

TRIBUNALES TRANSNACIONALES*

por
Prof. Dr. Angel Landoni Sosa

1. EL FENÓMENO DE LA GLOBALIZACIÓN DE LAS RELACIONES HUMANAS

Dicho fenómeno se nos presenta hoy como una realidad en apariencia sin retorno y que tiende a hacerse cada vez más intensa.

Influyen, para ello, una serie de factores, entre los cuales destacamos: 1) el impresionante desarrollo de los medios de comunicación; 2) la aceleración de los cambios económicos basados en las nuevas tecnologías, la ampliación y diversificación de los mercados, la apertura de servicios antes desconocidos como consecuencia de la competencia, las nuevas organizaciones empresariales con modernos sistemas de producción y comercialización a nivel planetario, con la incentivación de las ventas basada en el análisis psicológico de los comportamientos humanos, con desmedro, en muchos casos, de los consumidores; 3) la mundialización del comercio y de las finanzas; 4) las crisis financieras que eventuales desequilibrios traen aparejadas, con el llamado efecto dominó, como ha ocurrido en la historia reciente con la crisis mexicana o el terremoto que provocó el derrumbe de diversos países asiáticos o la más reciente originada con la devaluación de la moneda brasileña en enero de 1999.

La nueva economía emergente de este proceso de globalización ha provocado -al decir de Alain Touraine-, entre otros efectos negativos:

- a) un aumento de las desigualdades sociales;
- b) un mayor número de personas que se siente excluida de dicho proceso y amenazada en sus patrones culturales.

Ante el fenómeno de la globalización, los Estados reaccionan de diversa manera y al respecto podríamos señalar dos tendencias: por un lado, una suerte de fuerza centrípeta que parte del supuesto de que el Estado Nación ha empezado a desmembrarse, ya que cada vez son más los retos a que se enfrentan los gobiernos nacionales que no pueden resolverse por la

Ponencia presentada en el marco de las XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, San José de Costa Rica - 18 al 20 de octubre de 2000.

acción nacional. En esta postura se exigen organismos transnacionales que tengan una soberanía propia y distinta de las nacionales.⁽¹⁾

Estos fenómenos, que son consecuencia de la “globalización” implican el acortamiento de las distancias entre las diversas comunidades nacionales, de modo tal que a causa del mayor conocimiento entre los hombres, provocado por los actuales medios de comunicación, todo fenómeno (económico, político, cultural, social, etc.) que se produce en algún lugar del mundo, repercute inmediatamente con mayor o menor intensidad, según determinadas causas en el resto de las comunidades.

Este nuevo orden mundial ha disuelto en gran medida la frontera de los países -nótese por ejemplo lo que ha ocurrido con las comunicaciones vía Internet- y avanza hacia una concepción planetaria de la sociedad humana.

En un mundo extremadamente competitivo, en el cual los intereses económicos influyen, en forma determinante, en la toma de decisiones, los Estados aprecian que sus posibilidades de influir en el concierto mundial dependen, en gran medida, de su mayor o menor potencialidad económica. Esta es una de las razones por las que unen sus esfuerzos y se integran, porque, en definitiva, de ello dependerán sus posibilidades de desarrollo y el bienestar de sus pueblos.

Así el mundo se va estructurando en base a grandes bloques económicos (Unión Europea, NAFTA o TLC, Comunidad Andina, Mercosur, Tratado de Integración Centroamericana, Caricom, etc.).

Ante esta nueva realidad mundial -como lo destaca Ekmedjian- la conformación de bloques regionales o subregionales que generen un marco para el libre intercambio de bienes, servicios, personas y capitales dentro del mismo, es la única vía apta para competir en el comercio internacional y participar en las negociaciones en pie de igualdad.

Por otro lado, se aprecian en el mundo fuerzas centrífugas que, fundadas ya sea en principios religiosos, en particularismos regionales o nacionalismos exacerbados, en conflictos ancestrales o en conflictos provocados por líderes mesiánicos, llevan no a la unión, sino a la dispersión de los Estados en el que cada uno está en guardia en la generalidad de los casos respecto de su o sus vecinos más próximos (Israel respecto de los Estados árabes, Irán respecto de Irak y viceversa, Serbia respecto de Croacia y Albania, Chechenia respecto de Rusia, India respecto de Pakistán, etc.).

Toda esta compleja trama de relaciones y de intereses que apenas hemos esbozado conlleva, sin duda, posibilidades de conflictos transnacionales que es necesario prevenir y para el caso de que ello no sea posible, se hace impostergable buscar las vías adecuadas para lograr una justa solución que los resuelva.

1. EKMEDJIAN, MIGUEL ÁNGEL. “Una Constitución para el Mercosur”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 1999, publicación de CIEDLA, Fundación Konrad Adenauer, pág. 79 y ss.

2. EL NACIMIENTO DE UNA NUEVA DISCIPLINA: EL DERECHO PROCESAL SUPRANACIONAL

Como lo indicara Fix-Zamudio en el X Congreso Mundial de Derecho Procesal, "Hasta hace poco tiempo, los cultivadores del Derecho Procesal no se habían ocupado de manera específica del análisis de los procedimientos ante los organismos internacionales, por considerarlos dentro del campo del derecho internacional público. Sin embargo, el surgimiento de varios instrumentos de solución de conflictos supranacionales, que adquieren cada vez mayor vigor, despertó el interés de los procesalistas, y por ello puede hablarse actualmente de una nueva disciplina dentro del ámbito del derecho procesal, la que puede justificarse como derecho procesal supranacional. Esta disciplina abarca el estudio y la sistematización de la normalidad adjetiva, no sólo de las instituciones del derecho internacional clásico, sino también las del derecho comunitario y de la integración económica, y, por supuesto, el sector más dinámico, que es el que corresponde al campo de los derechos humanos."⁽²⁾

Lo expresado por Fix-Zamudio, que compartimos, no significa, en manera alguna, que nos apartemos de nuestra posición respecto de la necesidad de elaborar una Teoría General del Derecho Procesal que comprenda en sus grandes líneas conceptuales a todas las ramas del árbol.

3. LOS LÍMITES DE ESTE RELATO

En razón de la amplitud de la temática que nos fuera confiada y atendiendo a la necesaria brevedad que este relato debe tener, hemos decidido limitar nuestro análisis a los tribunales del continente americano.

4. LAS VÍAS DE SOLUCIÓN PARA LOS CONFLICTOS TRANSNACIONALES

4.1 Los diversos sistemas

Consideramos que es factible distinguir entre aquellos procesos de integración como el Centroamericano o la Comunidad Andina que han puesto en el centro de la cuestión a un tribunal de justicia supranacional y permanente, de aquellos otros como el Tratado de Libre Comercio o el Mercosur, que confían en otros instrumentos: negociaciones directas, mediación, conciliación o arbitraje, para la solución de las controversias que en su ámbito se pueden suscitar.

2. FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR. "Las relaciones entre los tribunales nacionales y los internacionales". Publicación del X Congreso Mundial de Derecho Procesal que tuvo lugar en Taormina (Sicilia, Italia), del 17 al 23 de setiembre de 1995, págs. 183-311.

4.2 La solución jurisdiccional a través de los Tribunales de Justicia permanentes

4.2.1 *La primitiva Corte de Justicia Centroamericana.*⁽³⁾

Su creación en 1907

El Profesor guatemalteco Dr. Aguirre Godoy destaca en su relato que en Centroamérica el intento más relevante de crear un tribunal internacional con funciones muy amplias se encuentra en la Convención suscrita en Washington el 20 de diciembre de 1907 y que dará nacimiento a la Corte de Justicia Centroamericana.

Organización

La Corte se integraba con cinco magistrados nombrados uno por cada República y escogidos entre los jurisconsultos que tuvieran las condiciones que las leyes de cada país exigieran para el ejercicio de la Alta Magistratura y gozaran de la más elevada consideración, tanto por sus condiciones morales, como por su competencia profesional.

Competencia

A dicha Corte se le atribuyó el conocimiento de los siguientes asuntos.⁽⁴⁾

- de las controversias o cuestiones que se suscitasen entre los Estados miembros cualquiera fuera su naturaleza u origen (art. 1);
- de las pretensiones deducidas por un particular centroamericano contra un Estado miembro por violación de los tratados y en los demás casos de carácter internacional. En esta hipótesis se exigía que previamente se hubiesen agotado los recursos internos o se demostrase la denegación de justicia (art. 2);
- de los conflictos entre Estados o entre Estados y particulares que de común acuerdo fuesen sometidos a su decisión (art. 3), así como de las cuestiones internacionales que por convención especial hayan dispuesto someterle algunos de los Gobiernos Centroamericanos y el de una nación extranjera (art. 4);

La Corte lamentablemente desapareció como consecuencia del incumplimiento de Nicaragua de aceptar el fallo emitido con motivo de la concesión hecha a los Estados Unidos en el Tratado Bryan-Chamorro.

4.2.2 *La actual Corte de Justicia Centroamericana*

Antecedentes

Ella es el resultado del proceso de integración en Centro América cuyos momentos más importantes los indicamos a continuación:

3. Para la redacción de este tema se contó con la invaluable colaboración del Profesor Dr. Mario Aguirre Godoy.

- a) **Carta de la Organización de los Estados Centroamericanos (ODECA)** suscrita en Panamá en 1962, que la contemplaba como uno de sus órganos, pero no la configuraba como un tribunal permanente (art. 16) ya que ella se reunirá cada vez que lo estimase necesario o cuando fuese convocada por el Consejo Ejecutivo;
- b) **Protocolo de Tegucigalpa del 13 de diciembre de 1991.** Dicho protocolo reforma la Carta de la ODECA, mantiene entre sus órganos a la Corte Centroamericana de Justicia, cuyo Estatuto fue aprobado y suscrito el 10 de diciembre de 1992, en la XIII Cumbre de Presidentes que se llevó a cabo en Panamá.

Organización

De conformidad con el art. 8 de su Estatuto la Corte se integra con uno o más Magistrados Titulares, con sus respectivos suplentes, por cada uno de los Estados miembros.

El art. 46 del mismo Estatuto le otorgó al Consejo Judicial Centroamericano la facultad de fijar el número inicial de Magistrados que pasarían a integrar la Corte, y dicho Consejo lo fijó en Managua (Nicaragua) el 10/12/93 en dos Magistrados Titulares por país con igual número de suplentes.

Los Magistrados son designados por 10 años y dicho período se cuenta desde la toma de posesión.

La Corte tiene un Presidente y un Vice-Presidente que ejercen sus cargos durante un año, rotando en el orden alfabético de los nombres de los Estados.

Según se indica en el relato del Profesor Aguirre Godoy, su país, Guatemala, si bien ha suscrito los instrumentos que dieron origen a la Corte, aún no los ha ratificado.

Ubicación institucional

La Corte Centroamericana de Justicia, de acuerdo con su Estatuto, es el órgano judicial principal y permanente del sistema de la Integración Centroamericana y le corresponde garantizar el respeto al derecho, tanto en la interpretación como en la ejecución del Protocolo de Tegucigalpa que es el Tratado constitutivo marco de la integración Centroamericana, lo mismo que de sus instrumentos complementarios o actos derivados del mismo.

La jurisdicción y competencia de la Corte son de carácter obligatorio para los Estados, con potestad para juzgar y resolver con autoridad de cosa juzgada y su doctrina tendrá efectos vinculantes para los Estados, para los órganos del sistema de Integración Centroamericana y para los particulares.

Sus diversos ámbitos de competencia

Competencia internacional

Conoce en instancia única, a solicitud de cualquiera de los Estados miembros, de las controversias que se susciten entre ellos. Se exceptuarán las controversias fronterizas, terri-

toriales y marítimas, para cuyo conocimiento se requiere la solicitud de todas las partes involucradas.

Competencia en temas de integración

Resuelve:

- 1. las disputas surgidas entre las personas naturales o jurídicas y un Estado o con alguno de los órganos que conforman el sistema de Integración Centroamericana;
- las acciones de nulidad respecto de los actos o de incumplimiento de los acuerdos por parte de los órganos del sistema o en virtud de disposiciones legales, reglamentarias o de cualquier otra clase, dictadas por un Estado cuando violen las normas del derecho de la integración.

Competencia consultiva

De acuerdo con el Estatuto tiene tres vertientes, a saber:

- a) *ilustrativa*. En tal sentido la Corte actúa -art. 22 literal a)- como Tribunal de consulta permanente de las Cortes Supremas de Justicia de los Estados.
- b) *de interpretación*, en cuyo caso, las consultas evacuadas tienen carácter obligatorio y deberán ser aplicadas por los órganos del sistema;
- c) *prejudicial*, en tal sentido, le corresponde resolver toda consulta requerida por cualquier Juez o Tribunal Judicial con el fin de obtener la interpretación y aplicación uniforme de las normas que conforman el ordenamiento del SICA.

Competencia constitucional - art. 22 literal f)

A solicitud del agraviado decide los conflictos que puedan haber surgido entre los Poderes u Órganos fundamentales de los Estados y cuando de hecho no se respeten los fallos judiciales.

Competencia arbitral

La Corte está facultada para actuar como árbitro -art. 22 literal ch)- en los asuntos que le hubieren solicitado las partes que actúe en tal calidad.

Otros cometidos

- a) Hacer estudios comparativos de las legislaciones de Centroamérica y elaborar proyectos de leyes uniformes para lograr la integración jurídica de Centroamérica (art. 22 literal i).

- b) Conocer de las controversias sobre la aplicación o interpretación del Tratado Marco de Seguridad Democrática (art. 67) o sobre el Convenio Constitutivo del Centro de Coordinación para la prevención de Desastres Naturales en América Central (art. 18).
- c) Atender consultas de interpretación sobre el Convenio Centroamericano para la prevención de los delitos de lavado de dinero y activos relacionados con el tráfico de drogas.

Evaluación de su actuación

Concluye el Profesor Aguirre Godoy que la actuación de la Corte ha sido positiva y que responde a los anhelos de integración centroamericana y a la efectiva vigencia de un derecho comunitario en la región.

4.2.3 El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina⁵⁾

I) Antecedentes

En el año 1979 se había creado el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena que había comenzado a funcionar en su sede en Quito el 5 de enero de 1984. Posteriormente, en el marco de las modificaciones al Acuerdo de Cartagena, se suscribe en Trujillo (Perú) el 10 de marzo de 1996 un nuevo texto de dicho Acuerdo estableciéndose que el Tribunal de Justicia es el órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina (art. 40), que se rige por el Tratado de su creación, sus protocolos modificativos y el presente Acuerdo y se reitera que su sede será la ciudad de Quito. Luego se suscribe en Cochabamba (Bolivia) el 28 de mayo de 1996 el Protocolo Modificadorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, conocido como el "Protocolo de Cochabamba".

II) Organización

Está integrado por cinco magistrados "quienes deberán ser nacionales de origen de los Países Miembros, gozar de alta consideración moral y reunir las condiciones requeridas en su país para el ejercicio de las más altas funciones judiciales o ser jurisconsultos de notoria competencia" (art. 6 Protocolo de Cochabamba).

Los Magistrados tienen plena independencia en el ejercicio de sus funciones, no pueden desempeñar otras actividades profesionales, remuneradas o no, excepto las de naturaleza docente y deben abstenerse de cualquier actuación incompatible con el carácter de su cargo.

La designación se hace para períodos de seis años, con renovación parcial cada tres y se permite la reelección por una sola vez (art. 8). Simultáneamente se nombran primeros y segundos suplentes para cada Magistrado principal.

5. Para la redacción de este tema el suscrito contó con la invaluable colaboración de los relatos efectuados por los Profesores Gualberto Lucas Sosa (Argentina) y Salvador Benaim (Venezuela).

El Tribunal y los Magistrados gozarán, en el territorio de los países miembros, de las inmunidades reconocidas por los usos internacionales y en particular por la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, en cuanto a la inviolabilidad de sus archivos y correspondencia oficial y en todo lo referente a las jurisdicciones civiles y penales.

El Tribunal dicta su reglamento interno (art. 13 inc. 2), nombra su Secretario y el personal necesario para el cumplimiento de sus funciones (art. 14) y debe presentar informes anuales al Consejo Presidencial Andino, al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y a la Comisión.

III) Competencia del Tribunal

A) Precisión terminológica

Si por acción entendemos el derecho abstracto de acudir ante el tribunal pidiendo que se haga efectiva a nuestro respecto la tutela jurídica; si por pretensión entendemos la exigencia concreta planteada ante el tribunal y dirigida a la contraparte, deberíamos llegar a la conclusión de que, en estricto rigor científico, no podríamos seguir hablando ni de acción de nulidad ni de acción de incumplimiento, sino de pretensión de anulación y de pretensión declarativa de que ha existido incumplimiento.

En el sentido apuntado, utilizaremos la terminología que entendemos correcta con el propósito de lograr que en los futuros tratados se utilice la terminología aceptada por la más moderna doctrina procesal.

B) La pretensión de anulación o acción de nulidad

Al Tribunal le corresponde declarar la nulidad de las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión de la Comunidad Andina, de las Resoluciones de la Secretaría General y de los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los países miembros entre sí en el marco del proceso de la integración subregional andina, que sean violatorios del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina incluso por desviación de poder.

La legitimación activa corresponde a los países miembros, al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, a la Comisión de la Comunidad Andina, a la Secretaría General y a las personas naturales o jurídicas cuando se afecten sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos (P.C. arts. 17 y 19).

El interés de los países miembros para la impugnación está condicionado -en todos los casos- a su falta de aprobación previa, lo cual viene a funcionar como puerta de contención a las variaciones del interés político de los países miembros.

La pretensión de anulación deberá ser deducida dentro de los dos años (P.C. art. 20) siguientes a la entrada en vigencia de la decisión que se impugna. No obstante, cabe la posibilidad de que aún habiendo vencido el plazo se plantee ante un juez o tribunal nacional la inaplicabilidad de una Decisión o Resolución al caso concreto.

En dicha hipótesis el juez nacional está obligado a consultar al TJCA acerca de la regularidad de la decisión cuya desaplicación se pide.

En este caso, la incidencia provoca la suspensión del proceso hasta que se reciba la resolución del TJCA la cual tendrá efectos vinculantes para el Juez nacional (P.C. art. 20).

La interposición de la pretensión de anulación no tiene efectos suspensivos, pero se prevé una suerte de tutela anticipada, facultándose al Tribunal para que, ante la petición del demandante y previo afianzamiento, disponga la suspensión provisional de la ejecución de la decisión, resolución o convenio en aquellos casos en que se cause o se pudiere causar perjuicios irreparables o de difícil reparación (P.C. art. 21).

El TJCA podrá declarar la nulidad total o parcial del acto impugnado, señalándose los efectos de la sentencia en el tiempo y las disposiciones que se deberán adoptar para el cumplimiento efectivo de la sentencia (P.C. art. 22).

C) La pretensión de que se declare el incumplimiento o acción de incumplimiento

Esta pretensión es la que se ejerce contra un País Miembro cuando éste persiste en no acatar las observaciones que sobre el cumplimiento de las obligaciones comunitarias le hubiere formulado la Secretaría General de la Comunidad Andina (P.C. Arts. 23 y 24).

Para acudir ante el Tribunal se requiere un procedimiento administrativo previo ante la Secretaría General que es el órgano ejecutivo de la Comunidad Andina (A.C. Capítulo II Sección D, arts. 29-39).

La referida Secretaría al tener conocimiento, ya sea de oficio o a denuncia de parte (P.C. Arts. 23, 24 y 25) abrirá un procedimiento con el fin de oír al país al que se le imputa el incumplimiento.

Cumplida la instrucción, la Secretaría debe emitir un dictamen sobre el estado de cumplimiento de tales obligaciones, el cual deberá ser motivado.

Si el incumplimiento persiste la Secretaría deberá solicitar el pronunciamiento del Tribunal.

En este caso el Tribunal dicta su decisión, la que debe ser acatada por el país incumplidor dentro de los 90 días siguientes a la notificación, so pena de que el país reclamante o cualquier otro país miembro pueda restringir o suspender, total o parcialmente, las ventajas del Acuerdo de Cartagena que benefician al país miembro reticente (P.C. art. 27).

Se prevé que el TJCA puede adoptar también otras medidas cuando la restricción o supresión de ventajas no fuese eficaz a la hora de presionar al país miembro para que cumpla con la orden del Tribunal (P.C. art. 27).

La sentencia de incumplimiento constituye título hábil (legal y suficiente en el lenguaje del Protocolo) para que el particular pueda solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que correspondiere (P.C. art. 30).

El Protocolo prevé que las sentencias dictadas en las acciones de incumplimiento son susceptibles de ser revisadas en función de algún hecho desconocido que pudiere haber influido decisivamente en el resultado del proceso.

La revisión deberá presentarse dentro de los 90 días siguientes al día en que se descubra el hecho y en todo caso dentro del año siguiente a la fecha de la sentencia (P.C. art. 29).

En cuanto a la tutela preventiva o anticipada, el Protocolo faculta al Tribunal para que antes de dictar la sentencia definitiva -a solicitud de la parte demandante y previo afianzamiento- si lo considera necesario pueda disponer la suspensión provisional de la medida presuntamente infractora si esta causare o pudiere causar perjuicios irreparables (P.C. art. 28).

Las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un País miembro pueden acudir de acuerdo al art. 25 a la Secretaría General y al Tribunal conforme al procedimiento previsto en el art. 24 o ante los Tribunales Nacionales competentes (art. 31), pero no lo pueden hacer simultáneamente y por la misma causa (P.C. art. 25 inc. 2).

D) La interpretación prejudicial

Le corresponde al Tribunal la interpretación prejudicial de las normas que forman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme.

La solicitud la elevarán los jueces nacionales que conozcan de un proceso en que deba aplicarse alguna de las normas que forman dicho ordenamiento jurídico.

En relación con los efectos suspensivos de la consulta se establece un sistema que atiende a la posibilidad de recursos contra la sentencia del Tribunal nacional.

Si frente a la sentencia a dictarse en el proceso, en el que se plantea la necesidad de interpretación, cabe la posibilidad de interponer recursos, en este caso la no recepción en tiempo de la respuesta no impide que el Juez dicte sentencia.

En cambio, si la sentencia no admite recursos el juez deberá suspender el procedimiento y solicitará directamente de oficio o a petición de parte la interpretación del Tribunal.

En cuanto a los límites de la interpretación, el TJCA debe concretarse a precisar el contenido y alcance de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Se niega expresamente la posibilidad de que el TJCA interprete el derecho interno o pueda calificar los hechos del proceso, salvo que se refiera a ellos cuando sea indispensable a la hora de emitir la respuesta (P.C. art. 34).

La interpretación del TJCA tendrá efectos vinculantes para el Juez nacional (P.C. art. 35) pero sólo para el caso concreto.

A juicio del ponente Gualberto Lucas Sosa, se debilitarán los efectos y alcances de la sentencia, en cuanto el Tribunal comunitario ha declarado que la interpretación rige tan sólo para el caso objeto de la consulta, no quedando eximido el Juez nacional de la obligación de consultar en casos similares o análogos. Entiende dicho autor que resultaría más ponderable conferirle el carácter vinculatorio para otros casos similares, en miras a afianzar la certeza y seguridad jurídica.

E) De la pretensión de cumplimiento o recurso por omisión o inactividad

En rigor científico el recurso es un medio impugnativo frente a un acto; aquí tal acto no existe, razón por la cual nos parece más acertado hablar de pretensión de cumplimiento de una obligación incumplida.

Dicha pretensión se puede ejercitar en aquellos casos en que el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina o la Secretaría General se abstuvieran de cumplir una actividad a la que estuviesen obligados expresamente por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina (P.C. art. 37).

Según destaca Benaim⁽⁶⁾ en su relato nacional “es regla de conocimiento previo el que la parte afectada por la conducta omisiva requiera al órgano omiso una rectificación. Si eso no ocurre en un plazo de 30 días siguientes, se podrá acudir al TJCA par que se pronuncie al efecto (P.C. art. 37).

El TJCA -luego de oídas las partes involucradas- dictará su providencia dentro de los 30 días siguientes, la cual se publicará en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena y señalará la forma, modalidad y plazo en los que el órgano omiso deberá cumplir con su obligación (P.C. art. 37).

F) De la función arbitral

a) Ante el TJCA

Cuando las partes así lo acuerden el Tribunal será competente para dirimir mediante arbitraje las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de contratos, convenios o acuerdos, suscritos entre órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración o entre éstos y terceros (P.C. art. 38).

También los particulares pueden acordar someter al arbitraje del Tribunal, las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina (P.C. art. 38 inc. 2°).

El laudo arbitral, según elección de las partes, podrá ser fundado en derecho o en equidad y será obligatorio, inapelable y constituirá título legal y suficiente para solicitar su ejecución conforme a las disposiciones internas de cada país miembro (P.C. art. 38 inc. 3°).

b) Ante la Secretaría General

Existe la posibilidad de que los particulares se dirijan a la Secretaría General para solicitar un arbitraje respecto de la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

La Secretaría General emitirá su laudo conforme a criterios de equidad y de procedencia técnica acordes con el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Su laudo será obligatorio e inapelable, salvo que las partes acuerden lo contrario.

En caso de incumplimiento, el laudo servirá de título legal y suficiente para solicitar su ejecución, según el derecho de cada país miembro (P.C. art. 39).

6. BENAİM, SALVADOR. “Tribunales de Justicia de la Comunidad Andina”, punto 3.3.4.

G) De la competencia en materia laboral

El TJCA es competente para conocer de las controversias laborales que se susciten en los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración (P.C. art. 40).

IV) Disposiciones generales

A los fines de facilitar la ejecución de las sentencias y laudos del TJCA y los laudos de la Secretaría General, se elimina la necesidad de exequatur o de homologación por los Tribunales de cada país miembro (P.C. art. 41).

Se establece una exclusividad de conocimiento a favor del TJCA, de tal manera que los países miembros se sujeten exclusivamente a la competencia de dicho Tribunal para dirimir todas las controversias que surjan en relación con la aplicación o interpretación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina (P.C. art. 42).

V) Evaluación de la actuación del Tribunal

Señalaba el Juez del Tribunal del Acuerdo de Cartagena Dr. Fernando Uribe Restrepo⁽⁷⁾ que "...la frustrante experiencia del Tribunal Andino especialmente frente al fenómeno de los incumplimientos generalizados y crónicos, está indicando que el sistema resultó desadaptado, pro utópico, en relación con un proceso de integración, que aún no logra la madurez que se requiere, para que resulte posible el imperio del derecho".

El referido integrante del Tribunal Andino ponía de relieve que para favorecer el proceso de integración lo que debe hacerse, en forma prioritaria, es emprender con urgencia la tarea de difundir el derecho comunitario. Pues destacaba, que si los abogados y jueces de la subregión ignoran los mecanismos y procedimientos a utilizar, el derecho de la integración se frustra poniendo en peligro el avance mismo del proceso.

Una visión más esperanzadora es la que apunta Gualberto Lucas Sosa en su relato⁽⁸⁾ cuando afirma: "...en la dimensión del Acuerdo de Cartagena, frente a un Tribunal de Justicia independiente y de carácter permanente, que tiene por misión la de resolver las controversias que surjan en el Tratado y declarar el derecho comunitario, interpretándolo de manera uniforme, se viene afianzando la integración en el Grupo Andino, a través de una fecunda jurisprudencia".

7. "El Tribunal Andino y la solución de controversias". Exposición realizada en el Seminario Internacional sobre Dimensión Jurídica de la Integración, ALADI, 1992, pág. 3.

En similares términos se había expresado en "El Tribunal Andino de Justicia, una experiencia aleccionadora", en el Simposio sobre un "Tribunal de Justicia para el Mercosur" organizado por el Instituto Artigas del Servicio Exterior del Uruguay, octubre-noviembre de 1991. Montevideo, Uruguay, págs. 133-147.

8. SOSA, GUALBERTO LUCAS. Relato ob. cit., pág. 19.

4.3 La solución de los conflictos transnacionales a través de otros instrumentos

4.3.1 *El tratado de Libre Comercio entre México, Estados Unidos y Canadá. Las vías de solución que prevé⁹⁾*

1. *Introducción*

A diferencia de lo ocurrido en la Unión Europea, en la Comunidad Andina o en el Sistema de Integración Centroamericano que han consagrado un Tribunal de Justicia permanente, tanto en el Tratado de Libre Comercio suscrito el 17 de diciembre de 1992 que nuclea a México, USA y Canadá, como en el Mercosur, suscrito el 26 de marzo de 1991, que agrupa a Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, no se ha convenido la creación de un Tribunal permanente, sino que se ha confiado en otras alternativas de solución para las controversias que se puedan plantear.

2. *Los objetivos del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)*

Destaca Gómez Lara que dichos objetivos son: eliminar las barreras al comercio, promover las condiciones para una competencia justa, incrementar las oportunidades de inversión, proporcionar protección adecuada a los derechos de propiedad intelectual, establecer procedimientos efectivos para la aplicación del Tratado y para la solución de controversias, así como fomentar la cooperación trilateral, regional y multilateral.

3. *Estructura orgánica*

El Tratado establece una Comisión de Comercio que es la institución central. Está integrada por Ministros o funcionarios a nivel de gabinete que sean designados por cada país miembro.

La Comisión tendrá sesiones anuales pero su trabajo cotidiano lo llevan a cabo funcionarios de los tres gobiernos que participan en los diversos comités y grupos de trabajo establecidos a lo largo del Tratado.

El TLC establece un Secretariado para apoyar a la Comisión, así como a otros grupos secundarios y tribunales para la solución de controversias.

El apoyo administrativo y técnico del Secretariado permitirá a la Comisión asegurar la administración conjunta y efectiva de la zona de libre comercio.

Entre otros cometidos le corresponde a la Comisión: "Resolver las controversias que pudiesen surgir respecto a la interpretación o aplicación del Tratado (art. 2001 N° 2 literal c).

4. *Ámbito de aplicación*

El Tratado consagra en el art. 2004 la regla de que las disposiciones para la solución de controversias están dirigidas tanto a la prevención como a la solución de todas las contro-

9. Para la elaboración de este relato general se contó con la invalorable colaboración del Profesor mexicano Cipriano Gómez Lara.

versias entre las Partes, relativas a su aplicación o a su interpretación, así como en toda otra circunstancia en que una Parte considere que una medida vigente o en proyecto, de otra Parte, pudiese ser incompatible con las obligaciones emergentes del Tratado.

Se exceptúa de la referida previsión, la revisión y solución de controversias en materia de *antidumping* y cuotas compensatorias, que tienen disposiciones específicas en el Capítulo XIX, arts. 1901-1911.

Gómez Lara -quien cita a Rodolfo Cruz Miramontes⁽¹⁰⁾- refiere que dicho autor esquematiza el Capítulo XIX del Tratado en la siguiente forma:

Panel comprendido en el artículo 1903

Panel sobre la revisión de las resoluciones nacionales en prácticas desleales (art. 1904)

Comité de impugnación extraordinaria (art. 1904, párrafo 13)

Comité especial para salvaguardar la operación de los paneles (art. 1905)

El Secretariado

Definiciones de términos (art. 1911)

Indica dicho autor, que en materia de prácticas desleales el tema fue de difícil negociación, pues los representantes de los Estados Unidos de América siempre se mostraron renuentes a disminuir sus facultades en los asuntos de *antidumping* y medidas compensatorias. El tema era de importancia para los exportadores mexicanos, ello permitió que se lograra un capítulo muy complejo y ambicioso, que pretende no sólo conocer en revisión las decisiones nacionales dictadas en los procedimientos contra prácticas desleales, sino que además brinda la posibilidad de emprender otras acciones referidas a este campo.

De estos temas se deriva la posibilidad de tribunales ad-hoc y comités especiales que serían los siguientes:

Tribunal Arbitral para conocer si una reforma legislativa en dichas materias es congruente con el tratado, específicamente con el Capítulo XIX (arts. 1902.2 y 1903).

Tribunal Arbitral para revisar las resoluciones dictadas en dichos temas por los órganos nacionales (art. 1904).

Comité especial para salvaguardar el sistema de revisión (art. 1905).

Comité de impugnación extraordinaria (art. 1904 párrafo 12 y anexo 1904.3).

Pone de relieve Cruz Miramontes la trascendencia que tiene para México haber logrado la inclusión de dicho Capítulo XIX, pues la oportunidad de impugnar en foros internacionales, las decisiones de las autoridades comerciales de Estados Unidos y de Canadá hace posible que ellas sean revisadas, sin tener que sujetarse a sus respectivas jurisdicciones nacionales, lo que ofrece a los exportadores mexicanos una mayor garantía de imparcialidad.

Por nuestra parte, nos permitimos señalar que según la información estadística aportada por el relator nacional hasta 1909, de los 49 casos presentados de solución de controver-

10. CRUZ MIRAMONTES, RODOLFO. "El TLC: Controversias, Soluciones y otros temas conexos". México, McCrew-Hill, 1997, pág. 4.

sias en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, 46 correspondieron al Capítulo XIX.

5. Selección de foro

En caso de que una controversia pueda someterse tanto a instancias previstas por el GATT-OMC, como a las que instituye el TLC, el país demandante podrá elegir entre cualquiera de los dos foros, pero una vez efectuada la opción, el seleccionado será excluyente del otro (art. 2005 num. 6).

Si hubiera un tercer país involucrado que pretendiese someter el asunto ante un foro distinto, los dos países que actúen como demandantes en la controversia se consultarán para llegar a un acuerdo sobre un foro único. Si estos países no llegasen a un arreglo, normalmente el procedimiento de solución de controversias se llevará a cabo ante un tribunal arbitral establecido según las disposiciones del Tratado.

6. Las vías de controversias entre los países miembros

- **Consultas previas.** Siempre que surja un asunto que pudiese afectar los derechos de un país derivados de este tratado, el gobierno de ese país podrá solicitar consultas a los otros gobiernos involucrados, los cuales deben atender con prontitud la solicitud. El TLC concede prioridad a la conciliación como forma de resolver una controversia. El tercer país tiene derecho a participar en las consultas entre dos países o a iniciar consultas por su cuenta.
- **Procedimiento ante la Comisión de Libre Comercio.** Si las consultas no resuelven el asunto dentro de un plazo de treinta a cuarenta y cinco días, cualquier país podrá convocar a la Comisión de Comercio a una reunión plenaria. Ésta procurará una pronta solución mediante el uso de buenos oficios, mediación, conciliación u otros medios alternativos que diriman litigios.

Facultades de la Comisión (art. 2007 N° 5)

Ella podrá: a) convocar asesores técnicos o crear los grupos de expertos que considere necesarios; b) recurrir a los buenos oficios, a la conciliación o a la mediación o a otros procedimientos de solución de controversias; c) formular recomendaciones para que las partes puedan alcanzar una solución mutuamente satisfactoria.

- **Proceso arbitral.** Si el procedimiento ante la Comisión no tiene éxito, la parte puede solicitar el establecimiento de un tribunal arbitral.

Integración del Tribunal Arbitral

Se integra por cinco miembros.

Para asegurar la imparcialidad del Tribunal, los miembros que lo integran se seleccionarán mediante un proceso de selección inversa. Ambas partes contendientes se pon-

drán de acuerdo en designar el Presidente. Si no logran el acuerdo, por sorteo se determina qué parte lo designa, y se establece en el art. 2011 literal b), que deberá tratarse de una persona que no sea ciudadana del país que lo designa.

Dentro de los 15 días siguientes a la elección del Presidente, cada parte seleccionará dos panelistas que sean ciudadanos de la otra parte contendiente.

Por lo regular los panelistas se escogerán de la lista de árbitros prevista en el art. 2009, integrada por 30 personas designadas por consenso, por períodos de tres años y que puedan ser reelectos.

Los miembros de dicha lista deberán (art. 2009):

- a) Tener conocimientos especializados o experiencia en derecho, comercio internacional o en la solución de controversias derivadas de acuerdos comerciales internacionales;
- b) Ser electos estrictamente en función de su objetividad, confiabilidad y buen juicio;
- c) Ser independientes, no estar vinculados a las partes ni recibir instrucciones de las mismas;
- d) Satisfacer el código de conducta que establezca la Comisión.

Cuando una persona, que no esté incluida en la lista de miembros trilateralmente acordada, sea seleccionada para integrar un tribunal, cualquier país contendiente podrá presentar frente a él una recusación sin expresión de causa (art. 2011 N° 3).

El tratado prevé una lista especial de expertos para el caso de controversias en materia de servicios financieros.

- **Procedimiento ante el Tribunal Arbitral.** A la Comisión corresponde establecer las Reglas Modelo de Procedimiento conforme a los siguientes principios:

- a) Los procedimientos permitirán presentar comunicaciones escritas y réplicas y garantizarán como mínimo el derecho a una audiencia ante un panel;
- b) Las audiencias ante el panel, las deliberaciones y el informe preliminar tendrán el carácter de confidenciales.

Salvo que las partes convengan otra cosa, el procedimiento seguirá conforme a las mencionadas Reglas Modelo de Procedimiento.

El Tratado faculta al Tribunal para que a instancia de parte solicite el asesoramiento de expertos (art. 2014) o informe escrito a un Comité científico sobre cuestiones de hecho relacionadas con el medio ambiente, la salud, la seguridad u otros aspectos científicos.

- **El informe preliminar del Tribunal.** El Tribunal deberá presentar un informe preliminar con carácter confidencial a los países contendientes dentro de un plazo de 90 días a partir de la selección de sus miembros, salvo que los países en conflicto acuerden otra cosa.

Las partes involucradas tendrán 14 días para comunicar al Tribunal sus comentarios respecto del informe.

- **El informe final.** El Tribunal presentará el informe final a las partes en conflicto en un plazo de 30 días a partir de la fecha en que se presentó el informe preliminar y será remitido a la Comisión la cual generalmente lo publicará.
- **Puesta en práctica e incumplimiento.** A partir de la fecha en que se haya recibido el informe final del Tribunal los países contendientes deberán acordar la solución de la controversia, la cual normalmente se ajustará a las recomendaciones del Tribunal.
Si el Tribunal hubiese determinado que el país demandado actuó de manera incompatible con sus obligaciones conforme al TLC y los países contendientes no llegasen a un acuerdo dentro de 30 días o el plazo que mutuamente hubiesen acordado, el país demandante podrá suspender la aplicación de las ventajas equivalentes hasta que se resuelva el asunto.

7. Métodos alternativos para la solución de controversias comerciales privadas

El Tratado dispone en el art. 2022 que: “En la medida de lo posible, cada Parte promoverá y facilitará el recurso al arbitraje y a otros medios alternativos para la solución de controversias comerciales internacionales, entre particulares, en la zona de libre comercio.”

A tal fin, cada Parte dispondrá de procedimientos adecuados que aseguren la observancia de los laudos arbitrales que se pronuncien en esas controversias.

8. Mecanismos de solución de controversias en materia de servicios en el TLC: asunto pendiente

Así se denomina un trabajo publicado por los profesores Jorge Witker y Laura Hernández en el Boletín del Instituto de Investigaciones Jurídicas N° 93 de la UNAM, setiembre–diciembre 1998, donde señalan que pese a la enorme trascendencia del tema de servicios, ni la OMC ni TLCAN han contemplado regulación alguna para la hipótesis de las prácticas desleales en la prestación de servicios entre países, situación empero, que puede presentarse en los intercambios de servicios mundiales, hecho que comprueban con el Reglamento de la actual Unión Europea N° 4057/86, relativo a las prácticas de tarifas desleales en los transportes marítimos, y que hoy lo estamos viendo en Latinoamérica con ciertas prácticas de las megaempresas norteamericanas de transporte aéreo.

9. La posible instalación de un Tribunal permanente de los tres países

Dicha propuesta fue formulada a los negociadores del Tratado por las asociaciones de abogados de los tres países, pero la misma fue desatendida y por lo tanto no se contempló en el texto final del Tratado, habiéndose perdido una excelente oportunidad para su consagración que hiciera posible su posterior instalación.

4.3.2 La solución de controversias en el Mercosur

1. El Tratado de Asunción

Se suscribió el 26 de marzo de 1991 en dicha ciudad y entró en vigencia el 29 de noviembre del mismo año.

Contiene el proyecto de la futura creación de un Mercado Común (MERCOSUR) entre los Estados Partes (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay) -art. 1º- el que debería haberse conformado antes del 31 de diciembre de 1994 y que a la fecha de este informe sólo ha llegado a configurar una imperfecta Unión Aduanera.

En cuanto a la solución de controversias, el Tratado en su Anexo III previó tres sistemas: uno, contenido en su propio cuerpo normativo y de aplicación inmediata; otro, que debería haber regido sólo para el período de transición, que es el establecido por el Protocolo de Brasilia y que aún continúa vigente como consecuencia de lo dispuesto en el art. 34, y un tercero denominado sistema permanente que debería haberse dictado antes del 31 de diciembre de 1994 pero que aún no se ha adoptado.

2. El Protocolo de Brasilia

El Tratado de Asunción en su Anexo III numeral 2º estableció que: "Dentro de los ciento veinte días de la entrada en vigor del Tratado, el Grupo Mercado Común elevará a los Gobiernos de los Estados Parte una propuesta de solución de controversias que regirá durante el período de transición."

Dicho proyecto fue aprobado en la sesión del Consejo de Mercado Común celebrada en Brasilia el 17 de diciembre de 1991 y entró en vigencia el 24 de abril de 1993.

2.1 Los procedimientos de solución de controversias previstos en el Protocolo de Brasilia

2.1.1 Controversias entre Estados

1) Delimitación

El Protocolo de Brasilia en su art. 1 delimita dicho ámbito por dos vías:

- *una, en razón de los sujetos de la controversia*, ya que ella debe ser necesariamente entre los Estados Parte, con lo que quedan fuera tanto los conflictos de los Estados con los órganos de la comunidad, como los planteados entre los propios órganos de la comunidad, así como los suscitados entre los órganos de la comunidad con los particulares de los Estados Parte.
- *otra, en función de la materia de la controversia*, que deberá versar sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento de las disposiciones del derecho comunitario.

Al respecto, es necesario advertir que el Protocolo de Ouro Preto -vigente desde el 15 de diciembre de 1995- en su art. 41, al determinar cuáles son actualmente las fuentes jurídicas del Mercosur, fue más amplio que el Protocolo de Brasilia y al respecto estableció que:

“Las fuentes jurídicas del Mercosur son: I) El Tratado de Asunción, sus protocolos y los instrumentos adicionales y complementarios.”⁽¹¹⁾

“II) Los acuerdos celebrados en el marco del tratado de Asunción y sus protocolos.”⁽¹²⁾

“III) Las Decisiones del Consejo del Mercado Común, las Resoluciones del Grupo Mercado Común y las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur, adoptadas desde la entrada en vigor del Tratado de Asunción.”

Controversia basada en la interpretación del ordenamiento jurídico comunitario

La inmensa mayoría de los autores que se han ocupado de los temas de integración, señalan que para que dicho proceso se desarrolle con normalidad, es imprescindible que exista un órgano jurisdiccional que tenga por cometido interpretar en forma armónica y obligatoria el ordenamiento jurídico comunitario.

En el Mercosur, ello sólo se logrará cuando se cree una Corte de Justicia, permanente, a la cual se le atribuya la potestad de interpretar el derecho comunitario con carácter obligatorio para todos los Estados Parte.

Aquí se encuentra -en mi opinión- una de las carencias más notorias del ordenamiento jurídico del Mercosur, la que deberá ser necesariamente subsanada al elaborarse el sistema definitivo, pues de otra forma cada Estado interpretará las normas según su conveniencia y ello aparejará, en razón de los incumplimientos que sobrevendrán, el riesgo de que no se llegue a configurar el proyectado Mercado Común.

En lo inmediato, si se plantean dudas sobre la interpretación, habrá que seguir toda la cadena de procedimientos prevista -negociaciones directas, si no dan resultado intervención del Grupo Mercado Común, si tampoco se soluciona cabe la posibilidad del proceso arbitral cuya decisión será obligatoria para los Estados Parte en la controversia, pero no para los restantes-, lo cual indica una vez más la necesidad de que se establezca sin demora el Tribunal de Justicia para el Mercosur.

11. Hasta el presente se han concretado seis textos convencionales bajo la denominación de Protocolos y dos Acuerdos Complementarios, en tanto desarrollos del principio de integración jurídica emergente del Tratado de Asunción. Estos textos son: el Protocolo sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, aprobado por el CMC en Las Lcñas, Decisión 05/92; el Protocolo sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual, aprobado por el CMC en Buenos Aires, Decisión 01/94; el Protocolo de Medidas Cautelares, aprobado por el CMC en Ouro Preto, Decisión 27/94; los Protocolos de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales y en Materia de Responsabilidad Civil Emergente de Accidentes de Tránsito, ambos aprobados por el CMC, en San Luis, República Argentina por Decisiones 1 y 2 del 25 de junio de 1996 y el Protocolo sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo, aprobado en Santa María, Brasil, por Decisión 10/96 del 17.12.96 del CMC. A los mencionados textos corresponde agregar los Acuerdos Complementarios a los Protocolos de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional y de Medidas Cautelares, aprobados respectivamente por el CMC en Asunción, Decisión 5/97 del 18 de junio de 1997 y en Montevideo, Decisión N° 9/97 del 15 de diciembre de 1997.

12. Acuerdo de complementación económica Mercosur-Chile, 25/6/96, Potrero de los Funes, Provincia de San Luis, Argentina; Acuerdo Marco Interregional de Cooperación entre la Comunidad Europea y sus Estados Miembros por una parte y el Mercado Común del Sur y sus Estados Parte, por otra, Madrid, 15/12/95; Acuerdo Mercosur-CAN (Comunidad Andina de Naciones) celebrado en Buenos Aires el 16 de abril de 1998.

Controversia fundada en la errónea aplicación o en el incumplimiento de las normas comunitarias

La defectuosa aplicación de una norma, puede deberse a un error acerca de la existencia de la propia norma, como ocurre, por ejemplo, cuando se declara inexistente una norma que existe, o existente una norma que fue derogada.

El error puede radicar en la interpretación, como sucedería, por ejemplo, si se interpreta mal su alcance o se aplica mal la interpretación debida.

El error puede estar en la propia aplicación, cuando se utiliza una norma inaplicable al caso o se deja de aplicar la norma que corresponde en la especie.

El error puede consistir, además, en la deducción inadecuada de las consecuencias de la norma, cuando siendo correcta la interpretación y la subsunción del hecho en la hipótesis prevista en la norma, se extraen consecuencias que no corresponden con la norma interpretada.

En cuanto a las normas que los Estados Parte deben cumplir, ellas están indicadas en el art. 1 del Protocolo de Brasilia, y en los arts. 2, 41 y 42 del Protocolo de Ouro Preto.

Con realización al incumplimiento éste puede configurarse: ya sea por el hecho de que un integrante del Mercosur promulgue o mantenga vigente una norma incompatible con el Tratado o con el derecho comunitario derivado; o bien, por la inejecución total o el cumplimiento incompleto o tardío por parte de ese Estado de las obligaciones que se le imponen por las normas comunitarias.

En cuanto al autor del incumplimiento, éste debe ser un Estado Parte, genéricamente hablando, considerado ésto como un todo comprensivo de sus tres poderes (ejecutivo, legislativo y judicial) así como de los restantes órganos que lo componen, incluyendo los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados así como los Gobiernos Departamentales.⁽¹³⁾ Lo que hemos dicho respecto del Uruguay deberá trasladarse a los restantes Estados Parte con las correlaciones correspondientes y con la prevención de que tanto Argentina como Brasil tienen una organización federal.

II) Vías de solución de las controversias

El Protocolo contempla tres etapas sucesivas, cada una de las cuales es presupuesto de la siguiente. De las referidas etapas, las dos primeras: las negociaciones directas (Capítulo II) y la intervención del Grupo Mercado Común (Capítulo III) que termina con recomendaciones a los Estados Parte en la controversia, no son obligatorias para las partes involucradas.

13. En reciente conferencia pronunciada el 9 de agosto de 2000 en el Colegio de Abogados del Uruguay, con el título "El relanzamiento del Mercosur", el Ministro de Relaciones Exteriores del Uruguay, Dr. Didier Opertti señalaba que en el Mercosur existían dos tipos de incumplimientos que obstaban al desarrollo del comercio interregional, a saber: 1) la injerencia indebida de órganos jurisdiccionales trabando el ingreso de mercaderías de la región, por ejemplo, por parte de un juez de Rio Grande de Brasil impidiendo el ingreso del arroz uruguayo y argentino a dicho país; 2) la imposición unilateral de tributos por parte de algunos estados brasileños al ingreso de lácteos uruguayos y argentinos, violatoria también de los acuerdos suscritos en el Mercosur.

En cambio, el procedimiento arbitral previsto en el Capítulo IV es obligatorio, tanto en su jurisdicción (art. 8) como en lo referente a la decisión con la que finaliza (art. 21).

A) Las negociaciones directas (Capítulo II)

El art. 2 establece que los Estados Parte en una controversia procurarán resolverla, ante todo, mediante negociaciones directas.

El Protocolo considera que la vía más adecuada para dar solución a dichas controversias es la autocomposición por los propios Estados interesados. Dos diferencias podemos apuntar con respecto a la misma vía instrumental prevista en el Anexo III del Tratado de Asunción:

- la primera, ahora se establece un plazo máximo de 15 días para su dilucidación a partir de la fecha en que uno de los Estados planteó la controversia;
- la segunda, que se le impone a los Estados Parte el deber de informar al Grupo Mercado Común a través de la Secretaría Administrativa sobre las gestiones que se realicen durante las negociaciones y el resultado de las mismas.

Destacamos asimismo, que el Protocolo le asigna a la Secretaría Administrativa un rol nuevo, no previsto en el Tratado de Asunción, como lo son las tareas de seguimiento y apoyo logístico a los procedimientos de solución de controversias, en todas sus etapas, de modo de facilitar su desarrollo y convirtiéndose en un verdadero centro de información de tales gestiones.

B) *La intervención del Grupo Mercado Común (Capítulo III)*

Fracasadas las negociaciones directas o logrado sólo un acuerdo parcial, cualquiera de los Estados Parte podrá plantear la controversia ante la Sección Nacional de la Comisión de Comercio del Mercosur en aquellos casos que sean de su competencia, de acuerdo al procedimiento establecido en el Anexo al Protocolo de Ouro Preto o someter la controversia a consideración del Grupo Mercado Común:

- escuchará a las partes que expondrán sus respectivas posiciones;
- requerirá cuando lo considere necesario el asesoramiento de expertos seleccionados de la lista a que hace referencia el art. 30 del Protocolo. Dicha lista está integrada por 24 personas, 6 por cada Estado, de reconocida competencia en las cuestiones que pueden ser objeto de controversia;
- evaluará la situación;
- formulará recomendaciones a los Estados Parte en la controversia tendientes a la solución del diferendo.

Destacamos simplemente, que se ha buscado eliminar la dificultad que representa el hecho de que las decisiones se toman por consenso, con lo que implícitamente se le otorga un poder de veto al Estado que quiera impedir que la decisión se adopte. La superación de la dificultad se ha procurado a través de la designación de los expertos cuyo asesoramiento no está condicionado por el consenso.

El procedimiento que estamos examinando tiene una duración máxima de 30 días (art. 6) y las recomendaciones que se adopten no tendrán fuerza obligatoria y su no cumplimiento habilitará tan solo para acudir a la etapa siguiente, o sea, al procedimiento arbitral.

C) El procedimiento arbitral. Naturaleza de la jurisdicción arbitral

Conforme a lo establecido en el art. 8 del Protocolo, los Estados Parte declaran que reconocen como obligatoria, en forma automática y sin necesidad de acuerdo especial, la jurisdicción del Tribunal Arbitral que en cada caso se constituya para conocer y resolver todas las controversias a que se refiere el presente Protocolo.

Destaco, especialmente, el acierto de esta disposición al establecer la obligatoriedad de la jurisdicción arbitral para los Estados del Mercosur.

Constitución del Tribunal Arbitral. Trámite previo

Cuando la controversia no hubiera sido resuelta, ni por las negociaciones directas, ni por la intervención de la Comisión de Comercio ni del Grupo Mercado Común, cualquiera de los Estados Parte afectados podrá recurrir -art. 7- al procedimiento arbitral establecido en el Protocolo y que no estaba contemplado en el Anexo III del tratado de Asunción.

La Secretaría Administrativa -en su nuevo papel que hemos ya destacado- notificará de inmediato la comunicación al otro u otros Estados involucrados en la controversia y al Grupo Mercado Común y tendrá a su cargo los trámites para el desarrollo de los procedimientos.

Integración del Tribunal Arbitral

Corresponde poner de relieve que se trata de un tribunal designado para el caso concreto y, por ende, no permanente.

Estará compuesto de tres miembros, designados de la lista preestablecida conforme a lo dispuesto en el art. 10. Los árbitros deberán ser -art. 13- juristas de reconocida competencia en las materias que puedan ser objeto de controversia.

Cada Estado Parte designará un árbitro y el tercero -que no puede ser nacional de los países involucrados en la controversia- será designado de común acuerdo por ellos y presidirá el tribunal.

Cada Estado nombra, además, un árbitro suplente, para reemplazar al árbitro titular en caso de incapacidad o excusa de éste.

Plazo para realizar las designaciones y subsanación de las omisiones

Los árbitros deberán ser designados dentro de los quince días, contados a partir de la fecha en la cual la Secretaría Administrativa haya comunicado, a los demás Estados Parte en la controversia, la intención de uno de ellos de recurrir al arbitraje (art. 9).

Si uno de los Estados no nombra a su árbitro, el mismo será designado -art. 11- por la Secretaría Administrativa del Mercosur entre los árbitros de ese Estado, según el orden ya establecido en la lista respectiva.

También está contemplada la falta de acuerdo para elegir el tercer árbitro -art. 12- dentro del plazo de 15 días, en cuyo caso la Secretaría Administrativa, a petición de cualquiera de los Estados Parte, procederá a su designación, por sorteo, de una lista de 16 árbitros confeccionada por el Grupo Mercado Común e integrada por partes iguales, por nacionales de estados integrantes del Mercosur y por nacionales de terceros países.

Sede del Tribunal

El Tribunal fijará, en cada caso, su sede, en algunos de los Estados Parte (art. 15)

Reglas de procedimiento

También las establece el Tribunal, pero ellas deben respetar las garantías del debido proceso (oportunidad a cada parte de ser escuchada y de presentar sus pruebas y argumentos) y asegurar que la tramitación se realice en forma expedita (art. 15).

Objeto del proceso arbitral

Como se indicara por el Tribunal Arbitral Ad-hoc del Mercosur en el Laudo N 2 dictado el 27 de setiembre de 1999⁽¹⁴⁾: “El objeto de las controversias entre Estados, tanto cuando se producen directamente entre ellos, o a instancia de los reclamos de los particulares, se determina cuando el Estado reclamante presenta su reclamación y el Estado reclamado contesta aceptándola total o parcialmente o rechazándola. Si el objeto de la controversia ha quedado fijado en la etapa de las negociaciones diplomáticas, a partir de entonces ya no puede haber modificación del objeto de la litis por las partes involucradas.

Si admitiéramos en la fase arbitral reclamaciones no alegadas en la fase anterior, estaríamos aceptando que se puede obviar la fase diplomática para ir directamente a la fase arbitral, lo cual violenta la letra y el espíritu del procedimiento de solución de controversias en el Mercosur.”

Actividad del Tribunal

- Recibirá la información que le deberán brindar los Estados Parte acerca de las instancias cumplidas con anterioridad al proceso arbitral y las exposiciones de los fundamentos de hecho y de derecho de sus respectivas posiciones (art. 16).
- Podrá adoptar medidas provisionales, a solicitud de parte interesada y siempre que exista presunción fundada de que el mantenimiento de la situación ocasionaría daños graves e irreparables a una de las partes.

14. Véase infra resumen del mismo.

Dichas medidas provisionales será las que el Tribunal considere apropiadas, según las circunstancias y en las condiciones que el mismo establezca para prevenir tales daños.

- Recepcionará la prueba producida por las partes y podrá a su vez utilizar sus propias facultades probatorias.
- Decidirá la controversia fundándose: o bien, si las partes así lo hubieren convenido conforme a su leal saber y entender -ex aequo et bono (art. 19), es decir, sin estar obligado a fundarse en alguna norma jurídica sino en los principios de justicia y equidad, o en el ordenamiento jurídico comunitario que conforme al art. 41 del Protocolo de Ouro Preto dichas normas son:
 - I) El Tratado de Asunción, sus protocolos y los instrumentos adicionales y sus protocolos.
 - II) Los acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción y sus protocolos.
 - III) Las Decisiones del Consejo del Mercado Común, las Resoluciones del Grupo Mercado Común y las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur, adoptadas desde la entrada en vigor del Tratado de Asunción.

El laudo arbitral

El Tribunal se expedirá dentro del plazo de 60 días, prorrogable por un máximo de 30 días, computables a partir de la designación del Presidente (art. 20).

La decisión se adoptará por mayoría, será fundada, se documentará por escrito que suscribirán todos los árbitros, no pudiéndose fundamentar los votos en discordia y debiéndose mantener la confidencialidad de la votación (art. 20 inc. 2).

Eficacia e impugnabilidad del laudo arbitral (arts. 21-22)

El laudo es obligatorio para los Estados Parte en la controversia a partir de su notificación y tiene respecto de ellos fuerza de cosa juzgada.

Es inapelable y sólo se podrá solicitar, dentro de los 15 días de notificado, su aclaración o la interpretación de la forma en que deberá cumplirse.

Dichos recursos no tendrán, en principio, efecto suspensivo, salvo que el Tribunal (art. 22) atendidas las circunstancias del caso así lo resuelva.

Cumplimiento del laudo arbitral

El laudo -salvo que el Tribunal fije otro plazo- debe ser cumplido dentro de los 15 días de la respectiva notificación.

Transcurridos 30 días de incumplimiento, los otros Estados Parte en la controversia están facultados por el Protocolo (art. 23) para adoptar conminaciones económicas (medidas compensatorias temporarias como suspensión de concesiones u otras equivalentes) dirigidas a obtener su cumplimiento.

Gastos del arbitraje (art. 24)

El principio establecido es que cada parte paga los gastos de su árbitro y respecto de la compensación pecuniaria del Presidente y demás gastos del Tribunal estos serán sufragados por mitades, salvo que el Tribunal decidiese distribuirlos en distinta proporción.

*2.1.2 Reclamaciones de los particulares frente a un Estado Parte**Legitimación activa*

Los sujetos privados (personas físicas o jurídicas) que sean afectados por la sanción o aplicación por cualquiera de los Estados Parte de medidas legales o administrativas restrictivas, discriminatorias o de competencia desleal violatorias del Tratado de Asunción, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, de las decisiones del Consejo del Mercado Común o de las resoluciones del Grupo Mercado Común podrán acudir al procedimiento previsto en los arts. 25 y siguientes del Protocolo de Brasilia.

Reitero que el referido Protocolo sigue, en ese punto, la jurisprudencia actual de la Corte Europea, así como los lineamientos de la doctrina más reciente que sostiene que la violación se configura por sola existencia de la norma contraria al ordenamiento jurídico comunitario, dado que su vigencia "...da lugar a una situación de hecho ambigua, manteniendo para los sujetos de derecho concernientes un estado de incertidumbre en cuanto a los derechos en los que pueden ampararse"⁽¹⁵⁾

Procedimiento

En este punto se hace necesario distinguir:

- a) Asuntos ajenos a la competencia de la Comisión de Comercio del Mercosur:
Se aplica el Protocolo de Brasilia.
- b) Asuntos comprendidos en la esfera de competencia de la Comisión de Comercio:
Se aplica el Anexo al Protocolo de Ouro Preto.

Asuntos ajenos a la competencia de la Comisión de Comercio del Mercosur

A) Presentación ante la Sección Nacional del Grupo Mercado Común⁽¹⁶⁾

El particular afectado deducirá su reclamación ante la respectiva Sección Nacional del G.M.C. donde tenga su residencia habitual o la sede de sus negocios.

15. Cfc. J. Mégret citado por Jorge Pérez Otermin, en "Solución de controversias en el Mercosur". Ed. Instituto Artigas del Servicio Exterior, pág. 33.

16. Es menester tener presente: a) que de acuerdo con el artículo 14 del Tratado de Asunción el G.M.C. estará integrado por cuatro miembros titulares y cuatro alternos por país que representen a los siguientes organis-

Dicha petición deberá estar acompañada de la prueba de los hechos que hagan verosímil la violación o que comprueben la existencia o la amenaza de un perjuicio.

Examen de admisibilidad y fundabilidad

Estará a cargo de la referida Sección Nacional del Grupo Mercado Común.

Actitudes posibles:

a) **No admite petición** (art. 27) porque se trata -por ejemplo- de un asunto respecto del cual ya se ha iniciado un procedimiento de solución de controversias de los previstos en los Capítulos II, III o IV del Protocolo.

b) **La rechaza** por considerar que la petición es infundada.

En estas hipótesis, en las cuales la decisión denegatoria se adopta por un órgano de derecho interno, esa resolución ¿podrá ser susceptible de los recursos administrativos previstos por la legislación interna?

Creo que la respuesta afirmativa se impone.

c) **Admite la petición.** En este caso la Sección Nacional, en consulta con el particular afectado podrá:

- entablar contactos directos con la Sección Nacional del G.M.C. del Estado Parte al que se le atribuye la violación a fin de buscar, a través de consultas una solución inmediata a la cuestión planteada.

Si la Sección Nacional del Estado reclamado por violación de las normas comunitarias, no se expidiese en el plazo de 15 días a partir de la respectiva comunicación, se podrá -a solicitud del particular afectado- elevar dicha petición, sin más trámite, al Grupo Mercado Común.

- elevar el reclamo, sin más trámite, al Grupo Mercado Común.

B) Tramitación ante el Grupo Mercado Común. Advertencia

De acuerdo con lo dispuesto en el Reglamento Interno del Grupo Mercado Común⁽¹⁷⁾ -art. 5- éste se reunirá en forma ordinaria o extraordinaria.

Las reuniones ordinarias se realizarán en forma alternada, por orden alfabético, en los Estados Parte, en las fechas a determinar de común acuerdo, por lo menos, una vez cada tres meses.

mos públicos: Ministerio de Relaciones Exteriores; Ministerio de Economía o sus equivalentes (áreas de Industria, Comercio Exterior y/o Coordinación Económica); Banco Central; b) que conforme al Reglamento Interno del G.M.C. aprobado en Brasilia en diciembre de 1991 (D. Oficial 11/6/1992, pág. 631) la Sección Nacional del G.M.C. estará constituida, para todos los efectos, por los miembros titulares y alternos de cada Estado Parte en el Grupo Mercado Común.

17. Diario Oficial 11 de junio de 1992, pág. 631.

Las reuniones extraordinarias se realizarán en cualquier momento, a solicitud de cualquier Estado Parte en lugar a convenir.

Examen de la admisibilidad del reclamo

El Grupo Mercado Común, en la primera reunión siguiente a la presentación del reclamo, deberá examinarlo y evaluando los fundamentos sobre los que basó su admisión la Sección Nacional, determinará:

- el rechazo del reclamo, sin más trámite, si concluyere que no están reunidos los requisitos necesarios para darle curso;
- si no rechazare el reclamo el procedimiento continúa procediéndose a la convocatoria de expertos.

Como se indicaba en el Mensaje del Poder Ejecutivo⁽¹⁸⁾ uruguayo destacando la importancia de esta situación: "...se trató de obviar el obstáculo del consenso en las decisiones del Grupo Mercado Común y es así que por iniciativa de la Delegación uruguayana en el numeral 2 del artículo 29 se establece que "si el Grupo Mercado Común no rechazare el reclamo procederá de inmediato a convocar a un grupo de expertos...". De esta forma el "veto" en el Grupo Mercado Común obrará a favor del Estado reclamante, de tal manera que el Grupo Mercado Común no podrá rechazar el reclamo y deberá proceder "de inmediato a convocar a un grupo de expertos".

Convocatoria al Grupo de Expertos. Su integración

Admitido el reclamo, se convocará a un Grupo de Expertos que estará compuesto por tres miembros designados por el Grupo Mercado Común. Si faltase el acuerdo sobre uno o más expertos, estos serán elegidos por votación que realizarán los Estados Parte, entre los integrantes de una lista de 24 expertos.

La referida lista está integrada -art. 30- por seis expertos designados por cada Estado Parte de reconocida competencia en las cuestiones que pueden ser objeto de controversia.

La Secretaría Administrativa en caso de elección por votación, comunicará al Grupo Mercado Común el nombre del experto o expertos que hubiesen recibido el mayor número de votos.

Debe tenerse presente que en esta hipótesis -elección por votación- los expertos designados no podrán ser nacionales ni del Estado contra el cual se formuló el reclamo, ni del Estado en el cual el particular formalizó su reclamo, con lo que se trata de lograr, en la medida de lo posible, que puedan dictaminar con la mayor independencia.

18. Cámara de Senadores, Repartido N° 400, mayo de 1992, pág. 4.

Dictamen del Grupo de Expertos

El Grupo de Expertos dispone de un plazo de 30 días para expedirse. Dentro de dicho plazo deberá dar oportunidad tanto al particular reclamante como al Estado reclamado, para ser escuchados y presentar sus argumentos (art. 29 N° 2 y 3).

Si el dictamen fuese favorable al reclamo formulado, cualquier otro Estado Parte -y subrayo cualquier otro Estado Parte y no sólo aquel ante cuya Sección Nacional del G.M.C. se presentó el reclamo- podrá requerirle la adopción de medidas correctivas o la anulación de las medidas cuestionadas.

Si el requerimiento no tuviese éxito en el plazo de 15 días, el Estado Parte que lo efectuó podrá recurrir al procedimiento arbitral previsto en el Capítulo IV del Protocolo.

Asuntos comprendidos en la esfera de competencia de la Comisión de Comercio del Mercosur

El art. 21 del Protocolo de Ouro Preto prevé que además de las funciones y atribuciones establecidas en los arts. 16 y 19 de dicho cuerpo normativo, a la Comisión corresponderá la consideración de las reclamaciones presentadas por las Secciones Nacionales de la Comisión de Comercio del Mercosur, originadas por los Estados Parte o en demandas de particulares -personas físicas o jurídicas- relacionadas con las situaciones previstas en los arts. 1 o 25 del Protocolo de Brasilia, siempre que dichas cuestiones estuvieren dentro del área de su competencia.

Aclara el Protocolo -art. 21 párrafo primero- que el examen de las referidas reclamaciones en el ámbito de la Comisión de Comercio, no obstará a la acción del Estado Parte que se efectuó la reclamación para acudir a las vías previstas en el Protocolo de Brasilia para la solución de controversias.

Procedimiento para las reclamaciones ante la Comisión de Comercio del Mercosur

El Anexo al Protocolo de Ouro Preto establece el procedimiento para dichas reclamaciones, el que podríamos sintetizar en la siguiente forma:

- I) La reclamación será presentada por el Estado Parte ante la Presidencia de la Comisión de Comercio del Mercosur y será incluida en la primera reunión siguiente de la C.C.M., con un plazo mínimo de una semana de antelación (art. 2).

Corresponde realizar la precisión de que el art. 18 del Protocolo establece que la Comisión de Comercio se reunirá por lo menos una vez al mes o siempre que le fuera solicitado por el Grupo Mercado Común o por cualquiera de los Estados Parte.

- II) Remisión de los antecedentes a un Comité Técnico (art. 2).
- III) Dictamen conjunto del Comité Técnico dentro del plazo de 30 días y si no hubiera, remisión a la Comisión de las conclusiones de los expertos integrantes de dicho Comité Técnico (art. 3).
- IV) Decisión por consenso en la primera reunión posterior de la Comisión de Comercio del Mercosur (art. 4).

- V) Si no hubiera consenso en la Comisión, elevación al Grupo Mercado Común de las diversas alternativas propuestas, con envío del dictamen conjunto y si no lo hubiese de las conclusiones de los expertos dentro de los 30 días (art. 5).
- VI) Pronunciamiento del Grupo Mercado Común dentro de los 30 días (art. 5).
- VII) Si hubiese consenso en el Grupo Mercado Común sobre la procedencia de la reclamación, el Estado Parte reclamado deberá adoptar las medidas aprobadas en la Comisión de Comercio o en el Grupo Mercado Común dentro de un plazo razonable que se determinare para la instrumentación de dichas medidas (art. 6).
- VIII) Derecho de acudir al arbitraje.

En las hipótesis de que no se lograra el consenso ni en la C.C.M. ni en el G.M.C. o para el caso de que el Estado reclamado no cumpliera en el plazo previsto en el art. 6 con lo dispuesto en la decisión adoptada, el Estado reclamante podrá recurrir directamente al arbitraje previsto en el Capítulo IV del Protocolo de Brasilia.

3. Los laudos arbitrales en el Mercosur

Hasta el momento de redactar este informe y desde la vigencia del tratado de Asunción -29 de noviembre de 1991- sólo ha habido tres laudos arbitrales en el Mercosur, de los cuales haremos un breve resumen.

El primero se dictó el 28 de abril de 1999 por un Tribunal Arbitral Ad-hoc integrado por los Dres. Juan C. Blanco de Uruguay como Presidente, Guillermo Michelson de Argentina (Árbitro), João Grandino Rodes de Brasil (Árbitro), y versó sobre la "Aplicación de Medidas Restrictivas al Comercio Recíproco". Fue planteado por Argentina respecto de Brasil y el objeto de la controversia estaba referido a la compatibilidad del régimen de licencias adoptado por Brasil con el conjunto normativo del Mercosur.

Al respecto el Tribunal señaló:

Apartado 85 literal (iii): "Los instrumentos internacionales que configuran procesos de integración y las obligaciones que resultan de ellos han de ser interpretados en forma teleológica, teniendo en cuenta los fines, objetivos y principios del sistema de integración, aún en ausencia de normas de carácter supranacional".

Añadió en los siguientes literales (vi): "El programa de liberación comercial está formado tanto por el abatimiento de aranceles hasta llegar a cero en todo el universo arancelario, como por la eliminación de todas las RNA (Restricciones No Arancelarias) y equivalentes. Las partes está obligadas a completar ambos aspectos de la liberación comercial que están indisolublemente unidos y deberán hacerlo en la misma fecha."

(vii): "La postergación de la fecha de conformación del Mercado Común no deroga la obligación acordada por las Partes de eliminar totalmente las Restricciones Arancelarias y No Arancelarias aunque obviamente deja de ser exigible el 31-12-94. Luego de la revaluación del Mercosur realizada por las Partes, la eliminación total de todas las RA y NA o medidas de efectos equivalentes deberá ocurrir a más tardar el 31-12-99, fecha en la cual se completa el Régimen de Adecuación y con él el fin de las R.A."

Y decidió por unanimidad:

“El régimen de licenciamiento objeto de la controversia deberá ajustarse a los criterios establecidos en el laudo y a tal efecto el plazo será el 31 de diciembre de 1999.”

El segundo laudo se dictó el 27 de setiembre de 1999 por otro Tribunal Arbitral Ad-hoc integrado por el Dr. Jorge Peirano Basso -Uruguay- (Pte), y los Dres. Atilio Aníbal Alterini, de Argentina (Árbitro) y Luiz Olavo Baptista, de Brasil (Árbitro), y versó sobre “Subsidios a la producción y exportación de carne de cerdo”.

Fue planteado por Argentina respecto de diversas medidas adoptadas por Brasil que configurarían subsidios a la exportación de carne de cerdo, a saber:

- sistema de stocks públicos de maíz para la compra, almacenamiento y venta del producto que permitiría la transferencia de recursos a los productores brasileños de cerdos;
- programa brasileño de financiamiento de las exportaciones (PROEX);
- uso de otros instrumentos financieros como los Adelantos de Contrato de Cambio (ACC) y los Anticipos de Contrato de Exportación (ACE).

4.3. “El procedimiento de solución de controversias en el Mercosur se desenvuelve en diferentes fases. Si no hubiera acuerdo en la etapa de negociación diplomática, se deja paso a la segunda etapa que es arbitral.

4.4. El objeto de las controversias entre Estados, tanto cuando se producen directamente entre ellos, o a instancia de los reclamos de los particulares, se determina cuando el Estado reclamante presenta su reclamación y el Estado reclamado contesta aceptándola total o parcialmente o rechazándola. Si el objeto de la controversia ha quedado fijado en la etapa de negociaciones diplomáticas, a partir de entonces ya no puede haber modificación del objeto de la litis por las partes involucradas.

Si admitiéramos en la fase arbitral reclamaciones no alegadas en la fase anterior, estaríamos aceptando que se puede obviar la fase diplomática para ir directamente a la fase arbitral, lo cual violenta la letra y el espíritu del procedimiento de solución de controversias en el Mercosur”.

Y agrega en el N° 46: “Es importante recordar aquí el laudo del Tribunal Arbitral Ad-hoc del Mercosur (del 28 de abril de 1999, numeral 53) “...Es claro, que tanto el Protocolo de Brasilia como el de Ouro Preto, al prever etapas previas al arbitraje, impone que no pueda añadirse en esta última instancia cuestiones no procesadas en los escalones anteriores y los escritos de presentación y contestación ante el Tribunal han de ajustarse a esa regla”.

Y concluye en el N° 51: “Este Tribunal entiende que el reclamo vinculado al Crédito presunto del Impuesto a los Productos Industrializados (IPI) mediante el cual se reintegran en las exportaciones diversas contribuciones está fuera del objeto del proceso, ya que dicho reclamo no fue presentado formalmente en la reclamación inicial de la República Argentina ante la Comisión de Comercio del Mercosur.

Para dilucidar la controversia planteada el Tribunal consideró indispensable -numeral 59 y ss- desentrañar el concepto de subsidio tanto en el ámbito de la O.M.C. como en el regional del Mercosur.

En el ámbito de la O.M.C. -señala el Tribunal en el numeral 61- la existencia de subsidios requiere la configuración de tres elementos: la existencia de una contribución financiera del gobierno, la existencia de un beneficio y que el subsidio sea específico.

En el ámbito regional, la Decisión N° 10/94 estipula que: “Los Estados Parte se comprometen a aplicar incentivos a las exportaciones que respeten las disposiciones resultantes de los compromisos asumidos en el ámbito del Acuerdo General de Aranceles y Comercio (GATT) y en forma compatible con lo dispuesto en la presente Decisión”. Si bien la redacción de la Decisión N° 10/94 es anterior a la actual definición de subsidios del ASMC (Acuerdo sobre Subsidios y Medidas Compensatorias) dada por la Ronda Uruguay, no contraría ninguna disposición del nuevo sistema de la OMC, sino que es más estricta, siendo su propósito el de la liberalización progresiva del comercio y eliminación de los obstáculos que pesan sobre el libre comercio entre las Naciones del Mercosur.

La Decisión N° 10/94 contiene previsiones expresas sobre determinados incentivos a la exportación, tales como: beneficios cambiarios (art. 3), créditos de fomento y financiamiento a las exportaciones por parte de los Estados Miembros (art. 4), reintegro de impuestos indirectos (art. 5), exención del pago de tributos internos indirectos (art. 6), régimen de admisión temporaria (art. 7), depósito aduanero (art. 8), depósito industrial (art. 9) y excepciones (art. 12). La Decisión expresamente dispone en su art. 10 que “Serán considerados subsidios derivados de la aplicación de los regímenes mencionados en los artículos 6, 7, 8 y 9 la devolución, suspensión o exención de gravámenes a la importación de mercaderías a ser utilizadas en procesos productivos de bienes de exportación cuya cuantía exceda los montos efectivamente pagados, suspendidos o eximidos”.

El Tribunal en su decisión estableció:

- que el sistema de la CONAB no configura un subsidio ni implica incumplimiento de la Decisión 10/94, razón por la cual no hace lugar a la reclamación argentina.
- que respecto del sistema PROEX al haber Brasil prohibido su utilización para bienes de consumo en el Mercosur, la pretensión argentina ha sido satisfecha y por ende la referida reclamación carece actualmente de objeto.
- que con referencia al Anticipo de Contrato de Cambio (ACC) y Anticipo de Contrato de Exportación (ACE) no existiendo en el caso elementos de convicción suficientes que prueben que los referidos instrumentos de financiación a las exportaciones, con los beneficios tributarios que implican, generen perjuicio o amenaza de perjuicio a los sectores de producción de carne de cerdo de la República Argentina, también se desestima dicha reclamación.

El tercer laudo se dictó el 10 de marzo del año 2000 y el Tribunal arbitral estuvo integrado por el Dr. Gary N. Horlick (Estados Unidos), como Presidente, y por los Dres. Raúl E. Vinuesa (Argentina) y José Carlos Magalhaes (Brasil).

La controversia tuvo a Brasil como parte reclamante y a Argentina como reclamada, versó sobre la aplicación por esta última de determinadas medidas de salvaguardia sobre productos textiles (Resolución 861/99 del Ministerio de Economía), provenientes del país reclamante.

Cuestión preliminar. El Tribunal debió resolver antes de entrar al fondo del asunto si en el presente caso había o no controversia, pues Argentina había sostenido la tesis negativa.

Desde el punto de vista argentino, la ausencia de normas dentro del Mercosur que regulen esta materia específica, demostraría que tampoco existe obligación para los Estados Miembros sobre el particular y si no hay obligación bajo normativa del Mercosur no puede haber incumplimiento y por tanto el Tribunal carece de jurisdicción.

Para dilucidar este punto, el Tribunal se vio compelido a buscar una definición de "controversia" fuera del marco regulatorio expreso del Mercosur, pero dentro del contexto general de los principios y disposiciones aplicables del Derecho Internacional.

En este sentido el Tribunal encontró que la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) en el caso *Mavrommatis* sostuvo que una controversia es "un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, un conflicto de opiniones legales o intereses entre las partes."

El Tribunal entendió que la controversia en su conjunto radicaba en la interpretación de la normativa Mercosur respecto al tratamiento de los productos textiles y si las salvaguardias están permitidas bajo la Unión Aduanera. El Tribunal se encontró frente a diferentes posiciones de las partes en cuanto a la interpretación, aplicación y observancia de distintas disposiciones dentro del Mercosur.

1. **Anexo IV del T.A.** Brasil lo interpreta como una clara prohibición de la aplicación de salvaguardias después del 1° de enero de 1995. Argentina argumenta que puede haber salvaguardias dentro del Mercosur después de dicha fecha.
2. **Tratamiento del sector textil dentro del Mercosur.** Brasil sostiene que los productos textiles están cubiertos bajo tres sistemas de protección (listas de excepciones, régimen de salvaguardias, programa de adecuación final). Argentina sostiene que los productos textiles alcanzados por la Resolución 861/99 no estaban cubiertos por un sistema de protección.
3. **Otras diferencias de interpretación.** Coexistencia de salvaguardias con una Unión Aduanera, la integración del sector textil a la Unión Aduanera, interpretación de la Resolución 124/94 del Grupo Mercado Común.

El Tribunal concluyó que las diferentes posiciones asumidas por las partes con respecto a salvaguardias aplicadas por Argentina con relación a la normativa Mercosur antes mencionada, son suficiente evidencia para considerar que la presente controversia cae dentro del sistema de solución de controversias previsto por el Protocolo de Brasilia.

El Tribunal se inclinó por la tesis brasileña y el argumento fundamental lo extrae del art. 5 del antes citado Anexo IV, que estableció que "en ningún caso la aplicación de cláusulas de salvaguardia podrá extenderse más allá del 31 de diciembre de 1994".

El período de transición para lograr la Unión Aduanera dentro del Mercosur fue luego prorrogado del 31 de diciembre de 1994 hasta el 1° de enero de 1999.

El Tribunal consideró que al tiempo que Argentina adoptó la Resolución 861/99 existía una prohibición sobre la aplicación de medidas de salvaguardia en las relaciones comerciales entre los Estados Miembros del Mercosur de conformidad con el art. 5 del Anexo IV

antes citado.

Y agregó: “La prohibición sobre la aplicación de medidas de salvaguardia contenidas en el art. 5 es explícita y no da lugar a confusión alguna”.

Argentina alegó que existía un vacío normativo, al no existir norma por lo tanto no había obligación que pudiese ser incumplida. Dicho argumento fue desestimado en los siguientes términos: “A criterio de este Tribunal no existe vacío normativo sino que hay una norma Mercosur que dispone, con alcance general, la prohibición de aplicar salvaguardias intrazona a partir del 1º de enero de 1995”.

Acto seguido, el Tribunal indagó respecto de si existía o no una norma especial que generase una excepción que legitimase la imposición de salvaguardias a los productos textiles afectados por la resolución 861/99, y llegó a la siguiente conclusión: “...que la normativa secundaria Mercosur mencionada por las partes no prevé un tratamiento especial para los productos textiles en el Mercosur que permita ni siquiera considerar la licitud de la aplicación unilateral de medidas de salvaguardia en ausencia de una norma expresa acordada por las partes”.

Y agregó el Tribunal: “En consecuencia, en tanto los miembros del Mercosur no hayan actuado en forma conjunta para acordar en forma expresa la aceptación de medidas restrictivas al comercio, los Estados Miembros estarán inhibidos de aplicar tales medidas en forma unilateral”. De esta premisa el Tribunal concluye que hasta tanto no haya una norma expresa en contrario, prevalece el principio de la libertad de comercio entre los miembros del Mercosur. Por todo lo antes expuesto, el Tribunal entendió que no existe base jurídica para la imposición de salvaguardias sobre productos textiles dentro del Mercosur. Ese basamento jurídico es un requisito necesario que se infiere de la prohibición genérica contenida en el art. 5 del Anexo IV del Tratado de Asunción.

Y finalmente decidió por unanimidad: “Que la Resolución 861/99 del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la Argentina y los actos administrativos que en su consecuencia fueran implementados no son compatibles con el Anexo IV del Tratado de Asunción ni con la normativa Mercosur en vigor, y por lo tanto deberán ser revocados”.

Y de conformidad con el art. 21(2) del Protocolo de Brasilia y con el art. 18 de las Reglas de Procedimiento del Tribunal, estableció que las partes tenían 15 días para cumplir con el laudo.

4. Controversias entre particulares

Indica el Profesor de la Universidad de San Pablo Dr. Carlos Alberto Carmona en su relato⁽¹⁹⁾ que las controversias entre particulares pertenecientes a diferentes Estados miembros no tienen todavía ningún instrumento efecto de solución de controversias, de manera tal que continúan los Poderes Judiciales de cada uno de los países signatarios del Tratado de Asunción debiendo examinar los litigios individuales. Es también cierto que se multiplican

19. CARMONA, CARLOS ALBERTO. Relatorio nacional, “O Brasil e os Tribunais Transnacionais”.

los tratados tendientes a facilitar la tramitación de las sentencias entre los países miembros, simplificándose también las formalidades para la práctica de los actos procesales.

Señala que existe cierta preocupación en la búsqueda de soluciones para las controversias entre particulares en el Mercosur y destaca al respecto el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional suscrito en Buenos Aires el 23 de julio de 1998 (C.M.C. Dec. N° 3/98), destinado a proporcionar al sector privado de los Estados Miembros “métodos alternativos para la solución de controversias surgidas de contratos comerciales internacionales concluidos entre personas físicas o jurídicas de derecho privado” uniformizando la organización y el funcionamiento del arbitraje comercial.

En 1999 fue elaborado el Reglamento Modelo de Arbitraje Comercial Internacional para las Instituciones Arbitrales del Mercosur, Bolivia y Chile de manera tal que ambos documentos (Acuerdo y Reglamento) establecen los parámetros para el arbitraje, su organización y procedimientos y también regulan las sentencias o laudos arbitrales.

Para que el acuerdo y su reglamento puedan ser aplicados debe ocurrir alguna de las siguientes hipótesis (art. 3 del Acuerdo)⁽²⁰⁾:

- a) la convención arbitral se celebrare entre personas físicas o jurídicas que tengan ya sea su residencia habitual, el centro principal de sus negocios, la sede, sucursales, establecimientos o agencias en más de un Estado Parte del Mercosur;
- b) el contrato base tuviere algún contacto objetivo -jurídico o económico- con más de un Estado Parte del Mercosur;
- c) el contrato base tuviere algún contacto objetivo-jurídico o económico- con un Estado parte, las partes no expresaren su voluntad en contrario y siempre que el Tribunal tenga su sede en uno de los Estados Parte del Mercosur;
- d) si el contrato base tuviere algún contacto objetivo -jurídico o económico- con un Estado Parte y el tribunal arbitral no tuviera su sede en ningún Estado Parte del Mercosur, siempre que las partes declaren expresamente su intención de someterse al presente Acuerdo;
- e) si el contrato base no tuviere ningún contacto objetivo -jurídico o económico- con un Estado parte y las partes hayan elegido un tribunal arbitral con sede en un Estado Parte del Mercosur, siempre que las partes declaren expresamente su intención de someterse al presente Acuerdo.

Como se puede apreciar, el ámbito de aplicación del Acuerdo será muy amplio, pues va a comprender tanto los arbitrajes referidos a los contratos comerciales celebrados entre personas físicas o jurídicas de derecho privado radicadas en más de un Estado Parte del Mercosur, así como los referidos a contratos comerciales celebrados entre personas físicas o jurídicas del Mercosur con otras fuera de éste, siempre que el Tribunal tenga su sede en uno de los Estados Parte del Mercosur y en el caso de que la sede fuera externa al Mercosur, que las partes declaren expresamente su intención al presente Acuerdo.

20. LANDONI SOSA, ANGEL. “El arbitraje como medio de solución de controversias surgidas en el Mercosur provenientes de contratos comerciales internacionales”. RUDP 3-4/1998, págs. 267-276.

Pero se ha previsto, además, que puede alcanzar a los arbitrajes aún en aquellos casos en que los contratos base no tengan ningún contacto con países del Mercosur, siempre que las partes hayan elegido un Tribunal Arbitral con sede en un Estado Parte y declaren expresamente su intención de someterse al presente acuerdo.

5. Evaluación del sistema de solución de controversias en el Mercosur

Expresa Carlos A. Carmona en su relato que dicho sistema se muestra como relativamente insatisfactorio.

Resalta:

- a) que el problema de la ejecutoriedad del laudo arbitral por los Estados Miembros no ha sido considerado, de manera tal que la obligatoriedad de la decisión dependerá del sistema jurídico interno adoptado por cada país⁽²¹⁾, limitándose el Protocolo de Brasilia (art. 23) a establecer sanciones dirigidas a los Estados Miembros, sin establecer ninguna disposición que se refiera al incumplimiento de los laudos por los particulares;
- b) que el procedimiento arbitral acaba alejando el acceso de los particulares, pues dicho mecanismo sólo se pone en marcha si el Estado Miembro hace suya la reclamación a través de la respectiva Sección Nacional, y para ello entran en juego intereses políticos imponderables que giran en torno a conveniencias u oportunidades no siempre claras y objetivas.

Concluye que el sistema institucionalmente previsto no contempla, de forma eficaz, la tutela de los intereses de los particulares, habiendo optado los Estados Miembros por la preponderancia de los aspectos políticos y económicos, sobre lo jurídico (a diferencia de lo que ocurre en la Unión Europea).

En cuanto a la creación de un Tribunal de Justicia supranacional considera que los Estados integrantes del bloque regional aún no están suficientemente integrados para que ello ocurra, ya que los países son demasiado celosos respecto de sus respectivas soberanías para adoptar -por ahora- el régimen de un tribunal judicial.

6. El relanzamiento del Mercosur

En la XVIII Reunión del Consejo del Mercado Común realizada en Buenos Aires, el 29 de junio de 2000, se adoptó la Decisión N° 25/00 relativa al "Perfeccionamiento del Sistema de Solución de Controversias del Protocolo de Brasilia" y en ella se expresó:

"Considerando:

"Que los Estados Parte han concordado incluir dentro de los temas del Relanzamiento del Mercosur el perfeccionamiento del sistema de solución de controversias;

"El Consejo del Mercado Común decide:

21. Que en el caso de Brasil requiere la tramitación previa del exequatur.

“Art. 1. Instruir al Grupo Mercado Común a fin de que, a través del Grupo Ad-hoc Aspectos Institucionales, realice un análisis y presente antes del 10 de diciembre de 2000 una propuesta integral relativa al perfeccionamiento del Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias en el MERCOSUR.

“Art. 2. Sin perjuicio de la consideración de otros temas que pudieran ser propuestos por los Estados Parte serán analizados los siguientes:

- “- Perfeccionamiento de la etapa posterior al laudo arbitral: cumplimiento de los laudos y alcance de las medidas compensatorias.
- “- Criterios para la conformación de las listas de expertos y árbitros, y para su designación en cada caso.
- “- Mayor estabilidad de los árbitros.
- “- Alternativas para una interpretación uniforme de la normativa MERCOSUR.
- “- Agilización de los procedimientos existentes e implementación de procedimientos sumarios para casos determinados.”

7. La necesidad de crear un Tribunal de Justicia para el Mercosur

En el sentido apuntado hago mías las manifestaciones de la Comisión Nacional de Juristas Uruguayos que al establecer las “Bases para la creación de un Tribunal de Justicia en el Mercosur”⁽²²⁾ en sus conclusiones expresaba:

“La creación de un mecanismo de integración que tenga por finalidad el funcionamiento de un Mercado Común, determina a juicio de la Comisión, de manera esencial, la existencia de un Tribunal de Justicia como instrumento de garantía de la legalidad y de interpretación uniforme del derecho comunitario.

“La creación de un Mercado Común, significa paralelamente la creación y desarrollo permanente de un nuevo ordenamiento jurídico y no puede existir un ordenamiento jurídico sin un Tribunal de Justicia independiente, permanente y obligatorio que asegure el cumplimiento de las normas que lo integran, a la vez que su aplicación e interpretación uniforme en los Estados Nacionales que integran ese Mercado Común.

“Por otra parte, la necesaria contribución de una jurisprudencia que vaya marcando y abriendo un camino inexplorado, tal cual ha ocurrido en la C.E.E., sólo podrá lograrse a través de la elaboración creativa, uniforme y continua de un órgano estable, permanente e independiente como lo es un Tribunal de Justicia.

“En definitiva -afirmaba la Comisión de Juristas- no puede haber un Mercado Común sin un ordenamiento jurídico y no puede existir un ordenamiento jurídico eficaz y efectivo, sin un Tribunal de Justicia que garantice la legalidad y uniformidad del mismo.”

22. “Bases para la creación de un Tribunal de Justicia para el Mercosur” publicado en el “Simposio sobre un Tribunal de Justicia para el Mercosur” organizado por el Instituto Artigas del Servicio Exterior de la República Oriental del Uruguay, Montevideo, octubre-noviembre de 1991, págs. 154-155.

Desde el punto de vista doctrinario el informe de la Comisión es absolutamente claro y compartible.

La posible explicación de la resistencia de algunos Estados Parte para crear ese Tribunal de Justicia supranacional y permanente, la deberíamos buscar no tanto en razones jurídicas, sino en motivaciones de neto carácter político.

Los importantes esfuerzos realizados por Uruguay, tendientes a propiciar la creación del referido Tribunal de Justicia para el Mercosur, han resultado hasta el momento estériles.

Somos concientes de las dificultades a vencer fundamentalmente en los ordenamientos constitucionales, pero, no obstante, creemos que se debe proseguir por ese camino que es el correcto, pues no es racionalmente concebible el Mercosur sin un Tribunal de Justicia supranacional, de carácter permanente, independiente, imparcial y dotado de autoridad, pues solo él podrá otorgarle al proceso de integración la seguridad y continuidad que necesariamente requiere.

5. LA TUTELA DE LOS DERECHOS HUMANOS

La Corte Interamericana de Derechos Humanos⁽²³⁾

1. Antecedentes

Luego de diversos proyectos fue concebida institucionalmente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 (Capítulo VIII) y establecida el 18 de julio de 1978 al entrar en vigor la Convención por el depósito del undécimo instrumento de ratificación por un Estado Miembro de la OEA.

La Asamblea General de la OEA en su Séptimo Período Extraordinario de Sesiones (Mayo de 1979) eligió a sus integrantes y quedó instalada oficialmente en San José de Costa Rica el 3 de setiembre de 1979, donde tiene su sede.

2. Organización (Convención Arts. 52 y ss)

Está integrada por siete jueces, que deben ser nacionales de los Estados Miembros de la OEA.

Son electos a título personal, entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos y que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más altas funciones judiciales.

Corresponde advertir que para formar parte de la Corte es suficiente con que el candidato sea nacional de un país miembro de la OEA, sin requerirse que dicho país haya ratificado la Convención de Derechos Humanos. El ejemplo típico es el del ex magistrado Thomas

23. Para la redacción de esta parte del relato el suscrito contó con la invaluable colaboración de los Profesores Juan Carlos Hitters y Eduardo Otciza, ambos de la República Argentina.

Buergethal que nació en Estados Unidos de América y pese a que dicho país no ha ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, fue elegido Juez de la Corte⁽²⁴⁾.

La elección se efectúa en votación secreta y por mayoría absoluta de votos de los Estados Parte de la Convención -actualmente 24⁽²⁵⁾- en la Asamblea General de la OEA, de una lista de candidatos propuestos por esos mismos Estados.

Los jueces duran 6 años en el ejercicio de sus funciones y sólo podrán ser reelegidos una vez.

La Corte se renueva parcialmente cada tres años.

El quórum para las deliberaciones de la Corte es de cinco jueces.

La Convención y el Reglamento (art. 18) prevén la posibilidad de designar jueces ad-hoc. Así en la hipótesis de que uno de los jueces llamado a conocer del caso fuere de la nacionalidad de uno de los Estados Parte, otro Estado Parte en el caso podrá designar a una persona de su elección -con los requisitos del art. 52- para que integre la Corte en calidad de juez ad-hoc (Conv. Art. 55.2).

La misma posibilidad de designar juez ad-hoc está contemplada para el supuesto de que los jueces llamados a conocer del asunto ninguno fuera de la nacionalidad de los Estados Parte Conv. Art. 55.2).

3. Naturaleza jurídica

La Corte no figura enumerada expresamente entre los órganos de la OEA, no obstante, puede considerarse que se trata de uno de aquellos que la propia Carta prevé que pueden ser creados (art. 52 parte final y 111 inc. 2)⁽²⁶⁾.

Su Estatuto -aprobado en la Asamblea General de la OEA, celebrada en La Paz (Bolivia) en octubre de 1979 y modificado en la Asamblea realizada en Washington D.C. en noviembre de 1982- en el art. 1º la define como "...una institución judicial autónoma" con lo

24. Ejemplo citado por Hitters en su Relato nacional "La Corte Interamericana de Derechos Humanos (20 años de vigencia).

25. Han ratificado o se han adherido a la Convención según informa Otciza 24 Estados: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Dominica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. Trinidad y Tobago denunció la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por comunicación dirigida al Secretario General de la OEA, el 26 de mayo de 1998. Estados Unidos, no obstante haber firmado la Convención el 1º de junio de 1977, no la ha ratificado. Canadá no firmó la Convención.

26. Carta de la OEA Art. 52 parte final: "Se podrán establecer, además de los previstos en la Carta y de acuerdo con sus disposiciones, los órganos subsidiarios, organismos y las otras entidades que se estimen necesarios".

Art. 111: "Habrá una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tendrá como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los Derechos Humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia."

"Una Convención interamericana sobre derechos humanos determinará la estructura, competencia y procedimiento de dicha Comisión, así como los de los otros órganos encargados de esa materia."

que se está indicando que su actividad debe desarrollarse con absoluta independencia, es decir, sin ninguna relación jurídica y por ende exenta de directivas o instrucciones.

La independencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos -como lo señala Gros Espiell⁽²⁷⁾- “es la necesaria proyección de la autonomía a la que se refiere el Estatuto y, a la inversa, esta autonomía es la consecuencia ineludible de la independencia que le atribuye la Convención, ya que estos conceptos de autonomía e independencia deben interpretarse de manera armónica y condicionada, habida cuenta de la posición institucional de la Corte dentro del Sistema Interamericano y su ubicación en la estructura orgánica del mismo”.

4. Competencia

La Convención en su art. 62.3 establece que: “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 Parte en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial como se indica en los incisos anteriores ora por convención especial”.

La referida adhesión a la competencia contenciosa de la Corte es facultativa y puede efectuarse en el momento de sumarse al pacto o en cualquier otra oportunidad posterior, manifestando “...que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte...” (art. 62.1).

Esa expresión de voluntad puede efectivizarse “incondicionalmente”, “bajo condición de reciprocidad”, “por un plazo determinado” o “para casos específicos”. Deberá ser presentada al Secretario General de la OEA, quien transmitirá copias de la misma a los otros Estados Miembros y al Secretario de la Corte.

La determinación de la competencia contenciosa es un tema de vital importancia y así lo entendió la Corte en el caso *Ivcher Bronstein* en sentencia del 24 de setiembre de 1999 donde señaló... “La Corte Interamericana como todo órgano con competencias jurisdiccionales tiene el poder inherente de determinar el alcance de su propia competencia (compétence de la compétence / Kompetenz - Kompetenz) (Párrafo 32).

“La Corte no puede abdicar de esta prerrogativa, que es además un deber que impone la Convención Americana, para ejercer sus funciones según el art. 62.3 de la misma (párrafo 33).

“Los instrumentos de aceptación de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria (art. 62.1 de la Convención) presuponen la admisión, por los Estados que la presentan, del derecho de la Corte a resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción. Una objeción o cualquier otro acto interpuesto por el Estado con el propósito de afectar la competencia de la Corte es inocuo, pues en cualesquiera circunstancias la Corte retiene la compétence de la compétence, por ser maestra de su jurisdicción (párrafo 34).

27. GROS ESPIELL, HÉCTOR. “El proceso contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en el libro “La Corte Interamericana de Derechos Humanos” Estudios y Documentos IIDH, San José, Costa Rica, 1986, pág. 69, también publicado en RUDP 2/1985, págs. 113-134.

“La aceptación de la competencia contenciosa de la Corte constituye una cláusula pétrea que no admite limitaciones que no estén expresamente contenidas en el artículo 62.1 de la Convención Americana. Dada la fundamental importancia de dicha cláusula para la operación del sistema de protección de la Convención, no puede ella estar a merced de limitaciones no previstas que sean invocadas por los Estados Parte por razones de orden interno (párrafo 36).”

4.1 Los ámbitos de la competencia

Consideramos -coincidiendo con Gros Espiell⁽²⁸⁾- que no ha sido feliz la redacción dada al art. 2 del Estatuto, pues de acuerdo con la terminología empleada sólo sería función jurisdiccional la contenciosa y no la consultiva.

Hitters en su relato⁽²⁹⁾ indica que: “Elucidar la problemática nos llevaría demasiado tiempo y escaparía a nuestro propósito. No obstante ello y si nos adscribimos a la teoría del órgano, la conclusión no admite réplica, pues parte de la base que toda la actividad de un tribunal -como el interamericano- es jurisdiccional, por ser un cuerpo de esencia judicial”.

En nuestra opinión la actividad desarrollada por la Corte -tanto la contenciosa como la consultiva- importa ejercicio de la función jurisdiccional en el sentido que le da Barrios de Angelis⁽³⁰⁾ que define a dicha función como el poder-deber conferido a órganos imparciales -estructural y funcionalmente- susceptible de establecer el grado máximo de certeza oficial y eventualmente la cosa juzgada, excluyendo la insatisfacción jurídica, en método contradictorio.

Dicha actividad se manifiesta y concreta en dos vertientes: la competencia contenciosa y la competencia consultiva.

A) La competencia contenciosa

Está regulada por los arts. 61 a 63 de la Convención, las disposiciones del Estatuto y del Reglamento⁽³¹⁾.

La Corte tiene competencia para conocer de los asuntos relativos a la interpretación o aplicación de las disposiciones del Pacto de San José.

Reiteramos que la competencia contenciosa de la Corte no deriva en forma directa e inmediata de la circunstancia de que un Estatuto haya ratificado la Convención Americana

28. GROS ESPIELL. Obra citada en nota 5.

29. HITTERS, JUAN CARLOS. Ob. cit., Capítulo D) Función consultiva, apartado 2) Naturalza.

30. BARRIOS DE ANGELIS, DANTE. “Teoría del Proceso”. Depalma, Buenos Aires, 1979, pág. 156.

31. El Estatuto fue aprobado por la Asamblea General de la OEA en La Paz, Bolivia, en octubre de 1979 y modificado por la Asamblea General en Washington D.C. en noviembre de 1982.

El Reglamento vigente fue aprobado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el XXXIV período ordinario de sesiones del 9 al 20 de setiembre de 1996.

sobre Derechos Humanos, sino que ella es consecuencia de que ese Estado Parte en la Convención haya reconocido por una declaración expresa la competencia de la Corte⁽³²⁾.

i) Presupuestos de admisibilidad de un caso ante la Corte

a) en razón de la materia

El asunto debe versar sobre la interpretación o aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Art. 62.1 Estatuto Art. 1).

b1) Legitimación activa y representación

Conforme al art. 61 de la Convención sólo están legitimados para someter un caso a la decisión de la Corte los Estados Parte y la Comisión.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos de acuerdo con su Estatuto (art. 1) aprobado en la Asamblea General de la OEA en La Paz, Bolivia, en octubre de 1979, es un órgano de la OEA creado para promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia.

El art. 21 del Reglamento prevé que los Estados estarán representados por un agente, quien a su vez podrá ser asistido por cualquier persona de su elección.

El referido agente puede ser sustituido, debiéndose comunicar tal circunstancia a la Corte y puede también acreditarse un agente alterno.

El Estado interesado deberá informar la dirección en la cual se tendrán por oficialmente recibidas las comunicaciones pertinentes (Reglamento, art. 21.4).

La Comisión será representada por los delegados que al efecto designe, quienes podrán hacerse asistir por cualquier persona de su elección (Reglamento de la Corte, art. 22.1).

Si entre quienes asisten a los delegados de la Comisión figurasen el denunciante original o los representantes de las víctimas o sus familiares, esta circunstancia deberá ser informada a la Corte, la cual podrá autorizar su intervención en los debates a propuesta de la Comisión (Reglamento de la Corte, Art. 22.2).

¿Es admisible el acceso directo de los individuos?

Si bien el individuo no se le ha reconocido legitimación procesal para deducir un caso ante la Corte, no obstante, éste tiene en la Comisión un órgano hábil para hacer posible que su caso se ventile ante dicho Tribunal y sea resuelto mediante una decisión judicial.

Corresponde destacar que tanto el Reglamento de la Corte (art. 22.2) como el de la Comisión (art. 71.4) prevén que los delegados de la Comisión Interamericana, en los asuntos que se tramiten ante la Corte, puedan estar asistidos por cualquier persona, lo que en la

32. Con los últimos reconocimientos efectuados por Brasil (10/12/98), México (16/12/98) y República Dominicana (19/12/99) llegan a veintiuno los países que han aceptado su competencia.

práctica ha significado una vía interesante para la participación en el proceso del reclamante original.

Estimamos que el sistema interamericano de protección a los derechos humanos está maduro como para posibilitar el acceso directo de los individuos ante la Corte Interamericana.

En el sentido apuntado nos ha parecido muy interesante la fundamentación de *legere* del voto concurrente del Magistrado Antonio Augusto Cançado Trindade en ocasión de la sentencia dictada por la Corte Interamericana el 4 de setiembre de 1998 en el caso Castillo Petruzzi y otros*⁽³³⁾.

En dicha oportunidad el referido Magistrado señaló:

“En el sistema interamericano de protección, alcanzará el derecho de petición individual su plenitud el día en que pueda ser ejercicio por los peticionarios ya no más ante la Comisión Interamericana, pero sí directamente ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

“La vía jurisdiccional constituye la más perfeccionada y evolucionada modalidad de protección internacional de los derechos humanos. El sistema europeo de protección esperó casi medio siglo para dar expresión concreta a esta realidad”.

Agregaba en el párrafo 40: “Su perfeccionamiento institucional mediante la inminente entrada en vigor del Protocolo N° 11 a la Convención Europea⁽³⁴⁾ refleja, en última instancia el reconocimiento inequívoco de que los derechos humanos deben ser protegidos en el plano internacional por un órgano judicial permanente, con jurisdicción compulsiva en materia contenciosa, al cual los individuos tengan el derecho de acceso directo independientemente de la aceptación de una cláusula facultativa por sus respectivos Estados.”

Y resaltaba en el párrafo 42 de su voto: “Trátase de buscar asegurar, ya no sólo la representación directa de las víctimas o de sus familiares (*locus standi*) en el procedimiento ante la Corte Interamericana en casos ya enviados a ésta por la Comisión (en todas las etapas del proceso y no apenas en la de reparaciones), sino más bien el derecho de acceso directo de los individuos ante la propia Corte (*jus standi*) para traer un caso directamente ante ella, como futuro órgano jurisdiccional único para la solución de casos concretos bajo la Convención Americana. Para esto, prescindirían los individuos de la Comisión Interamericana, la cual, sin embargo, retendría otras funciones que la contenciosa, prerrogativa de la futura Corte Interamericana permanente.”

Y reafirmaba su idea en el párrafo 44: “La jurisdiccionalización del mecanismo de protección se impone a partir del reconocimiento de los roles esencialmente distintos de los individuos peticionarios -la verdadera parte demandante- y de la Comisión (órgano de supervisión de la Convención que presta asistencia a la Corte). Bajo la Convención Americana, los individuos marcan presencia tanto en el inicio del proceso, al ejercer el derecho de peti-

33. Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, N° 28 Julio-Diciembre 1998, págs. 185-237, especialmente págs. 232-235.

34. Dicho Protocolo ya entró en vigencia. Como consecuencia, a partir del 1° de noviembre de 1998 se eliminó la Comisión Europea y el 3 de noviembre de 1998 se instaló la nueva Corte Europea de Derechos Humanos.

ción en razón de los daños alegados, como al final del mismo, como beneficiarios de las reparaciones, en casos de violaciones comprobadas de sus derechos; no hace sentido negarles presencia durante el proceso. El derecho de acceso a la justicia a nivel internacional debe efectivamente hacerse acompañar de la garantía de la igualdad procesal (equality of arms / égalité des armes) en el procedimiento ante el órgano judicial, elemento esencial a cualquier mecanismo jurisdiccional de protección de los derechos humanos, sin el cual estará el mecanismo en cuestión irremediablemente mitigado.”

b2) Legitimación pasiva

A diferencia de lo que ocurre en la Unión Europea, la actuación de la Corte Interamericana se encuentra supeditada a la circunstancia de que el Estado demandado haya reconocido su competencia mediante declaración expresa.

Corresponde destacar, asimismo, que en los procesos contenciosos, aún cuando el caso sea sometido a la Corte por un Estado y no por la Comisión, ésta igualmente será tenida como parte ante la Corte (Convención Art. 57 y Estatuto Art. 28).

c) El previo agotamiento del trámite ante la Comisión Interamericana (Convención art. 61.2)

La complejidad del procedimiento ante la Comisión⁽³⁵⁾ y las diversas alternativas que él ofrece, ha llevado a la Corte a realizar una interpretación flexible de esta exigencia.

Así, por ejemplo, al resolver en la Opinión Consultiva N° 11 del 10 de agosto de 1990 relativa al tema “Excepciones al agotamiento de los recursos internos” por unanimidad la Corte dio la siguiente opinión: “1. Que si por razones de indignancia o por el temor generalizado de los abogados para representarlo legalmente, un reclamante ante la Comisión se ha visto impedido de utilizar los recursos internos necesarios para proteger un derecho garantizado por la Convención, no puede exigírsele su agotamiento.”

Por otra parte, la Corte ha decidido que el requisito del previo agotamiento del trámite ante la Comisión, no está establecido en provecho exclusivo del Estado, sino también de los individuos, pues ante la Comisión que estos pueden acudir directamente para hacer valer sus derechos por sí mismos. Por eso, en sentido inverso a lo que ocurre con el principio del previo agotamiento de la jurisdicción interna, un gobierno no puede unilateralmente renunciar al procedimiento ante la Comisión para acudir directamente a la Corte.⁽³⁶⁾

35. Convención Art. 46.1. Para que una petición o comunicación presentada conforme a los arts. 44 o 45 sea admitida por la Comisión se requerirá: a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos; b) que sea presentada dentro de los seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva; c) que la materia de petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional; y d) que en el caso del art. 44 la petición contenga el nombre, la nacionalidad, la profesión, el domicilio y la firma de la persona o personas o del representante legal de la entidad que somete la petición.

36. Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Caso Viviana Gallardo y otros”. Decisión del 13 de noviembre de 1981.

II) El procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana

En el proceso de conocimiento podemos distinguir una etapa de procedimiento escrito, otra de procedimiento oral, y en razón de su trascendencia comenzaremos analizando la posibilidad de que la Corte ordene medidas provisionales.

a) Potestad de ordenar medidas provisionales (Convención art. 63, Reglamento art. 24)

En cualquier estado del procedimiento, siempre que se trate de casos de extrema gravedad y urgencia y sea necesario para evitar daños irreparables a las personas, la Corte, de oficio o a petición de parte, podrá ordenar las medidas provisionales que considere pertinentes.

Si se tratare de asuntos aún no sometidos a su conocimiento, podrá disponerlas a solicitud de la Comisión.

Entendemos, siguiendo a Gros Espiell⁽³⁷⁾, que la Corte podría resolver la adopción de medidas provisionales, aún antes de decidir sobre su propia competencia, para el caso de que se hubiera interpuesto por el Estado demandado, la correspondiente excepción previa.

En los casos de personas desaparecidas tramitados ante la Corte por la Comisión Interamericana contra Honduras⁽³⁸⁾, dicho Tribunal ejerció la potestad que le confiere el art. 63.2 de la Convención. En efecto, inicialmente, ante una solicitud de la Comisión y en razón de que la Corte no se hallaba reunida, su Presidente al transmitir la solicitud al Gobierno de Honduras, le pidió que tomara las medidas necesarias para proteger la vida de algunas personas amenazadas y le manifestó que previa consulta con la Comisión Permanente de la Corte estaba dispuesto a citar a dicho Tribunal a una reunión urgente “con el objeto, si la anormal situación continúa, de que tome las medidas pertinentes.”

No obstante la advertencia, una persona llamada a comparecer ante la Corte fue asesinada, al igual que otra que ya había declarado como testigo.

En virtud de ello, la Corte adoptó el 15 de enero de 1988, las primeras medidas provisionales de su historia, que consistieron en:

“1. Apremiar al Gobierno de Honduras a que adopte cuantas medidas sean necesarias para prevenir nuevos atentados contra los derechos fundamentales de quienes han comparecido o han sido citados para comparecer ante esta Corte con motivo de los casos “Velázquez Rodríguez”, “Fairén Garbí y Solís Corrales” y “Godínez Cruz”, en escrupuloso cumplimiento de la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos que tiene contraída en virtud del art. 1.1 de la Convención.

“2. Instar igualmente al Gobierno de Honduras para que extreme todos los medios a su alcance para investigar esos repudiables crímenes e identificar a los culpables y aplicarles las sanciones previstas en el derecho interno hondureño.”

37. GROS ESPIELL, H. “El procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana”, RUDP 2/1985, pág. 125.

38. Véase las causas “Velázquez Rodríguez”, “Godínez Cruz” y “Firén Garbí y Solís Corrales”, en “El proceso transnacional” de Osvaldo Alfredo Gozaini, Ed. Ediar, 1992, págs. 113-270.

Posteriormente, en el mismo asunto, a solicitud de la Comisión, la Corte dispuso medidas provisionales adicionales.

También la Corte, a solicitud de la Comisión, el 8 de agosto de 1990 dispuso medidas provisionales en un asunto aún no sometido a su jurisdicción. (Medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana respecto del Perú, caso Bustios Rojas). Dichas medidas estaban también dirigidas a proteger la vida e integridad física de unas personas que se consideraban amenazadas.

Más recientemente la Corte Interamericana ha dictado varias medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana, a saber⁽³⁹⁾:

Caso Cesti Hurtado (Perú) el 11 de setiembre de 1997 la Corte ratificó una resolución previa de su Presidente y requirió al Estado del Perú que mantuviera las medidas necesarias para asegurar la integridad física, psíquica y moral de dicha persona.

Caso Colotenango (Guatemala) - el 19 de setiembre de 1997 la Corte ratificó la resolución previa de su Presidente y requirió al Estado de Guatemala que ampliara las medidas adoptadas en este caso con el propósito de asegurar el derecho a la vida e integridad personal de varias personas. El 27 de noviembre de 1998 requirió del Estado informe detallado de las medidas de protección adoptadas y sobre la investigación y sanción a los responsables de los hechos denunciados.

Caso Álvarez y otros (Colombia) - por resolución del 11 de noviembre de 1997 la Corte ratificó las resoluciones de su Presidente de fechas 22 de julio y 14 de agosto de 1997 y requirió al Estado de Colombia que mantuviera las medidas necesarias por un plazo de 6 meses para proteger la vida e integridad de las personas a favor de quienes se solicitaron dichas medidas, investigar los hechos denunciados y sancionar a los responsables de los mismos. El 29 de agosto de 1997 mantuvo dichas medidas y las amplió respecto de otras personas.

Caso James y otros (Trinidad y Tobago - el 29 de agosto de 1998 la Corte dictó una resolución ratificando otras anteriores de su Presidente y solicitando a dicho Estado que tomara todas las medidas necesarias para preservar la vida e integridad física de varias personas, así como para no obstruir el procedimiento de sus casos ante el sistema interamericano.

Caso Bamaca Velázquez (Guatemala) - la Corte por resolución del 29 de agosto de 1998 ratificó la resolución de su Presidente y requirió al Estado que mantuviese las medidas necesarias para proteger la vida e integridad personal de varias personas.

b) El procedimiento escrito

Comienza con un escrito de demanda presentado ante la Secretaría de la Corte (Regl. Art. 32) que deberá contener: las partes, el objeto del proceso, una exposición de los hechos, las pruebas ofrecidas, los fundamentos de derechos, las conclusiones pertinentes y los nombres del agente o de los delegados (Regl. Art. 33).

39. Revista del IIDH N° 26, julio-diciembre 1997, pág. 207 y ss.

Revista del IIDH N° 28, julio-diciembre 1998, pág. 149 y ss.

El Presidente de la Corte hará un examen preliminar y si observare que los requisitos fundamentales no han sido cumplidos, solicitará al actor que subsane los defectos dentro de un plazo de 20 días (Reglamento Art. 34).

La demanda es notificada al Estado demandado y éste tendrá un plazo de dos meses para plantear excepciones preliminares (Regl. Art. 36) y de cuatro meses para contestarla por escrito (Regl. Art. 37).

Importa poner de relieve, que la oposición de excepciones preliminares no suspenderá el procedimiento en cuanto al fondo ni los plazos ni los términos respectivos (Regl. Art. 36.4).

Interpuestas las excepciones la parte actora dispondrá de un plazo de 30 días para contestarlas por escrito (Regl. Art. 36.5) y la Corte podrá, si lo considera pertinente, fijar una audiencia especial para analizar las excepciones preliminares, después de la cual decidirá sobre las mismas.

Dentro del espectro de excepciones posibles habrá algunas que según sus características y las circunstancias del caso deberían ser resueltas inicialmente.

Así, por ejemplo, si el Estado demandado adujese la incompetencia de la Corte por no haber realizado la declaración del art. 62 de la Convención reconociendo su competencia. No cabe dudas de que, en este caso, la decisión deberá ser al inicio y la jurisdicción de la Corte no podrá ejercerse, en el caso concreto, hasta tanto el Estado no reconozca dicha competencia.

En otra situación ante la excepción de incompetencia planteada por el Perú -quien pretendía desvincularse unilateralmente de la jurisdicción de la Corte- en sentencia del 24 de setiembre de 1999 en el caso *Ivcher Bronstein*⁽⁴⁰⁾ ésta dijo:

Párrafo 40: "Una interpretación de la Convención Americana de "buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin" lleva a esta Corte a considerar que un Estado Parte en la Convención Americana sólo puede desvincularse de sus obligaciones convencionales observando las disposiciones del propio tratado. En las circunstancias del presente caso, la única vía de que dispone el Estado para desvincularse del sometimiento a la competencia contenciosa de la Corte, según la Convención Americana, es la denuncia del tratado como un todo; si esto ocurriera, dicha denuncia sólo produciría efectos conforme al art. 78, el cual establece un preaviso de un año."

Y agregó en el párrafo 41: "Una interpretación de la Convención Americana en el sentido de permitir que un Estado Parte pueda retirar su reconocimiento de la competencia obligatoria del Tribunal, como pretende hacerse en el presente caso, implicaría la supresión del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la Convención, iría en contra de su objeto y propósito como tratado de derechos humanos y privaría a todos los beneficiarios de

40. Similares consideraciones hizo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del Tribunal Constitucional ante la excepción de incompetencia planteada por Perú. Puede verse al respecto Sentencia del 24 de setiembre de 1999 Serie C Resolución.

la Convención de la garantía adicional de protección de tales derechos por medio de la actuación de su órgano judicial.”

Y por unanimidad decidió:

“1. Declarar que:

a) la Corte Interamericana de Derechos Humanos es competente para conocer del presente caso.

b) el pretendido retiro, con efectos inmediatos, por el Estado peruano de la declaración de reconocimiento de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es inadmisibles.

2. Continuar con el conocimiento y la tramitación del presente caso.”

En el mismo sentido se ha pronunciado Hitters⁽⁴¹⁾ quien ha señalado, siguiendo a la International Human Rights Law Group, que la Convención y los medios de protección que ella pergeña carecen del carácter temporal propio de los tratados en los que se considera admisible la posibilidad de denuncia o retiro del reconocimiento de la jurisdicción pese a que carezca de normas concretas sobre el particular. Las únicas limitaciones temporales que permite dicho ordenamiento regional, son la denuncia total al convenio (art. 78), o el reconocimiento por tiempo limitado de la competencia del Tribunal (art. 62).

Y agregaba: “Este salto al vacío de Perú, no lo desliga: a) ni de la competencia de la Comisión contra ese país, que son jurídicamente vinculantes (arts. 50 y 51 del Pacto de Costa Rica); b) ni tampoco -como antes señalamos- de la jurisdicción de la Corte Interamericana. En suma, reiteramos que la decisión peruana implica un grave retroceso en el sistema interamericano, y que finalmente le producirá a esa nación -y a todo el sistema interamericano- más dificultades que ventajas. No se pueden cambiar las reglas una vez iniciado el juego.”

Distinta sería la situación, si la excepción fuese, por ejemplo, la de no haberse agotado los procedimientos ante la Comisión, cuando dicha circunstancia se debiese al incumplimiento del propio Estado demandado.

En ese supuesto el análisis de la excepción se confunde con el tema de fondo y no existen inconvenientes para que el mismo sea postergado para la sentencia definitiva.

c) El procedimiento oral

Al Presidente corresponde señalar la fecha de apertura de la fase oral, fijar las audiencias que fuesen necesarias y dirigir los debates (Regl. Arts. 39 y 40).

Las Audiencias serán públicas, a menos que la Corte, en casos excepcionales decida lo contrario (Estatuto art. 24).

Las pruebas de las partes sólo serán admitidas si son propuestas en la demanda, en la contestación, al excepcionarse o al contestar el excepcionamiento.

41. HITTERS, JUAN CARLOS. “Imposibilidad de retirarse de la jurisdicción de la Corte Interamericana (El caso de Perú)”. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 4/1999, págs. 571-577.

La Corte podrá excepcionalmente admitir una prueba si alguna de las partes alegare fuerza mayor, un impedimento grave o hechos supervinientes en oportunidades distintas a las señaladas, siempre que se garantice a la parte contraria el derecho de defensa (Regl. Art. 43).

La Corte tiene amplias facultades para procurarse, sea de oficio o a petición de parte, todo medio de prueba que juzgue útil para esclarecer los hechos de la causa, pudiendo comisionar a uno o varios de sus miembros para que realicen una averiguación, una inspección judicial o cualquier otra medida de instrucción (Reglamento Art. 44).

La prueba se recibe en audiencia y de ellas se levantará acta de la que se entrega copia a fin de que bajo el control del secretario se puedan corregir los errores materiales. El secretario fijará, según las instrucciones del Presidente, los plazos de que dispondrán para ese fin.

d) La sentencia. Su interpretación y su cumplimiento

De conformidad con lo previsto en los arts. 24 del Estatuto y 57 del Reglamento⁽⁴²⁾, cuando los autos se encuentren prontos para fallar la Corte procede a deliberar en privado. Mientras no se haya notificado la sentencia a las partes los textos, los razonamientos y las votaciones permanecerán en secreto.

La Corte toma la decisión mediante votación y aprobará la redacción de la sentencia, la cual será comunicada a las partes por la Secretaría (Regl. Art. 57).

Las sentencias, que deberán ser motivadas (Convención art. 66) serán firmadas por todos los jueces que participaron en la votación y por el secretario. Sin embargo, será válida la sentencia firmada por la mayoría de los jueces (Reglamento art. 57.3).

Los votos disidentes o razonados serán suscritos por los respectivos jueces que los sustenten y por el secretario.

Las sentencias -Estatuto art. 23- se publicarán conjuntamente con los votos y opiniones separados de los jueces y con cualesquiera otros datos o antecedentes que la Corte considere conveniente.

El fallo de la Corte será definitivo e inapelable, y en caso de duda sobre su sentido o alcance será interpretado por aquella (Convención art. 67).

El Reglamento vigente prevé en su art. 58 que la demanda de interpretación podrá promoverse en relación con las sentencias de fondo o de reparaciones y se presentará en la Secretaría de la Corte indicándose en ella, con precisión, las cuestiones relativas al sentido o alcance de la sentencia cuya interpretación se pida.

El referido reglamento aclara -art. 57.2 y 3- que para el examen de dicha demanda la Corte se reunirá, si es posible, con la misma integración que tenía al dictar sentencia respectiva y que la demanda de interpretación no suspenderá la ejecución de la sentencia.

42. Reformado por resolución de la Corte aprobada durante su XXXIX Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 19 al 21 de enero de 1998.

Si el fallo de la Corte es condenatorio dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen los perjuicios ocasionados mediante una justa indemnización (Convención art. 63.1).

Los Estados Parte en la Convención -conforme al art. 68.1- se han comprometido a cumplir las decisiones de la Corte y por el numeral 2 de la norma citada se ha pactado 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."

Gros Espiell ha calificado a la norma citada como una disposición loable y acertada, pues posibilita una ejecución eficaz y rápida de las sentencias de la Corte cuando el fallo disponga una indemnización compensatoria por los perjuicios sufridos, acorde con el objetivo de protección real y cierta de los Derechos Humanos.

Complementariamente apuntaba Gozaini⁽⁴³⁾ cuando la sentencia "...destaca la violación de un derecho humano, acceden a un mismo tiempo dos sucesos evidentes. Uno, muestra que la obediencia espontánea al derecho del hombre, no ha tenido recepción en un Estado en particular; otro, que el fallo hace las veces de compositor jurídico del derecho, juridizando el problema suscitado, penetrando entonces en la vigencia sociológica y moral que la opinión proyecta.

El Estado queda expuesto en sus miserias: ha vulnerado un derecho universalmente reconocido. Su deber filosófico será remediar hacia el futuro, su obligación moral interesará al aspecto social del conflicto; en fin, la norma que le impone la sentencia, en cierto modo ha positivizado el derecho humano saliendo de la abstracción para realizarse en el plano de los hechos."

e) La determinación de la reparación

Si en la sentencia de fondo -prescribe el art. 56 del Reglamento- no se hubiere decidido específicamente sobre reparaciones, la Corte fijará la oportunidad para su posterior decisión y determinará el procedimiento.

En cuanto a los rubros indemnizables en el caso Loayza Tamayo⁽⁴⁴⁾, que consideramos va a ser un "leading case", la Corte luego de hacer lugar al daño material y al daño moral comenzó a estudiar la pretensión de la víctima de que se le indemnizaran también los daños "al proyecto de vida."

En dicho análisis la Corte dijo:

"147. Por lo que respecta a la reclamación de daño al "proyecto de vida", conviene manifestar que este concepto ha sido materia de análisis por parte de la doctrina y la jurisprudencia recientes. Se trata de una noción distinta del "daño emergente" y el "lucro cesante".

43. GOZAINI, OSVALDO ALFREDO. "Las decisiones de los conflictos transnacionales". Relato nacional argentino, págs. 7-8 en las XIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. La Plata 24-27 de abril de 1994.

44. Revista del IIDH N° 28 julio-diciembre 1998. "Caso Loayza Tamayo". Reparaciones Sentencia de 27 de noviembre de 1998, págs. 265-334.

Ciertamente no corresponde a la afectación patrimonial derivada inmediata y directamente de los hechos, como sucede en el “daño emergente”. Por lo que hace al “lucro cesante”, corresponde señalar que mientras éste se refiere en forma exclusiva a la pérdida de ingresos económicos futuros, que es posible cuantificar a partir de ciertos indicadores mensurables y objetivos, el denominado “proyecto de vida” atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas.

148. El “proyecto de vida” se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad. Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte.

149. En el caso que se examina, no se trata de un resultado seguro, que haya de presentarse necesariamente, sino de una situación probable -no meramente posible- dentro del natural y previsible desenvolvimiento del sujeto, que resulta interrumpido y contrariado por hechos violatorios de sus derechos humanos. Esos hechos cambian drásticamente el curso de la vida, imponen circunstancias nuevas y adversas y modifican los planes y proyectos que una persona formula a la luz de las condiciones ordinarias en que se desenvuelve su existencia y de sus propias aptitudes para llevarlos a cabo con probabilidades de éxito.

150. En tal virtud, es razonable afirmar que los hechos violatorios de derechos impiden u obstruyen seriamente la obtención del resultado previsto y esperado, y por ende alteran en forma sustancial el desarrollo del individuo. En otros términos, el “daño al proyecto de vida”, entendido como una expectativa razonable y accesible en el caso concreto, implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, en forma irreparable o muy difícilmente reparable. Así, la existencia de una persona se ve alterada por factores ajenos a ella, que le son impuestos en forma injusta y arbitraria, con violación de las normas vigentes y de la confianza que pudo depositar en órganos del poder público obligados a protegerla y a brindarle seguridad para el ejercicio de sus derechos y la satisfacción de sus legítimos intereses.

151. Por todo ello, es perfectamente admisible la pretensión de que se repare, en la medida posible y con los medios adecuados para ello, la pérdida de opciones por parte de la víctima, causada por el hecho ilícito. De esta manera la reparación se acerca más aún a la situación deseable, que satisface las exigencias de la justicia: plena atención a los perjuicios causados ilícitamente, o bien, puesto en otros términos, se aproxima al ideal de la *restitutio in integrum*.

152. En el caso de la víctima, es evidente que los hechos violatorios en su contra impidieron la realización de sus expectativas de desarrollo personal y profesional, factibles en condiciones normales, y causaron daños irreparables a su vida, obligándola a interrumpir sus estudios y trasladarse al extranjero, lejos del medio en el que se había desenvuelto, en condiciones de soledad, penuria económica y severo quebranto físico y psicológico. Obvia-

mente, este conjunto de circunstancias, directamente atribuibles a los hechos violatorios que ha examinado esta Corte, han alterado en forma grave y probablemente irreparable la vida de la señora Loayza Tamayo, e impedido que ésta alcance las metas de carácter personal, familiar y profesional que razonablemente pudo fijarse.

153. La Corte reconoce la existencia de un grave daño al “proyecto de vida” de María Elena Loayza Tamayo, derivado de la violación de sus derechos humanos. Sin embargo, la evolución de la jurisprudencia y la doctrina hasta la fecha no permite traducir este reconocimiento en términos económicos, y por ello el Tribunal se abstiene de cuantificarlo. Advierte, no obstante, que el acceso mismo de la víctima a la jurisdicción internacional y la emisión de la sentencia correspondiente implican un principio de satisfacción en este orden de consideraciones.”⁽⁴⁵⁾

La Corte dio un paso adelante al considerar el daño al proyecto de vida como un rubro para tener en cuenta en ciertos casos de violación de los derechos humanos y presentó una buena base conceptual para dar soporte a ese paso. No obstante, se abstuvo de hacer surgir de esa base conceptual una condena específica en el caso que nos ocupa y ello motivó el voto parcialmente disidente del Juez Carlos Vicente de Roux Rengifo y el voto razonado conjunto de los Jueces Cançado Trindade y A. Abreu Burelli.⁽⁴⁶⁾

Los magistrados mencionados en último término al finalizar su voto expresaban: “17. Todo el capítulo de las reparaciones de violaciones de derechos humanos debe, a nuestro juicio, ser repensado desde la perspectiva de la integridad de la personalidad de la víctima y teniendo presente su realización como ser humano y la restauración de su dignidad. La presente sentencia de reparaciones en el caso Loayza Tamayo, al reconocer la existencia del daño al proyecto de vida vinculado a la satisfacción, entre otras medidas de reparación, da un paso acertado y alentador en esta dirección, que, confiamos será objeto de mayor desarrollo jurisprudencial en el futuro.”

B) La competencia consultiva

B1) Introducción

La Convención Americana otorga a la Corte una competencia consultiva muy amplia, tanto respecto de los sujetos que se la pueden formular, como acerca de las normas jurídicas cuya interpretación se puede pedir.

B2) Concepto y finalidad de las opiniones consultivas

La Corte ha señalado que su competencia consultiva está destinada a ayudar a los Estados y órganos a cumplir y a aplicar tratados en materia de derechos humanos, sin someterlos al formalismo y al sistema de sanciones que caracterizan al proceso contencioso (O/C 3/83).

45. “Caso Loayza Tamayo”, ob. cit., pág. 312 y ss.

46. “Caso Loayza Tamayo”, ob. cit., pág. 325 y ss.

Constituye -en su opinión- un método judicial alternativo para la protección de los derechos humanos internacionalmente reconocidos, lo que indica que esa competencia no debe, en principio, ejercitarse mediante especulaciones puramente académicas, sin una previsible aplicación a situaciones concretas que justifiquen el interés de que se emita una opinión consultiva.⁽⁴⁷⁾

En ocasión de emitirse la opinión consultiva N° 16 del 1° de octubre de 1999 se señaló que: "...en el ejercicio de su función consultiva la Corte no está llamada a resolver cuestiones de hecho, sino a desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos.

La competencia consultiva difiere de su competencia contenciosa en que no existen "partes" involucradas en el procedimiento consultivo, y no existe tampoco un litigio a resolver. El único propósito de la función consultiva es "la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos."

B3) Sujetos habilitados para solicitar una opinión consultiva

Pueden consultar a la Corte (Convención art. 64):

- todos los Estados Miembros de la OEA, aunque no sean parte de la convención;
- los órganos establecidos en el Capítulo X de la Carta de la OEA, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en asuntos de su competencia.⁽⁴⁸⁾

B4) Objeto de la interpretación

La consulta puede estar referida a la Convención Americana o a otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos (Convención art. 64).

La Corte en su primera opinión consultiva interpretó esta última expresión en el sentido de "que la competencia consultiva de la Corte puede ejercerse, en general, sobre toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable a los Estados Americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo, Estados ajenos al sistema interamericano."

En la misma opinión consultiva la Corte aclaró "...que, por razones determinantes que expresará en la decisión motivada, la Corte podrá abstenerse de responder a una consulta si aprecia que, en las circunstancias del caso, la petición excede los límites de su función

47. Opiniones Consultivas 3/83 del 8 de setiembre de 1983 y 9/87 del 6 de octubre de 1987.

48. Dichos órganos son: la Asamblea General, la Reunión de consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, los Consejos (Permanente, Económico y Social, y para la Educación, la Ciencia y la Cultura), el Comité Jurídico Interamericano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Secretaría General, las Conferencias Especializadas y los organismos Especializados.

consultiva, ya sea porque el asunto planteado concierne principalmente a compromisos internacionales ajenos al sistema americano; ya sea porque el trámite de la solicitud pueda conducir a alterar o a debilitar, en perjuicio del ser humano, el régimen previsto por la Convención; ya sea por otra razón análoga.”

Así actuó la Corte ante una opinión consultiva solicitada por el Gobierno de Costa Rica relativa a la compatibilidad de un proyecto de ley con el art. 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En dicha oportunidad⁽⁴⁹⁾ se expresó:

“*Párrafo 28.* La Corte entiende que una respuesta a las preguntas de Costa Rica que podría traer como resultado una solución de manera encubierta por la vía de la opinión consultiva, de asuntos litigiosos aún no sometidos a la consideración de la Corte, sin que las víctimas tengan oportunidad en el proceso, distorsionaría el sistema de la Convención.”

“*Párrafo 29.* Si bien, aparentemente el proyecto de ley -establecido el recurso y un tribunal de casación- tiende a corregir para el futuro los problemas que generaron las peticiones contra Costa Rica actualmente ante la Comisión, un pronunciamiento de la Corte podría eventualmente interferir en casos que deberían concluir su procedimiento ante la Comisión en los términos ordenados por la Convención.”

“*Párrafo 30.* Todo lo anterior indica claramente que nos encontramos frente a uno de aquellos eventos en los cuales, por cuanto podría desvirtuarse la jurisdicción contenciosa y verse menoscabados los derechos humanos de quienes han formulado peticiones ante la Comisión, la Corte debe hacer uso de su facultad de no responder una consulta”, y así lo decidió por la unanimidad de sus integrantes.

La Corte Interamericana analizó en otra oportunidad -Opinión Consultiva N° 14 del 9 de setiembre de 1994- la solicitud formulada por la Comisión Interamericana acerca de la responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención.

La razón de la consulta estaba motivada por la incorporación de una disposición en el art. 140 de la nueva Constitución del Perú, mediante la cual se amplían los casos de aplicación de la pena de muerte a delitos exentos de la aplicación de esa pena en la Constitución política vigente desde el año 1979, en contradicción con lo previsto en el art. 4 párrafos 2 y 3 de la Convención Americana.

La Corte -por unanimidad- emitió la siguiente opinión:

- 1º) Que la expedición de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención constituye una violación de ésta, y en el caso de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera la responsabilidad internacional de tal Estado.
- 2º) Que el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley manifiestamente violatoria de la Convención genera responsabilidad para el Estado. En caso de que el acto de cumplimiento constituya per se un crimen internacional, gene-

49. Opinión consultiva N° 12 del 6 de setiembre de 1991.

ra también la responsabilidad internacional de los agentes o funcionarios que ejecutaron el acto.

La Corte ha señalado, asimismo, en reiteradas ocasiones que tomando en consideración el objetivo y fin de los tratados sobre derechos humanos, éstos deben ser interpretados en el sentido más favorable al individuo, que es, en definitiva, el sujeto de la protección internacional.

En tal sentido en la opinión consultiva N° 16 de fecha 1° de octubre de 1999 se expidió en relación al derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal.

La Consulta planteada por México se relacionaba con las garantías judiciales mínimas y el debido proceso en el marco de la pena de muerte, impuesta judicialmente a extranjeros a quienes el Estado receptor (Estados Unidos) no había informado de su derecho a comunicarse y a solicitar la asistencia consular del Estado de su nacionalidad.

La Corte por seis votos contra uno opinó: “7) Que la inobservancia del derecho a la información del detenido extranjero reconocido en el art. 36.1b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, afecta las garantías del debido proceso legal y en estas circunstancias la imposición de la pena de muerte constituye una violación del derecho a no ser privado de la vida “arbitrariamente”, en los términos de las disposiciones relevantes de los tratados de derechos humanos (Convención Americana Art. 4, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 6) con las consecuencias jurídicas inherentes a una violación de esta naturaleza, es decir, las atinentes a la responsabilidad internacional del Estado y al deber de reparación.

B5) Una vez planteada la opinión consultiva, ¿es posible desistir de ella?

Ante una solicitud del gobierno de Chile de desistir de una opinión consultiva peticionada, la Corte en su Opinión Consultiva N° 15 de fecha 14 de noviembre de 1997 se expidió en sentido negativo.

Al respecto nos parece interesante transcribir lo expresado por el Juez Cançado Trindade en su voto concurrente quien entre otros argumentos señaló:

“40. Dicha función consultiva, en resumen, subsiste, independientemente del comportamiento subsiguiente del Estado u órgano solicitante.

Al formularse la consulta, se pone en movimiento un procedimiento consultivo que no está condicionado al consentimiento individual del solicitante. Al empezar a conocer la cuestión jurídica sobre la cual se solicita la Opinión Consultiva, la Corte, a su vez, como ya señalé es maestra de su jurisdicción y soberana del procedimiento. Aún más, como advierte la jurisprudencia internacional, tiene ella el deber de salvaguardar su propia función judicial.

“41. Siendo así, resultaría inadmisibles cualquier intento de subordinar la competencia consultiva de un Tribunal Internacional como la Corte Interamericana al comportamiento cambiante y a las vicisitudes de las manifestaciones del consentimiento de cada uno de los interesados en la consulta.”

B6) Eficacia de las opiniones consultivas

La Corte ha señalado que “en materia consultiva no está llamada a resolver cuestiones de hechos para verificar su existencia, sino a emitir su opinión sobre la interpretación de una norma jurídica. La Corte, en este ámbito, cumple una función asesora de tal modo que sus opiniones tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa.”

Las opiniones consultivas, no están orientadas a resolver litigios sino a coadyuvar al mejor acatamiento de las obligaciones internacionales por parte de los Estados americanos en lo que concierne a la protección de los derechos humanos, así como al cumplimiento de las funciones que dentro de ese ámbito tienen atribuidas los órganos de la OEA.

Si bien las opiniones consultivas no tienen fuerza vinculante, resulta oportuno destacar que en la práctica han sido respetadas y han cumplido un importante papel como medios complementarios de protección de los derechos humanos, especialmente si se tiene en cuenta la excesiva complejidad de los procedimientos para acceder a la Corte.

Influencia de las opiniones consultivas en la jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina

Oteiza⁽⁵⁰⁾ en su relato refiere varias decisiones de la Corte Suprema Argentina donde ésta ha seguido las opiniones de la Corte Interamericana.

Así, en el caso “Ekmekdjian v/Sofovich”, la Corte Suprema Argentina, en sentencia del 7 de julio de 1992, sostuvo que la interpretación del Pacto de San José de Costa Rica, debe guiarse por las decisiones del Sistema Interamericano. Citó expresamente la Opinión Consultiva 7/86 sobre exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta, donde se sostuvo que el hecho de que los Estados Parte puedan fijar las condiciones del ejercicio del derecho o rectificación o respuesta, no impide la exigibilidad conforme al derecho internacional de las obligaciones que aquellos han contraído conforme al art. 1.1. En consecuencia, si por cualquier circunstancia, el derecho de rectificación o respuesta no pudiera ser ejercido por “toda persona” sujeta a la jurisdicción de un Estado Parte, ello constituiría una violación de la Convención.

Se indica en el relato citado que la Reforma Constitucional de 1994 en el art. 75 inc. 22 estableció que los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes y le dio jerarquía constitucional, entre otros tratados sobre derechos humanos, al Pacto de San José de Costa Rica.

En el caso Giroldi, la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad de la limitación impuesta por la legislación procesal penal argentina para recurrir al Tribunal de Casación cuando la pena sea inferior a tres años. Se fundó para ello en el art. 8 inc. 2 de la Convención Americana que consagra el principio de la doble instancia y en la Opinión Consultiva N° 11

50. OTEIZA, EDUARDO. “Sistema interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Impacto de sus decisiones en el ámbito interno. Apuntes sobre las situaciones de Argentina y Perú.”

donde se sostuvo que el deber de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos -previsto en el art. 1° de la Convención- debe interpretarse como la obligación de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce.

En el caso Napoli la Corte Suprema examinó la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional que revocó la resolución de un juez de menores que había concedido la excarcelación de dicha persona la que había sido procesada por el delito de supresión de identidad de un menor de 10 años de edad.

Dicha sentencia analizó si la exclusión de determinada categoría de personas del régimen general de excarcelación, sobre la base del delito imputado, viola el principio de igualdad.

El pronunciamiento cuestiona la potestad legislativa para con amplia libertad, ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando los objetos de la legislación y estableciendo así regímenes excarcelatorios diversos, que sólo encuentran justificación en tanto esté orientada a que la prisión preventiva conserve su fundamento de evitar que se frustre la justicia, esto es, que el imputado eluda su acción o entorpezca las investigaciones.

Al dictar la ley el Poder Legislativo se apartó de los principios expuestos pues en lugar de utilizar las facultades que la Constitución Nacional le ha conferido para la protección de los bienes jurídicos a tutelar mediante el aumento o disminución de la escala penal en los casos que lo estime pertinente, recurrió a la prisión preventiva con fines intimidatorios o disuasivos, lo cual significa el establecimiento por esa vía de agravaciones propias de la ley sustantiva.

En este fallo reitera el precedente "Giroldi" y cita la decisión de la Corte Interamericana en el caso "Suárez Romero" (1997) donde señaló que la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva.

Agregó la Corte Suprema, que en la opinión consultiva 4/84 la Corte Interamericana entendió que una excepción que despoja a una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental por la sola naturaleza del delito imputado en su contra y, por ende, lesiona intrínsecamente a todos los miembros de dicha categoría de inculpados, viola el principio de igualdad.

Resalta Oteiza que la claridad de las remisiones a las decisiones y opiniones consultivas de la Corte Interamericana demuestran la relevancia de la interrelación que poco a poco se está forjando entre el derecho nacional argentino y el internacional de los derechos humanos.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, las Decisiones de la Corte Interamericana, así como sus Opiniones Consultivas han influido más en la doctrina uruguaya que en la jurisprudencia. Al respecto en reciente conferencia pronunciada en el Palacio Legislativo del Uruguay, con motivo de la presentación del libro "Los Derechos Humanos en el Uruguay", el Dr. Héctor Gros Espiell señalaba que en el ámbito de nuestra justicia se percibe una actitud de cierta reticencia por parte de los magistrados en la aplicación del Derecho Internacional. Indicaba, además, que éste es un deber jurídico y ético de los magistrados y que estos no pueden dejar de lado las normas del

Derecho Internacional relativas a los derechos humanos porque ellas son tan importantes como los Códigos Penal, Civil y de Procedimiento.⁽⁵¹⁾

Nuestro ex Canciller opinaba en dicha conferencia que las referidas normas no se han aplicado tal vez por desconocimiento, pero que hoy en día se está creando una nueva conciencia tendiente a su aplicación y a ese cometido está dirigida la presentación del libro mencionado.

6. Conclusiones

Como síntesis de estas Jornadas y si nuestras conclusiones fueran compartidas, consideramos que ellas deberían:

- 1) Propiciar la incorporación a las Constituciones americanas -para aquellas que ya no las tengan- de normas favorables a la integración que consagren la supremacía del derecho comunitario sobre el nacional y afirmen su directa e inmediata aplicación en el orden interno, al igual que en lo referente a las decisiones que se adopten por los órganos de la comunidad.
- 2) Recomendar el establecimiento de tribunales de justicia permanentes, de carácter supranacional.

Dichos tribunales deberán ser independientes, imparciales, con autoridad y competentes para:

- interpretar en forma uniforme y obligatoria el derecho comunitario;
 - realizar el control de legalidad y de defensa de dicho ordenamiento jurídico, pudiendo anular aquellas normas que lo violen, ya sean emanadas de órganos nacionales o de la comunidad;
 - sancionar los incumplimientos;
 - promover la integración.
- 3) Poner de relieve la necesidad:
 - a) de que esos tribunales deberían ser creados al inicio del proceso integrador, para contribuir a su formulación y a su desenvolvimiento;
 - b) de buscar fórmulas que faciliten el acceso directo de los particulares al Tribunal de Justicia, como ocurre en la Unión Europea donde los jueces nacionales también lo son de la comunidad;
 - c) de que los procedimientos sean sencillos y expeditos y las decisiones de dichos tribunales se emitan en plazos razonables y se puedan ejecutar directamente, sin necesidad de acudir al *exequatur*;

51. Diario "El País", 19 de julio de 2000. "Derechos Humanos. Afirman que los jueces no aplican normas internacionales."

- d) de ampliar y perfeccionar los medios alternativos de solución de controversias, ya que hasta el momento en que sean establecidos los tribunales de justicia permanentes, aquellos serán las vías adecuadas para resolver los conflictos;
- e) de superar la desconfianza existente entre los países como forma de alcanzar soluciones a nivel supranacional.
- 4) destacar los importantes aportes desarrollados por las Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado (CIDIP) y por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, en la creación de un naciente derecho procesal transnacional.
- 5) Apoyar la transformación del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, posibilitando el acceso directo de los individuos a la Corte Interamericana, como ha ocurrido en la Unión Europea, a partir del 1º de noviembre de 1998 al entrar en vigencia el Protocolo N° 11. Dicho acceso directo permitirá alcanzar una Justicia más rápida y eficiente.
- 6) Reafirmar nuestra convicción de que el gobierno democrático es la base indispensable para consolidar y extender el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.
- 7) Reclamar la plena vigencia del principio de buena fe en las relaciones internacionales.
- 8) Enfatizar que una vez ratificada la Convención Americana de Derechos Humanos y aceptada la jurisdicción de la Corte Interamericana, no es posible la desvinculación unilateral de un país, salvo que ella se realice mediante la denuncia total de la Convención y con el preaviso del año correspondiente.
- 9) Resaltar que la democracia, no se afirma con la simple admisión formal de los derechos humanos, sino, con la efectiva vigencia de los mismos; y que el respeto por los mencionados derechos y la dignidad de la persona humana que es su consecuencia, son la razón última que justifica la existencia del Estado, que asegura la paz entre los hombres y que permitirá que América sea -como Juan Pablo II lo expresaba- el continente de la esperanza.

Reflexión final:

Como mencionábamos al culminar nuestro Relato en las XIV Jornadas Iberoamericanas que tuvieran lugar en La Plata en 1994, si el siglo XX, al decir de Octavio Paz⁽⁵²⁾, ha sido un largo combate intelectual y político en defensa de la libertad, tenemos la serena esperanza de que el siglo XXI sea el de la fraternidad, del desarrollo con justicia social y de la paz entre los hombres. Para eso seguimos trabajando.

52. PAZ, OCTAVIO. "Pequeña crónica de grandes días". Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires - México - Madrid, 1990, pág. 167.