p. 658.

GARGARELLA Roberto, “Constitucionalismo vs. Democracia”, *Revista UNAM* (Universidad Autónoma de México), 2015, p. 1991. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3876/11.pdf>.

GARGARELLA Roberto, “Un papel renovado para la Corte Suprema. Democracia e interpretación judicial de la Constitución”, *CELS* (Centro de Estudios Legales y Sociales), 2008, p. 11. Disponible en <http://www.cels.org.ar/common/documentos/gargarella.pdf>.

HARTWIG Mathias, *El Tribunal Constitucional y la Unión Europea*, Uruguay, año 2008.

HENRIQUEZ VIÑAS Miriam y NUÑEZ José Ignacio, El control de convencionalidad : hacia un no positivismo interamericano, en *Revista Boliviana de Derecho*, n° 21, 2016.

HITTERS Juan Carlos; *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, t. II, 1999.

IBAÑEZ RIVAS Juana María, *Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Anuario de Derechos Humanos, Universidad de Chile, año 2012.

International Court of Permanent Justice, *Usina de Chorzów, sentencia de fondo*, 1928, Series A No. 17.

JIMENEZ DE ARÉCHAGA Eduardo, *La Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho Interno*, FCU, Montevideo.

LEIBHOLZ Gerhard, *El Tribunal Constitucional de la Republica Federal Alemana y el problema de la apreciación judicial de la política*.

NOGUEIRA ALCALÁ Humberto, “El control de Convencionalidad por los Estados parte de la Convención Americana sobre derechos humanos y tribunales chilenos”, *Revista de Derecho UCUDAL*, N° 13, año 2017.

NOGUEIRA ALCALÁ Humberto, *Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales*, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2012 (135).

NUEVO LÓPEZ Pablo, *Control de convencionalidad y aplicación judicial de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, en *Revista Catalana de Dret Públic*, n° 50, Cataluña, 2015.

NUÑO Alejandra, *Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada*, Konrad Adenauer Stiftung, México, 2013.

Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982.

Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982.

Opinión Consultiva Oc-21/14 de 19 de agosto de 2014 solicitada por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay.

QUESADA Luis, *La vinculación del juez a la jurisprudencia internacional*, en Miguel Revenga Sánchez (coord.), *El poder judicial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

QUINCHE RAMÍREZ Manuel Fernando, “El presidencialismo, el control de convencionalidad y la democracia en los países andinos”, *Revista Co-herencia* Vol. 10, No 19 Julio - Diciembre 2013.

RISSO FERRAND Martín, *Derecho Constitucional*, Tomo 1, editorial FCU, Montevideo, 2006.

RISSO FERRAND Martin, *El control de convencionalidad*, *Revista de Derecho Público*, Uruguay, año 2016.

RODRÍGUEZ RESCIA Víctor, *La Ejecución de sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, San José, C.R.: IJSA, 1997.

SAGÜES Néstor Pedro, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, *Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca*, Estudios Constitucionales, Año 8, N° 1, 2010.

SAGÜES Nestor Pedro, *Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad*, Estudios Constitucionales, año 2010.

SAIZ ARNAIZ Alejandro, “La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española”, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999.

SALAZAR UGARTE Pedro, *Democracia Constitucional*, en “Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional”, Universidad Autónoma de México, 2016.

SANCHÉZ AYALA Claudia, *Impacto de la cosa interpretada por la Corte IDH y la reforma constitucional en México*, Foro, Nueva época, vol. 17, núm. 1, Madrid, 2014.

Sentencia 365/2009 de la Suprema Corte de Justicia, disponible en *Base de Jurisprudencia Nacional Pública*.

Sentencia Cabrera y Montiel contra el Estado de México, serie C 220, párrafo 225. en CARBONELL, Miguel, “Introducción General al Control de Convencionalidad”.

Sentencia: Castillo Petruzzi y otros v. Perú, año 1998.

Sentencia: Gelman v. Uruguay, serie C221, año 2011.

Sentencia: Irlanda v. Reino Unido, año 1978.

Sentencia: Liakat Ali Alibux v. Suriname, serie C276, año 2014.

Sentencia: Myrna Mack Chang v. Guatemala, serie C101, año 2003.

Sentencia: Radilla Pacheco v. Estados Unidos Mexicanos, año 2009.

Sentencia: Radilla Pacheco v. Estados Unidos Mexicanos, serie C209, año 2009.

SILVA MEZA Juan, “Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada”, *Suprema Corte de Justicia de la Nación* (México), año 2014.

STEINER Christian, URIBE Patricia, *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, México, año 2014.

TORRES BERNADEZ Santiago, La reciprocidad en el sistema de jurisdicción obligatoria en el artículo 36. Párrafo 2 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Universidad del País Vasco, año 1998.

TORRES ZÚÑIGA Natalia, *Control de Convencionalidad: deber complementario del Juez Contitucional peruano y el Juez Interamericano (similitudes, diferencias y convergencias)*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Año 2012.

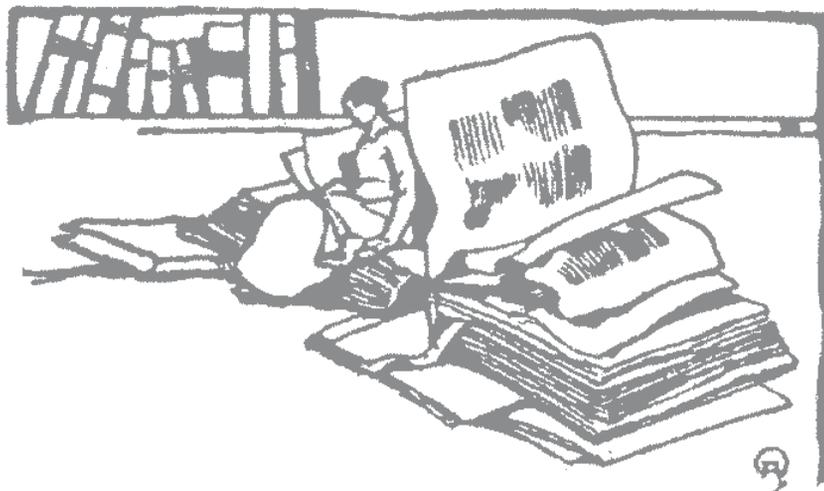
VILLALBA BERNIÉ Pablo Darío, “Debido proceso y democracia. Ajustes de convencionalidad” *Derecho y Debate*.

VON BOGDANDY Armin, *Ius constitutionale commune en América Latina*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, año 2014.

Voto razonado del Juez E. FERRER MAC-GREGOR a la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013. Supervisión de cumplimiento de sentencia en el Caso Gelman vs. Uruguay.

YÁÑEZ Manuel, “El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos problemas y desafíos”, *Revista Estudios Jurídicos Democracia y Justicia*, No. 3, 2014.

ZÚÑIGA URBINA Francisco, Control de convencionalidad y tribunales nacionales. Una aproximación crítica, en AA.VV. *El Diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, H. Nogueira (coord.), Santiago (2012).



NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

*Revista Uruguaya de Protección de Datos Personales (Agosto, 2017),
Nº 2, 123 páginas. Por Carlos Delpiazzo*

REVISTA URUGUAYA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES (AGOSTO, 2017), N° 2, 123 PÁGINAS.

Nuevamente la Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales (URCDP) me hace el honor de invitarme a presentar la Revista Uruguaya de Datos Personales.

I

En este caso, antes de comentarla, quiero congratularme de la continuidad de la publicación ya que muchas veces, los emprendimientos de esta naturaleza quedan por el camino apenas pasa la ilusión del momento inicial. En este caso, una vez más se puede comprobar la importancia de la perseverancia: empezar suele ser fácil, perseverar requiere virtud y esfuerzo.

Comparándola con el N° anterior, se echa en falta la ausencia en este N° de la sección Jurisprudencia pero, como contrapartida, se advierte una participación doctrinaria ampliada y diversa, que enriquece y hace atractiva la publicación.

II

La Revista comienza con un **Prólogo** a cargo de Federico Monteverde, donde destaca que ella “es la excusa para convocar a expertos nacionales e internacionales a reflexionar sobre una realidad cambiante”, que lo es no por mérito exclusivo de la tecnología sino también como producto de los cambios que operan a nivel de la cultura, la sociedad, la economía y la política y que afectan la ética que nos rige.

III

A continuación, la sección **Doctrina** está compuesta por 8 trabajos de relevante interés y provenientes de distintas visiones y formaciones.

Comienza con la ponencia de Roberto BALAGUER, titulada “¿Cómo regulamos la inteligencia aplicada a los datos?” pero que yo prefiero individualizar por su sub título “Hansel y Gretel en el siglo XXI” porque su abordaje busca echar luz sobre el uso de las redes por niños y jóvenes, la protección o falta de protección de sus datos y la generalizada ausencia de conciencia respecto a la identidad digital y su importancia. Así, presenta a los celulares como puertas de entrada y salida de datos y advierte sobre lo que llama “invisibilidad ficticia” de internet.

Seguidamente, nuestro compatriota Marcelo BAUZA -que no necesita presentación- realiza una interesante puesta a punto de nuestra ley N° 18.331 a la luz del Reglamento de la Unión Europea 2016/679. En tal sentido, repasa los problemas y desafíos que plantea el consentimiento del interesado, el derecho al olvido, el derecho a la portabilidad de los datos y a la limitación de su tratamiento, y aporta una nueva mirada a la privacidad.

Se trata de un trabajo extenso en el que se pone el acento en los aspectos que, a juicio del autor, nuestro país debería tomar del Reglamento europeo en cuestiones como la responsabilidad, la cooperación, la prevención y la represión a fin de preservar su estatus de adecuación.

El tercer trabajo pertenece a la mexicana Areli CANO GUADIANA, quien analiza el “Panorama de la Protección de Datos Personales en el sector público” de su país, comentando la reciente Ley General de Protección de Datos en posesión de Sujetos Obligados de este mismo año 2017, aportando abundante información sobre la evolución que precede a dicho acto legislativo y sus principales características.

El cuarto trabajo reconoce la autoría de quien fuera por tres períodos Comisionada de Información y Privacidad de Ontario, la canadiense Ann CAVOUKIAN, quien realiza un alegato a favor de la “privacidad desde el diseño” -a la que también refiere la ponencia de Marcelo BAUZA- procurando un equilibrio entre privacidad y seguridad.

En quinto lugar, desde nuestro vecino país del norte, Danilo DONEDA y Laura SCHERTEL MENDES presentan las “iniciativas legislativas sobre protección de datos en Brasil, comentando especialmente el proyecto de ley 5.276 de 2016 que, de aprobarse, daría marco legal a la definición de dato personal e identificadores electrónicos, los conceptos de datos anónimos y sensibles, la noción de interés legítimo, y otras cuestiones tales como la seguridad de la información, los flujos transfronterizos de datos y la autoridad de protección.

El sexto aporte proviene del Comisionado de la Privacidad de Nueva Zelanda, John EDWARDS, donde plantea su perspectiva respecto a la forma de encarar los nuevos retos derivados de la transformación digital que impacta la vida de las personas, analizando la jurisprudencia de su país y comentándola desde sus propios puntos de vista.

El séptimo trabajo reconoce la autoría de Sophie KWASNY, quien es actualmente Jefa de la Unidad de Protección de Datos del Consejo de Europa y responsable de la elaboración de estándares y políticas de protección de datos y privacidad en el ámbito europeo. En el mismo se aborda una revisión de la situación actual del Convenio N° 108, se enfatiza en la importancia de los principios vinculados al tratamiento, la calidad de los datos, los derechos de los titulares, el manejo de los datos sensibles y las cuestiones que plantean los flujos transfronterizos de datos.

Finalmente, el español Alvaro SANCHEZ BRAVO concentra su atención en el “Nuevo marco europeo de protección de los datos PNR”, es decir, los datos vinculados a los nombres de pasajeros de aerolíneas, especialmente en cuanto a la influencia de los controladores asociados al combate contra el terrorismo.

IV

La segunda sección contiene 10 **Dictámenes** del Consejo Ejecutivo de la Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales, fechados entre febrero y diciembre de 2016, elegidos en función de su interés. En ellos se abordan temas vinculados al mundo labo-

ral, al período de facto, a datos sensibles de salud, a las bases de datos de seguros y de las instituciones de enseñanza, al derecho al olvido, y a la publicación del Diario Oficial en internet.

V

La tercera sección, titulada **Nota de Interés**, recoge el testimonio de las uruguayas Dinorah ALIFA, Matilde CASABO y Valeria COLOMBO sobre la educación en la protección de nuestros datos personales. Allí se plantean distintos abordajes sobre la temática, la generación de nuevos materiales didácticos, la inclusión de la materia en la currícula escolar y de formación docente y la realización de concursos para niños y jóvenes con el propósito de concientizar en los riesgos derivados de un mal uso de los datos personales.

VI

La **Entrevista** que cierra la publicación se realiza a Alessandra PIERUCCI, que es abogada y trabaja desde hace varios años en la Autoridad de Protección de Datos Italiana.

VII

El material que aporta este segundo número de la Revista nos muestra la rápida dinámica que el tema de la protección de datos tiene en el mundo y obliga a reflexionar sobre lo que acontece en la realidad de nuestra comarca: Uruguay.

Al aprobarse en el año 2008 las leyes N° 18.331 y N° 18.381, relativas al derecho a la protección de datos personales y al derecho de acceso a la información pública respectivamente, se marcó una clara correlación entre información personal y privacidad por un lado e información pública y transparencia por otro.

Sin embargo, en los últimos años, se verificó lo que considero una clara involución normativa sobre la privacidad de las personas, motivada por varias causas, sin que se advierta en todas ellas la presencia del interés general.

Me refiero a la aprobación de distintas leyes sobre prevención y represión del lavado de activos (a las que se suma el proyecto actualmente a estudio del Parlamento), el régimen excepcional de que se dotó a la Central de Riesgos Crediticios del Banco Central del Uruguay, el marcado avance de la Administración fiscal sobre los habitantes, la preceptividad de la ley de inclusión financiera y la imposición de la denominada transparencia fiscal dispuesta por la ley N° 19.484 de este año.

En mi opinión, el panorama reseñado no implica una inversión del paradigma que identifica la información pública con la transparencia y la información personal con la privacidad sino una perforación del mismo mediante un no siempre justificable avance de lo estatal sobre lo privado.

Ello obliga a someter a la normativa reciente y a la actividad administrativa consecuente a un necesario test de constitucionalidad y convencionalidad de las mismas en la medida que ellas implican, en todos los casos, limitaciones -cuando no, conculcaciones- a derechos fundamentales.

En efecto, en la medida que no es clara la presencia del interés general, el *control de constitucionalidad* puede resultar negativo, en términos de incompatibilidad con la Carta. Así, mientras que el interés general puede imperar en la lucha contra el lavado de activos y el narcotráfico, no se advierte su presencia cuando el sistema financiero se pone al servicio de la Administración fiscal en detrimento de la privacidad de los habitantes.

Del mismo modo, no resisten el *control de convencionalidad* los casos en los que se constata una exagerada o indebida injerencia estatal en la vida privada. Así, respecto a los intercambios de información tributaria con otros países (singularmente con Argentina), la injerencia arbitraria aparece prohibida en el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 y reiterada en el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, por lo que el sacrificio del derecho a la intimidad sólo es posible ante la existencia de un fin constitucionalmente legítimo y en el marco de una norma de rango legal calificada en razón de interés general, verificándose una ilegitimidad de la injerencia estatal en caso contrario. No debe perderse de vista que el interés general incluye necesariamente la protección de los derechos fundamentales, de los cuales la privacidad es uno de ellos.

El mérito de la Revista que tenemos entre manos es poner de manifiesto la centralidad de la persona humana y su eminente dignidad en el Estado de Derecho y, por eso, formulo votos por su continuidad con el cuidado, buen gusto, equilibrio, colorido y nivel científico exhibidos por sus dos primeros números.

Dr. Carlos E. Delpiazzo
23 de agosto de 2017