

# Revista Electrónica

Instituto de Investigaciones  
Jurídicas y Sociales A. L. Gioja

**No 27 (diciembre 2021 – mayo 2022)**



Facultad de Derecho  
Universidad de Buenos aires

## Presentación del *Dossier*: Incidencias de la integración regional en el mundo jurídico. A 30 años de la constitución del MERCOSUR

Presentation of the Dossier: Incidents of regional integration in the legal world. 30 years after the constitution of MERCOSUR

Por **Luciana B. Scotti, Mariana Antón Pérez y Leandro Baltar**

Conocer y comprender la importancia del MERCOSUR como fenómeno, sus metas y desafíos, así como sus obstáculos e incertezas, permitirán andar, con paso más firme, en el camino hacia la integración regional de América Latina. Esta edición especial de la *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja* procura realizar una contribución en ese sentido.

En primer lugar, el trabajo de la profesora **Liliana Bertoni** aborda la situación del MERCOSUR desde la dimensión del pluralismo jurídico en los espacios de integración. Seguidamente, la doctora **Magdalena Bas** se propone analizar, entre varios interrogantes, cuál es el mapa de situación de los Estados partes del MERCOSUR en torno al régimen de solución de controversias inversor-Estado.

A su turno, el catedrático **Roberto Cippitani**, considerando la necesidad de construir una verdadera disciplina transnacional en materia de protección de datos personales, se ocupa de tal temática desde una mirada tendiente a la creación de un espacio Euro-latinoamericano para el resguardo de tales datos. Por su parte, el doctor **Jorge Fernández Reyes** se propone analizar la “Política Comercial Externa” desde un punto de vista conceptual general y en el marco de las distintas modalidades de integración regional. A continuación, el profesor **Heber Arbuet-Vignali** nos ilustra con sus experiencias profesionales, la evolución histórica y su opinión acerca de las estructuras jurídicas y jurisdiccionales para solucionar controversias y encausar estos procesos en el MERCOSUR.

Desde Brasil, las profesoras **Luciane Klein Vieira y Vitória Volcato da Costa** realizan un análisis comparado sobre el avance de la ciudadanía regional entre el MERCOSUR y la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea. Continuando con esta línea de análisis, se encuentra el aporte del catedrático **Carlos Francisco Molina del Pozo**, quien realiza un estudio comparativo de la naturaleza jurídica y de los

caracteres de la Unión Europea y del MERCOSUR en relación con su inserción en los respectivos ordenamientos nacionales.

Con la intención de profundizar sobre el fenómeno de la integración como origen de nuevos estatutos legales, **Juan M. Rivero Godoy**, Secretario del Tribunal Permanente de Revisión, se propuso como objetivo expresar algunas ideas para el debate y la reflexión sobre la importancia de pertenecer a un proceso de integración y la influencia de lo “jurídico” en su interior. Por su parte, la profesora **Martina L. Rojo** contribuye con las novedades en la defensa del consumidor en el MERCOSUR, especialmente ante la incorporación de las Resoluciones 36/19 y 37/19 del MERCOSUR al Derecho interno argentino.

Desde Uruguay, y analizando la afectación de los procesos de integración en los ordenamientos jurídicos de los Estados que los componen, el doctor **Eduardo Tellechea Bergman** nos acompaña con su trabajo referido a las consideraciones acerca del panorama de la cooperación penal internacional en el ámbito del MERCOSUR.

Concluye el Dossier con dos trabajos de profesoras de la Universidad Nacional de Córdoba. La doctora **Amalia Uriondo de Martinoli**, con un sentido crítico, analiza las iniciativas desarrolladas para garantizar un nivel mínimo de protección a los derechos del consumidor en el MERCOSUR. Finalmente, la doctora **Candela N. Villegas** analiza el marco normativo actual que rige la actividad internacional de las sociedades en nuestro bloque.

En suma, a treinta años de la creación del MERCOSUR, este *Dossier* es una nueva oportunidad para reflexionar sobre el pasado, el presente y especialmente el futuro de nuestro proceso en búsqueda de su fortalecimiento institucional y jurídico.

## El 30 aniversario del MERCOSUR y la dimensión del pluralismo jurídico en los espacios de integración

The 30th anniversary of MERCOSUR and the dimension of legal pluralism in integration spaces

Por Prof. Liliana Bertoni

**Resumen:** En este año 2021 en que muchos fueron los acontecimientos conmemorativos de los 30 años de iniciado el proceso de integración MERCOSUR resulta importante hacer una evaluación de lo actuado desde los distintos puntos de vista, para intentar llegar a un diagnóstico situacional del presente del MERCOSUR. En ello resulta relevante revisar la incidencia de la integración en el mundo jurídico y observar también de que manera las estructuras jurídicas que sostiene estos procesos han contribuido a dar forma a los mismos a partir de la creación de un Derecho ad-hoc que los asiste. En las siguientes páginas buscamos reconocer y analizar la existencia de un pluralismo jurídico dentro de estos procesos de integración. Un pluralismo jurídico capaz de reconocer y legitimar una inter-legalidad entre normas supraestatales e infraestatales, dando lugar a una clase de pluralidad jurídica que regula tanto la actuación de los Estados como la vida de los ciudadanos de esa comunidad integrada. Finalmente analizaremos en particular el modo y la forma en que este pluralismo se ha dado dentro del MERCOSUR.

**Palabras clave:** Integración Derecho; Pluralismo jurídico; Interlegalidad; MERCOSUR; aniversario.

**Abstract:** In this year 2021, when many were the commemorative events of the 30 years since the MERCOSUR integration process began, it is important to make an evaluation of what has been done from the different points of view, to try to arrive at a situational diagnosis of the present of MERCOSUR. In this regard, it is relevant to review the incidence of integration in the legal world and also observe how the legal structures that sustain these processes have contributed to shaping them from the creation of an ad-hoc Law that assists them. In the following pages we seek to recognize and analyze the existence of a legal pluralism within these integration processes. A legal pluralism capable of recognizing and legitimizing an inter-legality between supra-state and infra-state norms, giving rise to a kind of legal plurality that regulates both the actions of the States and the lives of the citizens of that integrated community. Finally, we will analyze in particular the way and the way in which this pluralism has occurred within the MERCOSUR.

**Keywords:** Integration Law; Legal pluralism; Interlegality; MERCOSUR; anniversary.

Fecha de recepción: 05/10/21  
Fecha de aceptación: 26/10/21

Esta obra se publica bajo licencia Creative Commons 4.0 Internacional. (Atribución-No Comercial-Compartir Igual)



## El 30 aniversario del MERCOSUR y la dimensión del pluralismo jurídico en los espacios de integración

Por Prof. Liliana Bertoni\*

### I. Introducción

En este nuevo aniversario del MERCOSUR resulta difícil evaluar sus 30 años de vida sobre todo cuando los presidentes de los Estados Parte en la últimas Cumbres del Mercosur en las que se ha ido sucediendo el mando del bloque, vertieron conceptos poco alentadores en cuanto al funcionamiento, gestión y prosecución del proceso integrador.

Cumbres y Reuniones ordinarias en las que también fue notoria no solo la falta de una estrategia común sino también la existencia de estrategias diferenciadas al momento de evaluar el futuro accionar del Grupo integrado.

Sin embargo, en orden de analizar lo transcurrido en los jóvenes 30 años del MERCOSUR, que a pesar de los vaivenes políticos y económicos ha conseguido mantenerse en el tiempo y avanzar en algunas áreas, resulta relevante considerar el rol del Derecho en los procesos de integración regional, y en particular en el Mercosur.

El Derecho en su conjunto otorga un marco de actuación y brinda soluciones en las distintas áreas a todas aquellas personas físicas o jurídicas que actúan e interactúan ya sea dentro de un ámbito nacional, Internacional o regional.

Los espacios regionales política, económica y jurídicamente ampliados como son los bloques de integración regional entre Estados tienen efectivamente ciertas particularidades que los distinguen de los espacios de actuación del Derecho en los Estados nacionales y también la diferencia del ámbito de actuación del Derecho Internacional.

Es decir, se verifican ámbitos claramente diferenciados con espacios legales y

---

\* Abogada UBA. Docente de grado y Posgrado. Investigadora especialista en temas de Integración Regional. [bertonlilian@gmail.com](mailto:bertonlilian@gmail.com)

esfera de acción y jurisdicción distintas que coexisten, se interrelacionan y en ocasiones se complementan. Del alcance y profundización existente entre los mismos dependerá la mayor o menor eficacia y eficiencia de las acciones que ellos pretenden regular.

## II. El pluralismo jurídico

El pluralismo jurídico en un sentido amplio describe la coexistencia de varios sistemas jurídicos que interactúan en un mismo espacio y para los mismos sujetos, como tal se encontró presente en diferentes etapas de la historia occidental. Podemos observar su presencia tanto en el mundo medieval, moderno como contemporáneo, y en cada una de estas etapas se presentó con características singulares y diferenciadas que dieron lugar a una compleja multiplicidad de interpretaciones y doctrinas de distinto tenor sobre el pluralismo, con enfoques desde lo filosófico, sociológico o político.

El pluralismo jurídico que es hoy visto como uno de los conceptos claves en la visión post moderna del Derecho asume la interacción jurídica en un mundo global en busca de los pilares de un nuevo paradigma de legalidad que contenga la construcción de un entendimiento intercultural, pero además forma parte hoy de los cambios producidos en las últimas décadas en el mundo internacional.

El pluralismo jurídico ha superado hoy aquella visión dual entre monismo jurídico, y el pluralismo jurídico, en tanto la primera refería a una visión dominante del derecho, el pluralismo jurídico aceptó la existencia de varios derechos concurrentes que operan en un mismo espacio ya sea en ordenes nacionales, internacionales o regionales.

Reconociendo que el Derecho en este mundo moderno, globalizado y altamente interconectado ya no puede reducirse solamente a un marco jurídico estatal. La identificación entre Estado, soberanía y derecho que sostuvo por mucho tiempo el monopolio jurídico del Estado moderno, influenciado por los importantes cambios de las últimas décadas ha redirigido su eje.

Estos cambios se debieron a múltiples factores, entre ellos al cambio sustancial del concepto de soberanía que dejó de ser absoluta para tornarse, divisible, cedible y

compartida lo que dio origen a nuevos espacios de actuación compartida entre Estados basados en un accionar mancomunado y conjunto que fue necesario regular y ello llevó a la necesidad de coordinar y legislar la actuación de nuevos actores, organismos e instituciones en algunos casos de carácter supra estatal

De esta manera el pluralismo jurídico es también posible emplazarlo en los diferentes niveles y contextos dentro de los procesos de integración regional.

Podríamos decir que se presenta en estos procesos como una propuesta de interlegalidad, pensada para este siglo, donde conviven distintos ámbitos de actuación estatal, en los cuales los Estados además de su actuación en la comunidad internacional incluyen la actuación conjunta y mancomunada de varios Estados en un espacio jurídica, económica y políticamente ampliado que abre paso a un tipo particular de pluralismo.

Un pluralismo jurídico capaz de reconocer y legitimar una inter-legalidad entre normas supraestatales e infraestatales, dando lugar a una clase de pluralidad jurídica que regula tanto la actuación de los Estados como la vida de los ciudadanos de esa comunidad integrada.

Es esta una pluralidad jurídica más abierta, flexible, participativa y democrática. Una pluralidad jurídica que interrelaciona por ejemplo sistemas legales de sociedades nacionales que regulan la participación de esos Estados dentro de un espacio de actuación común con otros Estados.

La viabilidad de ese primer paso que permite a un Estado ser parte de un proceso de integración dependerá de la capacidad jurídica de obligarse que su ordenamiento jurídico nacional, contempla y autoriza.

Sistemas legales nacionales de un Estado Parte o miembro de un bloque integrado de países cuya legalidad coexiste con la legislación ad-hoc dictada para regir particularmente las relaciones que surgen dentro del espacio integrado que en ocasiones de acuerdo a lo establecido en el Tratado Constitutivo regula las relaciones conjuntas con terceros Estados no miembros del espacio integrado.

Los bloques de integración regional se convierten entonces en un buen ejemplo de pluralidad jurídica que trataremos de analizar en los siguientes párrafos para poner algo de claridad a esta temática.

### III. El papel del Derecho en los procesos de integración

En los bloques de integración regional entre Estados, el Derecho acompaña el dinamismo conformador de un nuevo orden de convivencia, un orden jurídico nuevo, en principio creado por la voluntad política de los Estados consolidada en un Tratado, un Tratado de integración, generalmente con fines económicos, con el objetivo de otorgar mayor apertura a los mercados y agilidad al intercambio comercial.

Este Tratado obliga a los Estados firmantes creando derechos y obligaciones para los mismos y constituye a la vez el primer sostén del andamiaje jurídico que se construirá en consecuencia.

En los procesos de integración, sobre todo aquellos que persiguen un fin, un objetivo amplio y una integración profunda, como es el conformar un Mercado Común, constituyen en sí mismo sistemas complejos.

Sistemas que comprenden distintas dimensiones que van más allá de lo político y económico e involucran la dimensión social, cultural, educativa, y jurídica, debiendo los Estados participantes atender a todas y cada una de ellas para poder lograr un integración positiva y exitosa.

Debiendo poner especial atención en dotar a ese bloque integrado de un sistema jurídico que proporcione un conjunto de normas que establezcan el régimen jurídico de esa integración que otorgue un estatus jurídico determinado dentro del cual desarrollar todo tipo de actividades.

Este régimen jurídico nace dentro de la esfera del Derecho Internacional Público, cuyo Tratado Constitutivo está destinado a formar parte de lo que se ha denominado como Derecho Originario y Derecho Derivado, atendiendo a aquel derecho que se ira elaborando en consecuencia destinado a regir en un espacio jurídicamente ampliado.

Este nuevo Derecho que asiste a varios Estados actuantes en un espacio común, como sostuvimos anteriormente, se interrelaciona con el Derecho nacional de los Estados participantes, que cuentan con una estructura jurídica propia que contempla una realidad distinta pero que reconoce y se aplica a los mismos destinatarios de esas normas.

Cuál es entonces el tipo de relación existente dentro del nuevo espacio integrado entre el Derecho que asiste al proceso de integración, los derechos nacionales y el Derecho internacional.

Esta interrelación de sistemas jurídicos dentro del espacio integrado deberá en principio regirse por lo establecido en el Tratado Marco o fundacional que tiene como finalidad además de formalizar el inicio del proceso de integración, consignar los objetivos y las pautas a seguir para lograr dicha integración, con posterioridad deberán dictarse normas operativas, de funcionamiento y puesta en marcha de acuerdo a lo establecido en el propio Tratado de Integración

El pluralismo jurídico existente en los procesos de integración ha sido poco estudiado, un análisis más profundizado del papel del Derecho en los procesos de integración podría contribuir a contar con una mejor comprensión y dimensión de la incidencia del Derecho en el mundo de la integración regional y viceversa.

La estrecha relación que existe entre la integración y el derecho, y la existencia de un pluralismo jurídico presente en estos nuevos escenarios integrados, hace que las relaciones entre el Derecho internacional, el Derecho interno y el llamado derecho de la Integración y / o Derecho comunitario merezcan un párrafo aparte dado que una clara comprensión de ello puede contribuir a garantizar los beneficios que el Derecho aporta a una prosecución ordenada del proceso de integración.

En el proceso europeo las sentencias del TJCE han contribuido a dar luz a esta interrelación<sup>1</sup> con conceptos claros surgidos de sus sentencias .

#### **IV. El Derecho y las normas en los espacios de integración regional**

Podemos sostener que el derecho es un elemento imprescindible en todo proceso integrador y que el mismo incide en el orden y en la optimización de la actividad comercial, sectorial y productiva que pretenda llevarse adelante.

---

<sup>1</sup>El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) declaró que el DCE no sólo se trata de “un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional” (Sentencia Van Gend el Loos, de 5 de febrero de 1963 (As. 26/62), sino que constituye “un ordenamiento jurídico propio” (Sentencia Costa v. ENEL, de 15 de julio de 1964 (As. 6/64). Posteriormente, en la Sentencia Costa v. ENEL, de 15 de julio de 1964 (As. 6/64), el citado órgano jurisdiccional afirmó que el DCE es “un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros”.

Cuando hablamos de normatividad resulta relevante considerar su validez, su vigencia y su aplicación y en el caso de los espacios integrados dado sus particularidades, también debemos observar el modo y la forma en que estas normas se elaboran, dado que en ellos surgen nuevas y múltiples formas de legislar.

Y ello resultó en los momentos iniciales una realidad innovadora dado que el Derecho en los procesos de integración no se elaboraba en los ámbitos habituales como suelen ser los parlamentos, sino que comenzó a elaborarse a partir de la actuación de los propios órganos creados por los Estados participantes en estos procesos de integración regional.

Como primera apreciación podemos decir que la dimensión y alcance de la normatividad de estos espacios integrados dependen de manera directa de aquello que los Estados han decidido y consensuado que estos espacios sean y signifiquen. La producción normativa y las fuentes en los espacios integrados, está relacionada con la categorización y el carácter de los órganos que se instauren dentro de la estructura regional y ello dependerá de la decisión política del grupo de Estados integrados.

Puede ocurrir que los Estados decidan crear Instituciones Autónomas (órganos independientes de la esfera de decisión de los Estados-miembros) encargadas de elaborar normas con carácter superior al Derecho de los Estados que conforman el bloque. Normas dadas para regir dentro de ese espacio integrado y que puedan aplicarse directa e inmediatamente tanto en el espacio integrado por los órganos correspondientes como también puedan ser aplicadas por las autoridades de cada Estado Miembro o Parte componente del Grupo Integrado de países.

Es decir, en estos casos, como sucede en la Unión Europea, uno de los procesos de integración más acabados de nuestros tiempos, el Derecho que allí se elabora, podemos clasificarlo como Derecho Comunitario que se basa en tres pilares básicos, la primacía, la aplicabilidad inmediata y el efecto directo.

Todo ello evidencia la existencia de organizaciones independientes, de carácter supraestatal, a pesar que la supranacionalidad de esas instituciones en su actuación, no es absoluta dado que muchas normas para su aprobación se nutren aun de la regla de la unanimidad.

La dimensión jurídica de este exitoso proceso de integración <sup>2</sup> que ha superado en más los objetivos iniciales se traduce en la existencia de un derecho comunitario europeo.

Derecho que se ha ido consolidando a lo largo de estos últimos setenta años y se nutre de las leyes surgidas de su Parlamento<sup>3</sup>, de la labor de sus órganos, de la elaboración doctrinaria y de la prominente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea(TJCE), legislación que coexiste, se coordina e interactúa ordenadamente con las normas del derecho interno de cada Estado Miembro y también como claramente a expresado en más de una ocasión la Comisión y el Consejo de Europa se basa en el respeto al Derecho internacional.

Pero puede ocurrir también que la decisión de los Estados se incline por la creación de instituciones fuertemente dependientes de los órganos y/o de los representantes de los Estados Parte de ese Tratado de Integración que los obliga. Sistema que en ocasiones puede provocar el alejamiento de aquello consignado como de interés común.

Pero además es altamente probable que esas normas en su mayoría necesiten ser revisadas y traspuestas a los ordenamientos jurídicos nacionales para su validez y entrada en vigencia.

En general, y en particular en el caso del MERCOSUR con un marcado sistema intergubernamental, que a lo largo de estos 30 años, no hubo decisión de modificarlo, las normas suelen resultar poco eficaces dado el largo tiempo de entrada en vigencia, por una parte por la necesaria transposición a los sistemas jurídicos nacionales y por

---

<sup>2</sup>La Unión Europea tiene personalidad jurídica y cuenta con un ordenamiento jurídico propio, distinto del Derecho internacional. Además, el Derecho de la UE tiene un efecto directo o indirecto sobre la legislación de sus Estados miembros, por lo que, una vez que entra en vigor, pasa a formar parte del sistema jurídico de cada Estado miembro. La Unión Europea constituye en sí misma una fuente de Derecho. El ordenamiento jurídico se divide normalmente en Derecho primario (los Tratados y los principios generales del Derecho), Derecho derivado (basado en los Tratados) y Derecho subsidiario <https://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/>

<sup>3</sup>El Parlamento participa activamente en la creación de nueva legislación, ya que examina el programa de trabajo anual de la Comisión e indica qué actos legislativos considera apropiados. En virtud del artículo 14, apartado 1, del TUE, «el Parlamento Europeo ejercerá conjuntamente con el Consejo la función legislativa [a través del procedimiento legislativo ordinario] y la función presupuestaria [a través del procedimiento legislativo especial previsto en el artículo 314 del TFUE]»<https://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/>

otra parte como sucede en el MERCOSUR se demora su puesta en vigencia debido al sistema de vigencia simultanea (art. 40 POP) elegido.

Vigencia simultanea que hace que la norma entre en vigor una vez que todos los Estados Parte la hayan incorporado a sus ordenamientos jurídicos y luego sean remitidas a la Secretaría Administrativa del MERCOSUR. para su vigencia definitiva a partir de los treinta días después de que todas las comunicaciones hayan sido recibidas<sup>4</sup>.

Pero además estas normas resultan muchas de las veces retardatorias en sus orígenes, llegando fuera de tiempo para resolver las cuestiones que necesitaron ser legisladas, al requerirse, como en el caso del MERCOSUR, la regla del consenso para el dictado de la norma y la unanimidad como regla de aprobación de las mismas.

Por otra parte, por ser normas de carácter intergubernamental que en la mayoría de los casos no tiene aplicación ni efecto directo son de aplicación difusa.

Y en ocasiones cuando solo dos de los cuatro Estado Parte la han incorporado provoca diferencias de interpretaciones en cuanto a su vigencia. Claro ejemplo es hoy la situación de la Resolución 32/02<sup>5</sup> dictada en el marco del relanzamiento del Mercosur junto con un paquete de medidas que buscaba acelerar la construcción de un política comercial común propiciando todo tipo de negociaciones en conjunto, se convirtió hoy en un punto de discrepancia entre los Estados Partes.

Y actualmente crea discrepancias dado la decisión tomada por el Gobierno de Uruguay de negociar su propio TLC fuera de las negociaciones conjuntas, entendiendo que esta Decisión no está en vigor ni es exigible, en tanto su Parlamento Nacional no la ha aprobado, ni incorporado, por los tanto no ha cumplido con el requisito exigible para su entrada en vigor. En tanto genera opiniones encontradas porque otros Estados

---

<sup>4</sup>A modo de achicar los tiempos de entrada en vigencia y normalizar la situación de la normativa vigente, el art. 42 del POP, expresa que si los Estados Partes entienden conjuntamente que el contenido de la norma trata asuntos relacionados al funcionamiento interno del MERCOSUR. no necesita ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales norma que se complementa en el año 2000, por medio de la Decisión No. 20/02, que obliga a los negociadores a determinar en la propia norma (por consenso de los Estados Parte) si es o no necesaria su incorporación al ordenamiento jurídico de los Estados Partes.

<sup>5</sup>MERCOSUR/CMC/DEC N° 32/00 - RELANZAMIENTO DEL MERCOSUR - RELACIONAMIENTO EXTERNO en la cual los Estados reafirman el compromiso de negociar en forma conjunta acuerdos de naturaleza comercial con terceros Estados, o agrupaciones de países extrazona los cuales otorguen preferencias arancelarias.

consideran que es una norma vigente en el espacio MERCOSUR.

En definitiva, en estos casos de instituciones intergubernamentales, la dinámica jurídico institucional podríamos decir que se asemeja más al funcionamiento de un simple entendimiento intergubernamental que a un orden jurídico dado tal como lo solemos identificar.

No obstante estas particulares características de muchos de los procesos intergubernamentales, que como en el caso del MERCOSUR además del Derecho ad-hoc, ya sea Derecho originario, es decir aquel producido por la actividad de los Estados o que se trate de Derecho derivado de la actuación de los órganos<sup>6</sup>, es sin duda un Derecho propio que además se nutre de la armonización legislativa de las legislaciones nacionales de cada Estado Parte, es decir existe un pluralismo jurídico que da cuenta de la coexistencia y de un grado de coordinación e interacción entre los distintos sistemas jurídicos .

## V. Los ordenamientos jurídicos de la integración en el continente

Un análisis objetivo de la dimensión jurídica de los procesos de integración nos permite sostener que los procesos de integración cualquiera sea su organización interna cuentan con un estatus jurídico y un marco normativo que acompaña la prosecución del proceso integrativo

Por lo tanto, existe una diversidad de marcos jurídicos diferenciados unos de otros de acuerdo al tipo de organización que los ha creado y en todos ellos coexisten varios sistemas jurídicos en algunos casos con mayor o menor coincidencia y coordinación y ello determinara la interacción entre ellos.

En nuestra Región, en el continente americano, que es la Región en la que se registran la mayor cantidad de procesos de integración económica entre Estados, los ordenamientos jurídicos que asisten a los procesos de integración han tenido desarrollos disimiles.

---

<sup>6</sup>El Derecho Derivado del Mercosur, es decir, las Decisiones, Resoluciones y Directivas, son la forma de manifestarse jurídicamente por parte de los tres órganos decisorios, no existiendo ninguna manifestación del POP, acerca de la naturaleza de las mismas, ni tampoco al grado de prelación que pudiera existir entre ellas.

Podemos por ejemplo mencionar el Sistema de Integración Centro Americano (SICA) que ha conformado un sistema normativo, denominado como Derecho Comunitario Centroamericano. Derecho sustentado en un ordenamiento jurídico institucional propio sobre el que se sientan las bases de este derecho, criterio que la Corte Centroamericana de Justicia ha consolidado y enriquecido a través de sus sentencias.

En el caso de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), su ordenamiento jurídico se caracteriza, al igual que en el ordenamiento jurídico del SICA, por los principios de autonomía, primacía, aplicación inmediata, efecto directo. Las normas de la Comunidad Andina confieren derechos y obligaciones no sólo a los Países Miembros, sino también a los ciudadanos y a las empresas. El Derecho andino forma parte integrante del ordenamiento jurídico de cada uno de los países de la CAN, los cuales son los principales responsables de aplicar correctamente las normas comunitarias. Por lo tanto, los ciudadanos tienen derecho a exigir ante las autoridades nacionales y ante las instituciones subregionales que se cumplan los derechos y garantías conferidas por el ordenamiento jurídico de la CAN.

En el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) cuyo sistema jurídico hemos intentado analizar en páginas anteriores, destacando algunas de sus características que permiten identificarlo como un orden legislativo sui generis, que no alcanza a definir claramente su ordenamiento jurídico, ni el orden jerárquico de su normativa y que en ocasiones hace que resulte complicado o dificultoso conocer en el orden normativo mercosureño la vigencia y aplicabilidad de sus normas.

Sumado a esta confusión legislativa, la técnica jurídica también resulta poco clara dado que, por ejemplo, como sucedió con el Protocolo de Fortaleza que tuvo por objeto incorporar al Mercosur una legislación sobre competencia comercial, es decir una legislación que regulara una temática tan afín y relevante para los intercambios comerciales.

Logró su aprobación legislativa solo en dos Estados Parte del MERCOSUR en los cuales entro en vigor y no teniendo aun validez como norma MERCOSUR. Y finalmente dentro del ordenamiento jurídico Mercosur, tampoco logró estar vigente siendo este Protocolo, que como tal estaba destinado a formar parte del Derecho originario del

MERCOSUR, derogado por la resolución 43/10 que hizo retroceder el avance logrado en la materia delegando nuevamente dentro del espacio Mercosur la aplicación de la defensa de la competencia regional en poder de las autoridades nacionales.

Esta situación legislativa confusa da lugar a opiniones divergentes y no ayuda a preservar el acervo legislativo ni mucho menos a consolidar el ordenamiento jurídico del Mercosur.

Como vemos la dimensión jurídica de la integración asume un rol preponderante en los procesos de integración regional. Un sistema normativo sólido, confiable y transparente garantiza y da efectividad a las transacciones comerciales que se vuelven confiables a la mirada de los inversores y ante cadenas productivas y empresarias que quieran invertir en el espacio económicamente ampliado siempre que existan reglas claras.

Un orden jurídico contribuye a otorgar seguridad jurídica a todas y cada una de las acciones e interacciones dentro y fuera del territorio económica y políticamente ampliado donde los actores ya sean públicos o privados puedan sentirse respaldados por una normatividad acorde a sus actuaciones.

## VI. Consideraciones finales

Analizar la evolución y perspectiva de un proceso de integración regional significa poner atención en su grado de desarrollo y transformación, significa también tomar nota de las distintas circunstancias que provocaron que las cosas cambiaran para mejor o peor, pero nuestro análisis no estaría completo sino miramos hacia adelante para evaluar cuáles serán las consecuencias futuras del estado actual de las cosas.

Ante cualquier conclusión que intentemos esbozar hoy es necesario destacar la situación de crisis polifacética y generalizada por la que atraviesa el mundo a causa de un hecho inesperado y altamente disruptivo, como es una de las pandemias más expandidas y con altos grados de mortandad de este siglo, como la pandemia del corona virus. Pandemia que alteró la vida de los Estados en el mundo internacional de la misma manera que nuestra vida individual.

Pandemia que desordenó rápidamente nuestra organización como sociedad,

haciendo que pasáramos del mundo de las certezas y precisiones al paradigma de la incertidumbre.

Esta situación supone hoy un desafío radical a nuestro sistema de organización mundial, al estado de bienestar, a nuestra era de prosperidad económica, una, prosperidad inaudita (EDMUD PHELPS, 2013) y suponen también un desafío a la posición de liderazgo global donde la distribución y la legitimidad del poder vuelven a estar en primer lugar y el MERCOSUR claro no es ajeno a todo ello.

En este contexto el MERCOSUR cumple sus primeros 30 años de vida en medio de grandes interrogantes no solo sobre la consolidación del proceso de integración y el compromiso asumido en marzo de 1991, sino también porque en sus jóvenes 30 años necesita definir su futuro, necesita definir certezas e incertidumbres respecto de la marcha y funcionamiento de este proceso de integración regional.

Proceso que con el correr de los años y al cabo de muchos esfuerzos, no logró articular políticas convergentes para cumplir plenamente con los objetivos fijados al momento de integrarse.

En muchos de los seminarios y reuniones conmemorativas de este nuevo aniversario del MERCOSUR se expresaron conceptos, no muy alentadores sobre la continuidad del bloque integrado de países. Muchos piensan que el MERCOSUR está detenido en su avance, que se encuentra en una etapa de amesetamiento sostenido.

Fundamentalmente las críticas se encaminan a destacar el mal funcionamiento, la mala gestión y la falta de avance del universo económico, y muchos de ellos resultan parte de la realidad mercosureña dado que en estos 30 años no se pudo mantener un avance constante en ninguna de las áreas económicas. No logro consolidarse ampliamente la zona de libre comercio, mucho menos la Unión Aduanera, y seguimos en arduas negociaciones y discusiones sobre la formalización definitiva y la reducción del AEC7.

Brasil y Argentina han acordado por estos días una reducción del 10% en el Arancel Externo Común (AEC) que aplica MERCOSUR a las importaciones extrazona, que hoy pagan en promedio un 13%. Este primer acuerdo alcanza el 75% del universo

---

<sup>7</sup>AEC. Arancel Externo Común

arancelario del bloque y deja fuera a los sectores que no eran alcanzados por el AEC, como el automotor, el textil y el de calzado.

Se trata de la primera señal de distensión tras un año marcado por reclamos de mayor apertura comercial y amenazas de ruptura lanzadas sobre todo por Uruguay y Paraguay incluso por Brasil que suele ser más atenuado en sus reclamos públicos, situación que no acompañó a la actual Administración.

Sin embargo, si bien el primer borrador del acuerdo surgió de los dos actores de peso, el Mercosur no es un acuerdo bilateral entre Argentina y Brasil, la reducción debe ser aprobada ahora por los otros dos Estados Parte (Uruguay y Paraguay) y la decisión última como dijimos anteriormente debe seguir la regla del consenso y la unanimidad.

En definitiva, estos y otros instrumentos de política económica deben ser revisados para conseguir nuevamente un entendimiento conjunto y permitir la prosecución ordenada, con la urgencia necesaria que requiere el resolver problemas de fondo.

A lo largo de este año en que conmemoramos largamente el aniversario de nuestro proceso de integración regional, el MERCOSUR, se me presentaron tres interrogantes que he expuesto reiteradamente, interrogantes que se encaminan a definir un horizonte y que podrán darnos un diagnóstico situacional de la actualidad mercosureña y una posible proyección y perspectiva para mirar hacia adelante, hacia el futuro del Mercosur.

Entonces vuelvo a preguntarme, ¿Qué MERCOSUR tenemos? ¿Qué MERCOSUR queremos? ¿Qué MERCOSUR necesitamos?

A nuestro primer interrogante, tenemos hoy un MERCOSUR en crisis, una crisis de credibilidad en el proceso. Tenemos un Mercosur nacido a partir de las renovadas ideas economicistas de los años noventa, un MERCOSUR que creyó en el Mercado, y a partir de una firme voluntad política de los Estados participante proyectó crear un Mercado Común del Sur.

Una voluntad política motor de estos procesos de integración, una voluntad política que demostró que podríamos contar con un MERCOSUR exitoso. Un MERCOSUR que en sus primeros años de vida entre 1991 a 1994 avanzó

sostenidamente no solo en lo comercial sino en lo jurídico institucional. Baste recordar los importantes documentos que son hoy la base del Derecho originario del MERCOSUR y soportan su ordenamiento jurídico.

El Protocolo de Ouro Preto POP (1994) sobre estructura Institucional del Mercosur, que incorporó precisamente con la intensidad y firmeza de fortalecer el área económica y comercial a la Comisión de Comercio del MERCOSUR como uno de los tres órganos decisorios del bloque, teniendo la responsabilidad de velar por la aplicación de los instrumentos de política comercial común, acordados por los Estados Partes para la puesta en marcha de la unión aduanera.

Voluntad política que fortaleció y consolidó el espacio legislativo incorporando a la Comisión Parlamentaria Conjunta (CPC) creada tímidamente en el Tratado de Asunción y que cobró importancia con el progreso del proceso. Este reconocimiento y la firme decisión política que por esos tiempos llevó al convencimiento en cuanto a que una mayor representatividad ciudadana en el proceso integrativo contribuiría positivamente al impulso del mismo.

Se convirtió en un propósito que se llevó a cabo con éxito, en un primer momento con la incorporación de la CPC al organigrama Institucional del MERCOSUR, resultando de su labor la creación de un Parlamento del Mercosur (2007) parte hoy del organigrama institucional del Mercosur. Parlamento cuyos representantes, al menos en la letra de su Protocolo Constitutivo, son elegidos por el voto directo universal y secreto por los ciudadanos de cada uno de los Estrados Parte.

Sin olvidarnos del Protocolo de Brasilia para la solución de controversias que constituyó un gran avance al poder contar con un Tribunal ad-hoc e incorporar una etapa jurisdiccional al sistema de solución de controversias del MERCOSUR.

Como vemos la voluntad política es un elementado esencial sobre todo en estos procesos intergubernamentales que son aquello que los Estados quieren que sean. Hoy esa falta de voluntad política coincidente hace que el MERCOSUR atraviese un periodo de crisis, principalmente una crisis de credibilidad en el proceso. Si bien es cierto que las crisis son parte consustancial de estos procesos de integración, si no se cuenta con los métodos apropiados y la voluntad política pueden convertirse en crisis difíciles y a veces imposibles de ser superadas.

¿Qué MERCOSUR necesitamos? Ha llegado el momento de restaurar la confianza, reforzar con seriedad el compromiso regional a través de una planificación estratégica conjunta, y ello no significa solo establecer una meta a donde se quiere llegar. Nos hemos preguntado durante estos 30 años, si construiremos definitivamente una zona de libre comercio acabada terminada y allí termina el proceso, o si seguiremos adelante un paso más hacia la Unión Aduanera, o si construiremos finalmente el Mercado Común del Sur.

Preguntas aun sin respuestas y sin un compromiso serio para tratar de responderlas. Ante estos interrogantes, la congestión de metas y la existencia de estrategias contrastantes, deben sí, todos los Partes del MERCOSUR, tener una dirección congruente para conducir el proceso en el cual se encuentran comprometidos. Seguir adelante con pautas claras a partir de las cuales los Estados puedan evaluar una continuidad ordenada del proceso integrador.

Para finalizar cito palabras de cierre de la Presidenta de la Comisión Europea Ursula Von der Leyen en su discurso de la Sesión Plenaria del Parlamento Europeo del 16 de septiembre de 2020: “Cuando tuvimos que hallar una solución para nuestro futuro, no permitimos que las viejas convenciones nos retuvieran. “Cuando todo a nuestro alrededor se volvía frágil, aprovechamos para insuflar nueva vitalidad en nuestra Unión. Cuando tuvimos la opción de actuar en solitario como habíamos hecho en el pasado, utilizamos la fuerza conjunta de los veintisiete para dar a los veintisiete una oportunidad de futuro. Demostramos que estamos juntos en esta situación y juntos saldremos de ella” ... “El futuro será lo que de él hagamos. Y Europa será lo que queramos que sea. Así que dejemos de infravalorarla y pongámonos manos a la obra. Hagámosla fuerte. Y construyamos el mundo en el que queremos vivir. ¡Viva Europa”.

El MERCOSUR será lo que los Estados participante quieran hacer con este proyecto conjunto. El Mercosur será lo que los Estados Parte se propongan con firmeza y con claridad que este sea, Es necesario que todos unidos en conjunto pongan manos sobre esta obra que ya cuenta 30 años de construcción, para consolidar lo empezado, un Mercosur con bases firmes donde todos podamos vivir mejor.

Feliz Aniversario, hago votos por un MERCOSUR Mejor.

## Bibliografía

- ACOSTA ESTEVEZ, José B. (2004). El derecho internacional, el derecho comunitario europeo y el proyecto de constitución europea. *En Jean Monnet/Robert Schuman Paper*, Series Vol. 4 No. 3, Miami, Florida.
- BERTONI, Liliana. (2014). *Competition Law: Mercosur*. Países Bajos: Kluwer Law International.
- GARZÓN LÓPEZ, Pedro. (2014). Pluralismo jurídico. *En Revista En Cultura De La Legalidad*, 186-193.
- PHELPS, Edmund. (2017). *Una Prosperidad Inaudita*. Barcelona: Ed. RBA Libros.
- SALAZAR GRANDE, Cesar. E. y ULATE CHACÓN, Enrique.N. (2013). *Manual de derecho comunitario centroamericano*. 2º Edición, San Salvador: Offset Ricaldone.
- WOLKMER, Antonio C. (2018). *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*. Madrid: Editorial Dykinson.

## Treinta años del MERCOSUR: caminos recorridos y hoja de ruta para la solución de controversias inversor-Estado

Thirty years of MERCOSUR: paths travelled and a roadmap for investor-State dispute settlement

Por Dra. Magdalena Bas

**Resumen** Durante los treinta años del MERCOSUR, el bloque y sus miembros han atravesado diferentes etapas en relación con el régimen de solución de controversias inversor-Estado, desde la fragmentación a la construcción de normas regionales. La actual crisis de legitimidad del régimen es interpelada por la pandemia por covid-19, con críticas y acciones que se originan tanto en el Sur Global como el Norte Global. A la luz de lo anterior, esta pieza busca contestar a las siguientes preguntas guía: 1) ¿Cuál es el mapa de situación de los miembros del MERCOSUR en torno al régimen de solución de controversias inversor-Estado?; 2) ¿Qué camino de construcción regional ha recorrido el bloque? ¿Constituye el Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones un punto de inflexión?; 3) ¿Qué opciones debería incluir una nueva hoja de ruta en tiempos de covid-19?

**Palabras clave:** MERCOSUR; solución de controversias inversor-Estado; Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones; espacio de política pública.

**Abstract** During the thirty years of MERCOSUR, the bloc and its members have gone through different stages in relation to investor-State dispute settlement regime, from fragmentation to the construction of regional regulations. The current legitimacy crisis of the regime is challenged by the covid-19 syndemic, with criticisms and actions originating from both the Global South and the Global North. Considering the above, this piece aims to answer the following guiding questions: 1) What is the situation map of MERCOSUR members regarding the investor-State dispute settlement regime?; 2) What path of regional construction has the bloc travelled? Is the Investment Cooperation and Facilitation Protocol a turning point?; 3) What options should a new roadmap include in times of covid-19 syndemic?

**Keywords:** MERCOSUR; investor-state dispute settlement; Cooperation and Facilitation Investment Protocol; policy space.

Fecha de recepción: 01/10/21  
Fecha de aceptación: 22/10/21

Esta obra se publica bajo licencia Creative Commons 4.0 Internacional. (Atribución-No Comercial-Compartir Igual)



## Treinta años del MERCOSUR: caminos recorridos y hoja de ruta para la solución de controversias inversor-Estado

Por Dra. Magdalena Bas\*

### I. Punto de partida

El régimen de solución de controversias inversor-Estado se encuentra en medio de una crisis de legitimidad, tanto en el sentido jurídico como sociológico que propone KEOHANE (2006). La retirada de la hiperglobalización (RODRIK, 2012) podría explicar, en parte, la crisis de un régimen que tiene su auge en pleno apogeo globalizador. Sin embargo, las raíces son más profundas aún: críticas que tienen origen desde Estados tanto del Sur Global como del Norte Global, sumado a las observaciones desde instituciones típicas de la gobernanza del régimen.

Así, en el año 2003, el Informe sobre las inversiones en el mundo de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD por su sigla en inglés) trae al debate el condicionamiento por parte de los mecanismos de solución de controversias inversor-Estado del espacio de política pública, cuya base es el derecho de regular<sup>1</sup>, una prerrogativa soberana. Por consiguiente, el informe marca la eventual tensión entre dos ideas fuerza: la liberalización del mercado en materia de inversiones y la necesidad de los Estados de regular (GHIOTTO, 2017, p.69).

Si se coloca el lente a escala regional, la situación del MERCOSUR a treinta años de su creación muestra momentos de apego a las tendencias internacionales y otros de construcción regional en clave de contestación o separación de los principios tradicionales del régimen de solución de controversias inversor-Estado. La expansión de la

---

\* Investigadora posdoctoral del Instituto de Derechos Humanos y Empresas de la Universidad de Monterrey (México). Doctora en Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de La Plata (Argentina). Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (Uruguay). E-mail: maria.bas@udem.edu

<sup>1</sup> Conforme a Titi (2014, 18), el derecho de regular es lo que permite que el Estado receptor de la inversión pueda regular aun en contra de los compromisos internacionales asumidos, sin necesidad de compensar por su conducta.

covid-19 a nivel global, los debates en torno al acceso a las vacunas y las leyes sancionadas en Argentina<sup>2</sup> y Paraguay<sup>3</sup> para su adquisición y producción, sumado al registro de la primera controversia contra medidas de cierre de fronteras y cuarentena en Chile (caso ADP y Vinci Airports), evidencian la pertinencia de repensar los mecanismos arbitrales inversor-Estado.

Con estas ideas en mente, esta pieza busca contestar a las siguientes preguntas guía: 1) ¿Cuál es el mapa de situación de los miembros del MERCOSUR en torno al régimen de solución de controversias inversor-Estado?; 2) ¿Qué camino de construcción regional ha recorrido el bloque? ¿Constituye el Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones un punto de inflexión?; 3) ¿Qué opciones debería incluir una nueva hoja de ruta en tiempos de sindemia<sup>4</sup> por covid-19?

## II. Mapa de situación: los miembros del MERCOSUR frente al régimen de solución de controversias inversor-Estado

Después de una etapa dominada por la doctrina Calvo y el “no de Tokio” en el que los Estados Latinoamericanos votaron en contra del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio de Washington), el ingreso a la década de los noventa se caracteriza por la inserción obediente a la globalización (TUSSIE y RIGGIROZZI, 2018) y el seguimiento de los postulados del consenso de Washington. Entre estos, se destaca la celebración de acuerdos internacionales de inversión (AII)<sup>5</sup>, particularmente tratados bilaterales de

---

<sup>2</sup> Ley 27.573: “Ley de vacunas destinadas a generar inmunidad adquirida contra el covid-19”, 29 de octubre de 2020. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/340000-344999/343958/norma.htm>

<sup>3</sup> Ley 6707: “Que declara bien público la investigación, desarrollo, fabricación y adquisición para la distribución gratuita a la población de las vacunas contra el COVID-19”, 14 de enero de 2021. <https://alertas.directoriolegislativo.org/wp-content/uploads/2021/01/Ley-6707.pdf>

<sup>4</sup> El concepto de sindemia es originalmente empleado por Singer (2009) y Horton (2020) lo recupera para incluir en el análisis de la covid-19 los factores económicos y sociales además del patógeno, que coadyuvan a su expansión y son efecto de la emergencia sanitaria.

<sup>5</sup> Tratados bilaterales de inversiones, tratados de libre comercio con capítulos de inversiones, acuerdos plurilaterales con capítulos de inversiones como el Tratado de la Carta de la Energía, etc.

inversión (TBI), y la apertura a capitales externos. En materia de solución de controversias inversor-Estado, en los inicios del Mercosur tanto el bloque como sus miembros siguieron la tendencia a la firma de TBI.

Los acuerdos de inversiones y los mecanismos de solución de controversias inversor-Estado constituyen una respuesta a los pedidos de redistribución, reconocimiento y garantía de los derechos de los inversores en el extranjero (PERRONE, 2021, p.2013). En otros términos, son instrumentos que permiten compensar los riesgos no comerciales en la inversión extranjera, particularmente en Estados en desarrollo, por ejemplo los cambios en el Derecho interno que conlleven efectos negativos en las inversiones extranjeras, y así generar un clima propicio de seguridad jurídica y política (DE AZEVEDO, 2001, p.4)<sup>6</sup>. Al mismo tiempo, el fracaso en la negociación del Acuerdo Multilateral de Inversión, auspiciado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo<sup>7</sup>, también contribuye a consolidar la tendencia a la celebración de acuerdos bilaterales.

Es en este contexto que Argentina, Paraguay y Uruguay inician un proceso de negociación de TBI y adhesión al Convenio de Washington. Si bien en la década de los noventa Brasil firma catorce TBI<sup>8</sup>, cuando seis de ellos arriban al Congreso para su aprobación, el Grupo de Trabajo Interministerial creado para su estudio, concluye en la conveniencia de su retiro. El argumento central es que los acuerdos son contrarios a disposiciones constitucionales, particularmente el artículo 34 numeral 4 que establece la igualdad entre nacionales y extranjeros. Los TBI, al incluir la facultad del inversor extranjero de iniciar arbitrajes contra el Estado receptor de la inversión, vulneraría esta norma privilegiando al inversor extranjero sobre el nacional, que no cuenta con tal facultad (DE AZEVEDO, 2001, p.9).

---

<sup>6</sup> Si bien los Estados desarrollados impulsaron la construcción del régimen internacional de inversiones, los emprendedores normativos también fueron empresarios, banqueros y abogados (personas físicas) que propulsaron la creación de un sistema jurídico para la protección de sus capitales en el exterior en las décadas de los cincuenta y sesenta. El sistema finalmente se consolida en la década de los noventa. En este sentido, véase Perrone (2021), particularmente el capítulo 2.

<sup>7</sup> Último borrador disponible en: <http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987r1e.pdf>

<sup>8</sup> TBI con Alemania; Bélgica y Luxemburgo; Chile; República de Corea; Cuba; Dinamarca; Finlandia; Francia; Italia; Países Bajos; Portugal; Reino Unido; Suiza; Venezuela.

Siguiendo la tipología de Estados frente al régimen de solución de controversias de BAS VILIZZIO (2015, 2016, 2019), Brasil es un externo al no contar con TBI en vigor no haber adherido al Convenio de Washington. Desde el año 2015, Brasil celebra un nuevo modelo de acuerdo de cooperación y facilitación de inversiones (ACFI) que dentro de su articulado no cuenta con prórroga de jurisdicción a favor del arbitraje inversor-Estado sino mecanismos de prevención de disputas Estado-Estado, mediante la intervención de Puntos Focales en cada Estado y un Comité Conjunto. Conforme a datos del *Investment Policy Hub* de la UNCTAD, a septiembre de 2021, Brasil celebró 13 ACFI con Estados del Sur Global de los cuales dos están en vigor.

El resto de los Estados originarios del Mercosur son miembros del régimen, figura residual caracterizada por la firma de TBI y adhesión al Convenio de Washington, siendo Argentina el Estado con mayor número de acuerdos celebrados y en vigor (véase tabla 1). En cuanto a Venezuela (suspendido) y Bolivia (Estado en proceso de adhesión) son disidentes, dado que terminaron todos o parte de sus TBI en vigor y se retiraron del Centro de Arreglo de Disputas relativas a Inversiones (CIADI) en 2012 y 2007, respectivamente. El cambio de posición es motivado por aspectos coyunturales, particularmente las controversias en su contra en sectores estratégicos o sensibles<sup>9</sup>, y las nuevas disposiciones constitucionales en el caso de Bolivia (reforma de 2009) que prevé que las controversias deben someterse a los tribunales bolivianos (cláusula de aislamiento absoluto en términos de Cervantes, 2017).

Tabla 1: Acuerdos Internacionales de Inversiones por Estado

Estatus en el Mercosur	TBI celebrados	TBI en vigor	TBI terminados <sup>10</sup>	ACFI celebrados	ACFI en vigor
<b>Miembro</b>	61	49	6	-	-
<b>Miembro</b>	14	0	0	13	2
<b>Miembro</b>	26	22	1	-	-
<b>Miembro</b>	36	30	4	-	-
<b>En proceso de adhesión</b>	23	6	16	-	-

<sup>9</sup> A modo de ejemplo pueden señalarse los casos Aguas del Tunari contra Bolivia (CIADI caso número ARB/02/3) vinculado al acceso al agua potable y saneamiento en Cochabamba, y Conoco Phillips contra Venezuela (CIADI caso número ARB/07/30) en el sector hidrocarburos.

<sup>10</sup> Dentro de esta categoría se incluyen los acuerdos terminados por denuncia unilateral, no renovación al concluir el plazo, y derogados por un acuerdo posterior entre las mismas partes.

Estatus en el Mercosur	TBI celebrados	TBI en vigor	TBI terminados <sup>10</sup>	ACFI celebrados	ACFI en vigor
<b>Miembro suspendido</b>	30	25	2	-	-

Fuente: Elaboración propia en base a datos del Investment Policy Hub de la UNCTAD, al 20 de septiembre de 2021.

Dentro del MERCOSUR no hay Estados confrontadores, esto es, aquellos que contestan las normas del régimen sin abandonarlo, esto es, no se convierten en disidentes. Conforme a WIENER (2014, 2017), en Relaciones Internacionales, la contestación refiere a un amplio espectro de prácticas sociales que, desde el discurso, desapruueba las normas. La autora distingue cuatro contextos o escenarios en los que se cristaliza la contestación, predominando en cada uno de ellos un modo típico de contestación: 1) los procesos jurisdiccionales en los tribunales, 2) la deliberación en los regímenes u organizaciones internacionales, 3) la contienda en los movimientos de protesta, y 4) la justificación en las comunidades epistémicas. En la tipología de Bas Vilizzio en torno a la posición de los Estados respecto al régimen de solución de controversias inversor-Estado, los confrontadores se manifiestan al interior del régimen internacional, expresándose mediante la introducción de cambios o nuevas legalidades que critican y hasta quiebran los preceptos básicos del régimen, a pesar que no lo abandonan.

Dada la originalidad de esta postura, es pertinente realizar un breve análisis de algunos ejemplos que presenta la cartografía global de AII. El primer caso es el de la Unión Europea con el Acuerdo de terminación de los TBI entre 23 de sus miembros (2020), instrumento jurídico que surge como consecuencia del cambio de posición de las instituciones comunitarias a raíz de los casos Micula contra Rumania (CIADI caso número ARB/05/20<sup>11</sup>) y Achmea (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, procedimiento prejudicial, asunto C-284/16<sup>12</sup>). Este último constituye un momento decisivo

<sup>11</sup> Decisiones y otros documentos disponibles en: <https://www.italaw.com/cases/697>. Decisión de la Comisión Europea 2015/1470 sobre la ilicitud de la indemnización en el caso Micula disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32015D1470>

<sup>12</sup> Texto de la sentencia disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62016CJ0284>

en el régimen dado que el tribunal concluye que los mecanismos de arbitraje inversor-Estado son contrarios al Derecho de la Unión cuando involucran a un Estado miembro y a un inversor de otro Estado miembro. Sin embargo, en lo que respecta a mecanismos en acuerdos con Estados extra-Unión Europea, no se visualiza intención de terminar los TBI en vigor. Incluso el Tribunal de Justicia se ha pronunciado a favor de la compatibilidad del sistema de tribunales de inversión previsto en el Acuerdo Económico y Comercial Global entre la Unión Europea y Canadá con el Derecho de la Unión (dictamen 1/17<sup>13</sup>)<sup>14</sup>.

Se ven indicios de contestación del régimen en Nueva Zelanda, que a través de notas reversales excluyó de las relaciones bilaterales con Australia, Brunei Darussalam, Malaysia, Perú y Vietnam las disposiciones del Acuerdo de Asociación Transpacífica relativas a los mecanismos de solución de controversias inversor-Estado. También es el caso de la India, que a consecuencia de la controversia White Industries (arbitraje bajo Reglas Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) en territorio de Singapur)<sup>15</sup> se embarca en la terminación por no renovación de 61 TBI y la renegociación de 25 que no habían completado el plazo inicial. La preocupación de los efectos del arbitraje inversor-Estado sobre los poderes regulatorios del Estado y la consecuente búsqueda de un balance entre los derechos de los inversores extranjeros y el desarrollo (NEDUMPARA, 2018), lleva a la elaboración de un nuevo modelo de acuerdo (2016) caracterizado por un complejo sistema para el acceso al arbitraje internacional inversor-Estado.

---

<sup>13</sup> Texto disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=215650&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=12661214>

<sup>14</sup> Si bien excede los objetivos de este trabajo, puede considerarse parte del “efecto Bruselas” (Bradford, 2020) el sistema de tribunales de inversiones propuesto en los acuerdos bilaterales de la Unión Europea (con Canadá, modernización del Acuerdo Comercial con México, Acuerdo de Inversiones con Singapur, Acuerdo de Inversiones con Vietnam) y con autorización para negociar un tratado que constituya un tribunal a nivel multilateral (Consejo, Documento 12981/17).

<sup>15</sup> Laudo disponible en: <https://www.italaw.com/cases/documents/1170>

Más recientemente, otra pieza innovadora es el Tratado de Libre Comercio entre Reino Unido y Australia (Acuerdo en principio, 2021)<sup>16</sup>, puesto que no incluye mecanismos de solución de controversias inversor-Estado dentro de su capítulo de inversiones y vincula a dos Estados del Norte Global.

### III. El MERCOSUR en su trigésimo aniversario: ¿construcción regional como punto de inflexión en la cartografía internacional de protección de inversiones?

Los vaivenes en las posturas individuales de los miembros fundadores del MERCOSUR también son materializados en los avances de la construcción regional. La etapa de auge del consenso de Washington coincide con la adopción del texto del Protocolo para la promoción y protección recíproca de inversiones en el MERCOSUR (Protocolo de Colonia), anexo a la decisión del Consejo Mercado Común 11/93. Sin embargo, no entra en vigor, ya que solo es aprobado internamente por Argentina.

El Protocolo de Colonia sigue la estructura tradicional de los TBI, la cual usualmente presenta en cuatro partes: 1) las normas generales sobre inversiones (definiciones, trato nacional, cláusula de la nación más favorecida, trato justo y equitativo); 2) protección de inversiones (compensación por expropiación, libre transferencia de capitales al exterior); 3) excepciones, entrada en vigor; 4) solución de controversias (SALACUSE, 2010). En cuanto al último punto, para la solución de controversias inversor-Estado, el protocolo prevé prórroga de jurisdicción al CIADI o un tribunal ad hoc bajo las Reglas de Arbitraje de la UNCITRAL.

El otro instrumento jurídico de interés en la cartografía de la construcción regional de un régimen de solución de controversias inversor-Estado es el Protocolo sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Provenientes de Estados no Partes del MERCOSUR (Protocolo de Buenos Aires), anexo a la decisión del Consejo Mercado Común 11/94. SUÑÉ Y DE VASCONCELOS (2013, p.210) argumentan que el objetivo del acuerdo es “armonizar los principios jurídicos generales que serían aplicados por cada uno de los Estados miembros a las inversiones provenientes del exterior

---

<sup>16</sup> Texto no disponible. Véase Webb (2021: 4).

del conjunto de territorios nacionales para que no se creasen diferencias que permitiesen distorsiones en el flujo de capitales". En definitiva, el instrumento cristaliza la demanda de certeza jurídica y reducción de riesgos políticos para el inversor de nacionalidad extrazona MERCOSUR.

El Protocolo de Buenos Aires sigue una estructura similar a los TBI, salvo por la ausencia de cláusulas de trato nacional y nación más favorecida, y en materia de solución de controversias inversor-Estado da la opción entre la jurisdicción doméstica o el arbitraje internacional ad hoc o en una institución internacional. Este instrumento jurídico es aprobado internamente por Argentina, Paraguay y Uruguay, pero no por Brasil, fiel a su tradicional postura. En consecuencia, tampoco entra en vigor.

Culminado el auge del consenso de Washington, no se identifican nuevos intentos regulatorios hasta el año 2017 cuando los miembros originarios del Mercosur firman el Protocolo de cooperación y facilitación de inversiones intra-Mercosur (PCFI), anexo a la decisión del Consejo Mercado Común 03/17. Este deroga la decisión 11/93 en cuyo anexo se encontraba el Protocolo de Colonia, derogación a texto expreso que despeja cualquier duda al respecto ya que entre ambos instrumentos existe una diferencia sustancial: el PCFI no incluye en su articulado mecanismos de solución de controversias inversor-Estado como sí lo hacía su antecesor. Su entrada en vigor, prevista a los 60 días del depósito en Paraguay del segundo instrumento de ratificación, se cumple el 30 de julio de 2019 para Uruguay y Brasil, y para Argentina el 24 de noviembre de 2020.

El PCFI regula ocho temas centrales: Trato de la inversión; Protección de inversiones por parte del Estado receptor; Excepciones a la responsabilidad del Estado receptor; Obligaciones de los inversores; Gobernanza institucional; Prevención y solución de controversias entre Estados; Agenda para cooperación y facilitación de inversiones; Disposiciones relativas a la duración y vigencia. En cuanto a las disputas Estado-Estado, se resaltan los medios alternativos para su prevención mediante la participación de una Comisión, y mecanismos para su solución que excluyen aquellas medidas adoptadas por los Estado relativas a responsabilidad social empresarial, medidas de lucha contra la corrupción y la legalidad, medio ambiente, asuntos laborales y

salud. Asimismo, en última instancia podría activarse el sistema de solución de disputas previsto en el Protocolo de Olivos.

El PCFI sigue el modelo ACFI de Brasil así como la tendencia a la previsión de excepciones para proteger el espacio de política pública en torno a temas de interés general o sensibles como la protección del medio ambiente o la salud pública. Estas excepciones no son previstas en la mayoría de los TBI, que fueron celebrados en la década de los noventa, hecho que entraña el riesgo de un aumento de demandas en situaciones como la emergencia sanitaria desatada por la covid-19, como explica la UNCTAD (2020). Por consiguiente, el PCFI no solo es innovador a nivel regional sino también global y presenta respuestas a la crítica basada en la vulneración del espacio de política pública por parte de los AII.

En este punto cabe señalar que el reclamo de ampliar el espacio de política pública tiene diferentes matices en el Sur Global y el Norte Global. RATTON SANCHEZ BADIN y MOROSINI (2018, p.33) explican que mientras en el Norte el debate busca corregir las externalidades negativas mediante excepciones de salud, seguridad y medio ambiente, en algunos países del Sur se siguen principios arraigados constitucionalmente. Un ejemplo ajeno al Mercosur puede ser ilustrativo. En seguimiento de los preceptos de la Constitución postapartheid (1996), a fin de lograr la equidad en el acceso a la explotación de los recursos mineros en Sudáfrica, especialmente para ampliar las oportunidades hacia los grupos históricamente desfavorecidos durante el apartheid, conducen al caso Piero Foresti (CIADI caso ARB(AF)/07/01)<sup>17</sup>. Si bien el arbitraje culmina por acuerdo de partes, este fue el catalizador para la terminación de diez TBI y la revisión de la ley de inversiones<sup>18</sup>.

Ahora bien, ¿constituye el Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones un punto de inflexión? En parte sí, ya que el PCFI avance en la construcción regional, no prevea mecanismos arbitrales inversor-Estado, o establezca normas innovadoras respecto a las disputas Estado-Estado, no cambia que Argentina, Paraguay y Uru-

---

<sup>17</sup> Decisiones y otros documentos disponibles en: <https://www.italaw.com/cases/446>

<sup>18</sup> Cabe señalar que en estos casos el reforzamiento del Derecho Interno suele ser un canal para sustituir los acuerdos internacionales existentes (Bernasconi-Osterwalder, 2015: 7).

guay siguen siendo miembros del régimen bajo análisis. Por tanto, los inversores extranjeros continúan teniendo una vía para hacer valer sus derechos en caso que entiendan que fueron vulnerados, con escasas o nulas excepciones.

#### **IV. Solución de controversias inversor-Estado en la era covid-19: ¿hacia una nueva hoja de ruta para el MERCOSUR?**

La expansión de la covid-19 a escala global derivó en la adopción de medidas para atenuar y/o controlar los efectos sanitarios, sociales y económicos del virus. Especialmente durante el año 2020, las medidas fueron desde el estricto aislamiento social, cierre de fronteras, cuarentenas y control sanitario (realización de uno o más *tests* de diagnóstico, exigencia del esquema completo de vacunación, etc.) al ingreso al territorio, hasta medidas vinculadas a la enseñanza en línea, el teletrabajo, el cierre o restricción de horarios de las actividades comerciales, entre otras<sup>19</sup>.

Si bien en una primera instancia las mencionadas medidas no parecen tener una relación directa con la solución de controversias inversor-Estado, los antecedentes indican que políticas vinculadas a la salud pública han sido contestadas por inversores extranjeros. En este sentido, en el reporte de la UNCTAD sobre inversiones y salud pública, detalla que se conocen al menos 33 controversias vinculadas a políticas de salud: control del tabaco, acceso al agua potable y saneamiento, propiedad intelectual de medicamentos, entre otros tópicos (UNCTAD, 2021). Asimismo, al no existir normas internacionales que regulen las pandemias o sindemias<sup>20</sup>, la aplicación del estado de necesidad como eximente de la responsabilidad internacional del Estado (artículo 25 de la Resolución AG/56/83) o la necesidad de postergar los plazos prevista queda a interpretación de los tribunales arbitrales.

Ahora bien, en un mundo globalizado, cualquier cambio significativo a nivel internacional requerirá necesariamente la cooperación entre los Estados (Perrone,

---

<sup>19</sup> Para un análisis sobre la relación entre las medidas adoptadas en el marco de la sindemia por covid-19 y la solución de controversias inversor-Estado, véase: Bas Vilizzio (2020).

<sup>20</sup> En la reunión del 31 de mayo de 2021 de la Asamblea Mundial de Salud (Organización Mundial de la Salud), los miembros decidieron iniciar el debate de un tratado sobre la prevención y preparación ante pandemias, en la sesión extraordinaria de noviembre de 2021.

2020: 3), por tanto, el rol de los Estados es fundamental para propiciar diferentes acciones que permitan cambios significativos en el régimen de solución de controversias inversor-Estado, especialmente en tiempos excepcionales. Los espacios de integración regional pueden ser el ámbito de contestación de normas globales e incluso creación de nuevas legalidades, como en el caso de los ya mencionados Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones en el Mercosur o el Acuerdo para la terminación de los tratados bilaterales de inversión entre los Estados miembros de la Unión Europea.

Independientemente de los procesos de reforma del régimen en el marco de la UNCTAD o el Grupo de Trabajo III de la UNCITRAL, para hacer frente a la pandemia por covid-19, este artículo propone una nueva hoja de ruta que prevea alguna de las siguientes posibilidades para el corto y mediano plazo: 1) una moratoria sobre las disputas pendientes de resolución y una restricción a las reclamaciones futuras relacionadas con las medidas adoptadas para paliar la covid-19; 2) introducción de contrademandas o demandas reconventionales como regla general; 3) una consagración directa y general del derecho a regular; 4) un elenco determinado y excluyente de áreas o políticas públicas a ser excluidas.

La primera opción, en tiempos de pandemia por covid-19 resulta imprescindible. Con el fin de asignar mayores recursos presupuestarios para hacer frente a la crisis sanitaria, así como sus efectos sociales y económicos, desde la academia (COLUMBIA CENTER FOR SUSTAINABLE INVESTMENT, 2020; GALLAGHER Y KOZULWRIGHT, 2020) así como la sociedad civil (ACAFREMIN y otros, 2020) se ha propuesto una restricción a futuras reclamaciones relacionadas con las medidas sanitarias, sociales y económicas adoptadas a los efectos de hacer frente a la propagación del virus. Si bien esta opción puede ser considerada temporal, esto es, mientras se desarrolle la pandemia, o intermedia ya que no resuelve la crisis de legitimidad del régimen, al tratarse de una medida a corto plazo es relevante para resolver problemas específicos y urgentes.

En este sentido, una moratoria generalizada permitiría que las solicitudes de suspensión o prórroga de plazos no sean estudiadas para cada caso concreto, como en las controversias Orlandini contra Bolivia (Corte Permanente de Arbitraje, caso nú-

mero 2018-39)<sup>21</sup> y Glencore contra Bolivia<sup>22</sup> (Corte Permanente de Arbitraje, caso número 2016-39). Por otra parte, una restricción en el acceso al arbitraje internacional por medidas adoptadas para controlar o paliar los efectos de la covid-19, evitaría demandas como la presentada por las principales accionistas de la Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel del Aeropuerto de Santiago de Chile (Arturo Merino Benítez), las empresas de origen francesas ADP y Vinci Airports (CIADI caso número ARB/21/40<sup>23</sup>). Las empresas cuestionan las medidas de cierre de fronteras y cuarentena, que determinaron una caída en el tráfico aéreo con pérdida de 19 rutas, cancelación de cerca de 600 vuelos semanales y disminución del 70% de los pasajeros (INTERNATIONAL INSTITUTE FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT, 2021). Asimismo, conforme al comunicado de la Subsecretaría de Relaciones Internacionales de Chile (2021), los inversores reclaman “que el Estado debía haber adoptado medidas particulares en beneficio exclusivo de la Concesionaria, para aliviar la baja temporal de ingresos”. La demanda es registrada por la Secretaria General del CIADI en fecha 13 de agosto de 2021, solicitando una indemnización de 37 millones de dólares.

La segunda opción es introducir como regla general del régimen la facultad de presentar contrademandas o demandas reconventionales<sup>24</sup>. Si bien en el artículo 46 del Convenio de Washington está previsto que los tribunales ad hoc entiendan sobre las eventuales demandas reconventionales, al no tratarse de la regla general “ubica a los Estados en una situación de indefensión” conforme a BAS VILIZZIO y MICHELINI (2019, p.57). Las contrademandas constituyen una instancia para hacer valer los derechos humanos y defender la soberanía, al tratarse de un canal para que el Estado

---

<sup>21</sup> Orden de procedimiento número 7. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11453.pdf>

<sup>22</sup> Orden de procedimiento número 11. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11514.pdf>

<sup>23</sup> Información disponible: <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/21/40>

<sup>24</sup> Las reglas básicas son: 1) el inversor extranjero tiene *locus standi* y *jus standi*; 2) se prevé un período enfriamiento (*cooling-off period*) previo al inicio del arbitraje internacional; 3) el agotamiento de los recursos domésticos no es la regla general sino la excepción; 4) las disputas son resueltas por tribunales *ad hoc*; 5) no está prevista una instancia de apelación; 6) la cláusula de nación más favorecida es aplicable a la solución de controversias; 7) las cláusulas de permiten la presentación de reclamos incluso después de que los AII sean terminados. Para un análisis más detallado, puede verse: Bas Vilizzio (2018).

pueda solicitar una indemnización por los daños causados por los inversores extranjeros. De esta manera, la propia arquitectura del régimen podría volverse en contra de los inversores extranjeros (ABEL, 2016), teniendo por efecto una reducción en el número de reclamaciones.

Las dos opciones siguientes implican cambios sustanciales ya sea mediante la modernización de los acuerdos en vigor o la creación de nuevas legalidades que reconozcan expresamente el derecho de regular, corazón del espacio de política pública. Si se analiza el tema desde el lente de la teoría de la vulnerabilidad de FINEMAN (2010, 2018), coadyuvar a la construcción de resiliencia por parte de las instituciones estatales requiere que los Estados cuenten con suficiente espacio de política pública. El reconocimiento del derecho a regular no es una innovación en el sistema. De hecho, una de las formas más habituales para su incorporación es su mención en el preámbulo de los acuerdos, buscando equilibrar el régimen mediante referencias generales o específicas en áreas de interés no económico (MOURAL, 2016: posición 5233 - 5241). Por ejemplo, algunos ACFI contienen disposiciones en este sentido<sup>25</sup>. Sin embargo, los ACFI no incluyen mecanismos de solución de controversias inversor-Estado.

A diferencia de los anteriores, el TBI Marruecos-Nigeria incluye arbitraje inversor-Estado. Su preámbulo reafirma el derecho a regular y adoptar medidas internas en materia de inversiones para el logro de sus objetivos de políticas públicas. Adicionalmente, bajo el título “Inversiones y medio ambiente” (artículo 13), reconoce expresamente el derecho a actuar con discrecionalidad en la regulación, cumplimiento, investigación, persecución y toma de decisiones en materia ambiental. La relevancia de las mencionadas normas está en el reconocimiento de que la protección del medio ambiente puede ser una prioridad sobre la inversión extranjera con un amplio margen discrecional (KENDRA, BRADSHAW Y KABBOURI, 2017).

Finalmente, una opción más profunda es la exclusión de una lista de políticas públicas o áreas de regulación a ser protegidas y por tanto no ser susceptibles de de-

---

<sup>25</sup> Se trata de los ACFI celebrados por Brasil con Mozambique, Angola, Malawi, Perú, Etiopía, Surinam, Guyana y Emiratos Árabes Unidos en los que se reconoce expresamente la facultad de los Estados de implementar políticas públicas.

mandas de inversores extranjeros. Esta es una forma de retomar el balance entre Estados y mercado, en términos de Strange (1996). Este nuevo equilibrio no significa que los Estados deban seguir una tendencia hacia una menor regulación internacional a fin de proteger su espacio de política pública. El corazón del problema reside en crear normas que no limiten el espacio de política pública y permitan a las instituciones estatales generar andamiaje para reducir la vulnerabilidad.

## V. Reflexiones finales

A lo largo de los treinta años del Mercosur, el bloque y sus miembros han surcado diferentes etapas en el régimen de solución de controversias inversor-Estado. Si bien el mosaico regional actual es una muestra de la fragmentación y los desacuerdos en las posiciones individuales frente a los TBI y el Convenio de Washington, la construcción regional posterior al apogeo del consenso de Washington da cuenta de avances e innovaciones en respuesta a la crisis de legitimidad del régimen.

La pandemia por covid-19 interpela a los Estados, tanto a nivel individual, como regional. En materia de arbitrajes inversor-Estado, el 2020 representó un aumento en el número de demandas registradas (68) respecto al año anterior (59), que solo es superado por el cuatrienio 2015-2018 con un promedio anual de 82 controversias iniciadas<sup>26</sup>. Asimismo, las experiencias en los casos Glencore contra Bolivia y Orlandini contra Bolivia, sumado a la demanda de ADP y Vinci Airports contra Chile, demuestran que la pandemia requiere la adopción de medidas a corto y mediano plazo, como las cuatro propuestas en este trabajo.

En este marco, el PCFI es un punto de inflexión en el régimen internacional de solución de controversias inversor-Estado, al constituir un avance en la construcción normativa en clave regional e innovadora, aunque no tenga efecto sobre la red de TBI en vigor para Argentina, Paraguay y Uruguay. Las excepciones que el Protocolo prevé para la prevención y solución de disputas Estado-Estado, son una demostración de que el Mercosur puede anticiparse a próximas crisis y así coadyuvar a la creación de mayor

---

<sup>26</sup> Datos del Policy Investment Hub de la UNCTAD, recabados el 27 de septiembre de 2021.

resiliencia, especialmente en áreas del espacio de política pública vinculadas a medio ambiente y salud<sup>27</sup>.

### Bibliografía

- ABEL, Patrick (2018). Counterclaims based on international human rights obligations of investors in international investment arbitration. Fallacies and potentials of the 2016 ICSID Urbaser v. Argentina Award. *Brill Open Law*, 1 (1), 61 – 90. Disponible en: <https://doi.org/10.1163/23527072-00101003>
- ACAFREMIN y otros (2020). *Open Letter to Governments on ISDS and COVID-19*. Disponible en: [http://s2bnetwork.org/wp-content/uploads/2020/06/OpenLetterOnISDSAndCOVID\\_June2020.pdf](http://s2bnetwork.org/wp-content/uploads/2020/06/OpenLetterOnISDSAndCOVID_June2020.pdf)
- BAS VILIZZIO, Magdalena (2020). Las respuestas a la COVID-19 en el laberinto de la solución de controversias inversor-estado. *Análisis Carolina 46/2020*. Fundación Carolina. Disponible en: [https://doi.org/10.33960/AC\\_46.2020](https://doi.org/10.33960/AC_46.2020)
- BAS VILIZZIO, Magdalena (2019). Acuerdo Mercosur-Unión Europea: sombras y ausencia de la solución de controversias inversor-Estado. *Documento de trabajo 21/2019 Segunda época*. Fundación Carolina. Disponible en: [https://www.fundacioncarolina.es/wp-content/uploads/2019/11/DT\\_FC\\_21.pdf](https://www.fundacioncarolina.es/wp-content/uploads/2019/11/DT_FC_21.pdf)
- BAS VILIZZIO, Magdalena (2018). Régimen de solución de controversias inversor-Estados: ¿resistencias del modelo relacional en un marco institucional de las relaciones internacionales? *Relaciones Internacionales*, 27 (54), 163-178. Instituto de Relaciones Internacionales, Universidad Nacional de La Plata. Disponible en: <https://doi.org/10.24215/23142766e032>
- BAS VILIZZIO, Magdalena (2016). América do Sul em face dos tratados bilaterais de investimento: rumo ao retorno do Estado na solução de controvérsias? *Brazilian Journal of International Law*. UniCEUB. 13(1), 133-144. Disponible en: <https://doi.org/10.5102/rdi.v13i1.3944>

---

<sup>27</sup> Robustecerse en estas áreas es uno de los desafíos que actualmente enfrenta el bloque, como identifican Zelicovich y Bas Vilizzio (2021).

- BAS VILIZZIO, Magdalena (2015). Solución de controversias en los tratados bilaterales de inversión: mapa de situación en América del Sur. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, 3 (5), 233-253. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.16890/rstpr.a3.n5.233>
- BAS VILIZZIO, Magdalena y MICHELINI, Felipe (2019). *Arbitraje de inversiones y derechos humanos: un análisis particular del caso Philip Morris contra Uruguay*. Montevideo: Comisión Sectorial de Investigación Científica, Universidad de la República. Disponible en: [https://www.csic.edu.uy/sites/csic/files/Bas%20Vilizzio\\_Arbitraje%20de%20inversiones%20y%20derecho%20humanos%20Un%20an%C3%A1lisis%20particular%20del%20caso%20Philip%20Morris%20contra%20Uruguay\\_FDER.pdf](https://www.csic.edu.uy/sites/csic/files/Bas%20Vilizzio_Arbitraje%20de%20inversiones%20y%20derecho%20humanos%20Un%20an%C3%A1lisis%20particular%20del%20caso%20Philip%20Morris%20contra%20Uruguay_FDER.pdf)
- BERNASCONI-OSTERWALDER, Nathalie. (2015). Repensando la Solución de Controversias Relativas a Inversión. *Investment Treaty News*, 2(6), Mayo 2015, 6 – 8. International Institute for Sustainable Development. Disponible en: <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/iisd-itn-may-2015-sp.pdf>
- BRADFORD, Anu (2020). *The Brussels Effect. How the European Union Rules the World*. Oxford: Oxford University Press.
- CERVANTES, Andrés (2017). Nuevo constitucionalismo latinoamericano y arbitraje de inversión. *Spain Arbitration Review*, No. 30, 81-99. Madrid: Club Español del Arbitraje.
- COLUMBIA CENTER FOR SUSTAINABLE INVESTMENT (2020). *Call for ISDS moratorium during COVID-19 crisis and response*. Disponible en: <http://ccsi.columbia.edu/2020/05/05/isds-moratorium-during-covid-19/>
- DE AZEVEDO, Débora Bithiah (2001). *Os acordos para a promoção e a proteção recíproca de investimentos assinados pelo Brasil*. Câmara dos Deputados, Brasil. Disponible en: <http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/arquivos-pdf/pdf/102080.pdf/view>
- FINEMAN, Martha (2019). Vulnerability and Social Justice. *Valparaiso University Law Review*, 53(2), 341-369. Disponible en: <https://scholar.valpo.edu/vulr/vol53/iss2/2>

- FINEMAN, Martha (2010). The Vulnerable Subject and the Responsive State. *Emory Law Journal*, 60, Emory Public Law Research Paper No. 10-130. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=1694740>
- GALLAGHER, Kevin y KOZUL-WRIGHT, Richard (2020). Breaking Out of the Double Squeeze: The Need for Fiscal and Policy Space during the COVID-19 Crises. *Global Policy Journal*, 26 junio 2020. Disponible en: <https://www.globalpolicyjournal.com/blog/26/06/2020/breaking-out-double-squeeze-need-fiscal-and-policy-space-during-covid-19-crises>
- GHIOTTO, Luciana (2017). ¿UNCTAD pro-desarrollo o pro-liberalización? Un estudio de los cambios en el organismo a la luz de las políticas sobre inversiones. ECHAIDE, Javier (Dir.) *Inversiones extranjeras y responsabilidad internacional de las empresas. Problemáticas en torno al CIADI, los TBI y los derechos humanos*, 53-78. Buenos Aires: BdeF.
- HORTON, Richard (2020). Offline: COVID-19 is not a pandemic. *The Lancet*, 396 (10255), 874. Disponible en: [doi.org/10.1016/S0140-6736\(20\)32000-6](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(20)32000-6)
- INTERNATIONAL INSTITUTE FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT (2021). Consorcio francés inicia demanda en el CIADI contra Chile después de sufrir pérdidas por USD 37 millones debido a la pandemia del COVID-19. *Investment Treaty News*, 23 marzo 2021. Disponible en: <https://www.iisd.org/itn/es/2021/03/23/french-consortium-kicks-off-an-icsid-claim-against-chile-after-usd-37-million-loss-due-to-covid-19-pandemic/>
- KENDRA, Thomas; BRADSHAW, Robert y KABBOURI, Ilham (2017). The Morocco-Nigeria BIT: a new breed of investment treaty? *Practical Law arbitration blog*, 16 noviembre 2017. Disponible en: <http://arbitrationblog.practicallaw.com/the-morocco-nigeria-bit-a-new-breed-of-investment-treaty/>
- KEOHANE, Robert (2006). The contingent legitimacy of multilateralism. NEWMAN, Edward; THAKUR, Ramesh y TIRMAN, John (Edit.). (2006) *Multilateralism Under Challenge: Power, International Order, and Structural Change*, 56-76. Nueva York: United Nations University Press.

- MOROSINI, Fabio y RATTON SANCHEZ BADIN, Michelle (2018). Reconceptualizing International Investment Law from the Global South An Introduction. MOROSINI, Fabio y RATTON SANCHEZ BADIN, Michelle (Edit.). (2018). *Reconceptualizing International Investment Law from the Global South*. Cambridge: Cambridge University Press.
- MOUYAL, Lone Wandahl (2016). *International Investment Law and the Right to Regulate - A human rights perspective*. Routledge.
- NEDUMPARA, James (2018). India's Trade and Investment Agreements. Striking a balance between investor protection rights and development concerns. MOROSINI, Fabio y RATTON SANCHEZ BADIN, Michelle (Edit.). (2018). *Reconceptualizing International Investment Law from the global south*, 188 – 217. Cambridge: Cambridge University Press.
- PERRONE, Nicolás (2021). *Investment Treaties and the Legal Imagination. How Foreign Investors Play by Their Own Rules*. Oxford: Oxford University Press.
- PERRONE, Nicolás (2020). Speed, law and the global economy: How economic acceleration contributes to inequality and precarity. *Leiden Journal of International Law*, Septiembre 2020, 557 – 576. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S0922156520000242>
- RODRIG, Dani (2012). *La paradoja de la globalización*. Barcelona: Antoni Bosch.
- SINGER, Merrill (2009). *Introduction to Syndemics: A Critical Systems Approach to Public and Community Health*. San Francisco: Jossey-Bass.
- STRANGE, Susan (1996). *The Retreat of the State: The Diffusion of Power in the World Economy*. Cambridge: Cambridge University Press.
- SUBSECRETARÍA DE RELACIONES INTERNACIONALES DE CHILE (2021). *Chile es notificado de la solicitud de arbitraje presentada por ADP\_VINCI ante el CIADI. Comunicado* Dirección: Doblado 608, C1424 CABAprensa/noticias/detalle-noticias/2021/08/17/chile-es-notificado-de-la-solicitud-de-arbitraje-presentada-por-adp\_vinciante-el-ciadi
- SUÑÉ, Natasha y DE VASCONCELOS, Raphael (2013). Inversiones y solución de controversias en el Mercosur. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de*

- Revisión*, 1(2), 195-220. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5830150.pdf>.
- TITI, Catherine (2014). *The right to regulate in International Investment Law*. Munich: Nomos.
- TUSSIE, Diana y RIGGIROZZI, Pía (2018). Claves para leer al regionalismo sudamericano: fortaleciendo el estado, regulando el mercado, gestionando autonomía. *Revista Perspectivas de las Ciencias Sociales*, 3(5). Enero-junio 2018, 6-21. Disponible en: <http://hdl.handle.net/2133/11498>
- UNCTAD (2021). International Investment Policies and Public Health. *IIA Issues Note*, Issue 2. Julio 2021. Disponible en: [https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2021d5\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2021d5_en.pdf)
- UNCTAD (2020). Investment policy responses to covid-19 pandemic. *Investment Policy Monitor*. Special Issue No. 4, Mayo 2020. Ginebra: UNCTAD. Disponible en: [https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2020d3\\_en.pdf](https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2020d3_en.pdf)
- UNCTAD (2003). *World Investment Report 2003. FDI Policies for Development: National and International Perspectives*. Disponible en: [https://unctad.org/en/Docs/wir2003light\\_en.pdf](https://unctad.org/en/Docs/wir2003light_en.pdf)
- WIENER, Antje (2017). A Theory of Contestation - A Concise Summary of Its Argument and Concepts. *Polity*, 49(1), 109–125. Disponible en: <https://doi.org/10.1086/690100>
- WIENER, Antje (2014). *A Theory of Contestation*. Londres: Springer.
- WEBB, Dominic (2021). *UK-Australia free trade agreement*. House of Commons Library, 3 September 2021. Disponible en: <https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/CBP-9204/CBP-9204.pdf>
- ZELICOVICH, Julieta y BAS VILIZZIO, Magdalena (2021). Mercosur's Unsettling 30th Anniversary and the Challenge of Keeping it Relevant. *Policy brief 04/2021*. Brujas: United Nations University, Institute on Comparative Regional Integration Studies. Disponible en: [https://cris.unu.edu/sites/cris.unu.edu/files/PB21.04%20-%20Bas%20and%20Zelicovich\\_0.pdf](https://cris.unu.edu/sites/cris.unu.edu/files/PB21.04%20-%20Bas%20and%20Zelicovich_0.pdf)

## Hacia un espacio Euro-latinoamericano para la protección de datos personales

Towards a Euro-latin american space for the protection of personal data

Por Roberto Cippitani

**Resumen:** La circulación de datos personales, aunque sea un fenómeno global, se sigue reglando con las herramientas de los siglos pasados, es decir a través categorías del derecho nacional.

Por lo tanto, es necesario empezar a construir una verdadera disciplina transnacional en materia de protección de datos personales. Eso se podría realizar entre América y Europa, que tienen muchos enlaces culturales especialmente en ámbitos jurídicos.

Esta necesidad está prevista incluso por los documentos que se refieren a las relaciones bilaterales, como el Tratado de Asociación entre MERCOSUR y Unión Europea.

En materia de protección de datos personales, Unión Europea y América Latina comparten valores comunes y tienen un enfoque parecido.

Dicha situación representa un contexto normativo favorable para construir normas comunes a través tratados internacionales entre Europa y América Latina, que pueden constituir un paradigma para establecer reglas internacionales a nivel global.

**Palabras clave:** Datos personales, derechos fundamentales, circulación y transferencia de datos, Unión Europea, MERCOSUR.

**Abstract:** The circulation of personal data, although a global phenomenon, is still regulated with the tools of the past centuries, i.e. through categories of national law.

It is therefore necessary to start building a real transnational discipline on the protection of personal data. This could be done between America and Europe, which have many cultural links, especially in legal fields.

This need is even foreseen by documents referring to bilateral relations, such as the Association Treaty between MERCOSUR and the European Union.

In the area of personal data protection, the European Union and Latin America share common values and have a similar approach.

This situation represents a favourable normative context for building common standards through international treaties between Europe and Latin America, which can constitute a paradigm for establishing international rules at the global level.

**Keywords:** personal data, fundamental rights, circulation and transfer of data, European Union, MERCOSUR.

Fecha de recepción: 14/11/21

Fecha de aceptación: 26/11/21

Esta obra se publica bajo licencia Creative Commons 4.0 Internacional. (Atribución-No Comercial-Compartir Igual)



## Hacia un espacio Euro-latinoamericano para la protección de datos personales\*\*

Por Roberto Cippitani\*

### 1. Introducción

La digitalización, es decir la transformación de toda la comunicación en bits eléctricos, permite la circulación instantánea de enormes cantidades de datos a través de la Red en todo el mundo.

Este imponente flujo de datos se realiza por razones de naturaleza personal, económica, científica, así como en consecuencia de la colaboración de las administraciones públicas de diferentes países.

La centralidad de las informaciones permite la representación de la época actual como de una “sociedad del conocimiento”, es decir una sociedad y una economía basada en la elaboración y compartimiento de conocimientos, más que de la producción e intercambio de bienes físicos<sup>1</sup>.

Con la pandemia iniciada en el 2020, al disminuir la movilidad física, se ha aumentado de manera más que proporcional el flujo transnacional de informaciones por Internet<sup>2</sup>.

---

\*\* El presente capítulo se ha realizado en el ámbito de la actividad de los proyectos: “Umbria Biobank”, PRJ-1506, Azione 2.3.1, POR-FESR 2014-2020, cofinanciado por la Unión Europea y por la Región Umbria; Cátedra Jean Monnet “EU\*5thFreedom”, financiado por la Unión Europea en el ámbito del Programa Erasmus+.

\* Catedrático Jean Monnet de la Università degli Studi di Perugia, Centro de investigación “Rights and Science”, es Profesor de Bioderecho y de Derecho de la información e informática forense; investigador asociado del Consiglio Nazionale delle Ricerche (IFAC) [roberto.cippitani@unipg.it](mailto:roberto.cippitani@unipg.it)

<sup>1</sup> Vid. los ensayos véase B.E. Sosa Morato, *Un humanista ante el umbral de la Sociedad del Conocimiento. Un esfuerzo por comprenderla*; V. Colcelli, *El «conocimiento» en la tradición del derecho privado europeo*; R. Cippitani, *El Derecho privado de la Unión Europea desde la perspectiva de la Sociedad del Conocimiento*; M. I. Álvarez Ledesma, *Sucintas reflexiones en torno al derecho de la sociedad del conocimiento*, en Cippitani (2012). Sobre la teoría general de los derechos humanos en la sociedad del conocimiento, vid. también in Álvarez, M.I., 2019.

<sup>2</sup> Vid. sobre este tema Corte IDH, Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1/20: COVID-19 y derechos humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales, 9 de abril de 2020, en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/cp-27-2020.html>. En este período, la Organización Mundial de la Salud y la Unión Europea se están interesando también por el problema de

Sin embargo, se sigue abordando los temas de la circulación y del tratamiento de datos personales con las herramientas de los siglos pasados, con la lógica de la “Paz de Westfalia” es decir a través categorías del derecho nacional<sup>3</sup>. Con algunas excepciones, como los documentos adoptados por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), que pero no son instrumentos vinculantes <sup>4</sup>.

Por lo tanto, es necesario empezar a construir una nueva y efectiva disciplina transnacional en materia de protección de datos personales.

Eso se puede poner en marcha entre dos continentes, América y Europa, que tienen muchos enlaces culturales especialmente en ámbitos jurídicos.

Esta profunda interconexión está afirmada en muchos documentos institucionales como la declaración política “Una asociación para la próxima generación” del “Summit 2015” de Bruselas entre los países del CELAC y la Unión Europea en que se quiere “ahondar en [la] duradera asociación estratégica birregional, basada en vínculos históricos, culturales y humanos, el Derecho internacional, el pleno respeto de los derechos humanos, valores comunes e intereses mutuos”.

Estos vínculos se expresan incluso a través de intensos flujos informativos y comunicativos que deben ser apoyados por iniciativas concretas como programas de financiación y herramientas tecnológicas<sup>5</sup>.

---

la «infodemia» es decir de la circulación de información inexacta o falsa. Vid. Comisión europea, Comunicación conjunta al Parlamento europeo, al Consejo europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones, La lucha contra la desinformación acerca de la COVID-19: contrastando los JOIN(2020) 8 final, del 10 de junio de 2020.

<sup>3</sup> Vid. Foridi, L., 2015. Según Luciano Floridi: “ *For centuries, roughly since the Peace of Westphalia (1648), political geography has provided jurisprudence with an easy answer to the question of how far a ruling should apply, and that is as far as the national borders within which the legal authority operates. A bit like “my place my rules, your place your rules.... However, the Internet is a logical not a physical space (more on this distinction presently), and the territoriality problem is due to an ontological misalignment between these two spaces”*

<sup>4</sup> Véase por ejemplo, el párrafo 16 del Privacy Framework de, que establece que el responsable del tratamiento de datos sigue siendo responsable de los datos personales sin tener en cuenta la ubicación de los datos. Véase también las *Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data* del 1980, actualizadas en el 2013.

<sup>5</sup> Es el caso del consorcio BELLA (Building Europe Link to Latin America), cuyo principal inversor es la Comisión Europea, que ha firmado un acuerdo con EllaLink, un consorcio privado, para lanzar el despliegue de un cable submarino de fibra óptica que conecta Europa y América Latina. Vid. <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/bella-new-digital-data-highway-between-europe-and-latin-america>

En el Tratado de Asociación entre Mercosur y Unión Europea se afirma que para promover los intercambios de datos “La cooperación deberá adoptar todas las formas que se consideren convenientes y, particularmente, ...sistemas de intercambio de información en todas las formas adecuadas, inclusive a través del establecimiento de redes informáticas” (vid., apartado 3 del artículo 18, que forma parte del Título IV dedicado, no a caso, al “Fortalecimiento de la integración”).

La colaboración digital entre bloques debe tener en cuenta la protección de los datos personales (vid. artículo 18, apartado 4, del Tratado antemencionado). Por tanto, es importante comprender como, en ambos los continentes, se trata el tema de los datos personales y si hay una base común para reglar los intercambios transcontinentales.

## 2. Las experiencias normativas en Europa y en América Latina.

En Europa y Latinoamérica se puede observar un desarrollo de una legislación sobre protección de datos personales.

En Europa, hace unas décadas, se va custriendo una disciplina jurídica regional sobre ese tema que se considera la más desarrollada a nivel internacional (BYGRAVE, 2014, p.63).

Esta disciplina ha sido elaborada en ambos los bloques continentales: el Consejo de Europa, que es el sistema intergubernamental de protección de los derechos humanos y que reúne alrededor de cincuenta países; y la Unión Europea, es decir la entidad supranacional, que incluye veintisiete Estados miembros<sup>6</sup>.

El primer instrumento jurídico, ya desde el 1981, ha sido el Convenio n° 108 del Consejo de Europa sobre la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal<sup>7</sup>.

Posteriormente, la materia ha sido reglada por la Unión Europea a través de la Directiva 95/46/CE de 24 de octubre de 1995. Cabe mencionar que el concepto de

---

<sup>6</sup> Sobre la evolución de la normativa europea en tema de protección de datos personales, vid. Bu-Pasha, S., 2017.

<sup>7</sup> Art. 12(2) Convention 108: A Party shall not for the sole purpose of the protection of privacy, prohibit or subject to special authorisation trans-border flows of personal data going to the territory of another Party.

protección de datos se había introducido ya unos años antes en el Tratado de Maastricht, por el que se estableció la Unión Europea (WAGNER, 2018). El Tratado calificó la protección de los datos personales como un derecho fundamental (véanse los artículos 2, 6 y 21 del TUE), así como la sucesiva en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (véase, en particular, el artículo 8) (IRION, 2016), que después el 2009 tiene la fuerza jurídica de los Tratados constitucionales.

En América Latina la situación es más fragmentada desde el punto de vista normativo, porque la materia se regula principalmente en las constituciones y en la legislación de cada país.

Por ejemplo, en México la Constitución reconoce el derecho al “habeas data” (véase los artículos 6 y 16) (GERALDES DA CUNHA LOPES - LÓPEZ RAMÍREZ, 2010) y una Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares de 2010 (LFPDPPP) y su Reglamento de 2011 (SOLANGE MAQUEO, 2018 y GONZÁLEZ PADILLA, 2012) regula la protección de datos personales. La reforma constitucional del 2014 ha establecido un Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI)<sup>8</sup> (véase el artículo 6, párr. A, fracción VIII).

Otros países de América Latina han adoptados las medidas legislativas y organizativas que prevén el “habeas data”<sup>9</sup> y en general para proteger los datos personales, como, por ejemplo: Argentina (vid. la Ley de Protección de Datos Personales 25.326 del 2000 y vid. Agencia de Acceso a la Información Pública, Provisión 60-E/2016), Colombia (vid. el artículo 15 de la Constitución Política de Colombia y la Ley 1581 de 2012; la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) está facultada para ejercer la vigilancia); Brasil (Ley 13.709 del 2018 o LGPD; se ha

---

<sup>8</sup> Anteriormente a la entrada en vigor, en el 2015, de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información, la denominación era «Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos» (IFAI).

<sup>9</sup> En América Latina, el «habeas data no exige que las entidades públicas o privadas protejan por su iniciativa los datos personales que procesan, sino que sólo requiere que la persona agraviada, tras presentar una denuncia ante la justicia, obtenga acceso y la capacidad de rectificar todo dato personal que pueda atentar contra su derecho a la privacidad. Una garantía de esta índole opera cuando ya la lesión ha sido ocasionada; cuando la persona no ha recibido un préstamo bancario, ha perdido alguna oportunidad de empleo o de interacción social. Asimismo, este mecanismo puede no otorgar un recurso legal a una persona agraviada si sus datos personales han sido transferidos fuera del país» (vid. Ramírez Irías, L., 2014). Véase la panorámica de la legislación de los países latinoamericanos en López Carballo, D. A., 2015.

establecido una Autoridade Nacional de Proteção de Dados o “ANPD”, por la Medida Provisoria 869/18 ); Chile (vid. La Ley N° 19.628), Uruguay (vid. la Ley N° 18331 del 2008)

### 3. Relaciones entre ordenamientos jurídicos. La perspectiva europea

Aunque en ambos continentes al lado del Atlántico el tema de la protección de los datos personales está ampliamente reglado a nivel de bloque (como en la Unión europea) o de país (como sucede en muchas naciones latinoamericanas), a la fecha no hay reglas compartidas para el intercambio transcontinental de los datos.

De toda manera, la transferencia internacional de datos personales es una cuestión considerada de manera específica en el derecho europeo.

El Derecho europeo intenta aplicar sus normas más allá de la Unión Europea (y de los países asociados) (MURRAY, 2017), cuando hay una conexión con el sujeto del tratamiento (responsable o encargado), o con la persona interesada (es decir la persona a la cual se refieren los datos) y eso “independientemente de que el tratamiento tenga lugar en la Unión o no” (vid. el artículo 3 del GDPR “Ámbito territorial”).

Pero la dificultad practica de aplicar normas de un ordenamiento jurídico a los flujos de datos está bien demostrado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que en el asunto Google Spain del 2014<sup>10</sup> ha afirmado el “derecho al olvido” incluso para el motor de búsqueda más utilizado en el mundo, por lo tanto en una dimensión global<sup>11</sup>. Pero en una sucesiva decisión del 2019, que una vez más concierne a Google<sup>12</sup>, el juez europeo ha tenido restringir el ámbito territorial de aplicación de la normativa, especificando que la protección de los derechos de la persona interesada se debe poner en marcha dentro de la Unión Europea<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Tribunal de Justicia, sent. 13 de mayo de 2014, Google Spain et al. v AEPD, Costeja Gonzales, C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317

<sup>11</sup> Vid. Kuner, C., Jerker, D., Svantesson, B., Cate, F. H., Lynskey, O., Millard, C. Ni Loideain, N., 2017; vid. Perotti, E., 2015, p. 29.

<sup>12</sup> Tribunal de Justicia, sentencia de 24 de septiembre 2019, *Google (Portée territoriale du déréférencement)*, C-507/17, ECLI:EU:C:2019:772.

<sup>13</sup> Vid. los apartados 62 sigs. de la sentencia. En particular, el Tribunal afirma en su decisión que “ el gestor de un motor de búsqueda estime una solicitud de retirada de enlaces en virtud de estas

En cuanto a la relación entre el ordenamiento jurídico europeo y otros sistemas, la regla utilizada por las fuentes jurídicas y la jurisprudencia es la de la prevalencia del Derecho de la Unión Europea incluso en el caso de actividades llevadas a cabo en “países terceros”<sup>14</sup>.

En este contexto, la disciplina de protección de datos personales constituye un caso muy interesante, debido a la importancia del fenómeno de la circulación transfronteriza de datos y al hecho de que el Tribunal de Justicia tuvo que decidir en numerosas ocasiones si la legislación de un tercer país era compatible con el Derecho de la Unión, especialmente en el caso de los Estados Unidos. Sentencias del Tribunal de Justicia como la en el caso Schrems del 2015<sup>15</sup> y “Schrems II” del 2020<sup>16</sup> han considerado la legislación estadounidense como no suficientemente para la protección de los datos personales de los ciudadanos europeos.

Sin embargo, el Derecho de la UE, especialmente el GDPR, prevé algunos mecanismos para reglar la circulación de los datos personales a otros países.

El GDPR distingue a los terceros países (y ahora también a las organizaciones internacionales) con respecto al grado de protección de los datos personales.

El GDPR establece que la transferencia de datos personales a un país que no forma parte de la Unión Europea (y Noruega, Liechtenstein e Islandia, que forman parte del “Espacio económico europeo” junto con la Unión) está permitida, cuando la Comisión Europea haya adoptado una “decisión de adecuación” con referencia a dicho país (vid. los “considerando” 103–107, 169; artículo 45 GDPR).

Hasta la fecha, sólo se han adoptado decisiones concernientes algunos países, a continuación: Andorra, Canadá (organizaciones comerciales), las Islas Feroe,

---

disposiciones, estará obligado a proceder a dicha retirada no en todas las versiones de su motor, sino en las versiones de este que correspondan al conjunto de los Estados miembros, combinándola, en caso necesario, con medidas que, con pleno respeto de las exigencias legales, impidan de manera efectiva o, al menos, dificulten seriamente a los internautas que efectúen una búsqueda a partir del nombre del interesado desde uno de los Estados miembros el acceso, a través de la lista de resultados que se obtenga tras esa búsqueda, a los enlaces objeto de la solicitud de retirada”.

<sup>14</sup> Vid. también el artículo 19, apartado 2 Reglamento (UE) 2021/695 del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de abril de 2021 por el que se crea el Programa Marco de Investigación e Innovación “Horizonte Europa”, se establecen sus normas de participación y difusión.

<sup>15</sup> Tribunal de Justicia, sent. 6 de octubre 2015, C-362/14, Schrems, ECLI:EU:C:2015:650.

<sup>16</sup> Tribunal de Justicia, sentencia del 16 de julio de 2020, Facebook Ireland et Schrems (C-311/18), ECLI:EU:C:2020:559

Guernsey, Israel, la Isla de Man, Japón, Jersey, Nueva Zelanda, Reino Unido y Suiza. Además, la Comisión ha aprobado decisiones de adecuación para dos países Latinoamericanos, que forman parte del MERCOSUR: Argentina y Uruguay<sup>17</sup>.

En base a las decisiones los datos personales se pueden transferirse desde la Unión a dichos países terceros sin limitación alguna, tal como se transfieren dentro de la UE.

Para que se adopte la decisión de adecuación, la Comisión debe establecer si el país o la organización internacional de que se trate “garantizan un nivel de protección adecuado” de los datos personales.

Aunque dicha expresión no parece suficientemente definida (VAN DEN BULCK, 2017, p.230), el texto del reglamento proporciona algunos importantes criterios jurídicos en el definir en concepto de “nivel de protección adecuado”.

El primer criterio se refiere a la existencia de un sistema de protección de los derechos humanos, es decir, según el “considerando” no. 104 del reglamento, en el país considerado respeta el acceso a la justicia y las normas y criterios internacionales en materia de derechos humanos, en particular en su Derecho general y sectorial, incluida la legislación relativa a la seguridad pública, la defensa y la seguridad nacional, así como el orden público y el Derecho penal.

Por lo tanto, la transferencia de datos personales a países terceros implica garantizar el respeto del Estado de Derecho y de los derechos humanos reconocidos por la legislación de la Unión Europea (WAGNER, 2018).

El concepto de Estado de Derecho es el resultado del principio de legalidad de la seguridad jurídica, de la prohibición de la arbitrariedad del ejecutivo, de la revisión jurídica independiente y efectiva y de la igualdad ante la ley (SEPÚLVEDA IGUÍNIZ, 2013). Por consiguiente, el enfoque de los países terceros en materia de respeto de los derechos humanos debe estar en consonancia con las tradiciones constitucionales

---

<sup>17</sup> Vid. las decisiones concernientes Argentina (Decisión de la Comisión de 30 de junio de 2003, con arreglo a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la adecuación de la protección de los datos personales en Argentina) y Uruguay (Decisión de la Comisión de 21 de agosto de 2012 de conformidad con la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección adecuada de los datos personales por la República Oriental del Uruguay en lo que respecta al tratamiento automatizado de datos personales).

comunes de los Estados miembros de la Unión Europea, es decir, el artículo 6 del Tratado UE, la Carta de los Derechos Fundamentales, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades y Derechos Fundamentales.

El criterio del respeto de los derechos humanos tiene que considerar el contexto transnacional en que desarrolla el sistema de protección. En base al “considerando” no. 105 del GDPR, la Comisión debe considerar los compromisos internacionales adquiridos por el tercer país (u organización internacional), y las obligaciones resultantes de la participación en sistemas multilaterales o regionales, en particular en relación con la protección de los datos personales, y el cumplimiento de esas obligaciones (como, en Europa, la adhesión al Convenio del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981).

Además, que el respeto formal de los derechos fundamentales, entre los cuales el derecho a la protección de los datos personales, el reglamento establece que la Comisión tiene que verificar si se pongan en marcha “actividades concretas de tratamiento” y que “haya un control verdaderamente independiente de la protección de datos” así como reconocer a los interesados derechos efectivos y exigibles y acciones administrativas y judiciales efectivas (vid. el “considerando” no. 105 GDPR). En caso de ausencia de la decisión de la Comisión, “el responsable o el encargado del tratamiento solo podrá transmitir datos personales a un tercer país u organización internacional si hubiera ofrecido garantías adecuadas y a condición de que los interesados cuenten con derechos exigibles y acciones legales efectivas” (artículo 46 GDPR).

Según el mismo artículo 46 del GDPR los responsables y los encargados pueden transferir legítimamente datos personales a través instrumentos contractuales, como acuerdos entre administraciones públicas, partenariados público-públicos, cláusulas contractuales adoptadas por la Comisión o por una autoridad nacional (VAN DEN BULCK, 2017, p.240) y códigos de conducta.

#### 4. La base común en la experiencia normativa europea y latinoamericana

La disciplina de la Unión Europea en materia de transferencia internacional de los datos personales puede considerarse un punto de partida para empezar a pensar en una relación más estricta entre Europa y América Latina.

Aunque a la fecha, además que las antemencionadas decisiones concernientes Argentina y Uruguay, la Unión Europea no tenga una disciplina específica para transferir datos hacia los países allá del Atlántico, Europa y América Latina son muy cercanas en el terreno de disciplina del tratamiento de los datos personales.

En el preámbulo de las decisiones concernientes Argentina y Uruguay se identifica el contexto normativo de la protección de datos personales en los dos países, a todos niveles, constitucional, legislativos y reglamentarios. A nivel constitucional no es necesaria la presencia de una específica norma que protege los datos personales (como sucede en Argentina, vid. punto 7 del preámbulo de la decisión), sino es suficiente el reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona (vid. el punto 5 del preámbulo de la decisión para Uruguay, en que se hace referencia al artículo 72 de la Constitución).

Lo importante es que el país haya adoptado una legislación específica en tema de datos personales que prevé un nivel adecuado de protección, por lo menos desde el punto de vista de la legislación europea. Además, es relevante la presencia de medios de recurso administrativos y judiciales para defender de manera concreta las personas interesadas.

En realidad, cómo se ha visto, muchos países de Latinoamérica tienen normas constitucionales específicas en materia de protección de datos personales. Además, mucho de ellos han adoptado una legislación específica en materia, que tiene muchos puntos de contacto la Unión Europea.

Otro aspecto considerado relevante por las decisiones de adecuación es la importancia del contexto transnacional de la legislación de un país. Lo que sucede, por lo que se refiere a los dos países suramericanos, en la decisión concerniente el Uruguay en la cual se destaca (vid. el punto 13 del preámbulo) que el país forma parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y está sujeta a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Como recuerda la decisión sobre Uruguay, en particular, el artículo 11 de la Convención antemencionada reconoce el derecho a la vida privada, y el artículo 30 establece que se pueden restringir los derechos fundamentales, sólo de manera conforme a leyes que se dictan por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

La Convención impacta en Derecho interno de la mayoría los países latinoamericanos, por ejemplo, a través las Constituciones. En efecto, muchas Constituciones establecen la obligación del Estado de respetar los derechos humanos reconocidos por los tratados internacionales (entre otros: Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Nicaragua).

Sobre todo, las fuentes regionales latinoamericanas tratan de manera específica el tema de los datos personales.

Es el caso de la Declaración de Nuevo León (Cumbre Extraordinaria de las Américas: Monterrey, México, 12 al 13 de enero de 2004) en el cual se afirma que el acceso a la información en poder del Estado, con el debido respeto a las normas constitucionales y legales, incluidas las de privacidad y confidencialidad, es condición indispensable para la participación ciudadana y promueve el respeto efectivo de los derechos humanos.

Se puede hacer referencia también a la “Declaración de Principios de Privacidad y Protección de Datos Personales en las Américas” propuesta por el Comité Jurídico Interamericano en el 2012 que tiene como objetivo lo de “establecer un marco para salvaguardar los derechos de la persona a la protección de los datos personales y a la autodeterminación en lo que respecta a la información. Los principios se basan en normas reconocidas a nivel internacional. Su intención es proteger a las personas de la recopilación, el uso, la retención y la divulgación ilícitos o innecesarios de datos personales”<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> Los 12 principios son los a continuación: PRINCIPIO 1: PROPÓSITOS LEGÍTIMOS Y JUSTOS: Los datos personales deben ser recopilados solamente para fines legítimos y por medios justos y legales; PRINCIPIO 2: CLARIDAD Y CONSENTIMIENTO: Se deben especificar los fines para los cuales se recopilan los datos personales en el momento en que se recopilen. Como regla general, los datos personales solamente deben ser recopilados con el consentimiento de la persona a que se refieran; PRINCIPIO 3: PERTINENCIA Y NECESIDAD: Los datos deben ser verídicos, pertinentes y necesarios para

El MERCOSUR, a su vez, en muchos documentos y fuentes, aunque no vinculantes, hace referencia a la obligación de proteger los datos de las personas<sup>19</sup>.

Además, la Corte Interamericana en su jurisprudencia tiene en consideración del tema de la protección de los datos personales. Por ejemplo, en la sentencia Contreras y otros vs. El Salvador 31 de agosto de 2011 se considera los obstáculos del Estado al acceso a los datos personales “constituye una violación agravada de la prohibición de injerencias en la vida privada y familiar de una persona, así como de su derecho a preservar su nombre y sus relaciones familiares, como medio de identificación personal” (apartado 116, Análisis de fondo).

---

los fines expresos de su recopilación; PRINCIPIO 4: USO LIMITADO Y RETENCIÓN: Los datos personales deben ser mantenidos y utilizados solamente de manera legítima no incompatible con el fin o fines para los cuales se recopilaron. No deberán mantenerse más del tiempo necesario para su propósito o propósitos y de conformidad con la legislación nacional correspondiente; PRINCIPIO 5: DEBER DE CONFIDENCIALIDAD: Los datos personales no deben divulgarse, ponerse a disposición de terceros ni emplearse para otros propósitos que no sean aquellos para los cuales se obtuvieron, excepto con el conocimiento o consentimiento de la persona en cuestión o bajo autoridad de la ley; PRINCIPIO 6: PROTECCIÓN Y SEGURIDAD: Los datos personales deben ser protegidos mediante salvaguardias razonables y adecuadas contra accesos no autorizados, pérdida, destrucción, uso, modificación o divulgación; PRINCIPIO 7: FIDELIDAD DE LOS DATOS: Los datos personales deben mantenerse fieles y actualizados hasta donde sea necesario para los propósitos de su uso; PRINCIPIO 8: ACCESO Y CORRECCIÓN: Se debe disponer de métodos razonables para permitir que aquellas personas cuyos datos personales han sido recopilados puedan solicitar el acceso a dichos datos y puedan solicitar al controlador de datos que los modifique, corrija o elimine. En caso de que fuera necesario restringir dicho acceso o corrección, deberían especificarse las razones concretas de cualquiera de estas restricciones de acuerdo con la legislación nacional; PRINCIPIO 9: DATOS PERSONALES SENSIBLES: Algunos tipos de datos personales, teniendo en cuenta su sensibilidad en contextos particulares, son especialmente susceptibles de causar daños considerables a las personas si se hace mal uso de ellos. Los controladores de datos deberían adoptar medidas de privacidad y de seguridad que sean acordes con la sensibilidad de los datos y su capacidad de hacer daño a los individuos sujetos de la información; PRINCIPIO 10: RESPONSABILIDAD: Los controladores de datos adoptarán e implementarán las medidas correspondientes para el cumplimiento de estos principios; PRINCIPIO 11: FLUJO TRANSFRONTERIZO DE DATOS Y RESPONSABILIDAD: Los Estados Miembros cooperarán entre sí en la creación de mecanismos y procedimientos que aseguren que los controladores de datos que operen en más de una jurisdicción puedan ser efectivamente hechos responsables por el cumplimiento de estos principios; PRINCIPIO 12: PUBLICIDAD DE LAS EXCEPCIONES: Cuando las autoridades nacionales establezcan excepciones a estos principios por motivos relacionados con la soberanía nacional, la seguridad interna o externa, el combate a la criminalidad, el cumplimiento de normativas u otras prerrogativas de orden público, deberían poner en conocimiento del público dichas excepciones.

<sup>19</sup> Vid., por ejemplo, el Acuerdo sobre el comercio electrónico del Mercosur, MERCOSUR/CMC/DEC. N. 15/20, en particular el artículo 2, párr. 5 (f) y el artículo 6; vid. también artículo 6 del Acuerdo de reconocimiento mutuo de certificados de firma digital del Mercosur, MERCOSUR/CMC/DEC. N. 11/19; Reglamento de organización y funcionamiento del sistema de intercambio de información de seguridad del Mercosur (SISME), MERCOSUR/CMC/DEC. N. 19/18, etc.

Se trata de documentos normalmente de naturaleza política, y por lo tanto no vinculantes, que pero constituyen el marco de la implementación del derecho regional por obra de los jueces (CIPPITANI, 2016) y por otras herramientas a nivel nacional (CIPPITANI, 2021b).

### **5. Construcción de un contexto jurídico favorable a la circulación de datos personales**

En conclusión, en materia de protección de datos personales, Unión Europea y América Latina comparten valores comunes y tienen un enfoque parecido. Especialmente en América latina, el marco legislativo de muchos países, así como el contexto regional en el cual se enmarcan, reconocen el derecho a la protección de los datos personales y proporcionan herramientas jurídicas para protegerlos. Eso de manera análoga, por lo menos desde el punto de vista formal, con el Derecho europeo (CIPPITANI, 2021b).

Dicha situación representa un contexto normativo favorable para construir normas comunes a través tratados internacionales, como los que se podrían celebrar en el ámbito de las relaciones entre Mercosur y Unión Europea.

Los tratados internacionales entre dos regiones del mundo que tienen sistemas análogos de protección de datos personales pueden constituir un paradigma para reglar un tema de alcance tan global. El derecho euro-latinoamericano in materia de circulación de las informaciones y de datos personales será un primer paso para adoptar reglas internacionales sobre la circulación y protección de datos personales. Sin embargo, ante el posible y necesario desarrollo de las relaciones internacionales en este ámbito, la actual proximidad jurídica y cultural de las dos orillas del Atlántico ya puede ser útil para implementar las herramientas disponibles.

De hecho, el marco normativo y su contexto pueden representar una base para transferir y compartir datos personales entre particulares y entre administraciones públicas (CIPPITANI, 2021a), bajo el respecto de los principios y de las reglas de los dos sistemas jurídicos y de los controles de las autoridades de supervisión.

Los sujetos que tienen obligaciones sobre el tratamiento de los datos personales pueden confiar aprovechar en un contexto favorable para celebrar

acuerdos administrativos y contratos que puedan permitir una circulación sustentable (desde el punto de vista ético y jurídico) de los datos personales entre América Latina y europea.

### Bibliografía

- ÁLVAREZ LEDESMA, Mario I. (2019). *Introducción al Derecho*, 4th ed., México: McGraw-Hill Interamericana Editores.
- BYGRAVE, Lee Andrew (2014). *Data Privacy Law: An International Perspective*, Estados Unidos: Oxford University Press.
- BU-PASHA, Shakila, (2017). Cross-border issues under EU data protection law with regards to personal data protection. En *Information & Communications Technology Law*, 26:3, 213-228.
- CIPPITANI, Roberto (2012). *El Derecho en la Sociedad del Conocimiento*, Roma-Perugia: ISEG.
- CIPPITANI, Roberto (2016). *Interpretación del Derecho de la Integración*, Buenos Aires: Astrea.
- CIPPITANI, Roberto (2017). *Construcción del Derecho Privado en la Unión Europea - Sujetos y Relaciones Jurídicas. Juruá Internacional*, Curitiba-Porto: Juruá.
- CIPPITANI, Roberto (2021a). La transferencia de datos personales en materia penal de la Unión Europea a México. En *Criminogenesis*, pp. 15-36.
- CIPPITANI, Roberto, (2021b). La protección de datos personales y el Derecho de la integración. En Pizzolo, C. (Coord.), *Integración regional y Derechos humanos. Puntos de convergencia*, Buenos Aires: Astrea.
- DE HERT, Paul - CZERNIAWSKI, Michal (2016). Expanding the European data protection scope beyond territory: Article 3 of the General Data Protection Regulation in its wider context. En *International Data Privacy Law*, Vol. 6, No. 3.
- FORIDI, Luciano (2015). The Right to BE Forgotten»: a Philosophical View. En *Jahrbuch für Recht und Ethik - Annual Review of Law and Ethics*, Duncker & Humblot, Berlin, 163-179.

- GERALDES DA CUNHA LOPES, Teresa Maria - LÓPEZ RAMÍREZ, Luis (2010). *La Protección de Datos Personales en México*. México: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales /UMSNH.
- GONZÁLEZ PADILLA, Roy (2012). *Protección de datos personales en posesión de los particulares*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- IRION, Kristina (2016). A Special Regard: The Court of Justice and the fundamental rights to privacy and data protection. En *Gesellschaftliche Bewegungen - Recht unter Beobachtung und in Aktion: Festschrift für Wolfhard Kohte*, Baden-Baden: Nomos. 873-890.
- KUNER, Christopher, BYGRAVE, Lee A., DOCKSEY, Christopher, DRECHSLER, Laura (2017). *The GDPR as a chance to break down borders*, en *International Data Privacy Law*, Vol. 7, No. 4, 231-232.
- LÓPEZ CARBALLO, Daniel A. (coordinación) (2015). *Protección de datos y habeas data: una visión desde Iberoamérica*. Madrid: Agencia Española de Protección de Datos.
- MURRAY, Andrew D. (2017). Data transfers between the EU and UK post Brexit?. En *International Data Privacy Law*, Vol. 7, No. 3.
- PEROTTI, Elena (2015). The European Ruling on the Right to be Forgotten and Its Extra-EU Implementation. En World Association of Newspapers and News Publishers (WAN-IFRA), December 14.
- RAMÍREZ IRÍAS, Lester (2014). *Análisis comparativo de legislaciones sobre protección de datos personales y hábeas data*. Tegucigalpa: Consultoría: Elaboración del Anteproyecto de Ley del Hábeas Data en Honduras.
- SEPÚLVEDA IGUÍNIZ, Ricardo J. (2013). Estado de derechos. En M. I. Álvarez Ledesma, R. Cippitani (coord.), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, Roma-Perugia-México: ISEG.
- SOLANGE MAQUEO, María (2018). *Ley general de protección de datos personales en posesión de sujetos obligados, Comentada*. México: Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI),

VAN DEN BULCK, Paul (2017). Transfers of personal data to third countries. En *ERA Forum*, volume 18, 229–247 .

WAGNER, Julian (2018). The transfer of personal data to third countries under the GDPR: when does a recipient country provide an adequate level of protection?. En *International Data Privacy Law*, Volume 8, Issue 4, November, 318–337.

## La “política comercial común” del MERCOSUR The "commercial policy" of MERCOSUR

Por Jorge Fernández Reyes

**Resumen:** En este artículo se analiza a los 30 años del origen del MERCOSUR, la “Política Comercial Externa” del proceso de integración, desde un punto de vista conceptual en general, en el marco de las distintas modalidades de integración regional, y conforme a lo establecido en las normas MERCOSUR.

**Palabras clave:** Mercado Común del Sur; Modelos de Integración; Zona de Libre Comercio; Unión Aduanera; Política Comercial Externa; Instrumentos de la Política Comercial.

**Abstract:** This article analyzes the 30 years since the origin of MERCOSUR, the "External Trade Policy" of the integration process from a general conceptual point of view, within the framework of the different modalities of regional integration, and in accordance with the provisions of MERCOSUR regulations.

**Keywords:** Southern Common Market; Integration Models; Free Trade Area; Customs Union; Trade Policy; Trade Policy Instruments.

Fecha de recepción: 30/09/21

Fecha de aceptación: 15/10/21



## La “política comercial común” del MERCOSUR

Por Jorge Fernández Reyes\*

### I. Introducción

Han pasado más de treinta años desde la firma del Tratado de Asunción (en adelante indistintamente TA) mediante el cual los cuatro Estados firmantes de dicho Tratado y fundadores del proceso de integración, se propusieron crear un Mercado Común al 31 de diciembre de 1994, y como consecuencia de este aniversario, consideramos que es importante analizar algunos aspectos de la situación actual de dicha iniciativa de integración regional.<sup>1</sup>

Una propuesta de integración con el objetivo de constituir un “mercado común regional” con tan escaso tiempo para lograrlo, parecía como sumamente ambiciosa, sin embargo podía pensarse que era posible dado que la República Argentina y la República Federativa del Brasil desde el retorno a la democracia en sus respectivos países en los años 1982 y 1985 respectivamente, venían desarrollando diversas instancias de negociación en los ámbitos económicos y comerciales con el objetivo de constituir un “mercado común”, y ya habían generado varios acuerdos de contenido comercial y económico.<sup>2</sup>

---

\* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República – Uruguay. Director de la Maestría y del Posgrado en Integración y Comercio Internacional de la Universidad de Montevideo. Profesor Titular de la Cátedra de Aspectos Jurídicos de la Integración de la Maestría y del Posgrado en Integración y Comercio Internacional de la Universidad de Montevideo. Representante Alternativo en el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR por Uruguay. Ex Director de la Secretaría del MERCOSUR. [jfreyes@bkzr.com.uy](mailto:jfreyes@bkzr.com.uy)

<sup>1</sup> Dice el artículo 1 del Tratado de Asunción: “Los Estados Parte deciden constituir un Mercado Común, que deberá estar conformado al 31 de diciembre de 1994, el que se denominará “Mercado Común del Sur” (MERCOSUR). .....”.

<sup>2</sup> A vía de ejemplo: (i) la Declaración de Iguacu, del 30 de noviembre de 1985.; (ii) el Acta de Integración Argentino – Brasileña de 29 de julio de 1986; (iii) el Acta de Amistad Argentina – Brasileña (Democracia, Paz y Desarrollo); (iv) el Tratado de Integración, Cooperación y Desarrollo entre Argentina y Brasil; y por último (v) el Acta de Buenos Aires de 6 de julio de 1990 donde se fija el 31 de diciembre de 1994 como plazo máximo para el inicio del Mercado Común entre esos dos países.

Las negociaciones de naturaleza comercial entre estos dos países, al igual que la suscripción de diversos "acuerdos" entre ellos, se venían desarrollando en el marco de la Asociación Latinoamericana de Integración (en adelante indistintamente ALADI), y encuentran su expresión más cercana a la firma del Acuerdo de Alcance Parcial No. 18 (i.e. MERCOSUR), en la suscripción del Acuerdo de Alcance Parcial No. 14 de Complementación Económica (AAP-CE No. 14 sobre Política Automotriz) que en la actualidad continúa vigente.

Por su parte, la República Oriental del Uruguay y la República del Paraguay si bien se sumaron a la propuesta integracionista en las últimas etapas de las negociaciones, debe señalarse que en el marco del Tratado de Montevideo de 1960 que crea la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), al igual que en el ámbito del Tratado de Montevideo de 1980, que sustituye la ALALC por la ALADI, ya existían acuerdos de contenido comercial y económico entre los cuatro Estados que constituyeron el mecanismo de integración denominado MERCOSUR.

Vale decir, la integración regional que da inicio con la firma del Tratado de Asunción en el año 1991 reconoce importantes antecedentes en las negociaciones comerciales y económicas de los cuatro Estados fundadores, y ello principalmente – como viene de verse – entre los dos países de mayor importancia en cualquiera de los indicadores en que se los evalúen, esto es, población, territorio, producto bruto interno, comercio, etc.

Lo importante a destacar en este capítulo introductorio, se encuentra en la naturaleza económica y comercial del proceso de integración, es decir, nace en el marco jurídico del "Acuerdo General de Aranceles y Tarifas Aduaneras" (por su sigla en inglés GATT), y concluye su reconocimiento en el ámbito de la Organización de Comercio (OMC) como una excepción a la aplicación del "principio de no discriminación" en el "sistema multilateral de comercio".<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> A los efectos de dar inicio al Programa de Liberación Comercial previsto en el Anexo I al Tratado de Asunción que contenía un Programa con un cronograma de desgravación lineal, progresivo y automático, se utilizó el paraguas jurídico de la ALADI mediante la aprobación del Acuerdo de Alcance Parcial (de Complementación Económica) No. 18, según veremos más adelante.

Pues bien, es notorio que este proceso de integración regional ha tenido avances y retrocesos en la búsqueda del objetivo plasmado inicialmente en el Tratado constitutivo, y ello en algunas ocasiones como consecuencia del contexto internacional, en otras por sucesos de carácter regional que incidían en el desarrollo del esquema de integración, y en muchas situaciones por decisiones de política doméstica de los países integrantes del bloque regional.

Es en el devenir de esas realidades mundiales, regionales y locales que impactaron tanto en forma favorable como desfavorable, que se ha desarrollado este proceso de integración, y dado que el objetivo de este artículo no es el análisis de dicho aspecto, solamente corresponde dejar expresa constancia que han sido varias las causas que de una u otra forma han incidido en la no concreción del objetivo plasmado originalmente por los negociadores en el Tratado de Asunción.

Independientemente de dichas consideraciones, nos parece relevante destacar que el mundo desde fines del año 2019 y en la actualidad, está padeciendo una de las más importantes emergencias sanitarias que han ocurrido en la historia contemporánea, esto es, la pandemia mundial sanitaria derivada de la aparición del COVID 19, es decir una emergencia sanitaria que se ha extendido por todo el mundo sin distinguir territorio, clima, población, raza, etc.

La incidencia de este fenómeno no se reduce a un tema sanitario, sino que ha tenido impacto en las relaciones económicas y comerciales a nivel mundial, generando recesión económica y comercial, desempleo, desocupación, dificultades en la comercialización y transporte de productos primarios e industrializados, restricción de la movilidad de las personas en los países y entre los países, prioridad en los aspectos sanitarios de las poblaciones, etc., por lo que es válido concluir que la situación política, económica, comercial y social de los "Estados Nación" en general a nivel mundial, y por ende de los países integrantes del MERCOSUR, no es la misma en la actualidad que en ocasión de la firma del Tratado de Asunción, y que la incertidumbre es la única certeza para el futuro.

## II. Descripción del tema

El abordaje del tema que hemos definido como la "Política Comercial del MERCOSUR" no es sencillo, ya que el mismo, si bien tiene una definición que puede catalogarse de precisa en su descripción, su análisis admite diversos puntos de vista y por lo tanto es necesario realizar aunque sea en forma breve, algunas precisiones previas que nos permitan llegar a conclusiones valederas o con cierto rigor técnico o científico.

El fenómeno de la "política comercial" se encuentra inicialmente en los Estados Nación, donde la actividad comercial se encuentra regulada por su ordenamiento jurídico (i.e. Constitución, Leyes y Reglamentos) a través de instrumentos de política comercial aprobados por los órganos competentes.

No obstante ello, la misma se encuentra condicionada por las reglas o normas del comercio mundial aprobadas en el marco del GATT/OMC, dado que dichos Estados Nación se integraron inicialmente al GATT y continuaron su adhesión luego de la creación de la OMC, por lo que se encuentran regulados por las normas GATT/OMC.

Es a partir de este marco regulatorio que el Estado Nación puede desarrollar una política comercial externa, ya sea en forma bilateral o regional, mediante la suscripción de Acuerdos Preferenciales de Comercio al amparo de lo dispuesto en el Artículo XXIV del GATT y la Cláusula de Habilitación (i.e. Tratado), adoptando alguna de las modalidades de la integración previstas en dicho cuerpo normativo, esto es, un "Acuerdo Provisional"; una "Zona de Libre Comercio"; o una "Unión Aduanera".

De lo expuesto, surge con claridad que los "Estados Nación", en su ámbito interno regulan la actividad comercial en los términos vistos anteriormente, y pueden desarrollar una política comercial externa, entendida esta como un conjunto de instrumentos del Estado para mantener, alterar o modificar sustancialmente las relaciones comerciales con el resto del mundo, ya sea en forma bilateral con otro país, o mediante la asociación con otros países ingresando a un mecanismo de integración regional en sus distintas modalidades.

Esto es, formando parte de la política exterior y económica de un Estado Nación, se encuentra su actuación en materia comercial en su relacionamiento externo en forma bilateral, regional o multilateral.

Sobre estas bases, y desde lo que significa la "política comercial" formando parte de la política exterior de un Estado Nación, se han ensayado diversas definiciones.

La OMC la refiere como un conjunto de iniciativas del gobierno de un país sobre el comercio internacional, es decir sobre la importación o exportación de productos y servicios de un país a otro.

Desde lo jurídico, una primera aproximación estaría en considerar a la misma como: *"El conjunto de regulaciones que determinan como se van a desarrollar las relaciones económicas entre empresas o individuos locales y agentes en el extranjero, lo que sería el marco legal del comercio."*

Se puede dar un concepto de "política comercial" en forma genérica entendida ésta como *"el conjunto de instrumentos del Estado para mantener, alterar o modificar sustancialmente las relaciones comerciales de un país con el resto del mundo"*, es decir, se trata de una "política pública", formando parte de la "política exterior" y de la "política económica y comercial" de un país.

O sea, que la misma se visualiza política y técnicamente a través de los "instrumentos de política comercial", utilizados por el gobierno del país, dentro del marco jurídico e institucional del mismo, y siguiendo las disposiciones constitucionales y legales establecidas en el ordenamiento jurídico nacional y los derechos y obligaciones asumidos en el orden internacional.

Si el análisis se realiza en el ámbito de un "proceso de integración regional", la conclusión es similar a la expresada en el párrafo anterior, debiendo tenerse presente la "modalidad de la integración" elegida por los Estados Parte o Miembros y el objetivo o finalidad del esquema de integración en cuestión, ya que la institucionalidad orgánica y normativa varía en forma sustantiva, si nos encontramos ante un proceso de naturaleza intergubernamental o de naturaleza supranacional o comunitaria.

En suma, la "política comercial externa o exterior" en general, consiste en elaborar, proponer, instrumentar y aplicar una estrategia de inserción internacional económica y comercial a nivel internacional, que involucra decisiones y acciones que obligan a establecer prioridades por los órganos competentes, con la finalidad de generar flujos de comercio e inversiones para el desarrollo de los países en beneficio de sus mercados nacionales y el bienestar de la sociedad civil.

Pues bien, la finalidad de este artículo es analizar en forma resumida la "política comercial del MERCOSUR", en tanto proceso de integración regional, a los 30 años de su nacimiento, teniendo presente las consideraciones desarrolladas anteriormente.

### III. Ubicación del tema

Inicialmente y conforme a lo señalado anteriormente, podemos afirmar que la "política comercial" de un Estado Nación, tiene necesariamente un marco jurídico que regula las decisiones de los gobiernos de turno, y que se encuentra contemplado originariamente en las disposiciones de las Constituciones de los países.

Son las Constituciones de los Estados Nación, las que determinan el marco jurídico aplicable a las relaciones internacionales de dichos Estados con otros países, organizaciones internacionales, etc., esto es, regulan la forma, los requisitos, el alcance, la profundidad, el contenido; etc., de los Tratados y las Convenciones internacionales que serán objeto de negociación, suscripción y ratificación por las autoridades gubernamentales de esos países.

A los fines de este artículo, nos interesa destacar los aspectos constitucionales vinculados con el relacionamiento comercial y/o económico de los países, en el marco jurídico del "GATT/OMC" del cual forman parte los Estados Parte del MERCOSUR, y especialmente en lo referido a los "Acuerdos Preferenciales de Comercio" en tanto instrumentos de integración económica y comercial.

Según expresa la doctrina con acierto, la "*Constitución de los países, es la matriz de la integración*", y es a partir de las disposiciones constitucionales de cada país, y de conformidad con las reglas del comercio mundial por la ratificación del Acuerdo General de Tarifas y Aranceles (GATT/OMC) y las disposiciones aprobadas

en dicho marco, los Estados Nación ingresan a las modalidades de integración contempladas en las normas del GATT/47 (Artículo XXIV) y la Cláusula de Habilitación.

A su vez, las disposiciones constitucionales, además de determinar en los procesos de integración regional, el alcance, contenido y profundidad del mecanismo de integración del que se encuentran habilitados a ser parte o miembros, establecen directa e indirectamente el marco jurídico regulatorio de la "política comercial del país" con relación específicamente a su "comercio exterior".

Vale decir, es a partir de las normas constitucionales, que se establecen las instituciones competentes para la fijación de la política comercial del país y sus atribuciones, los instrumentos de política comercial, etc.

Este aspecto es sumamente relevante en las facultades que pueden "cederse" o en otros términos "trasladarse" a los órganos que conforman la institucionalidad orgánica de un proceso de integración, aspecto que está estrechamente relacionado con la "profundidad" del esquema de integración regional.

Si circunscribimos el análisis a un esquema de integración regional cuyo contenido único o principal es un Acuerdo de Comercio Regional, la "política comercial" del mismo, consiste en la regulación normativa y la aplicación de los instrumentos previstos por los negociadores y contemplados en el Tratado constitutivo y sus adicionales, y comprende a su vez una estrategia comercial a lo interno del bloque y a partir de allí, en sus relaciones con otros países, agrupaciones de países y organizaciones internacionales.

Naturalmente, tanto los instrumentos de política comercial, como el relacionamiento externo del esquema de integración, se ajustarán a la modalidad de la integración adoptada en el Tratado constitutivo o en las diversas etapas del desarrollo del mecanismo de integración.

En ese sentido, y siguiendo las definiciones dadas por el GATT/47, en lo que respecta a la "política comercial", las características de una "zona de libre comercio" son diversas a la de una "unión aduanera".

Afirmación similar se puede realizar válidamente, con relación a las características que la doctrina más recibida ha descripto para el caso de un "Mercado

Común" o de una "Unión Económica y Monetaria", y ello sin perjuicio de las modalidades de integración intermedias creadas por los negociadores ya sea a nivel de las normas constitutivas del mecanismo de integración o en las distintas etapas de un proceso de integración que habitualmente responde a criterios evolutivos, graduales y flexibles, y que reconocen características e instrumentos diversos y en ocasiones no coincidentes con los expresados en la normativa GATT/OMC o por la propia doctrina.

Ello a su vez guarda directa relación con la naturaleza del proceso de integración, esto es, si se trata de una (i) instancia simple de cooperación o coordinación comercial y económica entre Estados, o si estamos ante un (ii) proceso de integración intergubernamental, o por último sí se trata de un (iii) proceso supranacional o comunitario.

Ante las posibilidades planteadas, la doctrina ha considerado que las mismas, es decir, la simple cooperación o coordinación, la naturaleza intergubernamental, y la supranacionalidad, coinciden de alguna forma con el grado de profundidad del proceso de integración, tanto en lo que refiere a la institucionalidad normativa como orgánica.

Ello significa que la institucionalidad normativa, en una instancia de integración a nivel de la unión aduanera o instancias de integración más profundas, requiere características propias de la supranacionalidad (i.e. primacía de la norma comunitaria sobre la norma nacional; aplicación inmediata de la norma comunitaria; y el efecto directo de la normativa supranacional), y en los mismos términos se corresponde a la institucionalidad orgánica, por lo que la estructura orgánica también será comunitaria y los integrantes de los órganos del esquema de integración representan al mismo.

Las breves reflexiones anteriores, son demostrativas a nuestro criterio que el análisis de la "política comercial" de un proceso de integración, guarda directa relación con el estadio de la integración en que se encuentre el mismo, y que a su vez, reconoce una "política comercial a lo interno del bloque" que tiene su matriz en el alcance y contenido que al proceso le han "concedido" conforme a sus Constituciones

y legislación aplicable los Estados que lo conforman, y una "política comercial externa", esto es, el relacionamiento externo o la agenda externa del bloque regional.<sup>4</sup>

#### IV. La política comercial del MERCOSUR

La primera aproximación deviene en ubicar el ámbito de análisis que haremos y el mismo será la "política comercial" como tal y su conexión con lo externo, esto es, la "política comercial externa" en el marco del proceso de integración del MERCOSUR. La "política comercial" tiene como finalidad primaria el intercambio internacional de bienes y servicios, y ello implica implementar prioridades y acciones en esos aspectos, así como la utilización de diversos instrumentos de política comercial a saber, aranceles a la importación, cuotas y licencias, procedimientos de valoración en aduana, medidas de defensa comercial, la existencia de incentivos, etc.

Parece claro, que la adopción de una "política comercial externa", implica por parte de la o las autoridades competentes, la decisión sobre los instrumentos necesarios y aplicables conforme a derecho, para el desarrollo estratégico de la inserción internacional de sus bienes y servicios, en base a los intereses nacionales (en el caso de un país) comunes (en el caso de la participación en mecanismos de integración regional) y naturalmente las prioridades conforme a los objetivos planteados. Corresponde destacar que, en estas decisiones se pueden encontrar consideraciones que van más allá de lo esencialmente comercial o económico

La segunda aproximación al tema se encuentra en ubicar al "MERCOSUR" de acuerdo a sus características en el marco del "GATT/OMC", y a las reglas del comercio a nivel mundial en tanto proceso de integración, cuyo marco jurídico conforme a las reglas del comercio mundial han adoptado los cuatro Estados Parte fundadores.

---

<sup>4</sup> Este último aspecto, que en los acuerdos de última generación se orientaba a la concreción del "regionalismo abierto", en la actualidad, se encuentran expresiones del denominado "regionalismo cruzado".

Tanto el "libre comercio" como el actual "sistema multilateral de comercio" se rigen por varios "principios" que se consideran fundamentales en la regulación del comercio entre los países miembros.<sup>5</sup>

Sin perjuicio de los "principios" señalados en la nota anterior, a los efectos de la ubicación del MERCOSUR, hemos dejado para explicar brevemente el "Principio de No Discriminación", en sus dos modalidades instrumentales, esto es, la "Cláusula de la Nación Más Favorecida" y la "Cláusula del Trato Nacional".

El fundamento de este principio, es la existencia de un "comercio sin discriminaciones", lo que implica en su aplicación a través de la "Cláusula de la Nación Más Favorecida" que dispone que cada miembro de la Organización Mundial de Comercio, debe otorgar, en forma inmediata e incondicionalmente a los bienes y servicios provenientes de otros Estados Miembros de la Organización, un trato no menos favorable que el concedido a bienes, servicios y proveedores de servicios similares de otro país miembro.<sup>6</sup>

Por su parte, la "Cláusula del Trato Nacional", representa la obligación de no discriminar entre sus propios productos, servicios o ciudadanos, y los productos, servicios o ciudadanos de otros países, esto es, igual trato para los productos, servicios y ciudadanos nacionales o extranjeros.<sup>7</sup>

Sin perjuicio de otras excepciones previstas por el GATT/47 (Artículo XX – Excepciones Generales o Artículo XXI - Excepciones relativas a la seguridad), la que nos interesa a los efectos de fundamentar la existencia de los mecanismos de integración en materia económica y comercial, se encuentran previstas en la Parte III - Artículo XXIV (Aplicación territorial – Tráfico fronterizo – Uniones Aduaneras y zonas de libre comercio).

---

<sup>5</sup> En el sentido antes indicado se destacan como principios rectores en el marco del comercio mundial: (i) un comercio libre; (ii) un acceso predecible y creciente a los mercados; (iii) la promoción de una competencia leal; (iv) la promoción del desarrollo y la reforma económica; etc.

<sup>6</sup> Artículo 1 del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) sobre mercancías; artículo 2 del Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (AGCS); artículo 4 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC).

<sup>7</sup> Artículo 3 del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) sobre mercancías; artículo 17 del Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (AGCS); artículo 3 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC).

Allí se describen, y establecen las características - en base al concepto de "territorio aduanero" - las siguientes modalidades de integración regional: (i) los "acuerdos provisionales"; (ii) las "zonas de libre comercio" (en adelante indistintamente "ZLC") y (iii) las "uniones aduaneras" (en adelante indistintamente "UA") (numerales 1 a 7).

En el caso de la "ZLC" se entenderá la misma cuando: *"un grupo de dos o más territorios aduaneros entre los cuales se eliminen los derechos de aduana y las demás reglamentaciones comerciales restrictivas (excepto, en la medida que sea necesario.....) con respecto a la esencial de los intercambios comerciales de los productos originarios de los territorios aduaneros de dicha zona de libre comercio"* (literal b del numeral 8 de la Artículo XXIV del GATT/47).

Por su parte la "UA" se entenderá por: *"la substitución de dos o más territorios aduaneros por un solo territorio aduanero, de manera: que los derechos de aduana y las demás reglamentaciones comerciales restrictivas (excepto, en la medida que sea necesario..... ) sean eliminados con respecto a lo esencial de los intercambios comerciales entre los territorios constitutivos de la unión o, al menos, en lo que concierne a lo esencial de los intercambios de los productos originarios de dichos territorios, ...."* (subliteral i del literal a del numeral 8 del Artículo XXIV del GATT/47), y que: *"...cada uno de los miembros de la unión aplique al comercio con los territorios que no estén comprendidos en ella derechos de aduana y demás reglamentaciones del comercio que, en substancia, sean idénticos; .."* (subliteral ii del literal a del numeral 8 del Artículo XXIV del GATT/47).

Pues bien, este es el marco regulatorio a partir del cual se constituye el MERCOSUR, en tanto "proceso de integración regional" que comprende un "Acuerdo Preferencial de Comercio", que siguiendo las modalidades de integración previstas en el GATT/47 aspira a exceptuarse de la aplicación del "principio de no discriminación" en el comercio recíproco entre los Estados Parte de dicho Acuerdo Regional.

Esto en lo conceptual, se plasma en el Anexo I del Tratado de Asunción donde se consagra el Programa de Liberación Comercial entre los cuatro Estados fundadores del MERCOSUR, que consiste en una (i) "desgravación arancelaria,

progresiva, lineal y automática del comercio recíproco al 31 de diciembre de 1994, sin perjuicio de la lista de excepciones acordadas; y (ii) la eliminación de las restricciones aplicadas en el comercio recíproco (medidas de carácter administrativo, técnico, etc.)<sup>8</sup>.

Por lo tanto, comienza una "etapa de transición" del proceso de integración regional, que tendría su fecha límite el 31 de diciembre de 1994, oportunidad en la que debería estar conformado el "Mercado Común" entre los cuatro Estados fundadores.

Este aspecto, adquiere suma relevancia en cualquier análisis que se haga de la normativa MERCOSUR, y al no haberse conformado el mentado Mercado Común, se podría considerar válidamente que la "etapa de transición" sigue vigente, y por lo tanto todos aquellos instrumentos de política comercial, pensados e implementados para una etapa de transición seguirían con plena vigencia y aplicación. La afirmación precedente se refuerza con el carácter evolutivo y progresivo del proceso de integración regional, extremo que surge de innumerables disposiciones regulatorias del mismo.

No obstante ello, se ha planteado por una parte importante de la doctrina mercosuriana, que al amparo de lo dispuesto en el artículo 53 del Protocolo de Ouro Preto, la etapa de transición prevista en el TA habría finalizado, dado que dicho artículo señala: *"Quedan derogadas todas las disposiciones del Tratado de Asunción, del 26 de marzo de 1991, que estén en conflicto con los términos del presente Protocolo y con el contenido de las Decisiones aprobadas por el Consejo del Mercado Común durante el período de transición."*, y en consecuencia se habría iniciado una nueva etapa de transición desde la Unión Aduanera hacia el Mercado Común.

Independientemente de estas posiciones doctrinarias relacionadas con el mantenimiento o finalización de la etapa de transición, parece claro que algunas de las disposiciones contempladas en el Tratado de Asunción y en las Decisiones del Consejo del Mercado Común (en adelante indistintamente CMC) han perdido

---

<sup>8</sup> Este Programa de Liberación Comercial, se complementa con otras disposiciones en los Anexos del TA (Anexo II - Régimen de Origen y Anexo IV - Cláusulas de Salvaguardia), sin perjuicio del Derecho Derivado proveniente de los órganos decisorios del MERCOSUR.

vigencia por el desarrollo del proceso de integración en el tiempo, y el análisis debe realizarse a partir de diciembre de 1994, sin perjuicio de lo dispuesto en el TA.

Por lo tanto, este proceso de integración regional, nace o se crea, como una excepción al "principio de no discriminación" del GATT/OMC, sin perjuicio de que ha ampliado su ámbito de actuación a través del desarrollo de otras dimensiones (i.e. educativas, sociales, culturales, etc.).

Del punto de vista de la modalidad de la integración regional propuesta por los negociadores, la misma radicaba en ocasión de la suscripción del TA en lograr conformar un Mercado Común al 31 de diciembre de 199, lo que suponía – además del comercio regional existente entre los 4 Estados Parte - transitar de alguna forma por las instancias anteriores de la "integración regional", esto es, la "zona de libre comercio" y la "unión aduanera".

Lo cierto es que el objetivo o finalidad estampada en el artículo 1 del TA, no fue logrado y en forma ficta en diciembre de 1994 se declara por parte del Consejo del Mercado Común el ingreso a la Unión Aduanera.

La realidad es que el MERCOSUR a los 30 años de su constitución, no cumple con los requisitos establecidos en el artículo XXIV del GATT para considerarse una "Zona de Libre Comercio", y tampoco para ser una "Unión Aduanera".

No se trata de una "ZLC", conforme a lo indicado en el literal b del numeral 8 del artículo XXIV del GATT/47, ya que la eliminación de los "*... derechos de aduana y las demás reglamentaciones comerciales restrictivas (excepto, en la medida que sea necesario.....) con respecto a la esencial de los intercambios comerciales de los productos originarios de los territorios aduaneros de dicha zona de libre comercio*" (literal b del numeral 8 de la Artículo XXIV del GATT/47), no se cumple, dado que existen que se encuentran excluidos del ámbito de las negociaciones en el MERCOSUR, (i.e. automotriz y azucarero) y por lo tanto no se abarca lo "esencial" del comercio recíproco, y a su vez persisten las reglamentaciones comerciales restrictivas (i.e. medidas y restricciones no arancelarias, tasa consular, etc.).

Por su parte, no se trata de una "UA", conforme a lo establecido en el subliteral i del literal a del numeral 8 del artículo XXIV del GATT/47, dado que no existe "*... un solo territorio aduanero, de manera: que los derechos de aduana y las demás*

*reglamentaciones comerciales restrictivas (excepto, en la medida que sea necesario..... ) sean eliminados con respecto a lo esencial de los intercambios comerciales entre los territorios constitutivos de la unión o, al menos, en lo que concierne a lo esencial de los intercambios de los productos originarios de dichos territorios, ...." , y tampoco se ha logrado que los miembros de las unión apliquen "...al comercio con los territorios que no estén comprendidos en ella derechos de aduana y demás reglamentaciones del comercio que, en substancia, sean idénticos; ..".* dado que no existe un arancel externo común, no se ha eliminado el doble cobro de la renta aduanera, etc.

En sustancia, en ambas modalidades de la integración se puede ubicar al MERCOSUR, agregándole el término incompleta o imperfecta, afiliándose a una modalidad de la integración "intermedia" o "en transición hacia".

Ahora bien, hechas estas precisiones, y conforme al marco jurídico regulatorio de los procesos de integración y sus modalidades, cuando se analiza la "política comercial" del bloque regional, el estadio de la integración en sede de la ZLC implica el mantenimiento de la "política comercial" de los Estados Parte signatarios del Acuerdo Preferencial de Comercio, mientras que en la UA la existencia de un "política comercial común" es imprescindible y característico de dicha modalidad.

Para completar el panorama descripto anteriormente, nada impide que en un proceso de integración de naturaleza evolutiva, gradual y flexible (como lo es el MERCOSUR,) la adopción plena de una u otra modalidad de la integración admita etapas intermedias, principalmente en los instrumentos de política comercial, lo que nos llevaría a una tercera alternativa en este análisis.

Si estas consideraciones las trasladamos al ámbito de la "política comercial del MERCOSUR", las dificultades asoman en forma inmediata.

Sin duda que una de las finalidades de los esquemas de integración regional, en el marco del "regionalismo abierto" incluye una profunda y profusa agenda externa, y la celebración de acuerdos comerciales con terceros países o agrupaciones

de países, extremo que surge con claridad meridiana en el TA en los artículos 4 y 8, y que ha sido una constante en el desarrollo del proceso de integración.<sup>9</sup>

Es más aún, en el artículo 1 del TA se establece en forma expresa que el Mercado Común que se pretende constituir al 31 de diciembre de 1994, "implica" entre otras finalidades, una "política comercial común", refiriéndose específicamente a la agenda externa o al relacionamiento externo del bloque regional.

Aún en sede de una integración cuatripartita (i.e. sin personalidad jurídica), el artículo 4 regula las relaciones con terceros países desde los Estados Parte, exigiendo en las mismas condiciones equitativas de comercio, adecuación de sus legislaciones nacionales para evitar prácticas desleales de comercio y la coordinación en normas comunes sobre competencia comercial.

Por su parte, el artículo 5 del TA al referirse a los "principales instrumentos para la constitución del Mercado Común" durante el período de transición, no incluye o incorpora la "política comercial común", y por último, el artículo 8 del TA regula la situación de los acuerdos suscritos con la ALADI y reclama la necesaria coordinación de sus posiciones en las negociaciones comerciales externas durante el período de transición, y enumera ciertos requerimientos a ese respecto.

En suma, en el "período de transición" previsto en el artículo 1 del TA, se desprende que las negociaciones comerciales externas de los Estados Parte se mantienen en los términos consagrados para una ZLC y se podría decir que la instancia de una política comercial común se encuentra en la etapa del mercado común.

Una breve mención al Protocolo de Ouro Preto (en adelante indistintamente POP) aprobado en el mes de diciembre de 1994 es necesaria habida cuenta de que varios autores consideran que de acuerdo a lo establecido en el Preámbulo de dicho

---

<sup>9</sup> En ese sentido es ilustrativo, la firma del denominado "Acuerdo del Jardín de las Rosas", con Estados Unidos de Norteamérica en el año 1991, en la modalidad 4 + 1, dado que el MERCOSUR aun no contaba con personalidad jurídica,

Protocolo<sup>10</sup> y en las Decisiones del CMC en relación al tema<sup>11</sup>, se ha producido el ingreso del MERCOSUR a la modalidad de una unión aduanera, lo que indirectamente significa una modificación sustantiva en las "negociaciones externas del MERCOSUR". Esta mención es significativa, porque pese a la mención realizada en el Preámbulo del POP, el mismo en su contenido no se refiere en ninguna de sus disposiciones a este tema, sin perjuicio que en la adecuación de la estructura institucional del MERCOSUR, y en relación a este tema se pueden señalar los siguientes aspectos: (i) se le otorga personalidad jurídica (artículo 34); (ii) se establece el consenso para la adopción de las decisiones (artículo 37); y (iii) se dispone cuales son los órganos competentes para negociar y suscribir acuerdos (artículos 8 y 14).

Lo cierto es que a lo largo de estos 30 años de vida del MERCOSUR, aquellos instrumentos de "política comercial" propios y necesarios para la conformación de una "unión aduanera" de acuerdo a lo dispuesto en el GATT/47 no se han logrado, esto es, el MERCOSUR: (i) carece de un Arancel Externo Común sin perjuicio de la existencia de un proceso de convergencia hacia el mismo, aunque debe señalarse que igualmente tiene una larga lista de excepciones sectoriales, nacionales, temáticas, etc.; (ii) asimismo no cuenta con un Código Aduanero común; (iii) no ha eliminado el doble cobro del arancel externo común, etc., en definitiva no existe un "territorio aduanero común".

En suma, realmente en la actualidad en el ámbito del MERCOSUR, independientemente de su adecuación a una u otra modalidad de la integración o a una modalidad intermedia, el avance sustantivo en materia económica y comercial, se ha logrado principalmente en el Programa de Liberación Comercial previsto en el Anexo I del TA, en la eliminación de un número importante de medidas y

---

<sup>10</sup> En el párrafo tercero del Preámbulo del Protocolo de Ouro Preto, se encuentra la siguiente frase: "Conscientes de la importancia de los avances alcanzados y de la puesta en funcionamiento de la unión aduanera como etapa para la construcción del mercado común."

<sup>11</sup> Al respecto, véanse las Decisiones del CMC No. 13/93 (aprueba el documento de "Consolidación de la Unión Aduanera y tránsito del Mercado Común", y convoca a una reunión para establecer plazos para fijar el Arancel Externo Común y las excepciones); No. 5/94 (regula el comercio intramercosur, el tratamiento arancelario y el régimen de adecuación final a la Unión Aduanera); No. 7/94 (aprueba el proyecto de Arancel Externo del MERCOSUR con el régimen de excepciones)

restricciones no arancelarias, y diría que en la aprobación de un número importante de reglamentos técnicos (por ejemplo en materia sanitaria y fitosanitaria).

Sin embargo, claramente no se ha avanzado en otros temas muy importantes para el desarrollo económico y comercial del MERCOSUR, vinculados con el estadio de la integración actual.

Todo ello, nos llevaría a pensar en una primera instancia, que no es posible afirmar la existencia de una "política comercial común" del MERCOSUR, siendo entonces de acuerdo al artículo 1 del TA cuando se refiere a la misma, o un objetivo propio del mercado común, o una disposición programática que podría implementarse en las sucesivas etapas del proceso de integración.

En el marco de lo expresado anteriormente y adoptando el criterio de que independientemente de la conformación precisa de una unión aduanera o de un mercado común, se aprueba en el marco del "Relanzamiento del MERCOSUR" en el año 2000, la Decisión CMC No. 32/00.

Esta Decisión se refiere – en el marco del relanzamiento del MERCOSUR – al relacionamiento externo del MERCOSUR, y específicamente señala en el primer párrafo del Considerando: *"Que la constitución de un mercado común implica, entre otros aspectos, la necesidad de contar con una política comercial externa común..."*, en concordancia con lo establecido en el artículo 1 del TA.

No obstante ello, en el estadio de la integración regional que hemos descripto en profundidad anteriormente, en la parte resolutive de la mentada Decisión y en el artículo 1 declara: *"Reafirmar el compromiso de los Estados Partes del MERCOSUR, de negociar en forma conjunta acuerdos de naturaleza comercial con terceros países o agrupaciones de países extrazona en los cuales se otorguen preferencias arancelarias."*

Siguiendo el criterio antes indicado, en el artículo 2 de la Decisión referida, se dispone que a partir del 30 de junio del año 2001, los Estados Partes no podrán firmar nuevos acuerdos preferenciales o acordar sobre nuevas preferencias comerciales en los acuerdos vigentes en el marco de la ALADI, que no hayan sido negociados con el MERCOSUR.

En suma, la aludida Decisión es una forma de "condicionar" las negociaciones externas de los Estados Parte del MERCOSUR en los acuerdos de naturaleza comercial, con terceros países o bloques regionales cuando se otorguen preferencias arancelarias, ya que exige que las mismas deben realizarse en forma conjunta, lo que en buen romance significa que debe operar el consenso – con el alcance que el mismo tiene - en las negociaciones cuando se otorgan preferencias arancelarias.

Pues bien, sin perjuicio de que la norma aludida aprobada por el Consejo del Mercado Común en el ámbito del MERCOSUR, adquiere plena validez en dicho ámbito, se ha requerido – desde su aprobación hasta la fecha – por parte de los negociadores de la República Oriental del Uruguay su necesaria incorporación a los ordenamientos jurídicos conforme a lo expresado en los artículos 38 y 42 del POP por tratarse de un proceso de naturaleza intergubernamental y versar sobre el comercio exterior de los Estados Parte, sobre lo cual no ha existido consenso, por lo que no ha sido incorporada en el ordenamiento jurídico de ninguno de ellos.<sup>12</sup>

La posición aludida ha sido cuestionada, en el entendido de que en realidad la obligación de negociar en forma conjunta acuerdos de naturaleza comercial que incluyan preferencias arancelarias, se encuentra consagrada en el artículo 1 del TA (i.e. política comercial común) y el Protocolo de Ouro Preto (artículos 3, 8, 34 y 37), y en la propia Decisión CMC No. 32/00 cuando reafirma el compromiso de los Estados Parte en el sentido antes indicado.

Independientemente de la valoración política y jurídica que se pueda realizar de la mentada Decisión CMC No. 32/00 que es ajena a este artículo, la evaluación se encuentra en determinar si realmente se trata de la expresión de una política comercial común, ya sea como una consagración de la misma en términos de estrategia comercial o de una implementación o reglamentación de lo dispuesto en el artículo 1 del TA.

---

<sup>12</sup> En el mes de junio de 2021 el gobierno de la República Oriental del Uruguay ha considerado que la norma en cuestión al no ser incorporada a los ordenamientos jurídicos nacionales, entre los de su propio país, no se encuentra vigente y por lo tanto ha iniciado negociaciones unilaterales.

## VI. Conclusiones

A los efectos de situar el tema en el marco de las conclusiones con una visión más pragmática de la noción de política comercial externa, esta es la que regula el flujo de los bienes y los servicios a través de las fronteras y tiene un impacto directo e indirecto en los precios y valores internos de las exportaciones e importaciones, y esto se puede visualizar desde los Estados Nación en forma individual o desde los mecanismos de integración regional.

La "política comercial externa" en el marco de un proceso de integración regional, se vincula directamente con la modalidad de la integración en que se encuentre dicho proceso en el marco jurídico de las reglas del comercio mundial dispuestas por el GATT/OMC, esto es, si estamos ante una Zona de Libre Comercio, ante una Unión Aduanera o en una modalidad intermedia con aspectos propios de una u otra modalidad, ya sea en su conformación o en tránsito hacia un estadio superior de la integración.

Naturalmente y según hemos visto, si nos encontramos ante una Zona de Libre Comercio el relacionamiento externo de los Estados Parte se mantiene en su ámbito de actuación individual, sin perjuicio de los acuerdos de cooperación o colaboración que se puedan instrumentar en sede de bloque regional.

La situación se modifica sustancialmente, si la modalidad en que se encuentra el mecanismo de integración es una Unión Aduanera, ya que ello implica la existencia de un único territorio aduanero, con los consiguientes instrumentos para conformar una "política comercial común" entre los Estados Parte o Miembros del bloque regional, esto es, las condiciones propias de una zona de libre comercio, y además, especialmente un arancel externo común, un Código Aduanero Común, y un mecanismo común para la percepción y distribución de la renta aduanera,

Si se tratase de una modalidad que hemos llamado intermedia, el análisis de la existencia o inexistencia de una política comercial externa común, habrá de verse en cada caso concreto a partir de los instrumentos de política comercial existentes en el bloque regional.

Visto el fenómeno de la política comercial común en el marco de un esquema de integración regional, también adquiere relevancia la determinación de la

naturaleza del mismo, esto es, si se trata de un proceso de naturaleza intergubernamental o de supranacional o comunitaria, por las derivaciones que uno y otro tienen en cuanto a la estructura orgánica institucional y normativa.

Pues bien, hechas estas precisiones, corresponde determinar si en el MERCOSUR existe una "política comercial común".

En primer lugar, la determinación del estadio de la integración, no es un elemento claro para su determinación, y ello porque no existen dudas de que no se ha completado una zona de libre comercio, lo que presupone sin lugar a dudas la individualidad del relacionamiento externo por los Estados Parte.

Tampoco se puede afirmar -más allá del ingreso ficto a una unión aduanera determinado en el ámbito del MERCOSUR - que la misma se encuentre configurada en este proceso de integración, ya que con claridad meridiana no existe un "solo o único territorio aduanero" entre los Estados Parte. En el caso que lo hubiera la existencia de un "política comercial externa común" es de principio.

Por último, la modalidad intermedia sería la solución -mas aparente que real - a este tema, ya que se podría decir que la posibilidad de aprobar una norma que declare o haga saber que existe una política comercial externa común, solucionaría en los hechos el problema, lo que no resiste un análisis del punto de vista jurídico. Pues bien, si analizamos la normativa mercosuriana, no encontramos argumentos sólidos en uno u otro sentido.

Desde nuestro punto de vista, la vigencia simultánea de la Decisión CMC No. 32/00, al menos plantea dudas del punto de vista jurídico, y tampoco podría ser la única norma o instrumento de política comercial, que justifique la existencia de una "política comercial común" en el MERCOSUR.

Por último, nuestra opinión es que en realidad, no existe una "política comercial externa común" en el MERCOSUR, y ello en primer lugar porque no se encuentra consagrada normativamente desde la modalidad de integración vigente, es decir como una modalidad intermedia (i.e. unión aduanera imperfecta o incompleta) aún en la hipótesis de la Decisión multicitada dado que se trata de un instrumento puntual en el marco de las negociaciones con preferencias arancelarias.

En segundo lugar, en el ámbito del MERCOSUR, en los hechos la eventual “política comercial externa común” no se encuentra respaldada por los instrumentos de política comercial propios de una unión aduanera, y también porque no existen opiniones coincidentes de la doctrina al respecto.

En suma, de lo expuesto no es posible afirmar la existencia de una “política comercial externa común” del MERCOSUR, y la conclusión es que la misma solamente tiene expresiones normativas aisladas que no se ajustan a la realidad en el proceso de integración.

## MERCOSUR. Historias, estructuras jurídicas e integración. Los genes, el derecho y la sinceridad

MERCOSUR. Histories, legal structures and integration. The genes, the right and the sincerity

Por Heber Arbuét-Vignali

**Resumen:** Es preocupante no tener certezas acerca de si uno dispone o no de razones que puedan aportar soluciones prácticas y a la vez, saber con certeza que el MERCOSUR, así no puede funcionar. Se construyó sobre estructuras jurídicas débiles y se intentó actuar cómo si fueran fuertes. Cuando se quiere ayudar para modificar la situación, se siente que se clama en el desierto. El artículo transmite experiencias personales, algo de historia y especialmente la opinión del autor acerca de que los constructores del MERCOSUR no han tenido en cuenta y siguen sin tenerla, lo importante de las estructuras jurídicas y del espíritu judicial para solucionar controversias y encausar estos procesos. Y qué sin considerarlo, no se evitarán, ni superarán, las crisis como la que se vislumbra.

**Palabras clave:** Estructura jurídica; MERCOSUR.

**Abstract:** It is worrying not to be certain about whether or not one has reasons that can provide practical solutions and, at the same time, to know with certainty that MERCOSUR cannot work like that. It was built on weak legal structures and an attempt was made to act as if they were strong. When you want to help change the situation, you feel like you are crying out in the desert. The article transmits personal experiences, some history and especially the author's opinion that the MERCOSUR builders have not taken into account and still do not take into account the importance of legal structures and the judicial spirit to solve controversies and prosecute these processes. And without considering it, crises like the one looming will not be avoided or overcome.

**Keywords:** Legal structures; MERCOSUR.

Fecha de recepción: 25/08/21

Fecha de aceptación: 05/10/21

Esta obra se publica bajo licencia Creative Commons 4.0 Internacional. (Atribución-No Comercial-Compartir Igual)



## MERCOSUR. Historias, estructuras jurídicas e integración. Los genes, el derecho y la sinceridad

Por Heber Arbuét-Vignali\*

### I. La ubicación psicopolítica personal de lo que van a leer

Quiero mucho al MERCOSUR, creo que él puede ser una atenta vía de salida para los pueblos de la región y para la reunión de esos pueblos agrupados en Estados que lo configuran; pero me desilusionó y todo indica que hoy (mediados del 2021), se encuentra en vísperas de una nueva crisis profunda, que repite crisis anteriores, por diferentes motivos, pero con muchas posibilidades de tener un mismo origen. Puedo describir mi sentimiento, al menos para que lo entiendan los viejos gardelianos rioplatenses, diciendo que es similar al del protagonista de la canción de Samuel Castriota, Mi noche triste, cuando dice “Percanta que me amuraste (en traducción libérrima del lunfardo: mujer que me enamoraste), en lo mejor de mi vida, dejándome el alma herida y espina en el corazón...”.

En 1991 MERCOSUR aparecía como el instrumento que podía brindar a los países de la región, que hacía poco había recobrado sus democracias, la necesaria firmeza socio económica, que limaba asperezas y que abría perspectivas que entusiasaban. Pero ya tenía algunas características preocupantes: proponía una estructura jurídica que no se adecuaba a las metas ambiciosas que se establecían<sup>1</sup>; no tomaba en cuenta las profundas asimetrías que por pares dividían a sus Estados partes

---

\* Antiguo Catedrático de Derecho Internacional Público, antiguo Catedrático de Derecho Diplomático y Consular y antiguo Catedrático de Historia de las Relaciones Internacionales en la Facultad de Derecho UdelaR. Antiguo Catedrático de Derecho de la Integración en la Facultad de Derecho de la Universidad de la Empresa (UDE). Miembro fundador del Consejo Uruguayo para las Relaciones Internacionales (CURI) y Consejero de este. Libre investigador en ejercicio. Premio CONICYT a la investigación jurídica, Grado III, 1999-2001. [heber@arbuét.com](mailto:heber@arbuét.com)

<sup>1</sup> Construir un “Mercado Común” (art. 1) requiere al menos disponer de algún órgano supranacional. Estos pueden establecerse a partir de disponer de estructuras mixtas (ver infra Numerales 4 y 5). Nada de esto, estructuras y órganos adecuados, se adoptan en Asunción y nosotros, que vivimos el momento, podemos asegurar que políticamente no se quería dar entrada al Principio de la Supranacionalidad

<sup>2</sup>; y no eliminaba las consecuencias de la existencia previa de un proyecto de integración en vigor entre Argentina y Brasil, que no desaparece, lo cual ocasionará muchas confusiones y permitirá, a los dos países mayores que lo mantienen, posicionamientos elusivos de los acuerdos del MERCOSUR<sup>3</sup>. Además, disponía la creación de un muy débil sistema de solución de controversias<sup>4</sup>, cómo si el optimismo de los Presidentes fundadores<sup>5</sup> pudiera disimular el hecho de que si bien toda integración económica acerca, hermana, potencia lazos y mejora las posibilidades de los Estados y los pueblos que reúne, a la vez y naturalmente, siembra y abona grandes oposiciones de intereses sectoriales y el consecuente incremento de las controversias. Todo esta situación, ya desde entonces, resultaba preocupante y lo escribimos en diversas ocasiones; y recorrimos la región dando conferencias <sup>6</sup>, porque teníamos la esperanza de que se superaran las suspicacias, las fantasías y las argucias y se corrigieran las disposiciones que impedían el correcto funcionamiento del emprendimiento. En la medida de lo posible, tratábamos de contribuir de alguna manera a que se superaran prácticas con raíces muy profundas en la historia <sup>7</sup> y se avanzara hacia la supranacionalidad. Siempre pensamos que la opción se daba entre,

---

<sup>2</sup> En el marco de Iberoamérica y el Caribe, nos referimos a las asimetrías que resultan de la mucho mayor importancia económica de Argentina y Brasil, frente a las economías de Paraguay y Uruguay, las que no se consideran ya que en el art. 2 del Tratado de Asunción se dice que sus socios lo fundan en "...la reciprocidad de derechos y obligaciones entre los Estados partes."

<sup>3</sup> Nos referimos a los acuerdos que, en el marco del impulso de la CEPAL, celebran Argentina y Brasil: el Acta de Foz de Iguazú firmada en noviembre de 1985 por los Presidentes Raúl Alfonsín y José Sarney, a la que continúan el Programa para la integración argentino-brasileña de julio de 1986 y finalmente el Tratado de integración, cooperación y desarrollo, de 1988. En el marco de este último se continuaron celebrando acuerdo aun después de 1991, con el sistema Mercosur funcionando,

<sup>4</sup> El Anexo 3 del Tratado de Asunción, poco y nada agrega a la negociación y mediación propias del Derecho Internacional Público general, salvo en el art. 3, dónde se asume el compromiso de mejorar la propuesta en un futuro cercano. Como veremos más adelante (ver infra Numeral 6), este compromiso se honró y se modificó en mucho la estructura del sistema, pero se hizo de tal manera que poco se avanzó para solucionar el problema de fondo, el que persiste.

<sup>5</sup> Uno de ellos, el Dr. Luis Lacalle Herrera fue nuestro discípulo en el grado y el Canciller que le acompañara, el Dr. Héctor Gros Espiel fue miembro del tribunal en el concurso con el que obtuve la titularidad en efectividad de la Cátedra de Derecho Internacional Público.

<sup>6</sup> Como señalábamos en un artículo anterior (H. Arbuét-Vignali 2017), "Desde 1991 investigué sobre temas del Mercosur. Escribí sobre ellos y por casi 10 años, recorrí la región y otros espacios, especialmente en el marco de los múltiples Encuentros Internacionales de Derecho de América del Sur, impulsados por Luiz Octavio Pimentel. Me dediqué a difundir la estructura y razón del Mercosur en universidades, círculos políticos, ámbitos profesionales y público en general,..".

<sup>7</sup> Los genes de los caudillos y de los doctores comarcanos que hicieron fracasar los proyectos de integración en Iberoamérica desde el Congreso que convocara Simón Bolívar en Panamá, en 1826.

o tomar las decisiones político-constitucionales requeridas y asumir compromisos supranacionales, o aceptar como única meta alcanzar algún tipo de integración intergubernamental, asumiendo los límites de estas, no pretendiendo de ellas lo que no pueden dar.

Para concretar correctamente el primer camino hacia una integración profunda, había que comenzar modificando las Constituciones de Brasil y Uruguay y además, todos los Estados debían de tener la voluntad política de transferir poderes de gobierno a los órganos del MERCOSUR, en los ámbitos de competencia que se le atribuían, aceptando el sometimiento consecuente (supranacionalidad).

Para concretar el segundo camino hacia solamente una integración intergubernamental, había que dejar y de lado ideas, positivas y deseables, pero que, si carecen del respaldo de una voluntad política, dispuesta a encarar los profundos cambios necesarios para crear las estructuras jurídicas e institucionales requeridas, para que funcionen adecuadamente, se convierten en entelequias que sólo aportan ilusiones, confunden, causan desencuentros y dañan al no permitir lo óptimo y propiciar interpretaciones erróneas que vuelven complicado lo posible. Ninguna de las dos cosas se concretó y se actuó mal <sup>8</sup>.

Por mucho tiempo procuramos transmitir lo que pensábamos, escribimos un libro (ARBUET-VIGNALI, 2004), participamos en muchos colectivos y escribimos más de 30 artículos. Como los operadores políticos, jurídicos y económicos persistieran en el camino que yo no compartía, nos desilusionamos (“Percanta que me amuraste...”). Posteriormente hemos seguido al Mercosur y en ocasiones escribimos sobre él; en general, lo hemos hecho con espíritu constructivo, pero de fuerte crítica y lo hicimos, en las ocasiones en que se precipitaron crisis o en aquellas en que sus órganos evidenciaron debilidades que considerábamos carentes de base jurídica o

---

<sup>8</sup> Los ejemplos de intentos y concreciones, proponiendo imitaciones voluntaristas al sistema de la Unión Europea, sin contar previamente con la voluntad políticas de crear sistemas jurídicos e institucionales consecuentes a ese fin y necesarias para su funcionamiento, son abundantes: el parlamento del MERCOSUR, la ciudadanía “mercosuriana”, varias de las propuestas del relanzamiento del MERCOSUR del 2000 y la pretensión del ingreso automático de las normas “mercurianas” en los ámbitos internos de los Estados partes, entre las más notorias; etc.

perjudiciales para la integración y eso nos producía dolor o cuando nos pidieron una opinión y asumimos nuestra responsabilidad.

## II. La ubicación sociopolítica institucional

Son muchos los errores técnico-jurídicos que entorpecen un correcto funcionamiento del MERCOSUR, a los cuales nunca se les ha dado la importancia que merecen. También existen problemas desde un enfoque económico; y desde una perspectiva sociopolítica se producen graves divergencias y se asumen posiciones erróneas, las que impiden los avances y que los gobernantes de los Estados miembros<sup>9</sup>, con pocas y honrosas excepciones, asumen con naturalidad, en ocasiones las utilizan y en otras las aprovechan.

Del enfoque económico no tenemos la autoridad que nos permita hacer un análisis fundado, pero basta recordar la visión crítica de muchos autores que nos merece profundo respeto académico y la ilusión de poder tener un arancel externo común, sin disponer de un órgano común con un mínimo de poderes supranacionales. Del enfoque jurídico, el cual daría para ocuparse de muchos aspectos, sólo señalaremos las que nos parecen las situaciones más graves y que crean las mayores dificultades. Desde mi óptica, la principal carencia que aprecio en los análisis y la que lleva a errores de graves consecuencias, pero que se ocultan, consiste en no hacer un profundo análisis previo de las estructuras jurídicas dónde pueden ubicarse los diferentes sistemas de integración, especialmente de aquellas en que se asienta el Mercosur; las estructuras que dan fundamento a los diferentes procesos integradores. De estos asuntos poco se han ocupado los operadores y analistas (ver supra llamada 11).

Las estructuras jurídicas en que se asientan los actuales sistemas de integración internacional son diferentes y esas diferencias, no sólo determinan distintas consecuencias, muy trascendentes, sino que también, según el ordenamiento jurídico constitucional de cada Estados, este permite que algunos Estados puedan participar

---

<sup>9</sup> Autoridades nacionales, oposición política, diplomáticos, representantes, técnicos, funcionarios internacionales, formadores de opinión, distinguidos analistas, solventes catedráticos, etc.

de ciertos tipos de integraciones, pero les impide asociarse a otros, más profundos, que crean compromisos mayores y obligan a los Estados parte con más fuerza jurídica. Siempre deben tenerse en cuenta las tensiones y equilibrios que existan entre estas estructuras en que se inserta la integración, con las estructuras internas y los sistemas constitucionales que fundan a sus respectivos Estados integrados. En algunas ocasiones, la normativa constitucional y estas tensiones impiden a algunos Estados, formar parte de algunos proyectos de integración y en otras no les permiten que sus representantes en los órganos del sistema de integración, contribuyan a aprobar determinadas decisiones, ya que, de hacerlo, habrían actuado más allá de lo que les permite su Constitución, habrían actuado “ultra vires”, más allá de sus facultades y todo sería nulo, no existiendo la obligación votada. Si estas diferencias y relaciones entre las diferentes estructuras jurídicas no se consideran, se puede incurrir en graves errores.

También recordamos de algunas situaciones particulares que se dan en el Mercosur y son consecuencia de los anteriores errores, como las discusiones acerca del poder de subordinar a los Estados partes que algunos operadores pretenden atribuir al Consejo MERCOSUR y a las consecuentes discusiones acerca sobre la incorporación automática de la normativa “mercosuriana”.

Reflexionaremos sobre los problemas jurídicos y también políticos y económicos, que ocasiona el haber optado por establecer un sistema de solución de controversias de naturaleza arbitral y no judicial, sin avanzar hacia un sistema de esta última naturaleza, lo que podía hacerse, aun no saliendo de las estructuras jurídicas de coordinación pura (intergubernamentales) por las que se optara.

Del enfoque político social haremos algunas breves reflexiones acerca de las malas consecuencias que trajo al MERCOSUR la crisis del 2012 y las dificultades que le generara como sujeto del Derecho Internacional Público al querer negociar con otros sujetos del sistema, especialmente con la Unión Europea.

También nos ocuparemos, en el ámbito político, del papel que aun juegan los genes de los pueblos de la región y en consecuencias, de sus gobiernos y del, para nosotros, necesario sinceramiento que se requiere para poder avanzar.

Pero antes dedicaremos un párrafo, no a hacer reflexiones filosóficas para lo que no estamos capacitado, sino a filosofar sobre el derecho, lo que está al alcance de cualquier jurista que piense aplicando la lógica aristotélica y el razonamiento cartesiano.

### III. Qué esperan los pueblos de la integración

Esperan obtener el máximo de felicidad individual, en este caso, aquella que resulte compatible con la máxima felicidad grupal. El ser humano individual es gregario y dispersante, solidario y egoísta y los entes creados por los seres humanos, entre ellos los más complejos, los Estados modernos, integrados y dirigidos por seres humanos, reciben de ellos sus mismas características y requieren de sus mismos auxilios. No lo digo yo que solo repito y actualizo a Emmanuelle Kant, 1784 y 1795 (ARBUET-VIGNALI, 2009). Por esta razón el ser humano y los Estados, no pueden vivir en soledad y se reúnen para enfrentar y superar los factores adversos, pero en cuanto lo hacen aparece la veta negativa, dispersante y cada cual quiere sobresalir, obtener ventajas, privilegios, someter a los otros, ponerlos a su servicio y terminan agotando sus energías al enfrentar a aquellos con quienes quieren cooperar, destruyendo su organización social y destruyéndose entre sí. Pare superar este estado de naturaleza, agotador y destructivo, indeseable, aún para los más fuertes, es que los seres humanos procuraron entrar al estado civilizado (ARBUET-VIGNALI, 2021), con reglas y autoridades que dieran certeza, seguridad y tranquilidad a sus vidas o existencias. La explicación de la aceptación de una autoridad variará: en ocasiones lo que lleva a los gobernados a aceptar a un Señor que los somete por la fuerza, es que con ello evitan sufrir peores consecuencias, los ataque de enemigos de fuera del grupo, hambrunas, inseguridades, etc. y es por ello que se someten a un Señor con cuya ideas coinciden al provenir de un dios o de un ideólogo político común, o se someten a un déspota ilustrado porque creen que es bueno y finalmente acuerdan someterse por pacto a autoridades aceptadas y limitadas por normas jurídicas que logran un orden bastante satisfactorio (ARBUET-VIGNALI, 2019/1).

En las sociedades de seres humanos agrupados en Estados, lo que hoy llamamos sociedad internacional, ocurre lo mismo. Los primitivos Centros de Poder

independientes lucharon todos contra todos y no resultó satisfactorio. Después aparecieron grandes imperios <sup>10</sup> que impusieron el orden y tampoco satisfizo. Luego surgen los Estados nacionales y más adelante los modernos, los que concretan un ordenamiento basado en la soberanía política, el orden por el poder de la fuerza, lo que termina con la guerra franco-prusiana de 1870-71, que complica a toda Europa y con las dos Guerras Mundiales que se suceden en menos de 100 años. La Carta de las Naciones Unidas establece un orden por el pacto, legitimado por todos<sup>11</sup>, crea por primera vez un sistema jurídico internacional (ARBUET-VIGNALI 2017/1, 2018, 2019/1) y concreta instituciones para dotarlo de coercibilidad, aunque débiles y perfectibles<sup>12</sup>. Nosotros ya hemos expuesto que las posibilidades de la comunidad internacional oscilan entre seguir con políticas de poder, cada vez más descarnado y así encaminarse a sufrir grandes penalidades o decidirse por asumir políticas de paz y cooperación, fundando su ordenamiento jurídico en sistemas más comprometedores para los Estados y acercarse lo más posible a un estado civilizado pleno, de paz y cooperación, con normas jurídicas que den certeza y seguridad y autoridades comunes que puedan concretar su acatamiento. Los proyectos regionales de integración constituyen un paso intermedio entre esta última opción deseable y las mismas preocupantes realidades (ARBUET-VGNAL. 2019) que nosotros, niño-adolescente, viviéramos al promediar los 40' del siglo pasado (ARBUET-VIGNALI, 2019, 2020 y 2021); de ahí la importancia de comprender y evaluar correctamente los sistemas jurídicos en los que se asientan y respaldan los proyectos de integración, como el MERCOSUR. Con esta idea continuamos la exposición.

---

<sup>10</sup> El Celeste Imperio, Asiria, Egipto, Grecia clásica y Alejandro Magno, Roma, Gengis Kan, etc.

<sup>11</sup> Actualmente (2021), prácticamente no existen territorios bajo dominio colonial y de las 197 entidades que llenan los requisitos para ser consideradas Estados, 193 son miembros plenos de Naciones Unidas, 2, Palestina y Vaticano, son miembros observadores y hay 2 entidades que pretenden ser Estados, Kosovo, cuyo ingreso a las Naciones Unidas es vetado por Rusia y China y la República Árabe Saharaui, ambas mantienen estrechos vínculos con la Organización. Las otras entidades tienen poco fundamento jurídico o político.

<sup>12</sup> Con la Carta aparece por primera vez un sistema mundial de seguridad colectiva, con una coerción jurídicamente institucionalizada, que no depende del poder de los propios involucrados y se reafirma el sistema judicial de solución de controversias; instituciones débiles por insertarse en estructuras jurídicas de coordinación pura, pero que significan avances y son perfectibles (ARBUET-VIGNALI, 2019, 2019/1 y 2021).

#### IV. Las estructuras jurídicas

Nosotros ya habíamos escrito sobre las estructuras jurídicas y su importancia para distinguir los diferentes sistemas jurídicos internacionales (ARBUET-VIGNALI 2020/1 y 2021) y en su consecuencia, acerca de los sistemas de integración que sobre cada una de estas estructuras se construyen. Pero nunca hemos intentado definir el concepto.

Concebimos a estas estructuras como una construcción jurídica, que materializa la concreción de las ideas que fundan la justificación socio política y jurídica del ejercicio del mando ordenador de cualquier sociedad y en particular, la de aquellas sociedades que optan por una de ellas y adoptan o aceptan un determinado sistema jurídico. Estas estructuras también pueden ser la base que sostiene y condiciona a sistemas normativos de diferente naturaleza: jurídica, sociopolítica, religiosa e, incluso, fáctica, respaldadas en circunstancias de hecho o en la costumbre. A los efectos del tema que nos ocupa, sólo tendremos en cuenta las estructuras de los sistemas de naturaleza jurídicas. En estos sistemas y especialmente, en el campo de las relaciones internacionales, las estructuras se transforman en un elemento trascendente y determinante de todas las características de cada uno de ellos, en cuanto a la fuerza coercitiva del sistema, su rigidez, flexibilidades y debilidades, aun cuando siempre se trate de sistemas jurídicos. Estas características son más evidentes cuando se trata de la regulación de las relaciones internacionales dónde confundir las estructuras suele dar ocasión a problemas con fuertes repercusiones negativas, como las que provoca la pretendida “fragmentación del Derecho Internacional”; no obstante, lo cual la doctrina poco o nada se ha ocupado del asunto.

Nosotros agrupamos estas estructuras en tres tipos: dos puros y extremos, los de subordinación pura, y los de coordinación pura y uno intermedio, al que llamamos mixto y que puede comprender a muchas variantes, según las diferentes proporciones que se recojan, de los aportes de los sistemas puros de subordinación y coordinación en cada uno de ellos.

Cada una de estas estructuras jurídicas pone en evidencia, en cada caso, cual es la relación que existe entre el grupo de las autoridades que ordenan a la sociedad aplicando normas jurídicas y el grupo de aquellos que son ordenados; determinan el

tipo de relación que existe entre los que mandan y los que obedecen. En ocasiones es la relación entre uno o unos sujetos que siempre mandan y otros que sólo obedecen y en otras ocasiones es la relación entre unos sujetos que mandan y otros que obedecen, pero dónde todos pueden alternativamente estar en el grupo de los que deciden sin dejar de tener que obedecer y todos, incluidos los que mandan, deben obedecer. En este segundo caso, los que obedecen no solo se confunden con los que mandan, sino que, también, pueden disponer del poder de sancionarlos si obran mal.

Los sistemas de reglas que enmarcan a y dentro del que funcionan estas estructuras, primero fueron de naturaleza socio-religiosas, después fueron de naturaleza socio políticas y finalmente de normas de naturaleza jurídicas; esto ha ocurrido cuando ellos han ordenado a las sociedades internas y lo mismo ocurre con la sociedad internacional, dónde la naturaleza jurídica del sistema aparece en 1945 para ordenar a la sociedad de los Estados, las que se apoyan en diferentes tipos de estructuras y esto tiene consecuencias importantes.

Desde la más profunda antigüedad, los seres humanos se reunieron y para preservar los grupos necesitaron de algún tipo de estructuras que les organizara, les diera certeza y seguridad y les permitiera convivir positivamente; lo mismo les ocurrirá a los conglomerados de seres humanos que se reúnen para actuar como una unidad frente a otras semejantes, primero a los Centros de Poder independientes y posteriormente a los Estados. Adoptando estas estructuras es que unos y otros pasarán del estado de naturaleza al estado civilizado, de paz y cooperación para lo cual irán valiéndose de diferentes tipos de estructuras, para afirmar en ellas sus reglas o normas y sus autoridades; tales estructuras serán de naturaleza fáctica, religiosa, sociopolítica y finalmente, jurídicas.

En las estructuras puras de subordinación siempre juegan y se distingue claramente la existencia y las competencias, de dos grupos sociales: del lado de las autoridades se ubica uno, o unos pocos o, a lo sumo, grupos minoritarios y del lado de los que obedecen se sitúan las grandes mayorías, el común de las gentes, los que acatan y sólo obedecen. Con algo de flexibilidad en ellas se podrían establecer dos sub tipos, distinguiendo entre estructuras de subordinación puras y duras y estructuras de subordinación puras, pero atenuadas. En las primeras quienes ordenan actúan con

total discrecionalidad y arbitrariedad, sin o con escasas, reglas que los encuadren y sin controles que los limiten; y en las segundas, los ordenados disponen de algún tipo de garantías, normativas, institucionales, de hecho, o incluso jurídicas, que los protegen del arbitrio anterior.

En las estructuras de coordinación pura también la relación se da entre esos mismos dos grupos, pero quienes actúan dentro de cada uno de ellos, los gobernantes y los gobernados, aunque de alguna manera pueden distinguirse y se separan, no lo hacen radicalmente, en ciertas cosas se confunden y en lo sustancial, son los mismos; al mismo tiempo son autoridades protagonistas y sujetos que son ordenados; los protagonistas que ejercen el poder ordenador (crear las reglas, vigilar su cumplimiento, en algunas ocasiones juzgar las conductas de los infractores y siempre ejercer las funciones de castigarlos) son los mismo que son sujetos que se someten para ser ordenados; en estas estructuras, siempre, sólo existen sujetos protagonistas y en el caso de los Estados, más bien son protagonistas sujetos.

En las estructuras mixtas, de coordinación y subordinación o de subordinación y coordinación, dependiendo de cual grupo primario se tomen los elementos más gravitantes, todos son sujetos, pero, temporalmente o en el marco de algunas competencias, también asumen y ejercen personalmente o eligen en quienes delegar sus capacidades de protagonistas, de ordenadores, de autoridad. Y esto se puede concretar en diferentes proporciones, con mayor o menor grado de coordinación o subordinación según los casos (ARBUET-VIGNALI, 2019/1).

Todas estas estructuras ordenadoras pueden asentarse sobre bases fácticas, o de naturaleza socio políticas y religiosas y finalmente, de naturaleza jurídica. Esto se ha dado en el devenir de los tiempos de la humanidad: los agrupamientos más primitivas apoyaron sus estructuras en los hechos (familia, clan, tribu,), se evolucionó hacia los fundamentos socio-religiosos (los hebreos, Egipto, las polis griegas), se pasó a las bases socio-político-militares (los imperios, las monarquías absolutas, en el ámbito internacional las grandes potencias, desde Westfalia al equilibrio de poderes) y finalmente se dio entrada a lo jurídico (los fueros medioevales, las monarquías ilustradas, las democracias y monarquías constitucionales y en el marco internacional desde la Carta de las Naciones Unidas). Aunque debe de advertirse que estas fuentes

de sustentación nunca son puras y lo más de lo que se puede hablar es de prevalencia dentro de una recíproca influencia siempre concurrente.

En los ordenamiento de las sociedades internas, dentro de fronteras, ámbitos respecto a los cuales solo puedo opinar como abogado, ya que no me he especializado en ellos, para señalar, a vía de ejemplo algunos casos de estructuras de subordinación puras y duras, podríamos referirnos a aquellas que encuentran su sustento en los hechos, con apoyos religiosos y militares, las que se dieron en los primeros Centros de Poder independientes y extensos que aparecen en la historia (los mesopotámicos, los asirios, Egipto). Como ejemplos de estructuras de subordinación atenuadas, podríamos pensar en el Imperio Romano, el Celeste Imperio, o las monarquías absolutas de la Época moderna. En estos ámbitos internos no existen registros históricos de que, para espacios geográficamente extendidos, sus ordenamientos se encuadraran dentro de estructuras de coordinación puras, de democracias directa <sup>13</sup>. Las estructuras mixtas típicas en los ámbitos internos son aquellas que sustentan y organizan a los regímenes de las democracias y monarquías constitucionales fundadas en el pacto constitucional.

La sociedad internacional, que como hitos significativos puede decirse que comienza a organizarse poco antes de los tratados de Westfalia de 1648 y de Utrecht de 1713, al principio se sitúa en un estado de naturaleza pura, dónde todos sus protagonistas dependen de las circunstancias y del poder con que cada uno cuenta para imponer “su” orden; más adelante procurará, para ordenarse, actuar a partir de estructuras fácticas que les conducen a otras de naturaleza también fáctica, pero además, sociopolíticas y en ocasiones religiosas, sostenidas por la concordancia de intereses mutuos y el entretejido de alianzas y garantías<sup>14</sup>, las que en ocasiones invocaban Principios y reglas propuestas por filósofos del derecho, aunque se presentaran como jugando otros papeles. El último y mejor logrado avance de alcance mundial, se concreta en estructuras jurídicas de coordinación pura, débiles y

---

<sup>13</sup> Más allá de la aproximación de las ciudades Estados de la Grecia clásica, aunque se elucubrara doctrinalmente con ellas en las ideas de J.J. Rousseu, 1762 y que en la práctica se dé en algunos Cantones de Suiza o se diera en cierta forma, en EE. UU. en los espacios del lejano oeste, a principios del siglo XIX.

<sup>14</sup> La Santa Alanza, el Concierto Europeo, la Sociedad de las Naciones.

permisivas, pero que resultaron útiles, cumplieron sus fines básicos y pueden ser mejoradas.

## V. Las estructuras jurídicas en el Mercosur y en otras integraciones

**V.1. Ideas desde las cuales partimos.** Como decimos, el primer sistema jurídico para regular a las relaciones internacionales con alcance mundial es el Derecho Internacional Público que parece con la Carta de las Naciones Unidas en 1945. Es un sistema débil, que tiene mucho por perfeccionar, que cuenta con elementos para hacerlo, que ha funcionado bien para lo que fuera creado y que ha generado desde su seno otros sistemas jurídicos más rigurosos. El Sistema de la Carta se sustenta en estructuras jurídicas de coordinación pura; sus sujetos son los Estados soberanos, los que siempre actúan como sujetos protagonistas.

En este sistema de la Carta, con estructuras de coordinación pura, se han generado, han aparecido, “nacieron”, otros sistemas jurídicos<sup>15</sup> como impulsos para avanzar hacia sistemas con estructuras mixtas, más comprometedores. También se han generado proyectos de integración de diferentes tipos, estos, en todos los casos, con alcance regional. Todos ellos son intentos de avanzar hacia una sociedad internacional, a la postre de alcance mundial, que se sitúe plenamente en un estado civilizado, de paz y cooperación.

Algunos de estos proyectos superaron las estructuras en que se asienta el Derecho Internacional Público que los originó, avanzando hacia la supranacionalidad; para ello se independizaron del Derecho Internacional Público, se basaron en otras estructuras y para poder hacerlo, los Estados miembros, en muchos casos, debieron modificar sus Constituciones internas<sup>16</sup>. En otros casos esos proyectos de integración

---

<sup>15</sup> Como el Derecho Internacional Penal que regula el sistema del Tribunal Penal Internacional del Tratado de Roma y también el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que se origina en prácticas consuetudinarias impulsadas por la jurisprudencia internacional y sostenidas en la opinión pública internacional, en los cuales también se atienden intereses de naturaleza privada, como lo son la protección de derechos humanos fundamentales para los individuos.

<sup>16</sup> El caso típico lo constituye el de las Comunidades Europeas, devenidas con el tiempo en la actual Unión Europea y también el intento del Pacto Andino.

deben quedar en el marco de las estructuras generales originarias del Derecho Internacional Público, intergubernamentales, con estructuras de coordinación pura, como en el caso del MERCOSUR <sup>17</sup>.

Por lo dicho en llamada 19 el MERCOSUR tiene naturaleza y estructuras propias de la naturaleza intergubernamental y no puede ser de otra forma, ya que Brasil y Uruguay no tienen disposiciones constitucionales que les autoricen a optar por la supranacionalidad. Si sus gobernantes hubieran asumido ese tipo de compromisos, según las reglas básicas de la teoría general del Derecho Internacional Público, habrían actuado *ultra vires*, más allá de sus facultades y según las propias reglas consuetudinarias tradicionales del Derecho internacional Público, los actos padecerían de nulidad absoluta y nada existiría (JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, 2005).

En el marco de los sistemas de integración los Estados traspasan a la Organización un determinado número de facultades para que se pueda actuar conjuntamente, para que se adopten decisiones comunes que les permitan alcanzar los objetivos conjuntos. Las capacidades de decisión que pasan de los Estados partes a la Organización integradora determinarán la naturaleza de esta, intergubernamental o supranacional y el tipo de sistema jurídico internacional que las regule (ARBUETT-VIGNALI, 2020/1) y los Estados podrán participar o no, dependiendo de qué es lo que autoricen sus respectivas Constituciones.

Deben distinguirse entre diferentes posibilidades. Se pueden transferir ámbitos de competencias<sup>18</sup> dentro de los cuales la Organización coordina las decisiones, les da

---

<sup>17</sup> Lo cual para algunos Estados es una opción y para otros un imperativo; esto dependerá de lo que establezcan sus Constituciones. Los Estados cuyas Constituciones les permitan ceder ámbitos de competencias para resolver esos asuntos en el marco de una Organización internacional, pero que no tengan claras disposiciones constitucionales que les permita transferir a estos poderes de gobierno (ejecutivo, legislativo y judicial, de contralor) que les sometan, necesariamente deberán optar por integraciones intergubernamentales, con estructuras de coordinación puras, como el Mercosur. Los Estados que dispongan de ambos niveles de autorización, podrán optar. En el Mercosur Brasil y Uruguay no pueden optar por la supranacionalidad, en tanto que Argentina, Paraguay y Venezuela, sí lo pueden hacer. En el caso de Uruguay, en ocasión de la reforma constitucional de 1996, en el marco del Ministerio de Relaciones Exteriores, se formó una comisión (Dr. Gonzalo Aguirre, Dr. José Gamio y el autor de este trabajo) a quién se le encomendó proyectar un artículo que permitiera a Uruguay formar parte de integraciones supranacionales, lo que realizaron; pero el proyecto no pasó de tal y los promotores de la reforma (que triunfó) no lo incluyeron en el texto sometido a la ciudadanía,

<sup>18</sup> Una o más áreas de la economía; la legítima defensa colectiva; la administración de un río o una cuenca internacional; la cooperación en una frontera; etc.

forma y luego las presenta a los Estados para que las aprueben; que es lo que ocurre en el marco de las integraciones intergubernamentales, que obran sobre estructuras de coordinación pura, en el marco del Principio de la Igualdad Soberana de los Estados, dónde estos sujetos protagonistas, conservan su tradicional papel de actores exclusivos. Es el caso del MERCOSUR.

También se pueden transferirse poderes de gobierno<sup>19</sup>, en cuyo caso cada Estado, además de trasladar ámbitos de competencia de una determinada amplitud hacia la Organización, le cede a esta, además, exclusivamente en esos ámbitos, poderes de gobierno: poder de crear normas en común, las que, sin otro trámite que los del ámbito común, obliguen y deban aplicarse en el ámbito interno de los Estados parte, aún en el de aquellos que se hubieren opuesto a su aprobación; poderes de ejecución, para que órganos de la Organización actúen, controlen, decidan y ejecuten los mandatos directamente en los ámbitos internos de los Estados partes, sin la participación de este; poderes jurisdiccionales, para que los tribunales de la Organización no sólo dicten sentencias, sino que también dispongan de instrumentos coercitivos internacionales bajo su dependencia para que se ejecuten sus sentencias en caso de resistencia, dentro del ámbito interno de los Estados parte y con independencia. Esto puede ocurrir en las integraciones profundas, en el marco del Derecho Internacional Comunitario, que recibe, además del Principio de la Igualdad Soberana de los Estados, el Principio de la Supranacionalidad, actuando sobre estructuras jurídicas mixtas, de coordinación y subordinación, las que someten a los Estados, dentro de las competencias pactadas, a las decisiones comunes. Es el caso de la Unión Europea.

Cabe otro tipo de integración entre Estados, más profunda aún y que en alguna oportunidad llamamos para la unidad, en las que lo que se transfiere al común no son sólo ámbitos de competencia o poderes de gobierno, sino la propia potestad soberana<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Legislativos, ejecutivos, de contralor y/o jurisdiccionales, pero en estos casos, no sólo con plena jurisdicción, sino también con pleno "imperium" (ver infra, llamada 22).

<sup>20</sup> Lo que muchas veces se ha confundido, incurriéndose así en graves errores (ARBUET-VIGNALI, 2019/1).

Se trata de los casos de las Uniones reales, la Confederaciones, el Estado federal, los cuales, en el marco de este análisis, no nos corresponde considerar.

**V.2. Estas ideas referidas al Mercosur y sus consecuencias.** El MERCOSUR comienza a edificarse sobre el entusiasmo que despiertan las democracias recién reasumidas, lo que hace pensar a los protagonistas que todo se puede con solo quererlo y a olvidar la idiosincrasia de los pueblos (que suele ser la misma de aquellos a quienes eligen) que los habían dividido desde el intento de Bolívar en 1827. El ser optimista no es malo, pero a la vez se debe ser precavido y estar atento a las advertencias de todos los que opinan con conocimiento y señalan cuales son los límites de las estructuras por las cuales se opta y, si se quiere superarlos, poner la voluntad política necesaria para asumir compromisos jurídicos más fuertes y tener valor para llevarlos adelante. Estas circunstancias no se dieron y se cayó en un voluntarismo atrapante que condujo a situaciones confusas que lo enredador todo.

Durante la mayoría de la historia del MERCOSUR, una buena parte de los operadores que inciden en él, soslayaron las bases jurídicas sobre el que se le asentaba e ignoraron la importancia de las estructuras jurídicas para alcanzar cualquier tipo de fines que se propusieran, especialmente no analizaron las diferencias que existen entre ellas y cómo repercuten estas en las posibilidades que pueden brindar los diferentes sistemas de integración. Entre las diferencias que existen entre las estructuras puras de coordinación, que es lo único que puede ofrecer el Derecho Internacional Público de raigambre intergubernamental y las estructuras mixtas que pueden sostener otros esfuerzos integradores más profundos, de raigambre supranacional. Se insistió con las respuestas político económica, se incursionó en seductores proyectos socio políticos, pero se dejó de lado al derecho.

Se prescindió de los carriles que tradicionalmente han ordenado a las siempre gregarias y conflictivas sociedades humanas formadas o a las de los entes manejados por humanos (KANT, 1784). Se olvidó que sin pacto originario que cree normas jurídicas y autoridades que efectivamente sean respaldadas con instituciones que las hagan funcionales, no puede existir, porque no ha existido nunca, certeza y seguridad y que, sin estas, no existe comercio, para el caso internacional, o este se tornaría tan

riesgoso que solo los aventureros o los desesperados se interesarán por ingresar en el sistema.

A la mayor parte de los operadores que estructuraron el MERCOSUR se le sumó buena parte de la doctrina que lo analizaba y que, con indudables muy buenas intenciones, pero con error, propusieron proyectos propios de la supranacionalidad (un parlamento, una ciudadanía “mercosuriana”, el ingreso automático y prevalente de las normas comunes o formulas similares) los que no podían concretarse con las estructuras del MERCOSUR y que las estructuras de este no podían cambiarse sin antes reformar un par de Constituciones. Con esto, por pretender requerir de unas estructuras jurídicas más de lo que estas podían ofrecer, se instalaron en el sistema profundas y graves confusiones que lo dañaron y ambientaron sucesivas crisis como las sectoriales que se produjeron como consecuencia de los laudos no cumplidos, ni castigados o como la crisis general del 2012 (ARBUET-VIGNALI 2012 y 2012/1), o la que parece abrirse en torno a la flexibilización para celebrar acuerdos y en torno al arancel externo común.

## VI. La solución de controversias

El otro gran problema, también jurídico, que afecta las posibilidades de un mejor desarrollo del MERCOSUR, es el sistema de solución de controversias por el que se optara y la poca influencia de este para el desarrollo de la Organización.

En este caso no se trata de impedimentos constitucionales internos, ni de límites determinados por las estructuras jurídicas del sistema. Dentro de las estructuras jurídicas de coordinación pura, intergubernamentales, en las que se ubica el Derecho Internacional Público y a los que ninguno de los Estados parte del MERCOSUR está imposibilitado de someterse, es posible crear tribunales jurisdiccionales de naturaleza judicial. Estos son mucho más fuertes que los tribunales

arbitrales, aunque menos que el caso de tribunales judiciales supranacionales, porque no disponen de “imperium” dentro de las fronteras de los Estados partes<sup>21</sup>.

La adopción de tribunales judiciales nunca fue aceptada por los Estados partes del Mercosur, aunque se hicieran hermosas declaraciones. Debe reconocerse que, dentro de sistema, los avances fueron importantes, aunque siempre con la referida limitante. El tratado de Asunción no tiene aportes sobre el tema, aunque se compromete a mejorarlo (ARBUET-VIGNALI, 1993), el Protocolo de Brasilia, aporta mejoras, pero no cambios sustanciales (ARBUET-VIGNALI, 1994) y el protocolo de Olivos revive una idea finisecular decimonónica de tribunales arbitrales permanentes (La Haya 1899 y 1907), que a nivel general funcionara en manera desigual y en el ámbito subregional no ha dado buenos resultados (ARBUET-VIGNALI, 2002). Esto último lo decimos porque las pocas oportunidades en que se recurre a los tribunales arbitrales ad hoc es muestra evidente de las carencias de estos y también han sido poco frecuentes los laudos del Tribunal Permanente de Revisión.

Cualquier proceso de integración y especialmente los que se desarrollan en el marco de las relaciones internacionales, si bien es innegable que logran mejorar los acercamientos, la cooperación y los beneficios recíprocos, también multiplican las oportunidades de que se produzcan conflictos de intereses sectoriales que deben ser solucionados. En el proceso de integración del MERCOSUR la existencia de tales incrementos conflictivos no es la excepción; si no se solucionan por una vía jurisdiccional institucionalizada, las soluciones (o las confusiones y los conflictos) vendrán por otros caminos y eso resulta perjudicial; sin embargo han sido muy pocas las ocasiones en que se han llevado asuntos ante los tribunales arbitrales, tanto en el caso de los ad hoc, como en el del Tribunal Permanente de Revisión; y son varios los

---

<sup>21</sup> Las Naciones Unidas tiene el suyo, que ha tenido una función muy satisfactoria, aunque con los menoscabos propios de las estructuras del sistema. Una primera debilidad se da porque su jurisdicción es voluntaria y cualquier Estado puede eludirla si previamente no ha aceptado abrirla; pero el sistema permite que, en una Organización intergubernamental se acuerde un Tribunal con jurisdicción compulsoria. Lo más limitante en estos casos consiste en que el Tribunal aunque tenga “jurisdictio” plena, su “imperium” será limitado ya que para que fuera pleno se necesitaría trasladar poderes de gobierno hacia un marco de estructuras supranacionales, por lo tanto en estructuras intergubernamentales el tribunal internacional tendrá potestad de ejecutar directa y coercitivamente sus fallos en el ámbito internacional (autorizar retorsiones o represalias o recurrir al Capítulo VII de la Carta), pero para hacerlo en el ámbito interno de un Estado deberá contar con autorización de este.

laudos de aquellos que no se cumplieron total o parcialmente, sin que hubiera acciones capaces de obligar a cambiar de actitud o sanciones que, al menos, resultaran ejemplarizantes. Algo está fallando y ello debe admitirse.

Debemos recordar a J. Locke, 1690, quién sostiene que una sociedad que está en estado de naturaleza también está en estado de guerra, pero que, aun entrando al estado civilizado, disponiendo de normas y de autoridades, continuará en estado de guerra, si entre estas autoridades no dispone de jueces (no de árbitros) imparciales y con poder para solucionar las controversias entre particulares. Solo disponiendo de este tipo de autoridades se estará en estado civilizado y de paz.

En el MERCOSUR nunca se quisieron tribunales jurisdiccionales de naturaleza judicial, con jueces independientes de las partes, profesionales con espíritu de judicatura, como se da con los tribunales de los procesos de integración supranacionales; ni siquiera se optó por una solución intermedia creando tribunales judiciales de naturaleza intergubernamental, con menos potestades, nombrados por las partes, pero siguiendo ciertos requisitos, lo que marca ciertas distancias. Se optó por tribunales jurisdiccionales arbitrales, cuya génesis, historia y tradiciones, permiten a los árbitros vínculos y dependencias con los Estados partes, mucho más intensos que en los casos de jueces de tribunales jurisdiccionales judiciales de la nacionalidad de una de las partes y en mayor medida con la de los jueces “ad hoc”.

Esto ocurre, aunque el sistema arbitral proponga garantías para el nombramiento de los árbitros y a algunos no los nombren los Estados partes del litigio, los que, de todas maneras, siempre participan de alguna manera en su designación. Si bien esto se soluciona en cierta medida con un Tribunal arbitral permanente, la historia, el espíritu, las tradiciones de la institución arbitral permanecen y pesan. Tampoco esto es un desmérito para los árbitros del sistema ni para su jerarquía jurídica<sup>22</sup>, sino que resulta una consecuencia natural del sistema arbitral por el que se opta y que es diferente de los sistemas judiciales por las razones apuntadas.

---

<sup>22</sup> Personalmente, tengo en la más alta estima y consideración a todos los árbitros de los tribunales del MERCOSUR. Todos los que conozco son personas respetables y excelentes juristas y muchos valiosos doctrinos; me honra el que varios de ellos fueran mis compañeros en la Cátedra de UdelaR, otros han sido nuestros discípulos en su carrera de Profesor o en el grado y a otros los acompañamos en los tiempos de nuestra cruzada mercosuriana (ver supra llamada 7).

Finalmente, especialmente, hay dos laudos que nos merecen respetuosas, pero fuertes observaciones, porque se tuvo oportunidad en ellos de señalar errores y marcar rumbos, lo que no se hizo. Uno de un tribunal ad hoc, el que laudó en la controversia entre Uruguay y Argentina sobre omisión del Estado Argentino, en adoptar medidas apropiadas para prevenir y/o hacer cesar los impedimentos a la libre circulación derivados de los cortes en territorio argentino de las vías de acceso a los puentes internacionales, del 6 de septiembre de 2006; y el otro el laudo 01/12 del Tribunal Permanente de Revisión, en el Procedimiento excepcional solicitado por Paraguay en relación a su suspensión en los órganos del MERCOSUR y a la incorporación de Venezuela.

En ambos casos, pero muy especialmente en el segundo (ARBUET-VIGNALI, 2012/1), entendemos que se abrieron excelentes oportunidades para que un tribunal revalorizara los compromisos jurídicos asumidos por todos los Estados partes, los hiciera prevalecer e indicara la importancia de cumplir de buena fe y con espíritu de integración las bases jurídicas acordadas, imponiendo el peso y la solvencia de una autoridad científica para encaminar los rumbos de una Organización. Pudieron intentar actuar “a golpe de sentencias”, pero se trataba de tribunales y de laudos arbitrales y pesó la tradición de los laudos que viene desde Lagash y Umma. No se hizo lo que era esperable, aunque en el laudo del TPR debe valorizarse la opinión disidente que intentó, sin éxito, un camino más relevante. Es que los árbitros se parecen más a los amigables componedores que a los jueces y optar por ellos fue la voluntad política de los Estados partes del MERCOSUR desde Brasilia a Olivos y que no ha sido modificada.

Creemos que, así como pensamos que para mejorar el sistema del Mercosur y hacerlo operativo se debe atender menos a los enfoques económicos y políticos e insistir con los problemas jurídicos derivados de sus estructuras, también creemos que para salir de las frustraciones que produce y encarrilarlo por buenas sendas de desarrollo, resulta imprescindible dar un solución definitiva al asunto de la solución

de las controversias, desde sus orígenes olvidado<sup>23</sup> y crear tribunales jurisdiccionales judiciales. De lo contrario el sistema seguirá navegando sin brújula y lo que es peor, sin disponer de certeza y seguridad, valor de menor rango axiológico, o al menos de menor fama, que la justicia, pero que, sin disponer de él, esta no puede existir en la realidad operativa.

## VII. Los enfoques económico y sociopolítico

Ya explicamos supra, Numeral 2, párrafo 2, las razones que nos conducen a no entrar en los temas económicos, respecto a los cuales nuestra opinión es sólo la de un abogado y no la de un especialista; pero desde nuestra limitada perspectiva entendemos las múltiples incongruencias que resultan en esta área si se tienen en cuenta la falta de voluntad política y la carencia de estructuras e instrumentos adecuados a la obtención de ciertos fines propuestos, que señalan quienes tienen conocimientos de estos temas.

Los problemas económicos del MERCOSUR son muy importantes, porque su objetivo inmediato es económico, pero destrabarlos serán una consecuencia necesaria y positiva de solucionar sus problemas de fondo que son los sociopolíticos y los jurídicos. De estos últimos nos hemos ocupados supra en los Numerales 4 a 6 y acá nos extenderemos brevemente sobre los sociopolíticos.

Conocer una especialidad como la que abrazamos, el Derecho Internacional Público, si se desea dominar sus esencias, conduce a la imprescindible necesidad de manejar fluidamente a su objeto reglado, las relaciones internacionales. Tal exigencia nos ha aproximado mucho a la sociología internacional y a la política internacional; pero en épocas de tanta información sobre los hechos, el tiempo que da la vida no permite un conocimiento profundo de todo; ya no se puede tener conocimientos enciclopédicos y se debe optar. Con esta advertencia entramos al asunto.

El conocimiento que poseemos de estas ciencias sociales, sin otorgarnos autoridad, nos permite pensar que también provienen de sus objetos de análisis las

---

<sup>23</sup> Recordar el propósito de encontrarle una solución definitiva que contiene el Tratado fundacional de Asunción (1991).

dificultades que aquejan al MERCOSUR e impiden su positiva evolución. El espíritu socio político de los pueblos y de sus gobernantes en la región pensamos que tiene mucho que ver con esto.

En el subtítulo hacemos referencia a “los genes” y el vincularlos con el Mercosur, a sus Estados, sus pueblos y sus gobiernos nos conduce a reflexiones más bien filosóficas e históricas, pero que, de alguna forma, repercuten sobre sobre sus caracteres como sociedad y a sus políticas. Dice el dicho que los pueblos tienen los gobiernos que se merecen, más ajustado y objetivo sería recordar el refrán: “de tal palo tal astilla”; y en los países que designan autoridades por elección democrática, afirmar que los pueblos desean ver en sus gobernantes sus propios perfiles, elevar al poder sus propias preferencias, inclinaciones, virtudes y defectos. Sin pretender dar una explicación, es un hecho histórico que en el marco de América del Sur, desde su independencia se hicieron fuertes propuestas de integración, con buenas planificaciones teóricas, excelentes propósitos y acompañadas de congruentes declaraciones de principios que, en su apuesta de máxima, quisieron constituir unos Estados Unidos de la América hispánica o, incluso ibérica y que luego generalmente fracasaron por falta de voluntad política de aceptar las estructuras jurídicas adecuadas para asentarlos <sup>24</sup>.

Algo se da en la idiosincrasia de estos pueblos y de sus conductores políticos que los muestra dispuestos a grandes proyectos, positivos y certeros, pero no a ceder las cuotas del poder comarcal del que disponen y que es necesario transferir al común para poder concretar los proyectos conjuntos. Esto funciona mal, porque al rotar los gobiernos y sus ideas, cambian los equilibrios y esto no permite la aparición de proyectos a largo plazo, con políticas coherentes; y cuando se dan coincidencias, suelen ser coyunturales, sobre bases socio políticas, sin apoyos jurídicos duraderos y por ello, también nocivas. Claro ejemplo de esto último es la crisis del MERCOSUR del 2012 y sus negativas consecuencias<sup>25</sup> (ARBUET-VIGNALI, 2012, 2012/1 y 2017); en

---

<sup>24</sup> Quizá había que dejar fuera de esta consideración algunos intentos de integración económico-comercial que vienen funcionando correctamente.

<sup>25</sup> Ruptura institucional, violaciones a los pactos, descalabro en la conducción cuando le tocaba la presidencia a Venezuela, elusivas y malas soluciones, propiciar la falta de confianza de los terceros

esta ocasión el caudillismo doctoral de un grupo de gobernantes, legítimamente respaldados por la voluntad de las mayorías de sus respectivos pueblos y que viene de los conquistadores ibéricos, llevaron a privilegiar afinidades ideológicas desconociendo abiertamente acuerdos jurídicos en vigor<sup>26</sup>. Estas actitudes han desestabilizado al Mercosur, le restan credibilidad y esta es ineludible para intentar acuerdos comerciales que puedan tener éxito.

Lo único que puede frenar estos desbordes es un sistema jurídico fuerte capaz de obligar a los Estados partes y dar garantías a propios y a terceros. Esto es aún más necesario cuando se trata de países, como los nuestros del Mercosur, que llegaron a la independencia sobre buenos principios, sanos propósitos de unidad y conducidos por caudillos y doctores, ciudadanos de fuerte personalidad, en muchas ocasiones con ideales integradores, pero sin ideas de qué es lo que requieren las integraciones y aferrados a su prestigio y poder local. Si bien mucho de esto ha cambiado, no parece haber ocurrido en todos los casos. Esto es algo que debe tenerse en cuenta al proponerse reencausar al Mercosur. No nos cabe dudas que, para nuestros países, lograr cierto nivel de integración es, más que útil, necesario para competir en un mundo que tiende a los grandes bloques; y en la región, para lograrlo todos tienen que estar dispuestos a cambiar las prácticas ancestrales individualistas y a coordinar en conjunto y para conservarlo deben pactar sólidos sistemas jurídicos y de buena fe estar dispuestos a respetarlos y hacerlos respetar institucionalmente.

### VIII. El sinceramiento

Para cumplir con lo ofrecido en el título, solo falta decir qué entendemos por “sinceridad”. Pensamos que el MERCOSUR marca un camino que necesariamente deben seguir los Estados de la región si desean mejorar su ecuación relativa de poder

---

Estados y dar argumentos a los Estados agrícola ganaderos de la Unión Europea, para oponerse a cerra acuerdos con el bloque, etc.

<sup>26</sup> Al jocoso decir del Presidente uruguayo José Mujica, lo político (las proximidades coyunturales con el Socialismo del Siglo XXI, de Argentina, Brasil y Uruguay frente a Paraguay) prima sobre lo jurídico (lo permanente que brinda certeza y seguridad en los tratados del Mercosur, incluido el Protocolo de Ushuaia), para poder suspender a Paraguay e ingresar a Venezuela, a lo que aquel no había dado su consentimiento.

en el contexto mundial. Tiene muchos errores y defectos, pero es lo que hay y puede mejorarse.

También pensamos que la forma en que se hizo adoleció de sinceridad y la manera en que se pretende seguir construyéndolo también adolece de ella; creemos que, al menos en la mayoría de los casos, no se tuvo conciencia de ello entonces y no se la tiene ahora. Unos pueden haberse dado cuenta y obrado de mala fe para sacar ventajas: otros pueden haberse dado cuenta y obrado de buena fe para facilitar posibles avances hacia una integración profunda; y otros pueden no haberse dado cuenta y ser sinceros en su ignorancia. Pero a todos nos faltó sinceridad y a la mayoría le sigue faltando.

No es sincero pretender tener un arancel externo común, una unión aduanera o un mercado común sin algún órgano supranacional que los articule. Tampoco es sincero pretender certeza y seguridad en las relaciones, sin un sistema jurídico operante y para que un sistema pueda serlo se requiere de un tribunal judicial fuerte, de un órgano común que disponga de coercibilidad, es decir que no se apoye para hacer cumplir los mandatos en las fuerzas (de cualquier naturaleza) de la que dispongan las partes interesadas y los aliados que les respalden, sino que se funde y encuentre vigor en las fuerzas propias a disposición de un órgano jurisdiccional judicial imparcial, a la vez ajeno y común a todos ellos y que pueda fallar, ejecutar sus fallos y hacerlos cumplir. Tampoco es sincero pensar que sólo con ecuaciones económico-comerciales, con discrecionalidad política y sin apego y respaldo al derecho vigente y operante se pueda hacer funcionar civilizadamente a cualquier sociedad humana y mucho menos a una de Estados, entes integrados y dirigidos por colectividades humanas.

Todos tenemos que sincerarnos y que asumir los errores cometidos y tomar conciencia de que se ha prescindido de instrumentos imprescindibles, si es que se pretende salir del marasmo en que nos introdujimos.

Es posible que los años hayan debilitado mi capacidad de comprensión y esté equivocado. Pero es lo que pienso y creo que debo aportarlo, al menos para dar un nuevo enfoque a los necesarios intercambios de ideas que se requieren para avanzar

## Bibliografía

- ARBUET-VIGNALI, Heber. (1993). Algunos aspectos jurídicos esenciales del Tratado de Asunción y sus perspectivas de desarrollo. En libro colectivo, *Seminario de integración y Mercosur*. Montevideo: Ed. Presidencia de la República. Oficina Nacional del Servicio Civil.
- ARBUET-VIGNALI, Heber. (1994). La solución de controversias en el MERCOSUR. Un aspecto esencial aún por resolver. En RAMA MONTALDO, M. *Liber amicorum en homenaje a Eduardo Jiménez de Arechaga*. Tomo II. Montevideo: Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo.
- ARBUET-VIGNALI, Heber. (Dir) (2002). *Jornada académica sobre el Protocolo de Olivos para la solución de controversias del Mercosur*. Montevideo: Ed. en soporte digital, Cátedra latinoamericana para la Integración: Secretaría General de ALADI - Facultad de Derecho UdelaR.
- ARBUET-VIGNALI, Heber. (2004). *Las claves jurídicas de la integración*. Buenos Aires: Ed. Rubinzal Culzoni.
- ARBUET-VIGNALI, Heber. (2009). *El significado de la soberanía en los idealistas alemanes. Kant, Fichte, Hegel*. Montevideo: Ed. Fundación de Cultura Universitaria.
- ARBUET-VIGNALI, Heber. (2012). Crisis en Paraguay. ¿O en los conceptos jurídicos y políticos de su región?. En *Publicaciones del CURI (Consejo Uruguayo para las Relaciones Internacionales)*. Edición en soporte digital, Estudio Número 04/12. Montevideo. <http://curi.org.uy/archivos/estudiocuri04del12arbuét.pdf>.
- ARBUET-VIGNALI, Heber. (2012/1). Laudo N° 01/2012 del T.P.R. Un vacío imposible de llenar. En *Publicaciones del CURI (Consejo Uruguayo para las Relaciones Internacionales)*. Edición en soporte digital, Estudio Número 07/12. <http://curi.org.uy/archivos/estudiocuri07del12arbuét.pdf>.
- ARBUET-VIGNALI, Heber. (2013). Trascendencia de la solución jurisdiccional de los conflictos ambientales internacionales. En *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur*. 2(3).17-33.
- ARBUET-VIGNALI, Heber. (2015). Cláusula democrática en el espacio interamericano. El regreso (¿?) de Cuba a la familia Interamericana. En *Publicaciones del CURI*

- (Consejo Uruguayo para las Relaciones Internacionales). Edición en soporte digital, Estudio Número 03/15. <http://curi.org.uy/archivos/estudiocuri03del15arbuét.pdf>.
- ARBUET-VIGNALI, Heber. (2017). ¿Quo vadis Mercosur? Opinión de un testigo del 1991. En *Revista de derecho y economía de la integración*. Trimestral, N° 4. Universidad de Alcalá de Henares. Ed. Dialnet.
- ARBUET-VIGNALI, Heber. (2017/1). 1945: Quiebre en la historia. El arribo a la naturaleza jurídica de las normas que regulan las relaciones internacionales. En *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur*. Año 5, N° 9, Asunción del Paraguay.
- ARBUET-VIGNALI, Heber. (2018). La naturaleza de las reglas internacionales. En *Publicaciones del CURI (Consejo Uruguayo para las Relaciones Internacionales)*. Edición en soporte digital, Estudio N° 02/18. Montevideo. <http://curi.org.uy/archivos/estudiocuri02del18arbuét.pdf>
- ARBUET-VIGNALI, Heber. (2019). *Teoría general del Derecho Internacional Público. Para la posmodernidad y desde la Escuela de Montevideo*. Montevideo: Ed. La Ley.
- ARBUET-VIGNALI, Heber. (2019/1): *Teoría jurídica de la soberanía. Y su influencia en la teoría del Estado posmoderno*. 2ª edición. Montevideo: Ed. Fundación de Cultura Universitaria.
- ARBUET-VIGNALI, Heber. (2020). Futurología sobre las normas internacionales. En *Publicaciones del CURI (Consejo Uruguayo para las Relaciones Internacionales)*. Edición en soporte digital, Estudio Número 03/20. Montevideo, 20 de mayo de 2020. <http://curi.org.uy/archivos/estudiocuri03del20arbuét.pdf>
- ARBUET-VIGNALI, Heber. (2020/1). Una cuestión epistemológica: Derecho Internacional y Derecho Internacional Público ¿deben significar lo mismo?. En *Publicaciones del CURI (Consejo Uruguayo para las Relaciones Internacionales)*. Edición en soporte digital, Estudio Número 02/20. <http://curi.org.uy/archivos/estudiocuri02del20arbuét.pdf>

- ARBUET-VIGNALI, Heber. (2021). *La Escuela de Montevideo de Derecho Internacional Público. Fundada por el Profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*. Montevideo: Ed. Fundación de Cultura Universitaria.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo (2005). El derecho de los tratados. En JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. - ARBUET-VIGNALI, Heber. y PUCEIRO RIPOLL, Roberto, 2005, 08, 12 y 15, Tomo I, Capítulo V.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. - ARBUET-VIGNALI, Heber. y PUCEIRO RIPOLL, Roberto. (2005). *Tratado de Derecho Internacional Público. Principios, normas, estructuras*. 4 tomos. Montevideo: Ed. Fundación de cultura Universitaria.
- KANT, Emmanuel. (1784). "Idea de una historia universal en sentido cosmopolita". En Kant, E. *Filosofía de la historia*. Prólogo y traducción de Eugenio Imaz. Méjico: Ed. Fondo de Cultura Económica.
- KANT, E Emmanuel. (1797). *Fundamento de la metafísica de las costumbres* (1797). *Crítica de la razón práctica* (1788). *La paz perpetua* (1795). Traducción de F. Rivero Pastor. Con estudio introductorio y análisis de las obras de Francisco Larroyo. Ed. Porrúa S.A., Méjico 1983.
- LOCKE, John. (1690). *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Barcelona: Ed. Altaya/Tecnos.
- ROUSSEAU, Jean Jacques (1762). *El contrato social*. Barcelona: Ed. Altaya/Tecnos.

## O estatuto da cidadania do Mercosul e a carta de direitos fundamentais da união europeia: uma análise comparativa sobre o avanço da cidadania regional

Mercosur's citizenship statute and the european union's charter of fundamental rights: a comparative analysis on the advancement of regional citizenship

Por Luciane Klein Vieira y Vitória Volcato da Costa

**Resumen:** O MERCOSUL adotou recentemente o Estatuto da Cidadania, que introduz um conceito de cidadão e o vincula a um conjunto de direitos e benefícios. Por sua vez, a União Europeia já conta com a Carta de Direitos Fundamentais desde o ano de 2000, a qual reúne avanços ao longo dos anos, fortalecendo a cidadania europeia e os direitos humanos e fundamentais dos respectivos cidadãos. Diante disso, o presente artigo busca verificar em que medida o Estatuto da Cidadania do MERCOSUL pode representar um avanço na proteção dos direitos fundamentais e direitos humanos na região e na construção de uma identidade e cidadania regional, tal qual se observa com a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. A pesquisa se valeu de abordagem dedutiva, empregando os métodos de procedimento histórico, comparativo e normativo-descritivo, bem como as técnicas de pesquisa de revisão bibliográfica e documental.

**Palabras clave:** Cidadania Regional; MERCOSUL; União Europeia; Direitos Fundamentais; Direitos Humanos.

**Abstract:** MERCOSUR recently adopted the Citizenship Statute, which introduces a concept of citizen and binds him to a set of rights and benefits. In turn, the European Union has had the Charter of Fundamental Rights since 2000, which brings together advances over the years, strengthening European citizenship and the human and fundamental rights of its citizens. Therefore, this article seeks to verify to what extent the MERCOSUR Citizenship Statute can represent an advance in the protection of fundamental rights and human rights in the region and in the construction of a regional identity and citizenship, as observed in the Bill of Rights Fundamentals of the European Union. The research used a deductive approach, employing historical, comparative and normative-descriptive procedures, as well as bibliographic and documentary review research techniques.

**Keywords:** Regional Citizenship; MERCOSUR; European Union; Fundamental rights; Human rights.

Fecha de recepción: 18/10/21

Fecha de aceptación: 26/11/21

Esta obra se publica bajo licencia Creative Commons 4.0 Internacional. (Atribución-No Comercial-Compartir Igual)



## O estatuto da cidadania do Mercosul e a carta de direitos fundamentais da união europeia: uma análise comparativa sobre o avanço da cidadania regional\*

Por Luciane Klein Vieira\*\* y Vitória Volcato da Costa\*\*\*

### I. Introdução

A União Europeia (UE) instituiu a Carta de Direitos Fundamentais da UE, documento que prevê um conjunto de direitos civis, políticos, econômicos e sociais, considerados fundamentais aos nacionais dos Estados Membros do bloco, nomeadamente cidadãos europeus. Inicialmente, a Carta foi adotada apenas como uma declaração não vinculativa no ano de 2000. Porém, quando da reforma realizada pelo Tratado de Lisboa em 2007, a Carta tornou-se instrumento jurídico vinculante para os Estado Membros da UE, passando a fazer parte do Direito Comunitário originário<sup>1</sup> europeu.

A redação e aprovação da Carta se deu na esteira do processo de construção da cidadania europeia, logo após a assinatura do Tratado de Maastricht ou Tratado da

---

\* Este artigo foi produzido no âmbito do Projeto de Pesquisa “A dimensão público e privada da integração: os impactos do Estatuto da Cidadania do MERCOSUL na agenda do bloco e na vida dos cidadãos mercosulinos”, coordenado pela Profa. Dra. Luciane Klein Vieira, e desenvolvido junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS).

\*\* Professora pesquisadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS); Doutora em Direito (área: Internacional) pela Universidad de Buenos Aires (UBA); Mestra em Direito Internacional Privado pela UBA; Mestra em Direito da Integração Econômica pela Universidad del Salvador e Université Paris 1 – Panthéon – Sorbonne; Coordenadora do Grupo de Pesquisa Direito e Integração Regional da UNISINOS. Professora assistente (JTP) na UBA, em Direito da Integração. [lucianekleinvieira@yahoo.com.br](mailto:lucianekleinvieira@yahoo.com.br)

\*\*\* Mestra em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) – Bolsista CAPES/PROEX; Pós-graduanda em Direito Internacional e Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas); Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS); Membro do Grupo de Pesquisa Direito e Integração Regional da UNISINOS [vitoria.volcato@gmail.com](mailto:vitoria.volcato@gmail.com)

<sup>1</sup> O Direito Comunitário originário trata-se do direito que regula de maneira geral o bloco, sendo composto pelos tratados fundadores e reformadores, seus protocolos e anexos, assim como os tratados de adesão de novos Estados Membros. Já o Direito Comunitário derivado consiste nos atos que emanam das instituições do bloco. (PEREIRA MACHADO, 2013, pp. 110 e 122)

União Europeia (TUE) de 1992. O TUE aprofunda os objetivos da integração econômica, com a intenção de criar uma união econômica e monetária, o que demanda a plena implementação de um mercado comum anterior, com a livre circulação de pessoas, bens, serviços e capitais. Para tanto, o TUE instituiu a cidadania europeia, prevista em seu art. 6, que está aliada ao direito de livre circulação e de estabelecimento dentro do território comunitário. Tal contexto demonstra que a Carta não somente se trata de um importante instrumento de proteção aos direitos humanos, mas também fomenta a cidadania europeia e a integração da região.

De outro lado, temos o Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), esquema de integração regional que se encontra em etapa menos avançada do que a UE, mas que também vêm trabalhando na construção e no fortalecimento de uma cidadania regional. Apesar de o Tratado de Assunção de 1991, tratado constitutivo do MERCOSUL, ter estabelecido o objetivo de formar um mercado comum, este até hoje não foi concretamente alcançado. No entanto, diversos avanços foram sendo conquistados ao longo dos anos, inclusive o direito à circulação de pessoas e de estabelecimento no território integrado, apesar de não existir uma efetiva livre circulação de pessoas. Grande exemplo disso é a adoção dos Acordos de Residência do MERCOSUL, que representaram um considerável avanço em direção a tais direitos e à construção de uma cidadania regional, conforme se verá mais adiante.

O segundo passo mais importante nesta direção se deu quando da recente adoção, em 26 de março de 2021, do Estatuto da Cidadania do MERCOSUL, documento que compila direitos e benefícios dos nacionais e residentes dos Estados Partes, chamados de cidadãos do MERCOSUL, que estão previstos em normas vigentes do bloco. No entanto, ainda não é possível verificar as implicações práticas posteriores à implementação do Estatuto. Ademais, este documento não foi dotado de *status* de tratado internacional e não vincula os Estados Partes do MERCOSUL, no mesmo sentido em que a Carta vincula aos Estados Membros da UE. Porém, cabe mencionar que vários dos direitos previstos em seu texto derivam de normas vigentes do MERCOSUL e com *status* de tratado internacional em todo território integrado, vinculando, portanto, os Estados Partes ao seu cumprimento.

Diante disso, se questiona: em que medida o Estatuto da Cidadania do MERCOSUL pode representar um avanço na proteção dos direitos fundamentais e direitos humanos na região para a construção de uma identidade e cidadania regional, tal qual se observa com a Carta de Direitos Fundamentais da UE?

Como hipótese de trabalho, sustenta-se que é possível o fomento da identidade e cidadania regional no MERCOSUL a partir do Estatuto, dado o seu caráter simbólico, assim como já se vislumbra avanço na conquista de direitos e benefícios aos nacionais e residentes dos Estados Partes, em virtude das normativas adotadas ao longo dos 10 anos do Plano de Ação para a Implementação do Estatuto da Cidadania do MERCOSUL, conforme se citará ao longo do artigo. No entanto, o caráter intergovernamental do bloco pode representar um empecilho no que tange ao avanço do Estatuto rumo ao *status* que hoje possui a Carta de Direitos Fundamentais da UE, adquirido na reforma promovida pelo Tratado de Lisboa.

A partir do exposto, se buscará em um primeiro momento verificar qual a importância que a Carta de Direitos Fundamentais da UE representou para a construção da cidadania europeia e para a criação de um espaço de proteção dos direitos humanos no território comunitário. Em um segundo momento, se verificará o histórico e o contexto da integração regional no MERCOSUL, assim como os passos que foram dados até hoje em direção à construção de uma cidadania mercosulina, com especial atenção à Decisão nº 64/2010 do Conselho do Mercado Comum (CMC), que aprova o Plano de Ação para a Implementação do Estatuto, assim como o texto do próprio Estatuto da Cidadania do MERCOSUL, e o contexto de sua aprovação.

As metodologias de pesquisa empregadas são a abordagem dedutiva e o procedimento histórico, comparativo e normativo-descritivo, através das técnicas de pesquisa de revisão bibliográfica e documental.

## II. A importância da Carta de Direitos Fundamentais da UE para a Cidadania Europeia

Nesta primeira parte do artigo será apresentado o contexto histórico que ensejou a construção da Carta de Direitos Fundamentais da UE, abordando o seu conteúdo, bem como o seu significado para o processo de integração europeu e para a

cidadania europeia. Do mesmo modo, serão tratados os aspectos jurídicos que a envolvem, desde o momento em que é adotada como mera declaração, até o seu reconhecimento como instrumento normativo vinculante, sem deixar de fazer menção aos efeitos gerados por este novo *status*.

### 1. Marco histórico de construção da Carta

O processo de integração europeu inicia muito antes da criação propriamente da chamada União Europeia. Com objetivos econômicos em um primeiro momento, é assinado o Tratado de Paris em 1951, que cria a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA). Logo em seguida, em 1957, é firmado o Tratado de Roma, que instituiu a Comunidade Econômica Europeia (CEE) e a Comunidade Europeia de Energia Atômica (EURATOM). Estas três comunidades europeias dão início ao processo de integração regional europeu, que em um primeiro momento tem viés econômico (ACCIOLY, 1996, p. 32).

No entanto, não se pode deixar de mencionar que no marco temporal acima mencionado, o continente europeu havia recém-saído da Segunda Guerra Mundial. Tal período de massivas violações de direitos humanos transformou o mundo e o Direito Internacional, levando à criação de organizações internacionais, que promoveram a adoção de diversos tratados de direitos humanos e a criação de mecanismos internacionais de proteção destes direitos. Tendo tal cenário em vista, o continente europeu, grande protagonista das duas guerras mundiais, ocasionadas por uma Europa dividida, sofreu um alto impacto, com inúmeros prejuízos de ordem econômica, política, social e humanitária.

O referido contexto serviu de base para o surgimento do sentimento e da necessidade de união entre as Nações europeias, a fim de evitar a repetição daqueles acontecimentos. Nesse sentido, cabe citar trecho do discurso de Winston Churchill, proferido na Universidade de Zurique em 1946:

“Existe um remédio que (...), em poucos anos, poderia tornar toda a Europa (...) livre e (...) feliz. Trata-se de reconstituir a família europeia ou, pelo menos, a parte que nos for possível reconstituir e assegurar-lhe uma estrutura que lhe permita viver em paz,

segurança e liberdade. Devemos criar uma espécie de Estados Unidos da Europa.”  
(COMISSÃO EUROPEIA, *s.d.*)

O período das duas guerras mundiais foi marcado por um forte conflito político e social na Europa, o que também levou à crise econômica. Mas há de se ressaltar que os impactos da Segunda Guerra Mundial foram devastadores para populações que já se encontravam debilitadas pelos impactos da Primeira Guerra Mundial. Ainda, na Segunda Guerra os números de mortos e refugiados foram muito maiores, e uma das grandes características que a diferenciou, foi a população civil ter sido a maior vítima, ao contrário da Primeira Guerra em que o maior número de vítimas se concentrou entre os militares. (SEBESTA, 2011, pp. 387-389)

Tal contexto deixou marcas naquelas gerações que ficaram encarregadas de reconstruir a Europa, dada a forte desumanização da pessoa humana. Assim, a recuperação após a crise necessitaria passar não somente pela resolução de uma questão existencial, mas também precisaria englobar uma dimensão política nacional e internacional. Havendo protagonizado esse período da história, a Europa ficou com a tarefa de encontrar os recursos materiais e ideais para seu próprio renascimento, o que lançou um olhar para o repertório de valores em comum, com a finalidade de estabelecer os novos modelos de governança, que superassem os cruéis resultados do nacionalismo exacerbado do Século XX. (SEBESTA, 2011, pp. 389-392)

Assim, em um primeiro momento, a integração europeia se deu no âmbito econômico, com a CEE, CECA e EURATOM, mas em seguida novos objetivos surgiram, aprofundando esta integração e abarcando outros elementos de ordem não econômica. O primeiro passo nesta direção foi o Ato Único Europeu (AUE) de 1986, que unificou as três comunidades e trouxe o objetivo de formar um mercado comum, o que implica na livre circulação de bens, serviços, pessoas e capitais. Dessa forma, acrescentou-se ao tratado constitutivo das comunidades europeias a cooperação entre os Estados para promover a livre circulação de pessoas, suprimindo as fronteiras internas. (COSTA, VIEIRA, 2019, p. 137)

Porém, é em 1992 que é firmado o Tratado de Maastricht ou Tratado da União Europeia (TUE) que institui a União Europeia, com o objetivo de formar uma união econômica e monetária. Com ele, verifica-se um grande passo no aprofundamento da

integração europeia, tanto na esfera econômica – que transitaria de um mercado comum para uma união econômica e monetária – quanto na esfera política, social e cidadã. A partir da criação da UE, consolidou-se o estabelecimento de um bloco dotado de poderes supranacionais<sup>2</sup>. (COSTA, KLEIN VIEIRA, 2019, p. 137)

Tal característica é marcada sobretudo pelo novo quadro institucional estabelecido a partir do TUE, que conta com cinco órgãos comunitários: Parlamento Europeu, Conselho, Comissão, Tribunal de Justiça e Tribunal de Contas. Aqui especial atenção deve ser dada ao Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), oficial intérprete do Direito da UE, que possui competência para uniformizar a interpretação deste direito em todos os Estados Membros. As decisões do TJUE são obrigatórias para todos os Estados Membros e as interpretações adotadas a partir de sua jurisprudência devem ser respeitadas obrigatoriamente pelos juízes nacionais. (COSTA, KLEIN VIEIRA, 2019, p. 137; KLEIN VIEIRA, 2013, pp. 23-25; GRANILLO OCAMPO, 2008, pp. 251-252)

Do mesmo modo, verifica-se que o Direito Comunitário que começa a ser produzido também é dotado de supranacionalidade, com a criação do processo de codecisão entre Parlamento Europeu e Conselho, que se caracteriza pela consideração tanto dos interesses nacionais quanto dos interesses comunitários e dos cidadãos europeus na produção legislativa, (GRANILLO OCAMPO, 2008, pp. 2015), o qual, após a reforma operada pelo Tratado de Lisboa, passou a designar-se processo legislativo ordinário. Do mesmo modo, uma série de princípios relativos ao Direito Comunitário europeu passam a ser incorporados ao ordenamento jurídico do bloco, como o da primazia deste direito sobre o direito nacional dos Estados Membros, conforme se verificará mais à frente.

Ainda, com o aprofundamento da integração europeia, uma vez sendo reconhecido aos nacionais dos Estados Membros o direito de livremente circular e se

---

<sup>2</sup> Não há consenso acerca de um conceito determinado de supranacionalidade, porém, há características comuns nos processos de integração que apresentam traços de supranacionalidade. A principal característica é a cessão de soberania dos Estados Membros para a Comunidade, o que dá ao espaço integrado maior autoridade governamental e legislativa sobre seus Estados Membros. (NEGRO, 2018, pp. 43-44)

estabelecer nos demais países do território integrado, passa a ser necessário reconhecer um conjunto de direitos a essas pessoas, como o direito ao trabalho, à educação, à proteção social, etc. Portanto, se começa a verificar a existência de um cidadão europeu, que possui direitos e deveres dentro deste território comunitário, para além daqueles reconhecidos dentro das fronteiras nacionais do seu Estado de origem.

Nesse sentido, o Tratado de Maastricht, em seu artigo F.2, aponta como objetivo a proteção dos direitos fundamentais do ser humano, colocando como referência à época a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH), de 1950, que instituiu o Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos (SEDH), criando o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) (UE, 1992). A CEDH não faz parte da normativa comunitária, bem como o referido sistema e o tribunal não são parte da UE. No entanto, a sua adoção como referência para a proteção dos direitos humanos dos cidadãos europeus no tratado constitutivo da UE demonstra a importância que este instrumento possui e o compromisso do bloco com a proteção desses direitos.

Dessa forma, se pode verificar que a CEDH abriu caminho para a criação da Carta de Direitos Fundamentais da UE. Em seguida, há uma nova reforma com o Tratado de Amsterdã de 1997, em que começa a ser impulsionada a livre circulação de pessoas, com a flexibilização em relação à obtenção de vistos e ao asilo, assim como são adotados diversos documentos com previsão de direitos para os cidadãos europeus (MAIA TAVARES, 2013, pp. 329-330).

Finalmente, em 1999, o Conselho Europeu de Colônia encarregou um Comitê de Redação para elaborar a Carta de Direitos Fundamentais da UE. O objetivo foi compilar todos os direitos dos cidadãos europeus previstos nas diversas normativas da UE em um texto único, a fim de reforçar a proteção de tais direitos e lhes conferir maior visibilidade e proeminência. A Carta foi elaborada pelos representantes dos Estados Membros e representantes do Parlamento Europeu e da Comissão Europeia. Uma vez concluída, a Carta foi adotada em 7 de dezembro de 2000. (ALVES RIBEIRO CORREIA, 2014, pp. 281-282; MAIA TAVARES, 2014, p. 330)

A Carta prevê um conjunto de direitos civis, políticos, econômicos e sociais dos cidadãos europeus, os quais vêm previstos tanto nas normativas da UE - o que inclui as Cartas Sociais aprovadas pela UE e a jurisprudência do TJUE -, quanto da CEDH e dos demais instrumentos aprovados pelo Conselho da Europa, sem prejuízo de também basear-se na jurisprudência do TEDH. Ainda, a Carta abrange aqueles direitos decorrentes de outros tratados internacionais de direitos humanos firmados pelos Estados Membros do bloco, assim como de suas respectivas tradições constitucionais no que concerne aos direitos fundamentais. Sendo assim, a Carta é dividida em sete capítulos, que abordam os seguintes assuntos: dignidade, liberdades, igualdade, solidariedade, cidadania, justiça e disposições gerais (UE, 2000).

## **2 A reforma promovida pelo Tratado de Lisboa**

Quando da sua adoção, em 2000, a Carta não obrigava a UE à aplicação prática e concreta dos direitos previstos em seu texto, mas, mesmo assim, representou um importante passo para a construção identitária regional e para a cidadania europeia, na medida em que buscou criar um espaço de liberdade, segurança e justiça, inserindo o ser humano no cerne deste último, conforme se menciona no seu Preâmbulo. (MAIA TAVARES, 2013, p. 331; UE, 2000) Ainda, a Carta estabelece claramente, em seu Preâmbulo, que a UE busca promover um espaço de livre circulação de pessoas, serviços, bens e capitais, assim como a liberdade de estabelecimento, e para tanto, é necessário reforçar os direitos fundamentais dos cidadãos do bloco (UE, 2000).

Já em 13 de dezembro de 2007 foi adotado o Tratado de Lisboa, com entrada em vigor em 2009, que promoveu uma profunda reforma na UE, aprofundando a integração europeia e trazendo grande avanço para o tema dos direitos humanos. Um dos principais objetivos trazidos por esta reforma, era aproximar o cidadão europeu das instituições comunitárias e demonstrar-lhe o quanto toda a estrutura institucional e normativa do bloco impacta positivamente no seu dia a dia (MAIA TAVARES, 2013, pp. 315 e 334; COSTA, KLEIN VIEIRA, 2019, p. 141).

Um dos aspectos mais importantes do Tratado de Lisboa foi comunitarizar determinados setores de suma importância no tema de direitos. O Tratado de

Maastricht, quando criou a UE, estabeleceu uma estrutura baseada em três pilares: as Comunidades Europeias (referindo-se à integração econômica, com a unificação da CEE, CECA e EURATOM), a Política Externa e de Segurança Comum (PESC) e a Cooperação Judiciária e Policial e de Assuntos Internos (CJAI). Os dois últimos pilares, PESC e CJAI, tratam das questões de ordem política, entrando aqui a dimensão social e cidadã da UE, e ambos foram inseridos no eixo intergovernamental do bloco na época do Tratado de Maastricht, ficando restritos puramente aos interesses dos Estados Membros. (COSTA, KLEIN VIEIRA, 2019, p. 139)

O Tratado de Lisboa, então, inseriu a PESC e a CJAI na ordem supranacional da UE, fazendo com que diversos assuntos relativos aos direitos dos cidadãos europeus passassem a fazer parte do processo legislativo ordinário. Em tal processo, a produção legislativa passa tanto pelo Parlamento Europeu, que representa os interesses comunitários em benefício aos cidadãos europeus, quanto pelo Conselho, que representa os interesses dos Estados Membros. As questões atinentes à CJAI também passam a fazer parte da competência do TJUE (COSTA, KLEIN VIEIRA, 2019, p. 139).

Ademais, o Tratado de Lisboa, dentro da esteira de aprofundar a integração europeia e promover os direitos fundamentais e a cidadania regional, também promoveu mudanças em relação à Carta de Direitos Fundamentais da UE. A Carta foi novamente proclamada em sessão solene em 12 de dezembro de 2007 e passou a integrar o anexo do Tratado de Lisboa. (MAIA TAVARES, 2013, p. 335) O Tratado de Lisboa passou a reconhecer o caráter jurídico vinculante da Carta e, nesse sentido, alterou o art. 6º do TUE, conferindo à Carta *status* equivalente ao de tratado internacional, conforme se pode verificar a seguir:

“Art. 6º. 1. 1. A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de Dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de Dezembro de 2007, em Estrasburgo, e que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados.” (UE, 2007)

Tal alteração conferiu à Carta não somente caráter jurídico vinculante, como a incluiu no rol de normas que compõem o Direito Comunitário originário, o que implica em uma série de modificações substanciais. Uma vez se tornando norma comunitária, se aplicam à Carta os princípios do primado do direito europeu, do efeito direto e da

aplicabilidade direta (MAIA TAVARES, 2013, p. 335). Ainda, a Carta passa a poder ser objeto da tutela jurisdicional comunitária, ou seja, pode ser objeto de decisões do TJUE, as quais são obrigatórias e, portanto, vinculantes.

Vejamos, assim, o que significa cada uma destas implicações jurídicas em relação ao novo *status* da Carta dos Direitos Fundamentais da UE.

Nesse sentido, o princípio do primado do direito europeu, implica no reconhecimento da primazia deste sobre o direito nacional dos Estados Membros, inclusive sobre suas Constituições. Dessa forma, as disposições da Carta têm valor obrigatório e a jurisdição nacional dos Estados Membros deve aplicar o Direito da UE, não podendo se eximir desta obrigação em nome do direito interno quando incompatível com o comunitário, pois este tem primazia sobre aquele. Trata-se de princípio consagrado a partir da jurisprudência do TJUE, com o conhecido caso Costa/Enel (PIÇARRA, FREITAS AMARAL, 2009).

O efeito direto sobre a Carta indica que os direitos nela previstos podem ser invocados pelos cidadãos europeus perante os órgãos jurisdicionais nacionais, seja em face do Estado – efeito vertical –, seja em face de particulares – efeito horizontal (GORJÃO-HENRIQUES, 2010, p. 402).

Já a incidência da aplicabilidade direta sobre a Carta, significa que esta deve produzir a integralidade de seus efeitos de maneira uniforme em todos os Estados Membros da UE a partir da sua entrada em vigor, data que também impede a aprovação de qualquer ato normativo interno que seja incompatível com a mesma e revoga aqueles atos já vigentes que estão em desconformidade com o seu texto (MAIA TAVARES, 2013, p. 337).

Assim, o novo *status* dado à Carta confere imperatividade à garantia de respeito aos direitos fundamentais nela previstos, em todas as dimensões possíveis, ultrapassando as fronteiras nacionais e sobrepondo-se à própria soberania nacional dos Estados. Ainda, não se trata de esgotar as normas garantidoras de direitos previstas no Tratado de Lisboa e na normativa europeia em geral, mas, sim, de conferir aos direitos fundamentais previstos na Carta maior visibilidade, trazendo vantagens como

“a certeza jurídica, o reconhecimento do estatuto de cidadania da União e a autonomização dos direitos em relação ao vínculo económico, além da coerência sistemática e axiomática que proporcionou no ordenamento jurídico europeu” (ALVES RIBEIRO CORREIA, 2014, p. 282).

### III. O Estatuto da Cidadania do MERCOSUL e a construção de uma Cidadania Regional

Uma vez verificado o contexto histórico em que produzida a Carta dos Direitos Fundamentais da UE, bem como seu conteúdo, *status* jurídico e importância para a construção da cidadania europeia, neste momento cabe fazer o mesmo em relação ao Estatuto da Cidadania do MERCOSUL, a fim de tentar responder em que medida este pode representar um avanço na proteção dos direitos fundamentais e dos direitos humanos na região sul-americana, em prol da construção de uma identidade e de uma cidadania regional mercosulina.

#### 1. Contexto histórico da integração mercosulina e o avanço da dimensão social e cidadã no bloco

O MERCOSUL foi criado em 1991 pelo Tratado de Assunção, com o objetivo de formar um mercado comum, contando com os seguintes Estados Partes: Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai (MERCOSUL, 1991). Atualmente a Bolívia também se encontra em processo de adesão e a Venezuela já se tornou Estado Parte, mas atualmente está suspensa por ruptura da ordem democrática, com base no art. 5º do Protocolo de Ushuaia sobre Compromisso Democrático no MERCOSUL.

Apesar de o MERCOSUL ter inicialmente objetivos sobretudo econômicos e comerciais, o Tratado de Assunção já trouxe desde o princípio a finalidade de melhorar as condições de vida dos habitantes da região (MERCOSUL, 1991), o que apontaria para uma posterior agenda social e cidadã. Do mesmo modo, o contexto de criação do MERCOSUL se deu nos recentes processos de redemocratização dos Estados Partes, que passaram por longos períodos de ditaduras militares e com massivas violações de direitos humanos. Justamente por tal motivo, o bloco, já nos anos 90, adotou instrumentos nesta seara, como o Protocolo de Ushuaia sobre Compromisso Democrático no MERCOSUL, e posteriormente, em 2011, o Protocolo de Montevideu

sobre Compromisso com a Democracia no MERCOSUL – conhecido como Ushuaia II, este último não vigente. No mesmo sentido, o tema da proteção e promoção dos direitos humanos também foi avançando cada vez mais ao longo dos anos, no MERCOSUL, dando-se destaque para o Protocolo de Assunção sobre o Compromisso com a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos do MERCOSUL, adotado em 2005 (MOREIRA DA SILVA FILHO, 2018, p. 330; SCOTTI, 2018, pp. 77 e 99-103).

Ademais, o MERCOSUL também vem na esteira de diversas tentativas de integração regional da América Latina, cujos ideais são a união dos povos latino-americanos em prol de sua maior inserção no cenário internacional e desenvolvimento socioeconômico, o que se deu em razão do passado em comum destes países. Os Estados latino-americanos enfrentaram o período do colonialismo, posteriores processos de conquista da independência, tentativas de emancipação sob a égide do imperialismo norte-americano, períodos de ditaduras militares e posteriores processos de redemocratização. Tudo isso fez com que houvesse historicamente uma alta mobilidade de pessoas na região, buscando sobretudo países vizinhos com maior estabilidade econômica e/ou política, e uma base de valores, cultura e história em comum para se falar na possibilidade da criação de uma identidade e cidadania regional. (VENTURA, 2005, pp. 478-480; SCOTTI, 2018, pp. 71-72).

Nesse sentido, desde os anos 90 foi trabalhado no MERCOSUL o tema da circulação de pessoas e da concessão de direitos e benefícios aos nacionais dos Estados Partes em situação migratória dentro do território integrado. Assim, foram instituídos subgrupos de trabalho para a harmonização legislativa e a coordenação administrativa entre os Estados Partes na seara dos direitos trabalhistas, direitos previdenciários, controle fronteiriço, etc. (GARCÍA, 2012, p. 27) A partir dos trabalhos de tais subgrupos, foi adotado o Acordo Multilateral sobre Seguridade Social do MERCOSUL, em 1997, prevendo o acesso a direitos e benefícios da seguridade social em condições de igualdade para todos os nacionais e residentes dos Estados Partes.

Ao longo dos anos, diversos instrumentos normativos foram adotados nesse sentido, assim como a estrutura institucional do bloco foi crescendo, contando atualmente o MERCOSUL com importantes espaços de criação de políticas sociais, de

direitos humanos, migratórias, etc. Nesse sentido, cita-se o Instituto Social do MERCOSUL (ISM), o Instituto de Políticas Públicas em Direitos Humanos (IPPDH), o Foro Especializado Migratório (FEM), a Reunião de Comissões Nacionais para Refugiados ou Equivalentes (Reunião de CONAREs), etc.

No entanto, sem dúvida, o primeiro passo rumo à construção de uma cidadania regional do MERCOSUL foi a adoção dos Acordos de Residência, que trazem o direito de estabelecimento e a facilitação da circulação de pessoas. Os Acordos foram adotados em 2002, entrando em vigência em 2009, sendo o primeiro somente relativo aos Estados Partes do MERCOSUL e o segundo contando com alguns dos Estados Associados – Bolívia, Chile, Colômbia, Equador e Peru.

Os Acordos de Residência vieram com o objetivo de instituir uma política de livre circulação de pessoas, o que tem relação com o mercado comum, mas também para regularizar os nacionais dos Estados Partes em situação migratória irregular no território integrado e combater o tráfico de pessoas na região (MERCOSUL, 2002). Os dois últimos objetivos estão diretamente relacionados com a alta mobilidade de pessoas já existente na região, conforme antes mencionado, que aliada à ausência de uma política migratória regional e de políticas migratórias nacionais com perspectiva de direitos humanos, gerou um grande número de migrantes indocumentados, vulneráveis a diversos tipos de violação de direitos e ao tráfico de pessoas.

Assim, os Acordos de Residência concedem o direito de estabelecimento a partir de uma autorização de residência temporária de dois anos, prorrogável por prazo indeterminado, com base na nacionalidade do solicitante. Ou seja, a pessoa não precisa comprovar vínculos prévios de trabalho ou estudo, bastando ser nacional de um Estado do MERCOSUL. Ainda, é possível se regularizar mesmo que a pessoa já esteja no território do país receptor, independentemente da forma pela qual ingressou e do seu *status* migratório, ficando isenta de multas, deportação e demais penalidades administrativas. (MERCOSUL, 2002)

Já o segundo passo mais importante do bloco rumo à construção de uma cidadania regional foi a Decisão nº 64/2010, com a consequente adoção do Estatuto da Cidadania do MERCOSUL, conforme se discorrerá a seguir.

## 2. A Decisão nº 64/2010: do Plano de Ação à adoção do Estatuto da Cidadania do MERCOSUL

Em 2010, foi adotada a Decisão nº 64, a qual estabeleceu o objetivo de criar um Estatuto da Cidadania do MERCOSUL e, para tanto, também previu um Plano de Ação para a sua implementação, com duração de dez anos. Durante tal período, o Plano de Ação tratou da escrita do próprio Estatuto, mas também do desenvolvimento de diversas medidas práticas para a concretização dos direitos previstos neste instrumento.

Assim, finalmente em 26 de março de 2021, quando o MERCOSUL completou 30 anos de existência, foi concluído o Plano de Ação e formalmente adotado o Estatuto da Cidadania do MERCOSUL, na Cúpula Virtual de Presidentes da República do MERCOSUL, durante a presidência *pro tempore* da Argentina. O Estatuto contempla com um conceito de cidadão do MERCOSUL, que engloba tanto os nacionais quanto os residentes legais dos Estados Partes, bem como conta com um conjunto de direitos e benefícios dos cidadãos do bloco. (MERCOSUL, 2021)

O Estatuto da Cidadania do MERCOSUL possui 11 capítulos temáticos, sendo eles: circulação de pessoas, integração fronteiriça, cooperação judicial e consular, trabalho e emprego, seguridade social, educação, transporte, comunicações, defesa do consumidor, direitos políticos e acesso do cidadão aos órgãos do MERCOSUL. Todos os direitos mencionados no Estatuto estão previstos nas diversas normativas do MERCOSUL, sejam elas de direito originário ou derivado, englobando tanto aquelas de *hard law*, com *status* de tratado internacional, quanto aquelas de *soft law*. (MERCOSUL, 2021)

A princípio, o Estatuto da Cidadania do MERCOSUL seria adotado como um Protocolo Adicional ao Tratado de Assunção, o que lhe conferiria caráter de direito originário do MERCOSUL e com força vinculante para os Estados Partes (MOURA, 2018, p. 146). No entanto, até o momento, se verifica que o Estatuto foi adotado como um documento que compila direitos já previstos em outras normativas do bloco, com o objetivo de conferir maior visibilidade e promover tais direitos. Ocorre que, conforme mencionado, os diferentes direitos previstos no Estatuto, podem ter caráter

obrigatório ou não para os Estados Partes, dependendo de qual norma eles decorrem, uma vez que o Estatuto em si não lhes confere caráter vinculante.

Ademais, o MERCOSUL é um bloco de característica intergovernamental, diferentemente da UE, o que significa a não transferência de soberania nacional. Dessa forma, o Tratado de Assunção estabeleceu o princípio do consenso, onde as decisões dos órgãos com capacidade decisória do MERCOSUL – leia-se, órgãos com capacidade para legislar – precisam ser tomadas por consenso. O MERCOSUL não conta com instituições de caráter supranacional, nem mesmo o Tribunal Permanente de Revisão (TPR), assim como é o TJUE. (SCOTTI, 2018, pp. 122-123)

O conjunto de fatores que diferenciam o MERCOSUL e UE acima descritos, pode levar à conclusão de que o Estatuto da Cidadania não poderia ter o mesmo *status* ou grau de importância que a Carta de Direitos Fundamentais da UE para a cidadania regional. No entanto, alguns pontos merecem ser destacados para fins de reflexão.

Primeiramente, o caráter simbólico do Estatuto da Cidadania do MERCOSUL deve ser levado em consideração, pois esta é a primeira vez que o bloco fala expressamente sobre a existência de cidadãos do MERCOSUL. Segundo, o Estatuto reforça o direito de estabelecimento e circulação no território integrado, o que está intimamente relacionado com a ideia de cidadania regional, de pertencimento à região, conforme antes visto. Terceiro, o processo de construção do Estatuto teve como aliado o Plano de Ação, que trouxe diversos avanços para a conquista de direitos fundamentais dos cidadãos, nas mais distintas matérias.

Nesse sentido, o Plano de Ação contou com os seguintes objetivos: implementação de uma política de livre circulação de pessoas; igualdade de direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicas para os nacionais dos Estados Partes do MERCOSUL; igualdade de condições para acesso ao trabalho, saúde e educação (MERCOSUL, 2010). Para tanto, diversas normativas foram adotadas ao longo dos anos, como a importante revisão da Declaração Sociolaboral do MERCOSUL em 2015, cujo texto original era de 1998. A referida Declaração busca harmonizar os direitos trabalhistas, com previsões de padrões mínimos de respeito a direitos nesta seara, bem como contando com previsões específicas para trabalhadores migrantes e

residentes fronteiriços. A versão da Declaração de 2015 contou com considerável ampliação de seu conteúdo, avançando em matéria de direitos. (MERCOSUL, 2015; DE OLIVEIRA ESLNER, KLEIN VIEIRA, 2020, pp. 9-35)

Ainda, cabe mencionar que o MERCOSUL conta com o TPR, órgão jurisdicional do bloco, que tem competência para interpretar o Direito do MERCOSUL, criado pelo Protocolo de Olivos para a Solução de Controvérsias no MERCOSUL. Nesse sentido, o TPR possui as seguintes funções: emitir opiniões consultivas, revisar laudo de Tribunal Ad Hoc na solução de controvérsias, atuar como instância única em controvérsias entre os Estados, conceder medidas excepcionais de urgência. O TPR, portanto, possui competência para se manifestar a respeito de diversas normativas do MERCOSUL a respeito dos direitos dos cidadãos do bloco, porém, diferentemente do TJUE, até hoje não foi dotado de supranacionalidade. (KLEIN VIEIRA, 2013, pp. 117-119; SCOTTI, 2018, p. 122) Em virtude das competências do TPR, sobretudo aquela vinculada à emissão de opiniões consultivas, o Estatuto da Cidadania poderia ser objeto, a futuro, de pedido interpretativo, o que poderia reforçar a importância do instrumento em estudo como normativa regional consagradora de direitos fundamentais.

#### IV. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente artigo se buscou verificar em que medida o Estatuto da Cidadania do MERCOSUL pode representar um avanço na proteção dos direitos fundamentais e direitos humanos na região, para a construção de uma identidade e de uma cidadania regional, tal qual se observa com a Carta de Direitos Fundamentais da UE.

Assim, buscou-se explorar, primeiramente, o histórico de construção da Carta de Direitos Fundamentais da UE, o que esta engloba, seu *status* jurídico e qual o seu significado de maneira geral para a cidadania europeia. Verificou-se que a Carta foi elaborada na esteira do processo de construção da cidadania referida, nos anos 90, tanto com a adoção do Tratado de Maastricht de 1992 que cria a UE, quanto com o Tratado de Amsterdã de 1997 que aprofunda a livre circulação de pessoas e o direito de estabelecimento dos cidadãos europeus.

Ainda, em um primeiro momento, quando adotada a Carta de Direitos Fundamentais da eu, em 2000, ela não possuía caráter vinculante para os Estados Membros, tratando-se apenas de uma declaração. No entanto, com a reforma promovida pelo Tratado de Lisboa, em 2007, a Carta passou a ter o seu *status* de tratado internacional reconhecido e foi incluída como anexo ao TUE, tornando-se Direito Comunitário originário. Assim, a Carta tornou-se obrigatória para os Estados Membros, podendo os cidadãos europeus ter seus direitos reivindicados perante o TJUE. Ademais, a Carta goza dos reflexos jurídicos decorrentes dos princípios do primado do direito europeu, do efeito direto e da aplicabilidade direta.

Já no MERCOSUL, foi adotado o Estatuto da Cidadania, em 26 de março de 2021, ou seja, em contexto recente, que impede analisar com maior profundidade os seus efeitos, assim como se procurou fazer com a Carta de Direitos Fundamentais da UE. No entanto, já é possível verificar que o Estatuto representa um avanço na construção da cidadania regional no MERCOSUL, ao tratar expressamente do cidadão do bloco e ao prever diversos direitos de suma importância que estão previstos em normas tanto de *hard law* quanto de *soft law*.

Apesar de o MERCOSUL adotar um sistema de governança de cunho intergovernamental e de contar com um tribunal cujas decisões não detêm o mesmo nível de obrigatoriedade que as do TJUE, bem como, pese ao fato de que o Estatuto não conta com *status* de tratado internacional assim como a Carta de Direitos Fundamentais da UE, diversos pontos positivos podem ser destacados. Nessa linha, o caráter simbólico do Estatuto já mencionado não deve ser subestimado, bem como o reforço que este traz ao direito de estabelecimento e circulação no território integrado, que está intimamente relacionado com a cidadania regional. Isso porque, conforme visto, a região conformada pelos Estados Partes e Associados do MERCOSUL possui um passado em comum, que conta com histórias e valores compartilhados, de proteção à democracia, proteção aos direitos humanos e melhora da qualidade de vida dos habitantes da região.

Ainda, no que tange ao aspecto jurídico do Estatuto, este pode auxiliar na visibilidade daqueles direitos já previstos em normas do MERCOSUL, que, por sua vez,

podem ser objeto de decisão e opinião consultiva do TPR. De qualquer sorte, não se pode deixar de mencionar o grau de importância que o Estatuto pode conquistar ao longo do tempo, de modo que até mesmo aqueles direitos decorrentes de normas de *soft law*, adquiram caráter vinculante.

Espera-se que num futuro não tão distante o Estatuto da Cidadania do MERCOSUL, além de ser conhecido por todos os cidadãos da região e utilizado pelos tribunais internos dos Estados Partes, possa efetivamente gozar do *status* de norma originária do bloco, tal como se pretendeu quando da criação da Decisão nº 64/2010.

### Referências

- ACCIOLY, Elizabeth (1996). MERCOSUL e União Europeia: Estrutura Jurídico-Institucional. Curitiba: Juruá Editora.
- ALVES RIBEIRO CORREIA, Pedro Miguel Alves Ribeiro (2014). O princípio do nível de proteção mais elevado: análise do artigo 53 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia à luz do acórdão Melloni. *Estudios Constitucionales*, año 12, n. 2, 2014, pp. 275-300.
- BELTRAME DE MOURA, Aline Beltrame de (2018). O Estatuto da Cidadania do Mercosul: é possível uma cidadania regional? *Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo*, vol. 14, n. 2, pp. 135-153.
- DE OLIVEIRA ELSNER, Larissa; KLEIN VIEIRA, Luciane (2020). A aplicação da Declaração Sociolaboral pelo Tribunal Administrativo Trabalhista do MERCOSUL. *Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, PR, Brasil*, v. 65, n. 3, p. 9-35.
- GARCÍA, Lila Emilse (2012). Migración y derechos humanos: implicancias de la nueva política migratoria Argentina. 2012. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Instituto de Relaciones Internacionales, Universidad Nacional de La Plata, La Plata.
- GORJÃO-HENRIQUES, Miguel (2010). *Direito da União: história, direito, cidadania, mercado interno e concorrência*. 6ª ed. Coimbra: Almedina.

- GRANILLO OCAMPO, Raúl (2008). *Dereito Internacional Público da Integração*. Tradução de Sergio Duarte. Elsevier, Campus Jurídico.
- KLEIN VIEIRA, Luciane (2013). *Interpretação e aplicação uniforme do Direito da Integração*. Curitiba: Juruá Editora.
- MAIA TAVARES, Sergio (2013). Quid iuris? A União Europeia e o novo locus standi dos Direitos Humanos: a construção da efetividade da Carta de Direitos Fundamentais, a reforma de Lisboa e o artigo 6º, TUE. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, año 1, n. 2, 2013, pp. 313-349.
- MOREIRA DA SILVA FILHO, José Carlos (2018). Transnacionalidade e Justiça de Transição no âmbito do MERCOSUL (2005-2016): projetos, contexto e perspectiva comparada na atuação da Reunião de Altas Autoridades em Direitos Humanos e Chancelarias (RAADH) e do Instituto de Políticas Públicas em Direitos Humanos (IPPDH). *Revista da Faculdade de Direito UFMG, Belo Horizonte*, n. 72, pp. 329-355.
- NEGRO, Sandra C. (2018) Caracterización y clasificación de los esquemas de integración. *In: NEGRO, Sandra C. Derecho de la Integración*. Montevideo/Buenos Aires: BdeF.
- PEREIRA MACHADO, Diego (2013). *Dereito da União Europeia*. São Paulo: Saraiva.
- PIÇARRA, Nuno; FREITAS AMARAL, Diogo (2009). O Tratado de Lisboa e o Princípio do Primado do Direito da União Europeia: uma “evolução na continuidade”. *Revista Mestrado em Direito, Osasco*, ano 9, n. 1, jan/jun 2009, pp. 187-222.
- SCOTTI, Luciana B (2018). El derecho de la integración en el MERCOSUR. *In: NEGRO, Sandra C. Derecho de la Integración*. Montevideo/Buenos Aires: BdeF.
- SEBESTA, Lorenza (2011). ¿Des-nacionalizar los estados o despojar a las naciones su soberanía? La vía europea al cosmopolitismo kantiano. *In: MOLINA DEL POZO, Carlos (coord.) Evolución histórica y jurídica de los procesos de integración*. Buenos Aires: Eudeba.
- VENTURA, Deisy (2005). *Las asimetrías entre el Mercosur y la Unión Europea. Los desafíos de una Asociación Interregional*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung.

VOLCATO DA COSTA, Vitória; KLEIN VIEIRA, Luciane (2019). Nacionalismo, xenofobia e União Europeia: barreiras à livre circulação de pessoas e ameaças ao futuro do bloco europeu. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, PR, Brasil, v. 64, n. 3, p. 133-160, set./dez. 2019.

#### Normativa

COMISSÃO EUROPEIA. Winston Churchill: o apelo à criação dos Estados Unidos da Europa. Bruxelas, [s.d.].

MERCOSUL (1991). Tratado de Assunção para a Constituição de um Mercado Comum. Assunção, 26 mar. 1991.

MERCOSUL (2002). Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados Partes do MERCOSUL. Brasília D.F., 06 dez. 2002.

MERCOSUL (2010). Plano de Ação – Estatuto da Cidadania do MERCOSUL. CMC, Foz do Iguaçu, 16 dez. 2010.

MERCOSUL (2015). Declaração Sociolaboral do MERCOSUL de 2015. Brasília D.F., 17 jul. 2015.

MERCOSUL (2021). Estatuto da Cidadania do MERCOSUL. Buenos Aires, 26 mar. 2021.

UE (1992). Tratado de Maastricht – Tratado da União Europeia. Maastricht, 7 de fev. de 1992.

UE (2000). Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. 2000/C – 364/01. Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão, 18 dez. 2000.

UE (2007). Tratado de Lisboa. 2007/C – 306/01. Parlamento Europeu, Lisboa, 13 de dezembro de 2007.

## Estudio comparativo de la naturaleza jurídica y de los caracteres de la Unión Europea y del MERCOSUR, en relación con su inserción en los respectivos ordenamientos nacionales

Comparative study of the legal nature and characteristics of the European Union and MERCOSUR, in relation to their insertion in the respective national legal systems

Por Dr. H. C. Carlos Francisco Molina del Pozo

**Resumen:** En el presente trabajo hemos analizado la afectación de los procesos de integración en los ordenamientos jurídicos de los Estados que los componen. Poniendo como ejemplos los procesos del MERCOSUR y de la Unión Europea, se ha tratado de estudiar brevemente sus naturalezas jurídicas y las características que los definen, obteniendo como resultado la existencia de una serie de similitudes y de asimetrías entre ambos.

**Palabras clave:** integración; supranacional; Unión Europea y MERCOSUR.

**Abstract:** In this paper, we have analysed the affectation of the integration process in the legal system of the States Members that are part of that process. As examples, we have studied the MERCOSUR and European Union, in particular their characteristics and legal nature. As results we obtained similarities and diversities between the two processes.

**Keywords:** integration; supranational; Unión Europea and MERCOSUR..

Fecha de recepción: 13/09/21

Fecha de aceptación: 05/10/21

Esta obra se publica bajo licencia Creative Commons 4.0 Internacional. (Atribución-No Comercial-Compartir Igual)



## Estudio comparativo de la naturaleza jurídica y de los caracteres de la Unión Europea y del MERCOSUR, en relación con su inserción en los respectivos ordenamientos nacionales

Por Dr. H. C. Carlos Francisco Molina del Pozo\*

### I. Introducción<sup>1</sup>

Con motivo de la conmemoración de los 30 años desde la constitución del MERCOSUR, hemos querido analizar la afectación de los procesos de integración en los ordenamientos de sus Estados miembros. Para ello, debemos estudiar distintos aspectos de los primeros, como pueden ser su naturaleza jurídica y las características que les definen.

Podemos apreciar que, los procesos de integración regional tienden a ser fenómenos multidisciplinarios que se orientan a abordar, de manera indistinta y, en la mayoría de las veces, coincidente, los ámbitos políticos, económicos y sociales. Esto se debe a que, con la clara intención de mejorar las necesidades sociales de sus ciudadanos y con miras a la consecución de un efectivo desarrollo económico, los Estados aceptan dichos procesos de integración mediante un consenso político que les posibilita una participación directa en la adopción de las diferentes decisiones.

Sin embargo, debemos tener en cuenta que, todos estos aludidos procedimientos, también conocidos como comunitarios, suponen un desarrollo de gran amplitud y de larga duración, lo que impide que pueda construirse la necesaria afinidad entre sus miembros en períodos de duración cortos en el tiempo. Será, precisamente, debido al hecho reseñado que, los mencionados procesos, pueden ser divididos en varias fases: 1) la primera, la conocida como fase de acercamiento entre

---

\* Catedrático de Derecho Administrativo y Catedrático Jean Monnet “ad personam” de Derecho de la Unión Europea Universidad de Alcalá de Henares (Madrid). Presidente del Instituto Eurolatinoamericano de Estudios para la Integración (IELEPI). [carlosf.molina@uah.es](mailto:carlosf.molina@uah.es)

<sup>1</sup> El autor quiere manifestar su agradecimiento a Nuria Puentes Ruiz, investigadora y colaboradora de mi Cátedra Jean Monnet “ad personam” de Derecho de la Unión Europea en la Universidad de Alcalá de Henares, por su inestimable apoyo en la preparación del presente trabajo

los Estados miembros; 2) la segunda, la definida como fase propiamente dicha de consecución de los objetivos económicos previstos, como puede ser, por ejemplo, el establecimiento de un mercado común; 3) la tercera, suele aparecer designada como fase en la que se lleva a cabo el establecimiento de las prioridades políticas; 4) la cuarta, sería, probablemente, la fase propia que comportaría el reconocimiento de derechos sociales, *etc...*

Si tomamos como ejemplos los dos indicados procesos del MERCOSUR<sup>2</sup> y de la Unión Europea, intentaremos en el presente trabajo, estudiar sucintamente, al menos, los elementos que componen la aplicación normativa en el contexto de los mismos y, como habíamos anticipado, su correspondiente incidencia y afectación en los distintos ordenamientos de los diferentes Estados miembros. Para conseguir una más correcta y adecuada realización de los objetivos que nos hemos planteado de partida, será necesario tener en consideración ciertas características que existen como propias en los ordenamientos jurídicos supranacionales. Así, es preciso referirse, por ejemplo, a caracteres de las normas, tales como pueden ser: la aplicabilidad directa e inmediata; el efecto directo; y/o la denominada, primacía sobre las normas nacionales. En el caso de la no aparición o presencia de dichas tres particularidades en los pretendidos procesos de integración, podríamos pensar, tal vez, que los mismos no deberían ser considerados como auténticos procesos de integración válidos y ejemplificables, en la medida en la que, cualquiera de los Estados miembros podría, en cualquier momento del proceso, proceder a modificar, de forma unilateral, algunas o todas las decisiones tomadas válidamente, dentro del procedimiento oficial del organismo de integración, acordado previamente, de toma de decisiones, mediante la adopción de una norma nacional posterior que viniese a contradecir y desvirtuar el espíritu o el contenido mismo de la norma comunitaria, la cual siempre debe ser prevalente o prioritaria, primando su aplicación en todo caso.

---

<sup>2</sup> Debe destacarse, en cuanto a la actualidad del MERCOSUR se refiere, la reciente Declaración del Consejo de Colegios y Órdenes de Abogados del MERCOSUR (COADEM), de 20 de agosto de 2021, sobre la importancia de dicho proceso en las relaciones internacionales.

Así pues, efectuaremos de la manera descrita, una suerte de comparativa entre ambos procesos señalados, el Mercosur y la Unión Europea, tratando de poner de relieve durante el transcurso de nuestro análisis, tanto las coincidencias como las asimetrías que pueden encontrarse entre ambos, sus respectivos ordenamientos jurídicos y su afectación a los Estados que los componen.

Finalmente, examinaremos también, si quiera sea brevemente, la idiosincrasia que lleva aparejada y defendemos doctrinalmente desde hace más de cuatro décadas ya, de la preceptiva naturaleza jurídica, encuadrable, en nuestra opinión, dentro del marco conceptual de la supranacionalidad en los distintos procesos de integración, lo que, junto con el resto de las distintas cuestiones analizadas en las páginas posteriores, nos permitirá alcanzar unas conclusiones al presente trabajo.

## II. La naturaleza jurídica y el reparto de competencias

En este apartado vamos a tratar la naturaleza jurídica y el reparto de competencias entre la organización supranacional y los distintos Estados miembros en los procesos de integración, manteniendo siempre el objetivo de obtener la relación con su afectación a los ordenamientos nacionales. En este sentido, podemos afirmar que, la distribución de las competencias entre las instituciones supranacionales y los Estados miembros, resulta ser la técnica más apropiada que nos sirve como mecanismo idóneo para resolver la cuestión acerca de cuál sea la naturaleza jurídica que presenta cualquier organización de integración, en este caso, las que sostienen los dos procesos que tratamos de examinar.

En primer lugar, nos acercaremos a la realidad que encarna en la actualidad la Unión Europea, motivo por el que tendremos que hacer, necesariamente, referencia a las Comunidades Europeas como base y fundamento de la construcción de la Unión. Probablemente, en sus inicios, las viejas Comunidades Europeas se enfrentaron a dilaciones innecesarias, debido al hecho de que sus miembros no eran capaces de alcanzar un consenso en torno a la determinación de la naturaleza jurídica y política de las mencionadas Comunidades.

Acudiendo a los antiguos Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, hemos de apreciar que, los Estados miembros pudieron concretar en los mismos, la absoluta necesidad de observar dos aspectos esenciales para llevar a cabo una definición de las mismas: en primer lugar, el criterio material, formado por los distintos tipos de competencias; y, en segundo término, el criterio orgánico, que recogía y respaldaba con nitidez total el “Poder” de las Comunidades, es decir, su situación de “potestas” y “superioridad” respecto a la subordinación o sumisión de los Estados al señalado “Poder”.

Pues bien, tras la adopción del Tratado de Lisboa<sup>3</sup>, y con la instauración de la Unión Europea, tal y como actualmente la conocemos, ésta adquirió y fue dotada de la necesaria personalidad jurídica internacional, lo que le permitía actuar como un todo único en el ámbito de las relaciones internacionales. No obstante, es preciso, inmediatamente aclarar que, cada uno de los Estados miembros tiene la posibilidad de decidir, de modo unilateral, si avanzar en la integración o no, en función exclusiva de sus posiciones particulares. A este fenómeno se le conoce en el argot comunitario europeo como la Europa a la Carta o la Europa de las dos o varias velocidades. Semejante criterio encuentra su apoyatura jurídica en los propios Tratados, en concreto, cuando éstos recogen y regulan lo que se conoce como “Cooperaciones reforzadas”, expresión que nosotros hemos denominado tradicionalmente como “Integraciones reforzadas”, debido a la clara pretensión de manifestar el aumento progresivo de los niveles existentes de integración en cada momento histórico.

Si continuamos desarrollando el tema del reparto de competencias en el seno de la Unión, podemos diferenciar en el tiempo, dos momentos: en primer lugar, antes de la aprobación del Tratado de Lisboa; y, en segundo término, lo constatado con posterioridad a la aprobación de dicho Tratado.

En el período anterior al Tratado de Lisboa distinguiremos, al mismo tiempo, dos tipos de competencias. En primer lugar, las competencias según su naturaleza,

---

<sup>3</sup> Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, *DOUE C 306* de 17.12.2007, p. 1/271.

discerniendo entre: de atribución, otorgadas por los Tratados; implícitas, que, pese a no estar recogidas en los textos constitutivos, son esenciales para alcanzar los objetivos; y, finalmente, las suplementarias, del artículo 352 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea<sup>4</sup>, para casos de necesaria acción con el objetivo de lograr los objetivos señalados en los Tratados.

De otro lado y, en segundo término,, encontramos las competencias en relación con las capacidades nacionales, que se disponen en tres tipos: 1) concurrentes, los Estados miembros mantienen la competencia, siempre y cuando la Comunidad Europea actúe; 2) libertades comunitarias, que requerían de la colaboración entre los Estados miembros; y, 3) políticas comunes, que aunque en un principio eran de competencia nacional, debido a las actuaciones posteriores de las instituciones comunitarias, fueron transitando progresivamente hacia su conversión en competencias comunitarias.

Sin embargo, debemos advertir de que, una vez adoptado el Tratado de Lisboa, se delimitaron todas las competencias, insertándolas en el propio texto del Tratado, mediante la fijación de toda una serie de principios y de categorías, que vinieron a ser de obligado cumplimiento y que sirvieron, de manera definitiva, para formular una definición clara, concreta y precisa de los distintos tipos de competencias que debían repartirse entre los Estados miembros y las instituciones de la Unión Europea. Los principios rectores a los que obedece la mencionada tipología competencial, aparecen recogidos explícitamente en el artículo 5 del Tratado de la Unión Europea<sup>5</sup>, y son tres.

En primer lugar, encontramos el principio de atribución, por el cual se establece que, la Unión únicamente podrá actuar dentro de los límites establecidos por los Estados miembros en los Tratados, con la finalidad de conseguir alcanzar los objetivos que estos mismos determinan. Asimismo, queda meridianamente claro en el texto dispositivo que, toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados

---

<sup>4</sup> Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, *DOUE C 326* de 26.10.2012, p. 47/390. De ahora en adelante TFUE.

<sup>5</sup> Tratado de la Unión Europea, *DOUE C 326* de 26.10.2012, p. 13/390. De ahora en adelante TUE.

corresponderá a los Estados miembros quienes continuarían siendo los únicos titulares de la competencia en esos casos.

A continuación, habría de hacerse alusión al principio de subsidiariedad, por el cual se dispone que, pese a que un ámbito no sea de su competencia exclusiva, la Unión podrá actuar si los objetivos pretendidos no pueden ser logrados de manera eficiente por los Estados miembros, es decir, sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida, no puedan ser alcanzados de modo suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan conseguirse mejor, debido a las dimensiones o a los efectos de la acción pretendida, la intervención sería a escala de la Unión.

En tercer y último lugar, el texto legal referido, hace mención regulatoria del principio de proporcionalidad, en virtud del cual se marca nítidamente la frontera de actuación de la Unión, señalando que ésta solamente podrá llevar a cabo las actuaciones apropiadas y necesarias para el cumplimiento de los objetivos perseguidos, es decir que, el contenido y la forma de la acción de la Unión no podrán exceder más allá de lo necesario para lograr alcanzar los objetivos de la Unión.

En el mismo orden de ideas, hemos de señalar que, finalmente, en lo que hace referencia a los distintos tipos de competencias, tendremos que acudir al contenido de los artículos 3, 4 y 6 del TFUE, debiendo aludirse, asimismo, al tenor del artículo 5 del TFUE, para indicar lo relativo a la necesaria coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros en el marco de la Unión Europea.

Consecuentemente, por su parte, el artículo 3 del TFUE, define las competencias exclusivas de que dispone la Unión en las siguientes materias: unión aduanera, normas sobre competencia necesarias para llevar a cabo el correcto funcionamiento del mercado interior, política monetaria de los Estados miembros cuya moneda es el Euro, conservación de los recursos biológicos marinos incluidos dentro del contexto de la Política Pesquera Común, y por último, la Política Comercial Común. Asimismo, la Unión Europea tendrá competencia exclusiva para la conclusión de acuerdos internacionales, cuando pueda afectar a alguna parcela de la normativa comunitaria, o bien, siempre que fuese necesaria la adopción de los aludidos acuerdos para permitir

ejercer su competencia interna, mediante la aprobación de un acto legislativo que pueda afectar a disposiciones comunes o llegar a alterar el alcance de las mismas.

Por otra parte, el anunciado artículo 4 del TFUE, nos viene a indicar en que medida serán competencias compartidas, todas aquellas que los Tratados no incluyen en los artículos 3 y 6. Ahora bien, delimita en su apartado segundo, las áreas de aplicación principal de las que son tenidas como competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros, pudiendo destacarse, en este sentido señalado, los ámbitos siguientes: el mercado interior; la política social en los aspectos definidos en el Tratado; la política de cohesión económica, social y territorial; la agricultura y la pesca, con exclusión de la conservación de los recursos biológicos marinos; los transportes; el medio ambiente; la protección de los consumidores; las redes transeuropeas; la energía; el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia; los asuntos comunes de seguridad en materia de salud pública, en los aspectos definidos en el Tratado.

Asimismo, el Tratado, en el mismo precepto al que estamos haciendo referencia, el artículo 4, establece que, en los ámbitos de la investigación, el desarrollo tecnológico y el espacio, la Unión va a disponer de competencias para realizar acciones, en particular destinadas a definir y llevar a cabo programas, sin que el ejercicio de esta competencia pueda tener por efecto impedir a los Estados miembros ejercer la suya. También en materia de cooperación para el desarrollo y de ayuda humanitaria, la Unión dispone de competencia para realizar acciones y una política común, sin que el ejercicio de esta competencia pueda tener por efecto impedir a los Estados miembros ejercer la suya.

En último lugar, habremos de fijarnos en el contenido del artículo 6 del TFUE, el cual presenta las competencias que nosotros hemos calificado como “innominadas”, y ello en base a que son: competencias de apoyo, de coordinación o de complemento. A tenor del citado precepto, la Unión tendrá capacidad para apoyar, coordinar o complementar las actuaciones nacionales, a nivel europeo. Los ámbitos de estas acciones serán, en su finalidad europea: la protección y mejora de la salud humana, la

industria, la cultura, el turismo, la educación, la formación profesional, la juventud y el deporte, la protección civil y la cooperación administrativa (Molina del Pozo, 2015).

No obstante, debemos persistir en la dualidad de la naturaleza jurídica de la Unión, ya que ésta variará según el nivel y la amplitud de sus competencias, dado que la capacidad de actuación de la Unión está especialmente ligada a sus cometidos.

En otro orden de cosas, a continuación, analizaremos, en segundo lugar, la naturaleza jurídica del Mercado Común del Sur, también conocido como MERCOSUR, haciendo referencia a su sistema institucional y a su marco de competencias ejercidas.

El MERCOSUR nació con unos claros objetivos económicos, disponiéndose en el Tratado de Asunción para la Constitución de un Mercado Común<sup>6</sup>, siendo la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos; la creación de un arancel externo común; la coordinación de las políticas macroeconómicas y sectoriales de los Estados miembros, y la armonización de sus legislaciones para fortalecer dicho proceso de integración, las grandes metas y objetivos que se planteaban para cumplimentar desde sus primeros tiempos de existencia, hace, precisamente ahora, treinta años.

En el Tratado constitutivo no se hizo ningún tipo de alusión a la existencia de una jerarquía normativa, entre las posibles creaciones de los órganos mercosureños, en ese momento transitorios, como eran el Consejo Mercado Común o el Grupo Mercado Común, y su aplicación en el ordenamiento interno de los Estados miembros. El Protocolo de Ouro Preto<sup>7</sup>, que tendrá como finalidad establecer la estructura institucional del MERCOSUR, dispone la puesta en marcha de seis órganos, habiéndose creado con anterioridad, en el Tratado de Asunción, dos, con carácter temporal. Sin embargo, vamos a referenciar ahora, brevemente, tres:

- El Consejo Mercado Común sería el órgano político del MERCOSUR, con la finalidad de avanzar en el proceso de integración. Para ello, dispondría de varias funciones, entre las que cabe destacar, la elaboración de políticas y

---

<sup>6</sup> Tratado de Asunción para la Constitución de un Mercado Común, del 26 de marzo de 1991.

<sup>7</sup> Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre la Estructura Institucional del MERCOSUR - Protocolo de Ouro Preto-, del 17 de diciembre de 1994.

acciones esenciales para la formación del Mercado Común del Sur, velando por los Tratados y siendo titular de personalidad jurídica.

- El Grupo Mercado Común, encargado de la ejecución, tiene la función de adoptar las medidas esenciales para efectuar y llevar a cabo las decisiones del Consejo Mercado Común.
- La Comisión de Comercio del MERCOSUR, tiene como finalidad coadyuvar al Grupo Mercado Común y concertar y velar por los instrumentos de política comercial común, junto con las normas sobre Unión Aduanera.

Ahora bien, lo que más nos importa del Protocolo de Ouro Preto, en relación con el tema que estamos abordando en estas páginas, es la capacidad decisoria que poseen las instituciones mencionadas *ut supra*. Es decir, las decisiones adoptadas por dichos órganos presentan una evidente obligatoriedad hacia los Estados miembros, dado que éstos se encuentran representados en las instituciones, confiriendo así una naturaleza intergubernamental.

Asimismo, el Tratado de Asunción reconoce al Derecho mercosureño como un ordenamiento jurídico, diferenciado del específico de cada uno de los Estados miembros que lo componen. Este conjunto normativo rige las relaciones entre éstos y las instituciones que crea el texto, al igual que las que tienen lugar entre las personas, ya sean físicas o jurídicas, y los Estados miembros.

Pese a lo expresado anteriormente, hemos de apreciar que, la doctrina científica no consigue alcanzar un acuerdo unánime en cuanto a la determinación de la naturaleza del Derecho del MERCOSUR, fragmentándose entre quienes opinan y mantienen la posibilidad de que éste sea un Derecho comunitario, superior a los nacionales, con las consecuencias que ello implica o, por el contrario, los que sostienen que el ordenamiento jurídico mercosureño no llegue a poseer la mencionada característica, lo que supone la inexistencia de las anunciadas previsiones.

Semejante situación de división de criterios fundacionales se debe, esencialmente, al hecho de que, en base a ciertos principios del Derecho comunitario, y por ejemplo, los ordenamientos nacionales argentino y paraguayo, admiten la primacía del Derecho mercosureño, mientras que los ordenamientos jurídicos

brasileño y uruguayo, siguen el principio de temporalidad, por el cual las leyes posteriores y contrarias, derogan a las leyes existentes. Las posiciones brasileñas y uruguayas pueden tener como resultado que una normativa, aceptada por consenso en el seno del MERCOSUR, no sea aplicada en sus respectivos ordenamientos por la introducción de una nueva ley que establezca lo contrario a lo establecido por la norma mercosuñera. Esto, a su vez, tendría como consecuencia derivada, la notable desigualdad entre los Estados miembros del MERCOSUR, ya que en algunos de ellos sí que se aplicaría la normativa, pero en otros no (Perotti, 2002, p. 63).

Como conclusión al presente apartado, podemos decir que, la Unión Europea es una organización supranacional, que, basándose en la integración de sus Estados miembros, presenta un marco institucional propio, con un ordenamiento jurídico único. En cambio, consideramos que, el MERCOSUR, pese a definirse a sí mismo como un proceso de integración, todavía no ha alcanzado esa etapa, encontrándose actualmente en la fase de acercamiento económico progresivo de los Estados miembros que lo componen.

Semejante distinción reseñada, nos lleva a poner de manifiesto la diferencia apreciable existente entre las organizaciones de cooperación, propias del ámbito de la intergubernamentalidad en función de la forma de ser adoptadas sus decisiones, y por otro lado, las organizaciones supranacionales, en las cuales la manera de tomar sus decisiones nos acercan al nacimiento de auténticos procesos de integración. En este sentido, se podría considerar que la Unión Europea pertenece a un tipo concreto, el de las organizaciones supranacionales, mientras que el MERCOSUR forma parte del otro, es decir, el de las organizaciones de cooperación. A mayor abundamiento, las organizaciones de cooperación se caracterizan por basarse en el respeto de las soberanías nacionales, por lo que las decisiones se aprueban a través de la aplicación de la unanimidad. Sin embargo, los procesos de integración, propios -como ya hemos mencionado- de las organizaciones de carácter supranacional, presentan poderes propios, separados de los de los Estados miembros, pudiendo deliberarse por medio de la utilización de la regla de la mayoría.

Asimismo, por último y como diferencia, en relación a la temática que estamos examinando en el presente trabajo, podría destacarse que, las organizaciones de integración poseen, además, un ordenamiento jurídico propio y característico, el cual queda desarrollado y protegido en su aplicación habitual por la existencia de una institución que forma parte de su estructura, un Tribunal de Justicia específico, el cual ostenta el Poder Judicial en el contexto de la reseñada organización.

### III. Las características que informan el Derecho de la Unión Europea

El Derecho de la Unión Europea tiene reconocidas, por lo general, toda una amplia serie de características, que en su mayor parte, se derivan de la propia naturaleza de la Unión y de los mismos Tratados constitutivos, en los cuales se insertan las distintas instituciones que detentan los Poderes de esta organización supranacional o de integración. Entre las más importantes características del Derecho de la Unión, cabría mencionar las siguientes: 1) la primacía; 2) el efecto directo o invocabilidad de sus disposiciones; 3) la aplicabilidad directa, 4) la interpretación conforme; y, 5) la posibilidad de alegación de sus normas de todo rango ante las distintas jurisdicciones.

La primera de las peculiaridades del Derecho de la Unión Europea -que ya hemos reseñado-, es la primacía, al ser ésta una condición esencial que dispone, como consecuencia de la firma de los Tratados constitutivos, que las normativas europeas tienen superioridad frente a cualquier disposición de ámbito nacional, lo que supone su natural imposición sobre los distintos ordenamientos jurídicos de todos los Estados miembros.

La descrita situación se debe, fundamentalmente, al hecho de que, todos los Estados miembros transmitieron, en base al principio -anteriormente explicado- de “atribución” y desde el origen, ciertas parcelas de soberanía en beneficio directo y exclusivo de las instituciones europeas, y todo ello -como decimos- desde el mismo instante inicial de la firma de los Tratados fundacionales o constitutivos, produciéndose, por la causa mencionada, una clara diferencia con relación al mismo contenido de los Tratados internacionales clásicos y tradicionales. Sin embargo,

también se aprecia el deber de sujeción que va a afectar a los jueces nacionales, a quienes corresponderá la obligación de asegurar dicha característica de la norma comunitaria, es decir, de la primacía, mediante la aplicación íntegra del Derecho de la Unión Europea sobre cualquier norma de ámbito nacional, sea cual fuere su rango en la pirámide jerárquica de las disposiciones internas, incluyendo, natural y obviamente, las de rango constitucional<sup>8</sup>. En otras palabras y, como textualmente determina la ya citada Sentencia Costa/E.N.E.L., ningún juez nacional podrá dejar de aplicar una norma del Derecho comunitario amparándose, alegando o razonando que dicha disposición es contraria al ordenamiento jurídico interno de su país, ni siquiera si fuese opuesta a algún precepto de carácter constitucional, porque lo que habría de hacerse sería, proceder de inmediato a reformar la Constitución en lo relativo a la contrariedad, para adecuarla lo antes posible al orden jurídico comunitario, que resulta ser el que prevalece o prima, en caso de conflicto que pueda suscitarse entre normas nacionales con respecto al Derecho de la Unión Europea.

Otra de las características señaladas al principio del epígrafe, indicábamos que se trataba de la aplicabilidad directa, dado que, la mayor parte de la normativa europea, no necesita de ningún tipo de mecanismo de inclusión en los ordenamientos nacionales. Esto tiene como causa la creación y existencia del propio ordenamiento jurídico europeo, el cual ya se configura como orden integrado en los ordenamientos nacionales, y lo hace desde el texto de los mismos Tratados fundacionales o constitutivos.

Sin embargo, esta característica -como ya habíamos advertido- presenta una particularidad cuando se trata de ciertas normas pertenecientes al derecho derivado, es decir, algunas de las disposiciones comunitarias que se corresponden a las emanadas de las instituciones competentes de la Unión Europea. Por ejemplo, las directivas comunitarias son un tipo de normas que necesitan y requieren de una trasposición, con carácter previo, para que puedan llegar a formar parte de los ordenamientos jurídicos nacionales. No obstante, en los últimos años, se viene

---

<sup>8</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1964, Flaminio Costa contra E.N.E.L, Petición de decisión prejudicial: *Guidice conciliatore di Milano (Italia)*, *Asunto, 6-64* (ECLI:EU:C:1964:66).

apreciando una evidente tendencia que tiende a la modificación progresiva de esta situación descrita, requiriéndose cada vez menos la trasposición, debido a que, cada vez con mayor intensidad, se observa que las directivas se están pareciendo en sus contenidos a los reglamentos comunitarios, norma que, como es bien conocido, cumplimenta totalmente todas las notas características y específicas del Derecho de la Unión Europea. Por ello, algunos hemos expresado, desde hace años, nuestra idea de que se está llegando a producir una auténtica desnaturalización del concepto mismo de directiva establecido en los Tratados, para acercar más su naturaleza a la típica de los reglamentos.

En un principio, las directivas necesitaban la obligada trasposición exigida en los Tratados, lo que significa que debían ser incluidas, introducidas o reinsertadas en los diferentes ordenamientos nacionales, por medio de la adopción de una disposición nacional. El motivo se podía encontrar en el hecho de que las directivas disponían los objetivos que la Unión Europea y los Estados miembros debían alcanzar, dejando sin establecer y, por tanto, en manos de la libre decisión de los Estados destinatarios de la norma comunitaria, la elección de los correspondientes instrumentos, es decir, de los medios y de las formas más adecuadas, en cada caso, para lograr alcanzar más eficazmente los objetivos y resultados pretendidos y reseñados en la directiva.

Pues bien, debido a los posibles retrasos constatados en la trasposición e, incluso, de la existencia de ciertas irregularidades en la misma, al sobrepasar algunos Estados los límites de modificación, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha propugnado y asentando la idea, mediante su reiterada jurisprudencia, de la posibilidad de aplicación directa de aquellas directivas que sean lo suficientemente precisas, concretas, definitivas y claras, de modo que apenas dejen margen de apreciación a los Estados miembros destinatarios para introducir novedad alguna (se trataría de directivas autosuficientes), o cuando los Estados destinatarios no hayan cumplido el plazo útil dejado por la directiva para ser transpuesta al ordenamiento nacional.

El efecto directo del Derecho de la Unión Europea significa que, ciertas disposiciones del mismo son invocables directamente por los ciudadanos de cada

Estado miembro ante sus propios jueces y tribunales nacionales. Se trata de la posible invocabilidad de las normas europeas frente a los jueces nacionales. Esto se debe, en gran medida, a su integración inmediata en los ordenamientos nacionales, incluso con las requeridas transposiciones, en los supuestos en que así fuese preceptivo, consiguiéndose la necesaria fuerza para generar efectos, tales como derechos y obligaciones, en las relaciones de los particulares con otros particulares o con las Administraciones Públicas (el llamado efecto directo vertical y horizontal).

En caso de no darse el efecto directo, existe la interpretación conforme, debiendo el tribunal nacional resolver el litigio interpretando la normativa nacional de manera acorde a la normativa europea.

Finalmente, es destacable la posibilidad de alegación, que permite recurrir ante los Tribunales nacionales, alegando o basando el generado recurso sobre cualquier normativa del Derecho comunitaria, tenga o no presente las características del efecto directo o de la aplicabilidad directa. Pese a no estar, inicialmente, los jueces nacionales obligados a tener en cuenta una normativa sin efecto directo, éstos pueden apreciarla si es obligatoria para los sujetos de los Estados miembros (Molina del Pozo, 2015).

#### **IV. El ordenamiento jurídico del MERCOSUR: valor y eficacia**

Como hemos mencionado anteriormente, uno de los principales problemas que encuentra el ordenamiento jurídico del MERCOSUR es su inserción e integración en los distintos ordenamientos nacionales, dado que, de los cuatro Estados miembros iniciales (debemos recordar que Venezuela, actualmente, tiene suspendidos sus derechos y obligaciones como miembro y Bolivia se encuentra en proceso de adhesión), únicamente dos han modificado sus Cartas Magnas de acuerdo con el Tratado de Asunción: Argentina y Paraguay.

No obstante, cabe reseñar que, pese a que la Constitución argentina reconoce la supremacía de las normas mercosureñas sobre las nacionales, dispone, asimismo, unos requisitos que las mismas deben cumplir para que el Congreso de la Nación las apruebe.

Las normativas que la Constitución argentina permite que sean redactadas y ratificadas por los órganos institucionales supranacionales, deben orientarse hacia la consideración de los principios de reciprocidad, igualdad, respeto por los derechos humanos y del orden democrático.

Ahora bien, diferencia dos procesos de habilitación del Congreso de la Nación, variando según si la normativa trata la integración entre países latinoamericanos o si incluye otros países. Estas condiciones ponen en evidencia y evitan, en cierta importante medida, que se pueda caracterizar al proceso de integración latinoamericano como de supranacional o comunitario.

La República de Paraguay, aprobó su Constitución en 1992, permitiendo al Estado participar en procesos de cooperación, en el ejercicio de sus relaciones internacionales, y admitiendo la eventualidad de ordenamientos supranacionales, con la condición de que éstos persigan los derechos humanos, la paz, la justicia, la cooperación y el desarrollo económicos, políticos y sociales. Y, al igual que la Constitución argentina, la normativa supranacional en Paraguay, también requiere de una aprobación previa por parte del Congreso Nacional.

A diferencia de lo que hemos indicado que ocurre en las dos Repúblicas señaladas, Argentina y Paraguay, en la República Oriental del Uruguay, así como en la República Federativa del Brasil, no apreciamos que se presenten en sus leyes fundamentales, ningún artículo o cláusula que habilite o permita el logro de la integración mediante el seguimiento de procesos supranacionales.

Como consecuencia de todo lo relatado sobre la aceptación de las disposiciones creadas por el MERCOSUR, se nos antoja necesario proceder al análisis de la relación que las mencionadas normas presentan con los distintos ordenamientos jurídicos de los Estados Parte.

En el sentido aludido y, teniendo en cuenta que todos los países que forman el MERCOSUR, ratificaron los Tratados constitutivos de dicho proceso, debemos entender que, la normativa mercosureña presenta una evidente obligatoriedad, sobre

todo en base al artículo 27 de la Convención de Viena<sup>9</sup> y, también, por lo establecido en los propios Tratados, pudiendo destacarse, en dicho contexto, el contenido del artículo 38 del Protocolo de Ouro Preto (Fernández Reyes, 2006, p. 27-51).

Por consiguiente, puede afirmarse que, las normas emanadas de los órganos institucionales del proceso de integración del MERCOSUR, son obligatorias para todos sus miembros, incorporándose en sus respectivos ordenamientos jurídicos, con independencia de lo que dispongan sus respectivas normas constitucionales, ya que, como hemos expresado más atrás, todos y cada uno de los Estados miembros, ratificaron los Tratados constitutivos y se comprometieron a velar por el respeto y cumplimiento normalizado de dicho procedimiento, inserto en los textos legales en vigor.

Sin embargo, y como mencionábamos en la introducción de este trabajo, y llevamos a cabo en relación con la Unión Europea, debemos analizar ahora la inclusión de los principios de primacía, efecto directo y aplicabilidad directa en el ordenamiento jurídico del MERCOSUR, al ser elementos clave que sustentan en gran parte los diferentes procesos de integración.

En cuanto se refiere al principio de primacía, cabe destacar que, no encontramos que se señale su existencia en ningún precepto del Tratado de Asunción, ni tampoco en normativa alguna que hubiese emanado de ninguna institución creada por el Protocolo de Ouro Preto y propia, en consecuencia, del Derecho derivado del MERCOSUR, es decir, nada hallamos en ninguno de los documentos emanados de sus instituciones. Si bien es cierto, que varios laudos arbitrales han mostrado su posición a favor de la necesidad, en un proceso de integración, de mantener una actuación conjunta, dado que la unilateralidad supone una actuación contraria a lo que implica un procedimiento comunitario.

El efecto directo del Derecho del MERCOSUR no aparece reconocido, igualmente, en sus Tratados fundacionales o constitutivos, entendiéndose,

---

<sup>9</sup> Instrumento de adhesión de 2 de mayo de 1972, del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969, *BOE núm. 142*, de 13 de junio de 1980, páginas 13099 a 13110, BOE-A-1980-11884.

obviamente, que los ciudadanos no poseen la capacidad para impugnar dicha normativa en los procesos judiciales, pese a que pudiera resultar que, en determinados supuestos, se llegasen a ver afectados directamente por las normas mercosureñas.

Como último principio citado, hemos de referirnos a la aplicabilidad directa, la cual presenta ciertas incógnitas, dado que, el texto del artículo 42 del Protocolo de Ouro Preto dispone, con claridad meridiana que, las normas del MERCOSUR deberán ser incorporadas a los ordenamientos nacionales siempre y cuando fuese necesario. Esto quiere decir que, algunas normas requerirán de un acto de trasposición y, por consiguiente, no tienen aplicabilidad directa, mientras que, otras sí que participarían de ese principio característico de la supranacionalidad.

Por el contrario, parte de la doctrina científica mercosureña, en base a Laudos Arbitrales, ha considerado que el propio precepto reseñado, ya constituye en sí mismo un medio de trasposición, dado que clarifica los instrumentos que deberán usarse para aplicar el aludido acto, al señalar a los “procedimientos previstos por la legislación de cada país” (Bergamaschine Mata Diz, 2005, p. 227-260).

En concordancia a lo examinado, no podemos considerar, finalmente, que el proceso de integración del MERCOSUR cumpla el conjunto de los requisitos que habíamos establecido como necesarios para, según el modelo adoptado por la doctrina científica y jurisprudencial de la Unión Europea, para poder beneficiarse de las características típicas de la supranacionalidad.

## V. Asimetrías y coincidencias entre ambos procesos

De todo lo expuesto hasta este momento parece quedar claro que, cualquier proceso integrativo requiere de unas instituciones comunes, capacitadas para aprobar y controlar la normativa que sea aplicable en todos los Estados miembros.

Tanto la Unión Europea como el MERCOSUR se destacan como ejemplos de integración regional, con mercados comunes, personalidad jurídica y una base de funcionamiento formada por la existencia de ciertas instituciones. No obstante, hemos de precisar que, son muchas las asimetrías y diferencias que separan ambos procesos, pudiendo citarse, como un caso concreto, el número de miembros que componen cada

una de las organizaciones: 27 en el supuesto de la Unión Europea y, únicamente, 4 países en el MERCOSUR (si bien, se debe tener en cuenta que, además de los 4 miembros de pleno derecho, Bolivia se encuentra en proceso de adhesión, existe la posibilidad de ser Estado asociado y Venezuela era Estado Parte, aunque, en la actualidad, está suspendido).

Debemos considerar que, el número de miembros puede suponer, en determinadas ocasiones, un notable beneficio a la hora de adoptar decisiones que tengan por finalidad esencial poner en marcha ciertas políticas, dado que, obviamente, resultará más viable alcanzar un acuerdo entre cuatro países que lograrlo cuando existen 27 opiniones de otros tantos Estados, los cuales representan el criterio diferenciado de cada uno de los mismos.

La Unión Europea se inicia y tiene sus orígenes en base a la interdependencia económica de los países que la conforman, debido a la enorme importancia de las interacciones sociales y económicas, las cuales, con absoluta necesidad y total seguridad, requerían disponer de una facilitación normativa. Sin embargo, los intercambios comerciales mercosureños no son tan importantes y, por regla general, están regulados a través de normativa de carácter nacional, dado que predomina con nitidez el comercio internacional exterior.

Probablemente, la situación descrita haya comportado, en una gran medida, la necesidad de que, en el caso de la Unión Europea, se haya llegado al convencimiento de las bondades que habría de proporcionar la adopción de una moneda única común, adoptada por los Estados miembros que hubiesen cumplido toda una amplia serie de condiciones estrictas, fijadas previamente por las autoridades monetarias de los países implicados. Fue, de esta manera, como se llegó a crear y poner en circulación una moneda única, el euro. Sin embargo, en el contexto del MERCOSUR, aunque han habido épocas en las que se ha hablado y discutido ampliamente sobre la posibilidad de adoptar una moneda única para su utilización de modo común en el conjunto de sus Estados miembros, lo cierto es que, siempre el tema no ha llegado hasta la decisión final de adoptar la moneda única en el ámbito de la organización, habiéndose utilizado argumentos y razones de distinta naturaleza y alcance, a favor y en contra, los cuales

han impedido una valoración decisiva en apreciación de los niveles constatados en el sector del comercio y/o de la realización de las correspondientes interacciones económicas (MOHAMMEDDINOV, 2005, p.169-204).

De otra parte, el MERCOSUR cuenta con unas instituciones comunes, al igual que sucede en el caso de la Unión Europea, pero, a diferencia de ésta, tal como se ha explicado anteriormente, no cumple con los principios característicos de la supranacionalidad, dado que, su normativa no presenta una imprescindible preferencia frente a las normas nacionales, sus ciudadanos tampoco pueden invocarlas frente a un órgano jurisdiccional, siendo que, además, ocurre que ciertos Estados requieren de medidas de trasposición. Por ello, consideramos que el MERCOSUR necesita dotarse, cuanto antes sea posible, de un sistema judicial supranacional, de un órgano jurisdiccional -como es en la Unión el Tribunal de Justicia, encargado de velar por el cumplimiento y aplicación de la normativa originaria y derivada mercosureña, así como con la necesaria capacidad para poder interpretar y aplicar todas las normas y disposiciones, de manera unificada, que se produzcan en el ámbito del normal desarrollo de la organización, de forma que queden homogeneizadas y armonizadas en lo que debiera ser, entonces, denominado el ordenamiento jurídico del MERCOSUR.

Además, se ha de advertir de que, para poder aprobar nueva normativa mercosureña, es necesario un consenso entre todos los Estados miembros, lo que viene a suponer un claro ejemplo de proceso intergubernamental. Por su parte, en cambio, en el contexto de la Unión Europea, se requiere únicamente el uso de las mayorías, dado que, en los procesos supranacionales, la opinión nacional tiene bastante menor peso, en comparación con la consideración comunitaria. De hecho, podemos aludir, tan sólo a título de ejemplo, al tema de los funcionarios que forman parte de alguna de las instituciones de la Unión, los cuales en los procesos supranacionales, gozan de total y absoluta autonomía en relación con sus Estados respectivos de los que son nacionales y, a diferencia de lo que puede constatarse en el supuesto de las instituciones intergubernamentales, no pueden, bajo ningún concepto, aceptar encargos, opiniones, puntos de vista particulares, ni tampoco, consejos o

posicionamientos, que representen perspectivas individuales de cualquiera que fuese el Estado miembro, acerca de sus concretos intereses nacionales, ya que deben velar por el interés común, enfocando y centrando su tarea, exclusivamente, en provecho y beneficio del conjunto de la ciudadanía que compone la organización. En el caso de la Unión Europea, todos los funcionarios que desempeñan su actividad profesional en el marco de alguna institución, tienen el deber y la obligación de trabajar por y para el interés de la Unión, sea cual sea el nivel o el grado del puesto de trabajo que ocupen dentro de la Función pública de la Administración comunitaria.

En fin, todo esto que estamos explicitando, nos ofrece como resultado el hecho por el que, se va a producir una mayor alianza entre los Estados miembros de la Unión, dado que sus respectivos ordenamientos jurídicos nacionales presentan bastantes similitudes, mientras que, puede apreciarse como los ordenamientos jurídicos de los Estados Parte del MERCOSUR, no sufren dichas modificaciones y, por consecuencia, tampoco presentan la característica de ofrecer semejanzas y excesivas aproximaciones en sus respectivos contenidos.

Teniendo en cuenta que la Unión Europea tuvo su origen y puesta en marcha con bastante anterioridad al MERCOSUR, podemos apreciar que aquélla presenta un nivel más avanzado de desarrollo en el proceso de integración de los Estados que la conforman. Ahora bien, la más considerable diversidad entre ambos procesos se observa en el hecho de que, la primera ha creado, desde el primer momento, unas instituciones propias de carácter supranacional, constituyendo así un proceso con objetivos comunes y principios definidos en origen, mientras que, en el caso del MERCOSUR, se trata, más bien, de un proceso intergubernamental, que carece del consenso necesario en favor del objetivo común y, sobre todo, se olvida, en muchas ocasiones, de la imprescindible voluntad política de llegar a conseguir el objetivo de la supranacionalidad .

Lamentablemente, en nuestra opinión, el MERCOSUR, pese a disponer de algunas instituciones comunes, no ha conseguido llegar a sostener y representar un poder común o único en su ámbito, que le permita establecer una base jurídica propia, superior a la de los Estados Parte, dado que éstos se muestran contrarios a ceder las

parcelas de soberanía necesarias para ponerlas en común y actuarlas conjuntamente, sumando y no restando fuerza a sus posiciones particulares e individualizadas, en el contexto de la globalización en la que vivimos instalados en el siglo XXI, consiguiendo con la actitud descrita, paralizar, seria y profundamente, la normal y deseable implementación de un proceso de integración, tan necesario y urgente para el bien estar del conjunto de la ciudadanía mercosureña (BOLOGNA, 2003, p. 7-22).

## **VI. En busca de criterios supranacionales para el logro de una verdadera integración**

Podemos afirmar que, la supranacionalidad requiere de una previa delegación de soberanía o, aún mejor explicado, de una verdadera cesión por atribución de parcelas de la soberanía nacional, pasando o transfiriendo determinadas partes o competencias del poder de los Estados miembros a los órganos institucionales propios y característicos del proceso de integración. Por medio de esa referida habilitación, los Estados acuerdan la aceptación de las decisiones tomadas por dichos órganos, lo que permite que, las mencionadas decisiones, sean obligatorias y aplicadas inmediatamente, sin necesidad de llevar a cabo transposición alguna (ALMIRÓN PRUJEL, 2017).

Si partimos, como punto de referencia, de la perspectiva clásica mantenida hace ya algunas décadas por PESCATORE (1974), en la misma se señalaba la cumplimentación de tres principios para poder apreciar la existencia de la supranacionalidad en los procesos de integración. De este modo, se ha de reseñar como, el citado autor indicaba: 1) en primer lugar, la determinación, por parte de los Estados miembros o Partes del proyecto, de unos objetivos y de unas acciones comunes que comportasen la supeditación de los intereses nacionales; 2) en segundo lugar, un sistema organizativo, con poderes efectivos para la realización de los objetivos y acciones comunes, adoptado con voluntad política debidamente manifestada y reiterada desde el primer instante, con la consiguiente creación y puesta en funcionamiento de un Tribunal de Justicia, encargado de velar por el cumplimiento y aplicación de todos los pactos y acuerdos que se hubieren asumido por los Estados miembros, de manera que se salvaguardasen y garantizarasen todos los derechos

generados por las diferentes disposiciones comunitarias y, siempre, con la vista puesta en los ciudadanos o justiciables, quienes habrían de ser los grandes beneficiarios del órgano jurisdiccional común; 3) y, en tercer lugar, un espacio adecuado para la toma de decisiones, sin permitirse, dentro del mismo, el ejercicio de ningún tipo de influencias por parte de los Estados miembros, y reconociendo para las instituciones comunes creadas, las necesarias competencias sobre diversos aspectos del proceso y su natural respeto, de manera que, todo el esquema indicado, pudiese hacer posible el avance, sin dificultades especiales, del mencionado camino tendente al logro del objetivo común consistente en la construcción progresiva y armónica de la integración.

De estos tres aspectos relatados por el Juez PESCATORE, se podría decir que, el MERCOSUR observa sólo dos de ellos, aunque también con ciertos matices. Es cierto que los Estados Parte han determinado unos objetivos y acciones comunes, sin embargo, su anteposición a los intereses nacionales está siendo puesta en prueba. Existen unas instituciones que poseen las capacidades para alcanzar dichos objetivos, mas no se ha creado un Tribunal que ejecute el control jurisdiccional de toda la normativa y al que puedan acudir los ciudadanos afectados. Asimismo, el MERCOSUR dispone de un órgano encargado de la toma de decisiones, pero, hemos de advertir que, el aludido órgano decisorio, se ve influenciado, de forma continua, por los respectivos intereses nacionales de los Estados Parte.

Sobre la base de cuanto antecede y hemos analizado, y en función de las características reseñadas, podemos concluir con la idea por la que, mantenemos el criterio de que, el MERCOSUR no cuenta con todos y cada uno de los requisitos de forma ni, tampoco, de fondo, exigidos como necesarios para sostener la presunción efectiva de una existente supranacionalidad total.

Ahora bien, ciertos autores consideran que, el proceso de integración mercosureño, presenta una supranacionalidad sólo parcial, dado que, sin duda alguna, encontramos cumplimentados los requisitos que afectan, de forma clara, a la presencia de los denominados valores comunes entre los Estados miembros y, en cierta medida, también se puede reconocer la existencia y establecimiento de un verdadero núcleo o

centro de poder, aunque el mismo, no presente ni ofrezca las condiciones propias y mínimas que, habitualmente, vienen a definir el grado normal de desarrollo de la autonomía en los procesos de integración.

Semejante nivel de parcialidad, podría decirse que, se aproxima a lo identificado como supranacionalidad mínima, que se singulariza por la característica de mantener los ordenamientos jurídicos nacionales, al mismo tiempo que se viene a establecer la creación de un ordenamiento jurídico conjunto, que sería de aplicación para todos los Estados miembros del proceso, aunque sin llegar a alcanzar la consiguiente y pretendida integración, característica esencial de la supranacionalidad comunitaria.

Es decir, las normas adoptadas por las instituciones mercosureñas, se añadirían y formarían parte del ordenamiento jurídico del MERCOSUR, cumpliendo los principios de aplicabilidad inmediata y efecto directo, pero, únicamente, a los puros efectos de su inserción e inclusión en los distintos ordenamientos nacionales. Sin embargo, es conveniente destacar, asimismo que, para lograr la pretendida aplicación de los reiterados principios comunitarios, sería necesario ponerse todos de acuerdo y alcanzar el consenso de los Estados Parte (BERGAMASCHINE MATA DIZ, 2021, p. 11).

## VII. Conclusiones

Como consecuencia de todo cuanto hemos analizado en las páginas anteriores de este trabajo, podemos afirmar que, el MERCOSUR y la Unión Europea, pese a presentar ciertas similitudes, poseen cuantiosas diferencias.

El MERCOSUR no cumple con los requisitos, ni tampoco posee los elementos necesarios, para poder predicar con absoluta evidencia, que su ordenamiento jurídico se caracteriza por la supranacionalidad frente a los distintos ordenamientos jurídicos de sus Estados Parte. Al no contar con la primacía, efecto directo y aplicabilidad directa, resulta más complejo alcanzar una integración entre los Estados miembros, dado que éstos no se ven sujetos por la misma normativa. Asimismo, esto conlleva a una clara situación de desigualdad entre los Estados miembros, aspecto éste que se nos antoja del todo incomprensible, dentro del contexto de un proceso de integración,

en el cual todos los miembros tienen y ejercen los mismos derechos y obligaciones, también frente al conjunto amplio de sus respectivos ciudadanos.

En segundo lugar, el MERCOSUR no disfruta de una institución responsable de velar por el cumplimiento de los intereses comunes de sus Estados Partes, lo que facilita las disparidades antes mencionadas y dificulta la integración de los miembros que lo conforman.

Queda claro, en el proceso de integración de la Unión Europea, que la institución denominada Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ostenta y desarrolla uno de los papeles más importantes y relevantes dentro del entramado que conforma el sistema institucional, dado que se encarga de velar por el cumplimiento, en lo relativo a la aplicación, del Derecho de la Unión Europea, tanto por parte de los Estados miembros como, también, de sus ciudadanos. El Tribunal de Justicia es el máximo órgano interpretador del Derecho de la Unión, tanto del Derecho originario como del Derecho derivado. En este sentido, puede decirse que, actúa como una especie de Tribunal Constitucional en el ámbito de la Unión Europea, con el fin de controlar toda la interpretación y la aplicación de la normativa proveniente de la misma Unión. Además, esto permite que el procedimiento avance, y lo hace a través de su inmensa obra jurisprudencial, al permitirse continuamente la clarificación de posibles dudas que pudieran suscitarse en el cumplimiento las normas tras su aplicación.

Por consiguiente, consideramos que el MERCOSUR no debiera de ser clasificado como un auténtico proceso de integración, fundamentado sobre la idea conceptual de supranacionalidad, pareciéndose más a lo que, por todos, de modo unánime, es definido, es decir, una Unión Aduanera imperfecta, como consecuencia de un proceso basado en la idea de una simple cooperación, que se encuentra todavía en la fase de acercamiento económico. Para que dicho proceso lograra la supranacionalidad, sería necesario que, los intereses comunes de todos los Estados Parte, llegasen a tener mayor peso que los intereses particulares nacionales, obteniendo los funcionarios independencia, y creando una institución jurídica común, encargada de velar por el control jurisdiccional del cumplimiento de las normativas mercosureñas, no únicamente con jurisdicción sobre los Estados miembros, sino también abierto a la

ciudadanía, donde pudiesen acudir los justiciables para conseguir amparar y garantizar el uso y disfrute de sus derechos, al mismo tiempo que, asegurar que la mencionada institución, debería poseer la precisa superioridad frente a la respectiva normativa nacional, y ello con la finalidad de que ésta no pueda nunca tender a modificarla.

### Bibliografía

- ALMIRÓN PRUJEL, Elodia. (2014). Las múltiples dimensiones de la integración regional: la esencia de los sistemas supranacionales e intergubernamentales. En *Academo: Revista de Investigación en Ciencias Sociales y Humanidades*, vol. 4 n° 2.
- BERGAMASCHINE MATA DIZ, Jamile. (2005). El Sistema de Internalización de normas en el MERCOSUR: la supranacionalidad plena y la vigencia simultánea. En *Revista Ius et Praxis*, 11 (2): 227 – 260.
- BOLOGNA, Natalia. (2003). Comparación entre la Unión Europea y el MERCOSUR desde un enfoque económico institucional. En *Historia Actual On Line*, núm. 2, 7-22 <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/876545.pdf>> [Recuperado el 17 de agosto de 2021]
- FERNÁNDEZ REYES, Jorge E. (2006). El orden jurídico del MERCOSUR. En *Revista de Derecho*, año 5, n° 9, pp. 27-51.
- MOHAMMEDDINOV, Mikhail. (2005). “El MERCOSUR y la Unión Europea: variación entre los factores de cohesión regional”. En *Polis: Investigación y Análisis Sociopolítico y Psicosocial*, vol. 1, núm 2, pp. 169-204.
- MOLINA DEL POZO, Carlos F. (2015). *Tratado de Derecho de la Unión Europea, volumen I*. Lisboa: Juruá Editorial.
- MOLINA DEL POZO, Carlos F. (2021). *Derecho de la Unión Europea*, 5ª edición. Madrid: Editorial Reus.

- MOLINA DEL POZO, Carlos F. (2010). *Treinta años de Integración europea*. Curitiba-Lisboa: Juruá Editorial.
- MOLINA DEL POZO, Carlos F. (2020). *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea: Procedimiento y Recursos*, Pamplona: Editorial Thomson Reuters Aranzadi.
- MOLINA DEL POZO, Carlos F. (1987). Supranacionalidad y Ordenamiento jurídico. En *Revista de Estudios e Investigación de la Comunidad Europea* (REICE), nº 1.
- MOLINA DEL POZO, Carlos F. (1996). Viabilidad de una nacionalidad supranacional. En libro *Memoria del Primer Congreso Internacional sobre Justicia, Integración y Derechos Humanos*, Managua: Editorial Sumarriba y Corte Centroamericana de Justicia.
- MOLINA DEL POZO, Carlos F. (2010). La delimitación y el ejercicio de las competencias en la Unión Europea. En la obra *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, Vol. I, Asuntos Europeus e Integracao Económica, Portugal: Editorial Almedina.
- MOLINA DEL POZO, Carlos F. (2015). Hacia la búsqueda de <más Europa> por parte de las Instituciones y de la ciudadanía europea: la confianza mutua como elemento esencial. En la obra *Direito e Justicia -Aspectos Atuais e Problemáticos*, Tomo II, Direito Público, CONSINTER, Curitiba (Brasil): Juruá Editorial.
- MOLINA DEL POZO, Carlos F. (2013). La ciudadanía europea como elemento esencial y experiencia para el desarrollo de los procesos de integración: ampliación de su regulación en el marco de la Unión Europea. En la obra de M. ALVAREZ LEDESMA y R. CIPPITANI (Coordinadores) *Derechos individuales e Integración regional (Antología)*. Roma-Perugia-México: Edita ISEG.
- MOLINA DEL POZO, Carlos F. (2013). La distribución de competencias en el nuevo diseño de la Unión Europea. En *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana*, vol. 43, nº 118, Medellín (Colombia).
- MOLINA DEL POZO, Carlos F. (2011) El Tribunal de Justicia de la Unión Europea después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. En la obra de C.F. MOLINA DEL POZO y C. PIZZOLO (Coordinadores): *La Administración de Justicia en la*

- Unión Europea y en el MERCOSUR: un análisis para su fortalecimiento*, Buenos Aires: EUDEBA.
- MOLINA DEL POZO, Carlos F. (2010). Reformas institucionales. En la obra de C.F. MOLINA DEL POZO (Coordinador): *Veinticinco años de impacto del Derecho Comunitario en el Derecho español*, Madrid: Editorial Liceus.
- MOLINA DEL POZO, Carlos F. (2016). El largo camino recorrido desde la descentralización hasta el federalismo: el caso de la Unión Europea. En *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR*, año 4, n° 8, Asunción (Paraguay).
- PEROTTI, Alejandro D. (2002). Estructura institucional y derecho en el Mercosur. En *Revista de Derecho Internacional y del MERCOSUR*, núm. 1 (año 6). <[http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf020020-perotti-estructura\\_institucional\\_derecho\\_en.htm#](http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf020020-perotti-estructura_institucional_derecho_en.htm#)> [Recuperado el 09 de agosto de 2021]
- PESCATORE, Pierre. (1974). *The Law of Integration: emergence of a new phenomenon in international relations, based on the experience of the European communities*, Leiden: A.W. Sijthoff.
- Instrumento de adhesión de 2 de mayo de 1972, del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969, *BOE núm. 142*, de 13 de junio de 1980, páginas 13099 a 13110, BOE-A-1980-11884.
- Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre la Estructura Institucional del MERCOSUR -Protocolo de Ouro Preto-, del 17 de diciembre de 1994.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1964, Flaminio Costa contra E.N.E.L, Petición de decisión prejudicial: Giudice conciliatore di Milano (Italia), *Asunto, 6-64* (ECLI:EU:C:1964:66).
- Tratado de Asunción para la Constitución de un Mercado Común, del 26 de marzo de 1991.
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, *DOUE C 326* de 26.10.2012, p. 47/390. De ahora en adelante TFUE.

Tratado de la Unión Europea, *DOUE C 326* de 26.10.2012, p. 13/390. De ahora en adelante TUE.

Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, *DOUE C 306* de 17.12.2007, p. 1/271.

## El fenómeno de la integración como origen de nuevos estatutos legales: el derecho mercosuriano, jerarquía y cumplimiento

The phenomenon of integration as the origin of new legal statutes: Mercosurian law, hierarchy and compliance

Prof. Dr. Juan M. Rivero Godoy

**Resumen:** El presente trabajo tiene como objetivo expresar algunas ideas para que quien lo lea pueda debatir y reflexionar sobre la importancia de pertenecer a un proceso de integración y la influencia de lo “jurídico” en su interior. En este sentido, el derecho producto de ese proceso se inserta en los diversos ordenamientos de los Estados Partes y genera un efecto cascada que es necesario contemplar, pero que una vez iniciado no conoce barreras, excepto las políticas. Esto significa que, el nuevo ordenamiento que se crea plantea su ubicación en el marco de esos Estados para imponerse, equipararse o supeditarse a los respectivos derechos nacionales. En esta contribución se podrán apreciar esos vaivenes en lo referente al derecho que emerge del MERCOSUR como sistema. Lo que facilitará al lector su entendimiento, las perspectivas y los desafíos a los que se enfrenta el bloque para lograr cumplir con su cometido de amalgamar la práctica con la teoría. Esto conduce a cuestionarse sobre el derecho que se crea, su jerarquía, interpretación y aplicación.

**Palabras clave:** Integración; Derecho mercosureño; jerarquía-aplicación.

**Abstract:** The article has the objective to address the reader to the opportunity of assessing the importance about being part of an integration process and the influence within of the juridical element. In addition, the law created through that process generates a cascade effect along the juridical orders of the States Parties, which is necessary to contemplate, but once in practice it has no obstacles, except the politic system. The aforementioned means that, the new legal order should be framed in those States to imposing, balancing or submitting it to respect their national legal orders. In this contribution, it can be seen the up and down streams of the MERCOSUR’s law and its developing. Furthermore, this is going to help the public to understand the MERCOSUR’s system, its perspectives and challenges that it faces when enhancing teory and practice. The latter conduces to questioning about the hierarchy, interpetation and application of the law it has been created.

**Keywords:** Integration; Mercosurian law; hierarchy-application.

Fecha de recepción: 09/10/21  
Fecha de aceptación: 26/10/21

Esta obra se publica bajo licencia Creative Commons 4.0 Internacional. (Atribución-No Comercial-Compartir Igual)



## El fenómeno de la integración como origen de nuevos estatutos legales: el derecho mercosuriano, jerarquía y cumplimiento

Prof. Dr. Juan M. Rivero Godoy\*

### I. El derecho en el MERCOSUR

Al hablar del derecho, en el MERCOSUR, la referencia de lectura obligatoria son los tratados internacionales dado que gracias a ellos el MERCOSUR se crea y establece las condiciones de funcionamiento del sistema. Eso depende, en una relación directa, de la interacción con los ordenamientos locales o domésticos, pero no supone un condicionamiento a la aplicación de las normas dentro del marco jurídico del Derecho Internacional y más precisamente de las disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969; sin dejar de mencionar la naturaleza consuetudinaria de algunas de sus normas, ya reflejado en algunos fallos de la Corte Internacional de Justicia.

Es por ello necesario analizar el tipo de normas que se crean bajo ese manto llamado “derecho mercosuriano”. En primer lugar, se tiene las normas que obran bajo los Tratados internacionales suscriptos en la materia. Algunos considerados “originarios” dado que establecen los objetivos, las herramientas, la estructura, etc. En este particular sentido, los tratados de Asunción, el Protocolo de Ouro Preto, Brasilia en su momento, Olivos luego, el que crea el Parlamento, entre otros; cumplen con esa función de establecimiento. En segundo lugar, el derecho que emerge de los tratados que el MERCOSUR, como organización internacional, celebra se amparan dentro de los límites de los ya mencionados, pero pueden ir mucho allá si hay

---

\* Catedrático de Derecho Internacional Público, Universidad ORT, Facultad de Administración y Ciencias Sociales. Montevideo. Member of the ICCA (International Council for Commercial Arbitration). Fellowship Memeber of the Asian Institute of Alternative Dispute Resolution. [majestic477@gmail.com](mailto:majestic477@gmail.com)

consenso para ello. Ejemplo de esto pueden ser los tratados de libre comercio entre el bloque y terceros países o los acuerdos de asociación.

Finalmente, de la línea de lo anterior, se presenta la posibilidad de adoptar normas obligatorias que emerjan de los órganos con capacidad decisoria, previstos en el Tratado de Asunción y Ouro Preto. Este aspecto presenta algunas cuestiones particulares que merecen una mención especial, a continuación.

## II. Particularidades del derecho “derivado”

El Protocolo de Ouro Preto es un tratado que presenta algunas peculiaridades dado que de él se desprenden algunos aspectos que merecen atención y que hacen del Protocolo un claro ejemplo de ambigüedades donde se somete el Derecho Internacional bajo el imperio del derecho doméstico de los Estados Partes. Una concepción soberana, incluida, no por descuido sino con notoria intencionalidad de que cada Estado avance como quiera, podría decirse a diferentes “velocidades”. Algo que de por sí no es criticable, pero que distorsiona la consolidación del bloque como Mercado Común; sin dudas. Sin embargo, la aplicación del Derecho internacional no puede quedar supeditada al ordenamiento interno. Baste ver el Art.27 de la Convención de Viena de 1969 que dispone:

Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

En razón de esto, algunas disposiciones del POP establecieron que tanto las Decisiones, Resoluciones como Directivas adoptadas respectivamente por el CMC, GMC y CCM son obligatorias (Art.42). Esto significa que deben ser cumplidas y respetadas acorde al principio “*pacta sunt servanda*” (Art.26 CVDT, 1969). Luego, dispone que los Estados se comprometen a adoptar medidas internas para asegurar el cumplimiento de aquellas (Art.38). Finalmente, el Protocolo introduce el concepto de vigencia simultánea a efectos de marcar el punto de inicio de la obligatoriedad. Sin embargo, el POP no delimitó cuál es el plazo para que una vez adoptada una norma obligatoria esta deba ser incorporada para así activar el Art. 40 sobre vigencia. Aquí el Protocolo hizo una “mixture” entre un nivel de cumplimiento directo e inmediato,

por un lado; y por otro, un contrapeso típico de la concepción clásica de la soberanía donde los Estados mantienen la última palabra condicionando el avance del bloque, especialmente en lo referido a la vigencia y, luego, al cumplimiento.

Con referencia a este punto, es de notarse que, en el caso de Uruguay, por ejemplo, no hay un procedimiento establecido para la “incorporación” de normas adoptadas por órganos que provienen de sistemas de integración o de cualquier otro sistema. Solamente se conciben normas (pocas) en la Constitución sobre competencia orgánica para firmar, aprobar o ratificar un Tratado. Por lo que, en el marco del Derecho Internacional los mecanismos de este estilo son propiamente aspectos del derecho interno que de ninguna manera pueden condicionar el cumplimiento de lo ya aceptado por la vía convencional. En este caso que, las normas de los órganos MERCOSUR son obligatorias por el simple hecho de haber sido aceptadas previamente en un tratado internacional (POP) donde tales normas se encuadran bajo los objetivos del Tratado de Asunción y el POP. El problema de este actual esquema de normas es el hecho de que se dejó librado a la “voluntad” de los Estados cuando incorporar “sin plazo” determinado. Esto termina siendo una cortapisa sin sentido alguno, más que ir evaluando (políticamente) la progresión de cada Estado y su capacidad de adaptación a un nuevo derecho creado que, tampoco quedó claro cuál es su lugar en la jerarquía de normas con relación a las del ordenamiento interno.

En función de esto, parece un contrasentido que un tratado internacional que dispone la obligatoriedad de las normas adoptadas por sus órganos y cumplido el requisito para su existencia (el consenso en este caso) deba luego necesitar una incorporación supeditada exclusivamente a los vaivenes políticos de los Estados, cuando ya sus respectivos Parlamentos dieron la aprobación que, contiene la posibilidad de adoptar normas por un mecanismo expeditivo -de sus órganos- ya reconocido en el POP. En este sentido, el cómo se las incorpora deja de ser un tema de Derecho internacional, por lo que, si los Estados incorporan esas normas por la vía que sea (reglamentaria, legal, etc.) deja de ser de interés directo para el Derecho internacional general, y más aún para el Derecho de la integración. No debe olvidarse

que el Derecho de la integración implica algo muy diferente al clásico sistema convencional de tratados. En un sistema de integración se reconocen estatutos propios de este particular sistema como lo es la creación de normas internacionales propias que se aplican indistintamente al interior de las fronteras de los Estados Partes. En el ámbito del MERCOSUR, esa particularidad viene dada por la siguiente norma:

Los Estados Partes deciden constituir un Mercado Común, que deberá estar conformado al 31 de diciembre de 1994, el que se denominará “Mercado Común del Sur” (MERCOSUR). Este Mercado Común implica: La libre circulación de Bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los Derechos Aduaneros y restricciones no arancelarias la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente ...

Como expresa la norma, los Estados deciden constituir un MC, eso implica una “*misce en scene*” tendiente a cumplir con las herramientas que prevé el TA, POP y tantos otros instrumentos, junto a las normas de sus órganos. Para lo cual, a medida que transcurre el tiempo la consolidación de una nueva normativa es clave en el cumplimiento de los objetivos. Es decir, las normas de los órganos posibilitan, facilitan, instruyen, fomentan que se vaya desarrollando ese MC al cual se han comprometido constituir los Estados, sobre todo, luego de treinta años. La única manera de lograr los objetivos es por medio de atribuir al derecho que se crea el lugar que le corresponde. En relación a esto último, el POP no expresa nada sobre el lugar que ocupa este derecho mercosuriano en relación a los respectivos ordenamientos nacionales. Pero lo que es sí claro es el reconocimiento a un derecho MERCOSUR cuando el Art. 41 expresa “Las Fuentes Jurídicas del MERCOSUR son...”. Y claramente, de las fuentes solo pueden desprenderse normas.

La disposición mencionada es una demostración de que las normas del MERCOSUR provienen de tres fuentes jurídicas (así se les llama). Una de ellas, proveniente de los tratados de Asunción y sus protocolos. La segunda proviene de los “acuerdos” celebrados en el marco del TA y sus Protocolos, esto parecería ser el reflejo de la capacidad negociadora del bloque como organización internacional que podría adoptar no solo instrumentos como los tratados, ya que dice “acuerdos” sin

limitarse al término “tratados” específicamente<sup>1</sup>. Podría suponerse que es el bloque quien celebra esos acuerdos dado que el mismo POP y luego la DEC.32/00 reafirman ese compromiso<sup>2</sup>, en una interpretación armónica y sistemática. Así lo ha expresado BARTESAGHI (2020):

... el compromiso de negociar conjuntamente no lo establece esa decisión sino los tratados originarios del Mercosur. Cabe recordar que es el propio artículo primero del Tratado de Asunción el que definió que los Estados deciden conformar un mercado común, estableciendo qué es lo que los firmantes entienden como dicha instancia de integración. Es allí donde, entre otros compromisos, se determina que el bloque establecerá un arancel externo común y la adopción de una política comercial común con relación a terceros Estados o agrupaciones de Estados ...

Finalmente, la tercera fuente radica en la actividad de los órganos decisorios. Un detalle no menor es la puesta en marcha del principio de soberanía dado que las normas se adoptan por consenso, con lo cual, en el momento de crearse ya devienen obligatorias. Solo que, se reitera, se incluyó la novedad de postergar su vigencia con un mecanismo de tinte soberano.

### III. ¿Qué lugar ocupa el derecho derivado?

El POP no estableció ninguna referencia al lugar o jerarquía que las normas del derecho derivado ocupan en el bloque. La lógica jurídica indica que, si por vía de tratado se aceptó la posibilidad y mecanismo de crear normas que, en función de los objetivos, puedan instrumentar los objetivos, nada indica que no puede suponerse

---

<sup>1</sup> Cabe preguntarse si el MERCOSUR podría adoptar otra clase de acuerdos como podría ser un contrato internacional. De la práctica internacional nada impide esta posibilidad ya que los Estados firman contratos con inversores o proveedores privados internacionales.

<sup>2</sup> Expresa también Bartesaghi (2020) “El propio preámbulo del Protocolo de Ouro Preto y sus artículos 8 y 14 también obligarían a las partes a negociar conjuntamente. Las particularidades del Mercosur llevaron a que en el año 2000 se apruebe la redundante decisión 32/00, la que ratifica una vez más la obligación de que los miembros negocien de forma conjunta los acuerdos con terceros. Al respecto de la vigencia de esta última norma, cabe precisar que la misma no se encuentra vigente, ya que como informa la propia Secretaría del Mercosur, ningún Estado la ha incorporado. Los debates sobre su validez jurídica se desataron y aún persisten, porque la decisión no establece la obligación de ser incorporada, lo que habilitó la posibilidad de que esta haya ingresado en vigencia de forma inmediata por lo establecido en la decisión 23/00”.

que para cumplir los tratados -constitutivos del sistema- deban aplicarse de forma inmediata, prevalente y directa, ya que reflejan normas previas “aceptadas y consensuadas”. El problema estará –en todo caso- en cómo se aplican, tales normas, al interior de cada Estado para cumplir el objetivo del tratado, pero esa es una discusión ajena al Derecho internacional, salvo en lo que condice con la obligación de adoptar medidas internas para cumplirlas que, también deviene una obligación internacional en el POP. Al Derecho Internacional poco le importaría si esas medidas internas son leyes, reglamentos, ordenanzas, etc., sino que se adopten para cumplir una norma internacional. En este sentido, si los Estados aceptan normas tales como la costumbre donde esta no es incorporada directamente y donde debe probarse su práctica, nada impide que se cumplan esas decisiones de los órganos –directamente- cuando ya fueron aprobadas y que técnicamente no constituyen tratados.

Visto esto, hay que asignar un rol fundamental al derecho creado por los órganos, en plena concordancia con los objetivos del bloque o en función de él. Aquí no hay necesidad de aplicar la doctrina europea sobre la aplicación directa, inmediata y prevalente (caso Van Gend & Loos vs. Países Bajos) como podría pensarse; y justificarse en la naturaleza supranacional o intergubernamental del sistema. Al contrario, esas características de las organizaciones internacionales no pueden suponer un obstáculo a uno de los elementos más importantes de la Teoría general del derecho como lo es el cumplimiento de la norma o el llamado respeto a la “rule of law”. No se trata a estas alturas ni más ni menos que de los esfuerzos que hacen los Estados (material y humano) para cumplir con lo que han creado. A partir de ahí el enfoque es otro: el efectivo cumplimiento y las acciones tendientes a ello. Pero no puede cuestionarse si una norma que es obligatoria debe o no cumplirse.

#### **IV. En definitiva... lugar y jerarquía**

Ante la ausencia de normas que indiquen qué lugar ocupa este nuevo derecho en relación con los derechos internos de los Estados Partes, la solución debe buscarse en la interpretación armónica, lógica y sistemática que el Derecho internacional provee, de lo contrario se cae en el riesgo de caer en responsabilidad internacional.

Visto esto, corresponde analizar los argumentos que pueden llevar a concluir que el derecho mercosuriano se encuentra por encima de los ordenamientos internos, pudiendo echar mano al Derecho internacional general para coordinar la mecánica entre ambos ordenes jurídicos. En ese sentido, el Estado en ejercicio de su soberanía, y reconocida ésta en varios instrumentos como la Carta de Derechos y Deberes de Montevideo (1933) o la Carta de Naciones, acepta negociar y suscribir un acuerdo en plena capacidad soberana, lo que hace inferir que es la voluntad del Estado la que lo lleva a participar en las relaciones internacionales. A esto se le agrega que debe cumplir sus obligaciones de buena fe (*pacta sunt servanda*) como establece el Art.26 de la CVDT de 1969. Esto quiere decir que cuando un Estado decide ser parte de un tratado, la consecuencia inmediata es no frustrar su objeto y fin (Art.18 de la CVDT) y posteriormente cumplir las normas.

En ese análisis, la única conclusión posible es asignarle al Derecho del MERCOSUR el carácter superior, en un sentido de prevalencia en su aplicación por sobre los ordenamientos internos. Los elementos que conducen a semejante afirmación es parte de una conjunción de características. *La primera*, los Estados libre y soberanamente han aceptado constituir el MC. *En segundo término*, han establecido herramientas concretas para tal objetivo. *En tercer lugar*, se han comprometido a adoptar medidas internas para tal fin. *En cuarto lugar*, por medio de sus órganos adoptan normas obligatorias, en función de los tratados constitutivos. *Finalmente*, esto se complementa con las normas del DI que enfatizan en que los Estados no pueden invocar normas de su ordenamiento interno para excusarse en el cumplimiento de las obligaciones internacionales.

Esto significa que, cuando un juez o árbitro deba aplicar e interpretar situaciones donde se contrapongan normas de diversos sistemas, deberá aplicar la que se ajuste al contexto del MERCOSUR, si corresponde. El juez deber aplicar el derecho que surge del bloque de integración y no puede obstaculizar ese proceso so pena de hacer incurrir en responsabilidad al Estado. No hay que olvidar que los jueces no son creadores de normas, al menos esa no es su función, sino intérpretes y aplicadores conjugando una armonización entre sistemas, de lo contrario el DI

devendría obsoleto y sería únicamente un instrumento político para una utilización a conveniencia.

Una vez más, se reitera, esto no es nada “nuevo” ni puede provocar emociones negativas o malestares, dado que son los Estados quienes deciden en ese sentido, baste ver la letra de los tratados. Solo sucede que en el dinamismo y práctica de su ejercicio se dan alteraciones que merecen un análisis –no menor- del porqué se produce una desviación de lo que se ha estipulado o porque no se logran los objetivos como establece la letra de los tratados. El no concluir que ese es el resultado lógico de suscribir tratados y de crear un MC, en este caso, conduce a que la regla sea el apartamiento a la “rule of law” y que los objetivos no se cumplan. Bajo reglas de este tipo los Estados –a diversas velocidades- cumplen los objetivos, en razón de sus intereses nacionales y sus posibilidades materiales.

#### **V. Una herramienta útil... Opiniones Consultivas**

El propio sistema de Olivos, gracias a la voluntad de los Estados, ha creado una herramienta de suma utilidad, pero de escasa aplicabilidad en los hechos. Las razones podrían ser de variada índole, pero sería más interesante y positivo visualizar su importancia que puede ayudar a consolidar las normas mercosurianas y su aplicación. Nuevamente, nada de lo que se dice aquí es “sui generis”. En este sentido, Olivos ha establecido la importancia de tener un sistema de controversias que ayude a la correcta interpretación y aplicación del derecho que creó el bloque.

A estas alturas poco agrega la circunstancia de debatir si las OC deben ser obligatorias, sino el hecho de aspirar a mejorar el actual procedimiento. Los Estados han creado un instrumento interesante que lejos de querer ser una “cuestión prejudicial” (sistema europeo) supone una ayuda al sistema mercosuriano cuando de la interpretación y aplicación de su derecho se trata. Lo importante es descongestionar el procedimiento por el cual llegan las OC al Tribunal Permanente de Revisión y no tanto si obligan o no dado que el propio sistema les confirió el carácter no vinculante. Ello ha supuesto que cada juez nacional le otorgará a la OC el lugar que corresponda en la interpretación del caso que se está dilucidando, ese es el

peso que tienen. El juez recurre a la opinión consultiva para buscar criterios de interpretación que le faciliten decidir el caso, pero eso supone cierta inteligibilidad con el sistema en que aquellas se insertan. El juez no puede desvirtuar la opinión del TPR, como tribunal internacional, donde los Estados han fijado claramente su impronta. En este sentido, dispone el Protocolo de Olivos que el TPR en su Preámbulo:

... garantizar la correcta interpretación, aplicación y cumplimiento de los instrumentos fundamentales del proceso de integración y del conjunto normativo del MERCOSUR, de forma consistente y sistemática...,

Y sigue: de manera de consolidar la seguridad jurídica en el ámbito del MERCOSUR;

Esto marca una clara idea de que el sistema de Olivos, acentuado en la actividad del TPR y su sistema Ad Hoc de arbitrajes; junto a las Opiniones Consultivas, es la clave para consolidar el derecho mercosuriano y con ello sus objetivos. En esta línea de razonamiento, corresponde explicitar las funciones de las OC. Sin embargo, salvo lo referido al Art. 3 del Reglamento de Olivos (CMC/DEC.37/03) pocas son las referencias al carácter concreto del instrumento. La Reglamentación deja en claro que se tratarán de “cuestiones jurídicas” relacionadas a los tratados constitutivos y las normas que emanan de los órganos del MERCOSUR<sup>3</sup>. Y luego expresa que, cuando sean los Tribunales Superiores de Justicia de cada Estado Partes la solicitud será a los efectos de “la interpretación jurídica de la normativa del MERCOSUR”.

Es decir, no cabe dudas que la consulta tiene un claro objetivo que es la interpretación sobre cuestiones jurídicas que versen sobre la aplicación del derecho mercosuriano. Sin embargo, al igual que Ouro Preto sobre las normas y su obligatoriedad y vigencia, se vuelve a introducir un elemento soberano en el Art.4 inciso 2do, cuando se expresa que:

El procedimiento para la solicitud de opiniones consultivas al TPR previstas en el presente artículo será reglamentado una vez consultados los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Partes.

---

<sup>3</sup> Cuando sean los Estados Partes que las pidan (en conjunto) o los órganos del Mercosur con capacidad decisoria.

Nuevamente, se deja a criterio –ahora de los Tribunales de Justicia domésticos- la aplicación o no de los Tratados. El problema, se reitera, no sería ese sino la falta de tramitación que se observa desde los propios sistemas judiciales domésticos que no tramitan las OC en las causas que tramitan. La pregunta que surge en este momento es ¿la no tramitación por parte de los Tribunales Superiores de Justicia, cualquiera sea el motivo, no significa una violación a la normativa internacional que, apareja una eventual responsabilidad internacional?

## VI. Conclusiones

De lo expuesto puede concluirse que el sistema de normas del MERCOSUR aún se encuentra en *status nascendi*, lo que implica que resta mucho por hacer si es que el mercado común es el destino final de este viaje. Ahora bien, el sistema en sí no puede modificarse sino en su conjunto para avanzar y consolidar todo lo bueno que se ha creado. En este esquema, el sistema de solución de controversias debe acompañarse con ese cambio.

Un ejemplo de esto es mejorar el procedimiento de opiniones consultivas. El trabajo que el TPR realiza puede ser un factor especial de contribución para consolidar criterios y estándares jurídicos necesarios a estas alturas y donde los operadores comerciales y económicos sepan las reglas de manera clara y concisa, donde se conduzca a la cristalización del derecho creado en el bloque. Es decir, se busca dar un sentido de pertenencia bajo el imperio del “rule of law”. Ese fue una de las grandes contribuciones del Tribunal de Justicia de la hoy Unión Europea.

Por otro lado, dejar que los operadores comerciales puedan usufructuar el sistema de controversias, al menos particular vs. particular, sería un paso que tarde o temprano hay que debatirlo y asumirlo. El sistema, así como se presenta no puede dejar al margen a quienes actúan en el día a día y luego no poder acceder al mecanismo de justicia. Estos son estándares en materia de derechos humanos, inclusive, cuando el particular queda fuera del acceso a la justicia y de tener “*his day on court*”.

El mundo oscila entre lo puede describirse un cúmulo de vínculos comerciales cada más consecuente y donde la integración es el rumbo de la recuperación y el bienestar económico. Aprovechar lo que se tiene y mejorarlo es una oportunidad que hay que capitalizar, pero sin dejar las reglas de juego y entre ellas el “rule of law”.

### Bibliografía

- BARTESAGHI, Ignacio. (2020). *Replanteos en el Mercosur. Coordinación, Identidad y Tratado Fundacional*. Publicado en Mercosur ABC el 30/05/2020, consultado el 03/10/2021, disponible en <https://www.mercosurabc.com.ar/replanteos-en-el-mercotur-coordinacion-identidad-y-tratado-fundacional>.
- MARTÍNEZ PUÑAL, Antonio. (2007). *En torno a las normas del Mercosur: clasificación y jerarquía, incorporación, vigencia (simultánea) y dificultades constitucionales. Mercosur y Unión Europea*. Argentina: Editorial Lerner.
- PAES MARQUES, Francisco. (2007). *O primado do direito da Uniao Europeia: Do Acórdão Costa C.Enel ao Tratado de Lisboa. Mercosur y Unión Europea*. Argentina: Editorial Lerner.
- REY CARO, Ernesto. (2006). *Reflexiones sobre la jurisdicción consultiva del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur. Cooperación y Conflicto en el Mercosur*. Argentina: Editorial Lerner.
- BERTONI, Liliana. (2006). *Laudos Arbitrales en el Mercosur*. Argentina: Editorial de Ciencia y Cultura
- Expeditie Onderneming van Gend & Loos contra Administración fiscal holandesa (1963). Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A61962CJ0026>, consultado el 05/10/2021.
- Tratado de Asunción (1991). <https://www.mercosur.int/documento/tratado-asuncion-constitucion-mercado-comun/>. Consultado el 04/10/2021.
- Protocolo de Ouro Preto (1994). Disponible en: <https://www.mercosur.int/documento/protocolo-ouro-preto-adicional-tratado-asuncion-estructura-institucional-mercotur/>. Consultado el 04/10/2021.

## **Novedades en la defensa del consumidor en el MERCOSUR. La incorporación de las Resoluciones 36/19 y 37/19 del MERCOSUR al Derecho interno argentino**

News in consumer defense in MERCOSUR. The incorporation of Resolutions 36/19 and 37/19 of MERCOSUR into Argentine domestic law

Por Prof. Martina L. Rojo

**Resumen:** en este texto desarrollamos la incorporación al Derecho interno argentino de dos normas mercosurianas de la temática de la protección del consumidor, la Resolución 36/19 y la 37/19.

La Resolución 36/19 establece catorce (14) principios fundamentales para actualizar los sistemas de protección al consumidor de los Estados Miembros. Esta norma busca brindar a los países miembros una herramienta que permita compatibilizar sus legislaciones internas mediante principios rectores. Ello, en reconocimiento de las asimetrías propias de los miembros y del respeto a su organización legislativa interna.

La Resolución 37/19, resulta aplicable a los proveedores radicados o establecidos en los Estados Parte o que operen comercialmente bajo alguno de sus dominios de internet, y establece las obligaciones a su cargo. Mediante esta Resolución el MERCOSUR busca unificar criterios respecto al comercio electrónico en la región, a los fines de garantizar la protección de los derechos de los consumidores que adquieran bienes o servicios a través de Internet.

Ambas Resoluciones se encuentran en línea con la moderna legislación de la Unión Europea, la ONU y la OCDE, las cuales fueron tenidas en cuenta para su elaboración.

**Palabras clave:** MERCOSUR, consumidores, Resoluciones 36/19 y 37/19, Argentina.

**Abstract:** in this text we analyze the incorporation into Argentine domestic law of two Mercosurian norms on the subject of consumer protection, Resolution 36/19 and 37/19.

Resolution 36/19 sets forth fourteen (14) fundamental principles for updating Member States' consumer protection systems. This standard seeks to provide member countries with a tool to make their domestic legislation compatible through guiding principles. This is in recognition of members' own asymmetries and respect for their internal legislative organization.

Resolution 37/19 applies to suppliers located or established in the States Parties or that operate commercially under one of their Internet domains and establishes the obligations for them. Through this Resolution, MERCOSUR seeks to unify criteria regarding electronic commerce in the region, to guarantee the protection of the rights of consumers who purchase goods or services through the Internet.

Both Resolutions are in line with the modern legislation of the European Union, the UN and the OECD, which were taken into account in their drafting.

**Keywords:** MERCOSUR, consumers, Resolutions 36/19 y 37/19, Argentina.

Fecha de recepción: 05/10/21

Fecha de aceptación: 26/10/21

Esta obra se publica bajo licencia Creative Commons 4.0 Internacional. (Atribución-No Comercial-Compartir Igual)



## Novedades en la defensa del consumidor en el MERCOSUR. La incorporación de las Resoluciones 36/19 y 37/19 del MERCOSUR al Derecho interno argentino

Por Prof. Martina L. Rojo\*

### I. Introducción

Todos sabemos que el objetivo del MERCOSUR es promover la libre circulación de personas, bienes y capitales y que para avanzar hacia dicho objetivo se ha dado una construcción jurídica que conforma una armonización normativa.

En lo que respecta al Derecho del Consumidor, sus logros concretos a nivel regional han sido interesantes, pero su incorporación al derecho interno de los miembros es aún muy limitada (PIRIS, 2004).

Como recordamos, si bien en la ONU se adoptaron las “Directrices” en 1985 (Resol. de la ONU N.º 39/248 adoptada en la 106ª sesión plenaria de la Asamblea General) (GUEVARA, 2005, p.70), dicho documento no pareció tener gran influencia en la redacción del texto del Tratado de Asunción, el cual no contiene ninguna referencia expresa los consumidores.

No obstante, como dice BOURGOIGNIE,

“El Tratado de Asunción no hace mención del término «consumidor», pero algunas de sus disposiciones, más flexibles, se han revelado como palancas no despreciables para el desarrollo de un dispositivo temporal de protección aferente” (2012)

Así, suele citarse el sexto considerando del preámbulo, en el cual los Estados miembros se dicen convencidos de la necesidad de aumentar la calidad de los bienes y de los servicios de manera a asegurar a sus ciudadanos unas condiciones de vida mejores.

---

\* Directora de la Carrera de Abogacía doble titulación Franco-Argentina y Asuntos Internacionales de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad del Salvador.

Es por ello por lo que primero se creó, en abril de 1993, una comisión de estudio (la Comisión de Estudios de Derecho del Consumidor) para iniciar el acercamiento de las distintas legislaciones nacionales con vistas a dotar la región con algunas normas mínimas de protección del consumidor. Dicha misión fue luego trasladada al Comité Técnico n°7 (CT-7) (BOURGOIGNIE – PIERRE, 2012).

El quehacer del Comité Técnico N°7 ha demostrado que la protección de los consumidores es una parte clave de la armonización regional.

Además, los países miembros han seguido expresando su voluntad de alcanzar la elaboración de una política común de protección del consumidor, a pesar de la ausencia de referencia al consumidor en el Tratado de Asunción. Así lo manifestaba, por ejemplo, la declaración conjunta de los ministros de economía de los cuatro Estados miembros (23-04-94) y luego la “Declaración presidencial de derechos fundamentales de los consumidores del MERCOSUR, del 15-12-2000.

Siempre debemos recordar que las normas de protección al consumidor elaboradas a nivel del bloque, aunque estén desprovistas de fuerza normativa “funcionan como una orientación de conducta para los legisladores, en la verdadera acepción de lo que se llama soft-law” (KLEIN VIEYRA, 2019, p.802).

En este texto nos vamos a concentrar en dos normas mercosurianas de la temática de la protección del consumidor que fueron incorporadas recientemente al Derecho interno nacional argentino, la Resolución 36/19 y la 37/19.

Ambas Resoluciones se encuentran en línea con la moderna legislación de la Unión Europea, la ONU y la OCDE, las cuales fueron tenidas en cuenta para su elaboración.

## II. La Resolución 36/19 del MERCOSUR

En julio de 2019 el Grupo Mercado Común del MERCOSUR<sup>1</sup>, aprobó dos Resoluciones sobre los derechos de los consumidores, alineadas con la legislación de la Unión Europea, la ONU y la OCDE.

---

<sup>1</sup> El Grupo Mercado Común es el órgano ejecutivo del MERCOSUR al que le corresponde, entre otras funciones y atribuciones, fijar los programas de trabajo que aseguren avances para el establecimiento

La Dirección Nacional de Defensa del Consumidor, dependiente de la Secretaría de Comercio Interior de nuestro país comunicaba esta aprobación por parte del Grupo Mercado Común del Mercosur, durante la Cumbre de Jefes y Jefas de Estado del Mercosur y Estados Asociados, realizada en la provincia de Santa Fe los días 15, 16 y 17 de julio de 2019<sup>2</sup>.

Una de las mencionadas normas, la Resolución 36/19 establece catorce (14) principios fundamentales para actualizar los sistemas de protección al consumidor de los Estados Miembros. Esta norma busca brindar a los países miembros una herramienta que permita compatibilizar sus legislaciones internas mediante principios rectores. Ello, en reconocimiento de las asimetrías propias de los miembros y del respeto a su organización legislativa interna.

Es dable señalarse que el camino a la obtención del consenso para la Resolución 36/19 no fue rápido.

Podríamos encontrar el inicio de dicho camino a fines del año 2000, con la señalada “Declaración Presidencial de Derechos Fundamentales de los Consumidores del MERCOSUR” (ROJO, 2012) (Florianópolis, 15/12/2000) que decía:

“La defensa del consumidor en el MERCOSUR, contemplará los siguientes derechos fundamentales, sin exclusión de otros y teniendo en consideración el compromiso de armonizar progresivamente las respectivas legislaciones:

- a. a la protección eficaz de la vida, de la salud y de la seguridad del consumidor y del medio ambiente contra los riesgos provocados por prácticas en el suministro de productos y servicios;
- b. al equilibrio en las relaciones de consumo, asegurando el respeto a los valores de dignidad y lealtad, sobre la base de la buena fe, conforme la legislación vigente en cada Estado Parte;

---

del mercado común y manifestarse sobre las propuestas o recomendaciones que le fueren sometidas por los demás órganos del MERCOSUR en el ámbito de sus competencias. El Grupo Mercado Común se pronunciará mediante Resoluciones, las cuales serán obligatorias para los Estados Parte, en: [http://www.puntofocal.gov.ar/mercosur\\_sgt\\_grupo.htm](http://www.puntofocal.gov.ar/mercosur_sgt_grupo.htm)

<sup>2</sup> ARGENTINA, “El Grupo Mercado Común del Mercosur aprobó dos Resoluciones sobre los derechos de los consumidores” 29-07-19, en: <https://www.argentina.gob.ar/noticias/el-grupo-mercado-comun-del-mercosur-aprobo-dos-resoluciones-sobre-los-derechos-de-los> (visitado 31-08-21).

c. a la provisión de servicios – tanto los públicos como los privados – y productos en condiciones adecuadas y seguras;

d. de acceso al consumo con libertad de elección, sin discriminaciones ni arbitrariedades;

e. a la efectiva prevención y reparación por daños patrimoniales y extrapatrimoniales al consumidor y la sanción de los responsables;

f. a la educación para el consumo y al fomento en el MERCOSUR del desarrollo de entidades que tengan por objeto la defensa del consumidor;

g. a la información suficiente, clara y veraz;

h. a la protección contra la publicidad no permitida, conforme la legislación vigente en cada Estado Parte, de productos y servicios;

i. a la protección contra prácticas abusivas y métodos coercitivos o desleales;

j. a la protección contra cláusulas contractuales abusivas, conforme la legislación vigente en cada Estado Parte;

k. a la facilitación del acceso a los órganos judiciales, administrativos y a medios alternativos de solución de conflictos, mediante procedimientos ágiles y eficaces, para la protección de los intereses individuales y difusos de los consumidores”.

En esta declaración los presidentes de los Estados partes del bloque, se comprometían a armonizar progresiva sus legislaciones en este aspecto (Scotti, 2019). Desde luego que, si bien declaración carecía de fuerza vinculante, no podríamos desconocer su valor como soft-law (Rojo, 2012).

Regresemos ahora al tema central de este trabajo, las Resoluciones 36/19 y 37/19 del Mercosur y su incorporación al Derecho interno argentino.

### III. Los principios de la Resolución N.º 36/19, su aplicación y utilidad en el Derecho argentino

Poco más de un año después de su adopción el seno del MERCOSUR, el 11 de septiembre de 2020, la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo (autoridad de aplicación nacional en ejercicio de las facultades conferidas por el inciso a) del Artículo 43 de la Ley N.º 24.240), incorporó al ordenamiento jurídico nacional la Resolución N.º 36/19 del Grupo de Mercado Común del Mercado Común del Sur (MERCOSUR), reconociendo así los distintos principios que tienen por

objeto garantizar un mejor nivel de protección al consumidor dentro del bloque regional (por RESOL-2020-310-APN-SCI#MDP).

La norma mercosuriana encuentra también origen en el Anteproyecto de Código de Defensa del Consumidor de Argentina elaborado por una comisión de juristas expertos y presentado en 2018, cuyo contenido se encuentra en tratamiento parlamentario en nuestro país mediante dos proyectos de ley muy similares entre sí.

En su artículo 1, la Resolución N.º 36/19 reconoce la vulnerabilidad estructural de los consumidores en el mercado y señala que el sistema de protección del consumidor se integra con las normas internacionales y nacionales, y tiene el objetivo de tutelar al consumidor, rigiéndose por los siguientes principios, pero luego en el art. 2 deja a salvo que *“Los Estados Partes podrán mantener en materia de defensa del consumidor principios adicionales a los previstos en la presente Resolución, para garantizar un nivel de protección más elevado al consumidor en su territorio”*.

Muller destaca que recientemente, el anexo de la res. 36/2019 del Grupo Mercado Común fue incorporado al derecho argentino por la res. 310/2020 (S.C.Int). De ese modo se cristaliza el anhelo de buena parte de la doctrina de dotar de principios propios al derecho del consumidor (2020).

Un punto quizás válido frente a la incorporación al derecho interno argentino de esta norma mercosuriana es preguntarse para qué sirve tener “principios” comunes. Es decir, ¿cuál es la utilidad práctica de tales principios?

En Derecho, y, marcadamente, en el Derecho del Consumidor, los principios sirven para guiar el diálogo de fuentes, tanto vertical y horizontalmente (BAROCELLI, 2015, p.63).

Toda la disciplina del Derecho del Consumidor tiene en nuestro país, una característica esencialmente principiológica, de fuente constitucional, con carácter esencialmente protectorio de la parte vulnerable que es consumidor.

Como nos recuerda BAROCELLI, siguiendo a BOBBIO, los principios tienen funciones con incidencia importante en las normas del ordenamiento, que son: la función creativa, la función interpretativa, y la función integradora, junto a la función limitativa de la autonomía privada. Veamos las tres primeras funciones:

a) La función creativa establece que antes de promulgar la norma jurídica, el legislador debe conocer los principios para inspirarse en ellos y poder positivizarlos.

b) La función interpretativa implica que, al interpretar la norma, el operador debe inspirarse en los principios, para garantizar una cabal interpretación.

c) La función integradora significa que quien va a colmar un vacío legal, debe inspirarse en los principios para que el Derecho se convierta en un sistema hermético” (BAROCELLI, 2015).

Los principios son el cimiento del sistema y están disponibles para ser utilizados por los magistrados para dejar fuera ciertas normas de derecho positivo que pudieran aparecer como contradiciendo la finalidad protectora del Derecho del Consumidor.

Por su parte, Morea señala que los principios “contemplan, una serie indefinida de situaciones. Los principios constituyen líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos previstos” y que

“es importante considerar que este cúmulo de principios trasciende el plano meramente individual o convencional que importa la relación de consumo, para generar un contexto favorable de mercado que asegure el acceso al consumo, la optimización de las condiciones de comercialización de bienes y servicios, y la sustentabilidad de las diferentes prestaciones ofrecidas” (MOREA, 2018).

Como iremos indicando, en Argentina la mayoría de los principios de la Resolución 36/2019 del MERCOSUR, ya se encontraban incluidos en la normativa nacional, pero ello no obsta a reconocer la importancia de contar con una norma del Derecho de Integración del MERCOSUR que los refrenda y les brinda un mayor dinamismo, con un compromiso recíproco de los Estados Parte a su protección.

### **1. Principios de progresividad y no regresión**

Los Estados Parte adoptarían medidas apropiadas para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos de los consumidores que se derivan de las

normas internacionales y nacionales, sin retroceder en los estándares de tutela alcanzados en los niveles normativos de protección ni en la implementación de la política de protección del consumidor, considerando los costos y beneficios de las medidas que se propongan.

Este es un principio central en el sistema de protección de los derechos humanos que procura que los Estados tomen medidas para afianzar y avanzar en la plena efectividad de los derechos de los consumidores.

Como nos señala PEÑA CHACÓN (2017), se trata de dos complementarias nociones de progresividad, una primera relacionada con la «gradualidad» de las medidas que deben ser adoptadas por los Estados en el tiempo, y la segunda vinculada al concepto de progreso, como deber estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales.

Es decir que se reconoce mediante este principio la necesidad de mantener una actitud proactiva continua de esfuerzo por parte de los Estados para acercarnos a la plena satisfacción de los derechos reconocidos en el PIDESC.

Esto implica también una idea de avance o “progreso” como aumento sostenido, constante y sistemático del nivel de satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, manifestado en resultados concretos.

## **2. Principio de orden público de protección. El sistema de protección del consumidor es de orden público**

El art. 65 de la ley 24240 señala: “La presente ley es de orden público”. Como dice SHINA, ello significa que

“no puede ser dejada de lado por la voluntad convencional de las partes, ni por la hipotética colisión con otras normas del ordenamiento. El art. 65 LDC es una regla imprescindible para definir la ley aplicable y torcer la puja en favor de la ley de defensa del consumidor” (SHINA, 2018).

Una cuestión es de orden público cuando responde al interés general. Las leyes de orden público son irrenunciables e imperativas. Las partes no pueden limitar la aplicación de estas leyes y cualquier intento en tal sentido resulta nulo de nulidad absoluta.

Esto implica también que los jueces deben controlar de oficio el respeto a las normas de Derecho del Consumidor en los casos que examinan, aun sin que hayan sido invocadas por la parte actora (BELTRAMO Y GUILLEM, 2020, p.456). No es una opción para los jueces su aplicación, sino que es un deber que emana del mandato constitucional del art. 42 CN.

Por su parte, el artículo 3 LDC sienta una de las reglas más importantes del derecho del consumidor. La norma establece que las situaciones dudosas deben resolverse aplicando el criterio más favorable al consumidor o usuario. El mismo principio aparece reforzado en el art. 1094 CCyC.

Como señalan BOQUIN Y RODRÍGUEZ, lo que este principio implica es la aplicación de "un sistema de normas principiológicas, de fuente constitucional, con carácter esencialmente protectorio de la parte débil y vulnerable" (2017, p. 25).

### **3. Principio de acceso al consumo. El sistema de protección del consumidor busca garantizar el acceso al consumo de productos y servicios de calidad**

Este principio encuentra su origen en la Declaración Universal de Derechos Humanos (D.U.D.H.), art. 25, que tiende a asegurar para "*toda persona*" y "*su familia...un nivel de vida adecuado*", en términos de "*salud y bienestar*" y está unido al 26 que garantiza, a "*toda persona*", el "*derecho a la educación*" señalando, en particular, la "*gratuidad*" de la instrucción elemental y fundamental, e indicando que la instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada.

Asimismo, el art 11° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (P.I.D.E.S.C.), reconoce idéntico derecho a "*toda persona*", asegurando "*una mejora continua de las condiciones de existencia*" y "*a estar protegida contra el hambre*".

El principio de acceso al consumo impone a los Estados, entre otras medidas, la adopción de "programas concretos" y, en particular, de medidas de cooperación internacional a tales fines y se integra con el art. 12, P.I.D.E.S.C., referido "*al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*" derecho reconocido, también, a toda persona.

Los arts. 13 y 14 del mismo Pacto, referidos al derecho de toda persona a la educación, con particular alusión al "pleno desarrollo de la personalidad humana" y "su dignidad", y "el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales" se integran también a estas normas (CONDOMI, 2017).

Y como todos sabemos, esas normas internacionales están incorporadas al régimen constitucional, conforme al art. 75, inc. 22 CN.

El principio de acceso al consumo está incluido en las Directrices para la protección del consumidor de la ONU. Es una obligación de los gobiernos garantizar la participación de todos los sectores en el mercado, como forma natural de satisfacción de sus necesidades (LORENZETTI, 2009, p.23).

En nuestro Derecho privado encontramos este principio en el art. 1094 del Código Civil y Comercial de la Nación como criterio de interpretación y aplicación (MULLER, 2020).

#### **4. Principio de transparencia de los mercados. El sistema de protección del consumidor contribuye al logro de la transparencia de los mercados. Cada Estado Parte controlará las distorsiones que la afecten, a través de sus órganos competentes**

El principio de transparencia se relaciona al principio de información del art 42 de la CN y se vincula también a las normas de lealtad comercial, de prohibición de la publicidad engañosa o abusiva y de defensa de la competencia.

Este principio ha sido reforzado por el art. 1100 del CCyCom al establecer que "el proveedor está obligado a suministrar información al consumidor en forma cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante para el contrato."

Se trata de un principio que vincula las ramas hermanas del Derecho del Consumidor y del Derecho de la Competencia, ya que un mercado con distorsiones en el cual se falsea o distorsiona la competencia, o se abusa de la posición dominante, es un mercado que carece de transparencia y que factiblemente dará lugar a afectaciones al interés económico general, mediante situaciones de colusión o fijación abusiva de precios, por ejemplo.

Por el contrario, el mercado goza de transparencia cuando los consumidores pueden conocer qué bienes y servicios están disponibles, dónde, y a qué precio y bajo cuáles condiciones (MULLER, 2020).

El principio de transparencia se deriva del principio de buena fe y en uno de sus derivados, la protección de la confianza. La aplicación articulada de ambos principios resulta clave en algunos aspectos del Derecho del Consumidor, como es el caso del acceso al crédito y el sobreendeudamiento. Así, la transparencia tiene por finalidad tutelar los intereses económicos del consumidor y la prevención de daños en el ámbito del Derecho del Consumidor (CULASSO, 2021).

Una perspectiva complementaria, desde el campo de la regulación del mercado, nos lleva a ver el principio de transparencia como buscando evitar distorsiones en la operatoria mediante la omisión de información u engaño al consumidor.

Las nuevas tecnologías, la inteligencia artificial, la internet de las cosas, la realidad virtual y aumentada, y el énfasis en la personalización, la llamada “transformación digital” del consumo están afectando los derechos de los consumidores.

Ciertos usos de la inteligencia artificial en operaciones de consumo resultan opacos puesto que “personalizan” precios sin aclarar los fundamentos de dichas personalizaciones y manipular a los consumidores generando falsas sensaciones de escasez y de urgencia.

Por su parte, los “Marketplace” (o mercados online) son plataformas que facilitan las compras. El “Marketplace” reúne varias empresas en una misma plataforma (como un shopping center, pero virtual). Los consumidores tienen acceso a un amplio catálogo y hacen su compra a través del “Marketplace”.

Estas plataformas han desarrollado gran poder de mercado. Dicho poder puede llegar a generar o aumentar inequidades para los consumidores, principalmente los más desfavorecidos, como aumento de precios. En estos marketplaces pueden darse manipulaciones a la elección de los consumidores, ya que la plataforma es la que decide qué productos mostrar y a cuáles precios.

Además, se detectan muchos productos no seguros, ofertas engañosas y abusos.

No podemos dejar de señalar asimismo que esta transformación digital está “dejando atrás” a los consumidores más vulnerables.

Para contrarrestar esto, se necesitan políticas y regulaciones específicas. Se propone que la gobernanza de la inteligencia artificial se centre en la persona humana, que deba estar siempre al servicio del individuo y al bien común.

### **5. Principio de consumo sustentable**

El sistema de defensa del consumidor impulsa el consumo y la producción sustentables, en función de las necesidades de las generaciones presentes y futuras. Para ello, entre otras medidas, favorece la minimización del uso de materias primas y energías no renovables, así como la generación de la menor cantidad de residuos y el aumento del uso de energías o materias primas renovables o producto de reciclaje.

En Argentina, el art. 1094 del Cód. Civ y Com establece el principio del "acceso al consumo sustentable". Dicho principio, llamado de “sustentabilidad” nos vincula al Derecho Ambiental y se relaciona con el derecho de acceso al consumo.

La norma se inspira en las Directrices de Naciones Unidas de Protección al Consumidor, que sostienen que las necesidades de bienes y servicios de las generaciones presentes y futuras se deben satisfacer de modo tal que puedan sustentarse desde el punto de vista económico, social y ambiental.

El desarrollo sustentable “requiere la eliminación de los dos polos de la sociedad de mercado —el consumismo y la pobreza—, por ser contrarios al equilibrio ecológico, económico y social, presupuesto base de la sustentabilidad” (BAROCELLI, 2015).

Esto se relaciona también con la tendencia del “Derecho Privado Ambiental”, el giro ecológico del Derecho Privado, de la cual se habla bastante en estos momentos (SOZZO, 2019).

STIGLITZ individualiza las bases de un sistema jurídico de promoción de consumo sustentable, por ejemplo, con:

a) el establecimiento de un sistema de certificación oficial y auditoría de los productos y servicios,

b) el impulso de una reducción de los consumos irracionales, perjudiciales al medio ambiente, sin afectar la calidad de vida de la población,

c) la orientación de la demanda hacia un mejoramiento de la calidad y seguridad en materia de alimentos y otros bienes, promoviendo productos durables, reciclables y no tóxicos, y de alimentos orgánicos y agricultura libre de productos químicos,

d) la elaboración y publicación de listas de productos cuya venta y/o consumo haya sido restringido por sus características tóxicas,

e) la exigencia estricta a los proveedores para que brinden información sobre el impacto de sus productos y servicios sobre el medio ambiente, con acciones concretas como los “eco-rotulados” y la estandarización de los símbolos medio ambientales (STIGLITZ, 2015, p.325).

Asimismo, no podemos olvidar que la expansión del uso de Internet ha traído también consecuencias dañinas en el campo ambiental, especialmente en la esfera energética. Como recuerda MULLER (2020), se estima que, para 2030, la transmisión digital de datos representará el 20% del consumo de energía mundial.

## **6. Principio de protección especial para consumidores en situación vulnerable y de desventaja**

El sistema de protección del consumidor protege especialmente a grupos sociales afectados por una vulnerabilidad agravada derivada de circunstancias especiales, en particular niñas, niños y adolescentes, adultos/mayores, personas con problemas de salud o con discapacidad, entre otras.

FRUSTAGLI (2016) reconoce a los consumidores hipervulnerables como quienes “exhiben niveles de vulnerabilidad agravados por condiciones peculiares inherentes a la persona concreta o bien la especial situación en la cual se encuentran”.

Sobre este tema, en la Argentina se ha adoptado, también en 2020, la Resolución 139/2020 de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo que describe en su Art. 1 a los consumidores hipervulnerables, como: “...*aque- llos consumidores que sean personas humanas y que se encuentren en otras situacio-*

*nes de vulnerabilidad en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores.”*

Se incluye en esta norma a las *“personas jurídicas sin fines de lucro que orienten sus objetos sociales a los colectivos comprendidos en el presente artículo”*.

Asimismo, el Art. 2 amplía el criterio de aplicabilidad, dejando expresa constancia:

“...podrán constituir causas de hipervulnerabilidad, entre otras, las siguientes condiciones: a) reclamos que involucren derechos o intereses de niños, niñas y adolescentes; b) ser personas pertenecientes al colectivo LGBT+ (lesbianas, gays, bisexuales y transgénero); c) ser personas mayores de 70 años; d) ser personas con discapacidad conforme certificado que así lo acredite; e) la condición de persona migrante o turista; f) la pertenencia a comunidades de pueblos originarios; g) ruralidad; h) residencia en barrios populares conforme Ley N°27.453; i) situaciones de vulnerabilidad socio-económica acreditada por alguno de los siguientes requisitos: 1) Ser Jubilado/a o Pensionado/a o Trabajador/a en Relación de Dependencia que perciba una remuneración bruta menor o igual a DOS (2) Salarios Mínimos Vitales y Móviles; 2) Ser Monotributista inscripto en una categoría cuyo ingreso anual mensualizado no supere en DOS (2) veces el Salario Mínimo Vital y Móvil; 3) Ser Beneficiario/a de una Pensión No Contributiva y percibir ingresos mensuales brutos no superiores a DOS (2) veces el Salario Mínimo Vital y Móvil; 4) Ser beneficiario/a de la Asignación por Embarazo para Protección Social o la Asignación Universal por Hijo para Protección Social; 5) Estar inscripto/a en el Régimen de Monotributo Social; 6) Estar incorporado/a en el Régimen Especial de Seguridad Social para empleados del Servicio Doméstico (Ley 26.844); 7) Estar percibiendo el seguro de desempleo; 8) Ser titular de una Pensión Vitalicia a Veteranos de Guerra del Atlántico Sur (Ley N° 23.848)”.

Se entiende entonces que la protección de los hipervulnerables encuentra su fundamento en que la protección debe ser reforzada debido a circunstancias coyunturales, transitorias o permanentes, inherentes a la persona o ajenas a ella, que le ocasionan mayor fragilidad.

Recientemente, a nivel regional se adoptó el 26 de agosto de 2021 la Resolución N°11 del GRUPO MERCADO COMÚN del MERCADO COMÚN DEL SUR (MERCOSUR)

para adecuar la normativa a los mejores estándares internacionales en la materia, contemplando la protección de los consumidores en situaciones de hipervulnerabilidad en el MERCADO COMÚN DEL SUR (MERCOSUR).

En esta norma, los Estados Parte signatarios del Tratado de Asunción decidieron avanzar en el establecimiento de principios rectores con el objeto de tutelar a las y los consumidores, conforme a su vulnerabilidad estructural en el mercado, con la finalidad de satisfacer el objetivo de constituir un Mercado Común.

Así, a fines de septiembre de 2021, se ha incorporado al Derecho interno argentino la citada resolución mercosuriana de protección al consumidor hipervulnerable, mediante RESOL-2021-1015-APN-SCI#MDP (fecha el 30 de septiembre de 2021 y publicada el 4 de octubre de 2021).

La definición contenida en la norma mercosuriana coincide con lo señalado ut supra, al considerar como consumidores en situación de hipervulnerabilidad a las personas físicas con vulnerabilidad gravada, desfavorecidas, o en desventaja en razón de su edad, estado físico o mental, o circunstancias sociales, económicas étnicas o culturales que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores en el acto concreto de consumo que realicen.

### **7. Principio de respeto de la dignidad de la persona humana**

Los proveedores, en su actuación en el mercado, deben reconocer y respetar la dignidad de la persona humana conforme a los criterios generales que surgen de las Declaraciones y Tratados de Derechos Humanos. Asimismo, en el diseño e implementación de políticas públicas, los Estados Parte deben observar el mismo principio.

El respecto a la dignidad humana implica el reconocimiento de que toda persona humana posee un valor intrínseco que no debe ser menoscabado o despreciado por los demás (MULLER, 2020).

Su correlato es el trato digno el cual

“implica dirigirse hacia una persona con el respeto que se merece por su condición de ser humano, otorgándole la debida atención y consideración para que no vea afectada su dignidad ni su honor. Cualquier conducta que esté por fuera de él,

que lesione o afecte sus derechos más íntimos o su esfera íntima o moral atentará contra su dignidad” (BELTRAMO Y GUILLEM, 2020).

En la Argentina, el art. 8 bis de la Ley 24240, se orienta a que los proveedores de bienes y servicios reconozcan al consumidor como una persona humana, a la cual se debe respetar y respecto de la cual se debe actuar con especial atención si posee capacidades diferentes, o es menor de edad, o no posee una instrucción necesaria para comprender el funcionamiento de lo que se les ofrece.

Asimismo, dicho respeto a la dignidad tiene otras implicancias, como por ejemplo la eliminación de prácticas y cláusulas abusivas y la potestad de los jueces de limitar la autonomía de la voluntad para garantizarlo.

Este principio debe traducirse en la implementación de políticas públicas conforme los criterios generales surgidos de las declaraciones y tratados de Derechos humanos (así lo señala el art 1097 CCCN). En el plano contractual se vincula al principio de buena fe que deben ambas partes sostener como conducta (SUAREZ, 2020).

Su violación genera al mismo tiempo una violación al deber general de no dañar a otro (art 1710 CCCN).

El CCCN recepta este derecho e imponer el deber de respetarlo y resarcir su violación (art 51 y 52). A su vez prohíbe como objeto de los contratos los que sean contrarios a la dignidad humana (art 1004 CCCN).

### **8. Principio de prevención de riesgos**

Los proveedores actuarán preventivamente cuando exista probabilidad razonable de una amenaza derivada de productos o servicios que afecten la salud o la seguridad de los consumidores.

Este principio, ya consagrado en la legislación tradicionalmente, se une hoy a las conversaciones sobre la inclusión en las normas argentinas del “Principio de Precaución”, propio del Derecho Ambiental, a la órbita del Derecho del Consumidor.

En el Derecho de Daños se enfatiza la necesidad de generar mecanismos que permitan evitar o disminuir los daños.

Ello implica un beneficio para toda la sociedad puesto que en la situación de “reparación” el daño causado es trasladado desde la víctima al victimario (o a su aseguradora). Por el contrario, con su prevención el daño potencial no existe, desaparece (MULLER, 2020).

### 9. Principio antidiscriminatorio

El sistema de protección del consumidor implementa las acciones conducentes para alcanzar el objetivo que en el mercado no existan actos u omisiones discriminatorios, conforme lo establecido en los ordenamientos jurídicos nacionales.

En el Código Civil y Comercial, los artículos 1097 y 1098 receptaron los principios constitucionales de igualdad, no discriminación y trato digno, en los términos consagrados por los tratados de derechos humanos. Las normas internacionales señalan como prohibida la discriminación basada en criterios de distinción como raza, color de piel, sexo, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otro criterio similar.

Amaya nos recuerda que

“considerando que la Corte Suprema viene desarrollando un estándar de revisión exigente cuando el derecho en juego es atravesado por la igualdad, cualquier distinción normativa en las relaciones de consumo que afectara la distinción prohibida por el art. 1098 del nuevo código caería en la categoría sospechosa de inconstitucionalidad y merecería la aplicación de un criterio estricto en el análisis por parte del Poder Judicial” (AMAYA, 2015).

### 10. Principio de buena fe

El sistema de protección al consumidor se asienta en la buena fe de las partes intervinientes en el contrato.

En el campo del Derecho del Consumidor, el principio de buena fe está mencionado en el art. 37 de la 24240 y se interpreta como “*cooperación y respeto, es conducta esperada y leal, tutelada en todas las relaciones sociales*” (ÁLVAREZ LARRONDO, 2015)

Además, de este principio derivan otro principio de vital importancia en el Derecho del Consumidor: el “Principio de confianza”.

El “Principio de confianza” en las relaciones jurídicas del derecho privado se presenta en dos facetas. En primer lugar, es un principio de las relaciones jurídicas que irradia a todo el sistema del derecho privado patrimonial para garantizar las legítimas expectativas creadas por la conducta, manifestaciones, o las prácticas negociales. En el caso que nos interesa serían las provenientes de los proveedores hacia los consumidores.

Establece el art. 1067 CCCN, “*Protección de la confianza. La interpretación debe proteger la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente, siendo inadmisibles la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto*”.

Como explica WEINGARTEN, se trata de un criterio de conducta que tiende

“a la realización de las legítimas y objetivas expectativas suscitadas cuyo incumplimiento da lugar a reparación” (...) “En situaciones de asimetría informativa, el usuario no tiene otra alternativa más que confiar en la empresa, en su organización y en lo que adquiere, confianza que es generada a través de distintos mecanismos, como por la publicidad, o por lo que una marca o nombre comercial simboliza o representa (art. 8º, ley 26.361). Es decir, suple la falta de información con confianza, es su equivalente funcional” (2020).

LOVECE comentaba al respecto de este principio en una reunión celebrada en la UBA a fines de 2020:

“La sociedad actual nos plantea diferentes desafíos que el derecho no puede ignorar. El derecho siempre viene detrás de los acontecimientos sociales porque es el que, finalmente, termina estructurando a la sociedad. Es por eso que la confianza empieza a tomar un valor muy relevante en estos tiempos. Se ha transformado en un nuevo principio general del derecho porque recorre transversalmente innumerables relaciones jurídicas delineando deberes específicos de conducta”.

## 11. Principio de Información

Los proveedores deben suministrar a los consumidores información clara, veraz y suficiente que les permita hacer elecciones adecuadas a sus deseos y necesidades.

Este principio, implica el deber de los proveedores de brindar información en forma cierta, clara y detallada sobre los bienes y servicios que prestan y las condiciones de su comercialización.

Se encuentra ya en los arts. 42 CN, 4 y concordantes de la LDC y en el art. 1100 y 1107 del CCCN.

El objetivo es permitir a los consumidores realizar elecciones de conformidad a sus intereses (deseos y necesidades). Tiene como fin proteger el consentimiento del consumidor y evitar daños.

La información debe ser brindada en forma gratuita y en soporte físico con la claridad que permita su comprensión.

Este principio se relaciona con el de buena fe (art 9 CCCN) e implica también el no ocultar información necesaria para la decisión por parte del consumidor.

Debemos señalar asimismo que, conforme el art 961 CCCN, los contratos obligan no solamente a lo que ellos expresan formalmente sino también a las consecuencias que pueden considerarse comprendidas en ellos (Beltramo y Guillem, 2020).

## 12. Principio de armonización

Resulta fundamental armonizar los intereses de los participantes de las relaciones de consumo, haciendo compatible una adecuada protección y tutela de los derechos de los consumidores con el desarrollo económico y tecnológico, siempre fundamentado en la buena fe y el equilibrio en las relaciones entre consumidores y proveedores.

Sabemos que la evolución de la protección del consumidor posee relevancia jurídica y también económica,

“dado que el consumidor es un eslabón fundamental en el crecimiento de un país. No es casual que esta disciplina haya tenido mayor evolución en los países más desarrollados. Sin dudas, cuanto más versados y conscientes de sus derechos y más

exigentes del respeto a los mismos sean los consumidores, mayores serán los estándares de calidad a los que deban apuntar los proveedores de bienes y servicios” (MANZANERA, 2012).

La palabra armonizar significa “poner en armonía”, o hacer que no discuerden o se rechacen dos o más partes de un todo, o dos o más cosas que deben concurrir al mismo.

El principio de armonización impide que se busque la efectividad de un derecho mediante el sacrificio o restricción de otro. De conformidad con este principio, el intérprete debe resolver las colisiones entre bienes jurídicos, de forma que se maximice la efectividad de cada uno de ellos. La armonización de las normas busca impedir que, por la vía de la restricción injustificada de los derechos, termine por socavarse el contenido de uno o varios de ellos (HERNÁNDEZ MEZA, 2003, pp. 198/223).

### **13. Principio de reparación integral**

El sistema de protección al consumidor debe asegurar a éste una reparación integral en caso de daños derivados de las relaciones de consumo, debiendo preverse la disponibilidad de medios efectivos de solución de controversias y de compensación.

El CCCN incorporó nuevos daños resarcibles. Además de las categorías tradicionales con asiento en el Código Civil anterior (daño emergente, lucro cesante, afecciones espirituales), el CCCN desarrolla explícitamente conceptos tales como pérdida de chance, lesión a derechos personalísimos, integridad personal, salud psicofísica y al proyecto de vida (STIGLITZ, 2016).

Así dice el art. 1738

“Indemnización. La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo con la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida”.

#### 14. Principio de equiparación de derechos

Los Estados Partes deben esforzarse por fomentar la confianza en el comercio electrónico, mediante la formulación de políticas transparentes y eficaces. En el ámbito de la contratación electrónica se reconoce y garantiza un grado de protección que nunca sería inferior al otorgado en otras modalidades de comercialización.

En el ámbito de la contratación electrónica el grado de protección nunca será inferior al otorgado en otras modalidades de comercialización, debiendo los Estados Parte fomentar la confianza en el comercio electrónico, mediante la formulación de políticas eficaces y transparentes.

Este último principio de la Resolución 36/19 nos da pie para presentar la segunda de las normas que nos interesan en este trabajo, la Resolución 37/19.

#### IV. La Resolución 37/19 del MERCOSUR

Mediante la Resolución 270/2020, la Secretaría de Comercio Interior (SCI), en su carácter de autoridad de aplicación de la Ley N°24240 de Defensa del Consumidor (LDC), resolvió adoptar e incluir en la legislación nacional la Resolución 37 dictada por el Grupo Mercado Común del MERCOSUR.

Además, estableció que las infracciones a dicha Resolución serán sancionadas conforme lo dispuesto en la LDC. La Resolución 270/2020 comenzará a regir a partir de los ciento ochenta días de su publicación en el Boletín Oficial.

En el año 2004, el MERCOSUR había adoptado la Resolución 21/04, en la cual se señala la obligación de los proveedores de comercio electrónico de brindar información clara, precisa y fácilmente advertible sobre las características de los bienes y servicios ofrecidos como así también respecto de sus condiciones de comercialización.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Otras resoluciones vinculadas son la N° 123/96, 124/96 y 34/11.

En virtud de la expansión del comercio electrónico, los avances electrónicos (redes sociales, medios de pago, etc.) en los posteriores quince años, junto a “la necesidad de regular el sector ante las repetidas infracciones a los derechos de consumidores, en las websites” (OJEDA, 2020).

Así, el 15 de julio de 2019, el Grupo Mercado Común del MERCOSUR procedió a actualizar y complementar los derechos de los consumidores en el comercio electrónico mediante el dictado de la Resolución 37/19, que resulta aplicable a los proveedores radicados o establecidos en los Estados Parte o que operen comercialmente bajo alguno de sus dominios de internet, y establece las obligaciones a su cargo.

Mediante esta Resolución el MERCOSUR busca unificar criterios respecto al comercio electrónico en la región, a los fines de garantizar la protección de los derechos de los consumidores que adquieran bienes o servicios a través de Internet.

La Resolución N°37/19 aborda en su articulado la protección al consumidor en el comercio electrónico; estableciendo, entre otros aspectos, la información obligatoria que los proveedores deben poner a disposición de los consumidores en su sitio web, previo a la formalización del contrato, y la obligación de éstos de adoptar mecanismos de resolución de controversias en línea ágiles, justos, transparentes, accesibles y de bajo costo.

Ya ha sido destacada por la doctrina la incorporación de esta norma mercosuriana al Derecho nacional, así SILVA señala:

“En el orden regional del derecho a la integración, la Resolución N°37/2009 del MERCOSUR, incorporada recientemente a nuestro ordenamiento jurídico, contempla específicamente la importancia de garantizar el acceso a la información al consumidor que se vale del comercio electrónico para acceder a la contratación de bienes y servicios” (SILVA, 2021).

La Resolución señala:

“Art. 1 - En el comercio electrónico debe garantizarse a los consumidores, durante todo el proceso de la transacción, el derecho a información clara, suficiente, veraz y de fácil acceso sobre el proveedor, el producto y/o servicio y la transacción realizada.

Art. 2 - El proveedor debe poner a disposición de los consumidores, en su sitio web y demás medios electrónicos, en ubicación de fácil visualización y previo a la formalización del contrato, la siguiente información:

- I. nombre comercial y social del proveedor;
- II. dirección física y electrónica del proveedor;
- III. correo electrónico de servicio de atención al consumidor;
- IV. número de identificación tributaria del proveedor;
- V. identificación del fabricante, si corresponde;
- VI. identificación de registros de los productos sujetos a regímenes de autorización previa, si corresponde;
- VII. las características esenciales del producto o servicio, incluidos los riesgos para la salud y la seguridad de los consumidores;
- VIII. el precio, incluidos los impuestos y una discriminación de cualquier costo adicional o accesorio, tales como costos de entrega o seguro;
- IX. las modalidades de pago detallando la cantidad de cuotas, su periodicidad y el costo financiero total de la operación, para el supuesto de ventas a plazo;
- X. los términos, condiciones y/o limitaciones de la oferta y disponibilidad del producto o servicio;
- XI. las condiciones a que se sujetan la garantía legal y/o contractual del producto o servicio; y
- XII. cualquier otra condición o característica relevante del producto o servicio que deba ser de conocimiento de los consumidores.

Art. 3 - El proveedor debe asegurar un acceso fácil y de clara visibilidad a los términos de la contratación, asegurando que aquellos puedan ser leídos, guardados y/o almacenados por el consumidor de manera inalterable.

Art. 4 - La redacción del contrato debe ser realizada en forma completa, clara y fácilmente legible, sin menciones, referencias o remisiones a textos o documentos que no se entreguen simultáneamente. El proveedor debe presentar un resumen del contrato antes de la formalización del mismo, enfatizando las cláusulas de mayor significancia para el consumidor.

Art. 5 - El proveedor debe otorgar al consumidor los medios técnicos para conocimiento y corrección de errores en la introducción de datos, antes de efectuar la transacción. Asimismo, debe proporcionar un mecanismo de confirmación expresa

de la decisión de efectuar la transacción, de forma que el silencio del consumidor no sea considerado como consentimiento.

Art. 6 - El consumidor podrá ejercer su derecho de arrepentimiento o retracto en los plazos que establezca la normativa aplicable.

Art. 7 - El proveedor debe proporcionar un servicio eficiente de atención de consultas y reclamos de los consumidores.

Art. 8 - Los Estados Parte propiciarán que los proveedores adopten mecanismos de resolución de controversias en línea ágiles, justos, transparentes, accesibles y de bajo costo, a fin de que los consumidores puedan obtener satisfacción a sus reclamos.

Deberán considerarse especialmente los casos de reclamación por parte de consumidores en situación vulnerable y de desventaja.

Art. 9 - En las actividades relacionadas con el comercio electrónico transfronterizo las agencias de protección al consumidor u otros organismos competentes de los Estados Parte procurarán cooperar entre sí para la adecuada protección de los consumidores”.

Se encuentra implícito en el art. 7 de la res.37/2019 del MECOSUR el deber del proveedor de brindar a los consumidores un servicio eficiente de atención de consultas y reclamos (MULLER, 2020).

## V. Conclusión

Nos decía GHERSI ya hace una década, “el proceso de formación de las leyes sufre una influencia desde la región- Mercosur- y desde el ámbito internacional, que se va acentuando cada vez más” (2011, p.30).

Sin embargo, aunque en el Derecho del Consumidor, ha habido logros concretos a nivel regional, su incorporación al derecho interno de los miembros es aún muy limitada.

La afirmación que Piris sostenía en 2004: “El derecho del consumidor es una pieza clave de esta armonización, no obstante, ello, los avances producidos en la ma-

teria han sido escasos” sigue siendo una realidad hoy. No obstante, con la incorporación de las normas mercosurianas objeto de este trabajo al ordenamiento interno argentino, vemos un avance innegable en la dirección correcta.

Esperamos ahora su utilización efectiva por parte de los operadores del Derecho.

Reflexionaba años atrás VIDAL, diciendo

“merece especial reconocimiento la contribución que tanto los creativos abogados como los doctrinarios aportan al triunfo de la justicia, cuando actúan no ya como meros técnicos sino como propulsores de las ideas y necesidades que reclama la sociedad ofreciendo verdaderos proyectos de futuras innovaciones judiciales” (VIDAL, 2004, p.338).

Cerramos este trabajo adhiriendo al pensamiento de Scotti:

“es esencial que una vez en vigor, la normativa del bloque sea invocada y aplicada por nuestros jueces nacionales para que realmente el MERCOSUR sea una realidad tangible para los habitantes y ciudadanos de nuestro espacio integrado” (2020, p.161).

### **Bibliografía**

- ALVAREZ LARRONDO, Federico. (2015). Principios y ámbito de aplicación del derecho del consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial. En DCCy, febrero, 24/02/2015, 63.
- AMAYA, Jorge A. (2015). Consumo, igualdad y no discriminación en el nuevo Código Civil y Comercial. En *Revista de Derecho Público*, Número 1994-2016.
- BAROCELLI, Sergio S. (2015). Principios y ámbito de aplicación del derecho del consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial. En *DCCyE*, 24/02/2015, 63, AR/DOC/412/2015.
- BELTRAMO, Andrés y GUILLEM, Sheila. (2020). El derecho del consumidor y la aplicación jurisprudencial de sus principios. En GARRIDO CORDOBERA, L.M. (Dir) *Práctica del derecho del consumidor*. Buenos Aires, Hammurabi.
- BOQUIN, Gabriela y RODRIGUEZ, Gonzalo. M. (2017). *La defensa del consumidor*, 1ed, Buenos Aires: Ediciones D y B.

- BOURGOIGNIE Thierry y PIERRE, Julie. (2012). Integración regional y la protección del consumidor en las Américas y en Europa. En Lima Marques, C.; Fernández Arroyo, D; Ramsay, I.; Pearson, G. (Dir.) (2012). *The global financial crisis and the need for consumer regulation: New development on international protection of consumers*. Porto Alegre/Asunción: Orquesta Editora.
- CULASSO, María F. (2021). Transparencia y calidad en la operatoria de crédito con consumidores. Especial referencia al derecho proyectado por el Código de Defensa del Consumidor. En LLNOA, octubre, N° 4.
- CONDOMI, Alfredo M. (2017). "Acceso al consumo, acceso a la vida". En *Sistema argentino de información jurídica*, Id SAIJ: DACF17034.
- FRUSTAGLI, Sandra. (2016). La tutela del consumidor hipervulnerable en el derecho argentino. En *Rev. De Derecho del Consumidor*, n°1, IJ-CCLI-396.
- GHERSI, Carlos. (2011). *Manual parte general Derecho Civil Comercial y de Consumo*. Buenos Aires: Ed. La Ley, Buenos Aires.
- GUEVARA, Carina N. (2005). *El Derecho del Consumidor en el MERCOSUR*. Córdoba: Ed. Lerner.
- HERNANDEZ MEZA, Nelson. (2003). La aplicación del principio de armonización concreta en la solución de conflictos entre derechos fundamentales. En *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, N° 19.
- KLEIN VIEYRA, Luciane. (2019). Análisis del anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor argentino desde la perspectiva del Mercosur. En Santarelli, F. G. - Chamatropulos, D. A. (Comp) *Comentarios al anteproyecto de ley de defensa del consumidor*. Buenos Aires: La Ley.
- LORENZETTI, Ricardo. L. (2009). *Consumidores*, 2ed, Santa Fe: Rubinzal Culzini Editores.
- MANZANERA, Elina B. (2012). Nuevas Interpretaciones en materia de Derechos del Consumidor. En MJDOC- 5762-AR - MJD5762.
- MULLER, Germán. (2020). Los principios del sistema de protección al consumidor y su proyección en los entornos digitales. En *La Ley* 28/12/2020, AR/DOC/3820/2020.

- MOREA, Adrian. (2018). Derecho del consumidor. Principios jurídicos vigentes. En Microjuris, MJ-DOC-12751-AR | MJD12751.
- OJEDA, Ana G. (2020). Resolución 37/19 del Mercosur: Protección al consumidor en el E-Commerce Latinoamericano. En <https://adefinitivas.com/>. Consultado 26/10/2021.
- PEÑA CHACON, Mario. (2017). Límites, restricciones y excepciones del principio de prohibición de regresividad ambiental. En MICROJURIS, Cita: MJ-DOC-12282-AR | MJD12282.
- ROJO, Martina L. (2012). La defensa del consumidor en el MERCOSUR. En *AEQUITAS*, vol. 6 núm. 6, 2012.
- SCOTTI, Luciana B. (2019). “Avances con miras a la protección de los consumidores en el Mercosur”. En *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata*. Año 16, N° 49-2019.
- SCOTTI, Luciana B. (2020). El derecho de la integración en el Mercosur. En Negro, S. (Dir) *Manual de Derecho de la Integración*, Buenos Aires: Editorial B de F.
- SILVA, Lucas D. (2021). La responsabilidad de las plataformas de e-commerce. Publicado en El Dial, 07/05/21, elDial.com, DC2DE7.
- SHINA, Fernando. (2018). Algunos principios del derecho del consumidor que fragmentaron la teoría general del contrato”. En SAIJ: DACF180077.
- STIGLITZ, Gabriel. (2016). Defensa del consumidor, diálogo de fuentes y principio de protección. En *Revista de Derecho del Consumidor*, Número 1, noviembre.
- STIGLITZ, Gabriel. (2015). El principio de acceso al consumo sustentable. En *Tratado de Derecho del Consumidor*, Tomo I, Buenos Aires: La Ley.
- SOZZO, Gonzalo. (2019). *Derecho Privado Ambiental: el giro ecológico del Derecho Privado*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- SUAREZ, Enrique L. (2020). “El derecho a la información sobre medios de pago”. En elDial.com DC2D0F.
- VIDAL, Verónica M. (2004). El acceso al consumidor a la justicia desde una mirada integral. En *Manual de defensa del consumidor, Ley 2424º diez años de vigencia*, 1ed. Ed, Rosario: JURIS.

WEINGARTEN, Celia. (2020). Contrato de consumo electrónico y plataformas de venta online. Algunas aristas de análisis. En SJA 11/03/2020, 3, JA 2020-I.

## Consideraciones acerca del panorama de la cooperación penal internacional en el ámbito del MERCOSUR. Parámetros, diligenciamiento, causales de denegación

Considerations about the outlook of international criminal cooperation in the MERCOSUR. Parameters, service, grounds for denial

Por Dr. Eduardo Tellechea Bergman

**Resumen:** La necesidad de brindar adecuada respuesta a desafíos de creciente actualidad derivados de delitos transnacionales gravemente lesivos de los derechos humanos, así como una notoria internacionalización de delitos comunes, en los que los autores buscan ponerse a salvo de la acción represiva del Estado en el que han cometido el delito trasladándose a otro país o colocando el fruto del ilícito en otra jurisdicción, impone a los Estados abandonar comportamientos autistas y adoptar, en el marco del Derecho, posiciones favorables a una decidida y amplia cooperación penal internacional, asegurando de tal modo que la justicia, no se vea frustrada por las fronteras nacionales.

**Palabras clave:** integración; cooperación penal internacional; MERCOSUR.

**Abstract:** The need to provide an adequate response to the increasingly current challenges derived from transnational crimes seriously damaging to human rights, as well as a notorious internationalization of common crimes, in which the perpetrators seek to save themselves from the repressive action of the State in which they have committed the crime by moving to another country or placing the fruit of the crime in another jurisdiction, requires States to abandon autistic behaviors and adopt, within the framework of law, positions favorable to a determined and broad international criminal cooperation, ensuring in such a way that the justice, not thwarted by national borders.

**Keywords:** integration; international criminal cooperation; MERCOSUR.

Fecha de recepción: 23/08/21

Fecha de aceptación: 05/10/21

Esta obra se publica bajo licencia Creative Commons 4.0 Internacional. (Atribución-No Comercial-Compartir Igual)



## Consideraciones acerca del panorama de la cooperación penal internacional en el ámbito del MERCOSUR. Parámetros, diligenciamiento, causales de denegación

Por Dr. Eduardo Tellechea Bergman\*

### I. Consideraciones liminares

La necesidad de brindar adecuada respuesta a desafíos de creciente actualidad derivados de delitos transnacionales gravemente lesivos de los derechos humanos - terrorismo, narcotráfico, trata de personas, tráfico de armas- con frecuencia en modalidades que comprenden a más de uno de estos tipos delictivos, así como una notoria internacionalización de delitos comunes, en los que los autores buscan ponerse a salvo de la acción represiva del Estado en el que han cometido el delito trasladándose a otro país o colocando el fruto del ilícito en otra jurisdicción, impone a los Estados abandonar comportamientos autistas y adoptar, en el marco del Derecho, posiciones favorables a una decidida y amplia cooperación penal internacional tal como, ya en la década de los años treinta del siglo pasado proclamara, de manera

---

\* Antiguo Catedrático de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho - Universidad de la República, Uruguay y Director del Instituto Uruguayo de Derecho Internacional Privado. Profesor de Derecho Internacional Privado en las Maestrías de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; de Relaciones Internacionales, Facultad de Derecho - Universidad de la República; y de Integración y Comercio Internacional, Facultad de Derecho - Universidad de Montevideo. Miembro de Honor de ASADIP y del Instituto Uruguayo de Derecho Internacional Privado. Ex Presidente de la Delegación Uruguaya en la Comisión Técnica de la Reunión de Ministros de Justicia del MERCOSUR. Miembro de la Delegación de Uruguay a las CIDIPS. comitasgentiumhuber@gmail.com

pionera, JEAN ANDRÉ ROUX (1932) y años más tarde QUINTANO RIPOLLES (1957), asegurando de tal modo que la justicia, cometido esencial del Estado, no se vea frustrada por las fronteras nacionales.

## II. La cooperación penal internacional en el contexto interamericano y regional<sup>1</sup>

No obstante antecedentes constituidos por regulaciones atinentes a la asistencia penal internacional dispersas en distintos convenios referidos al auxilio civil y comercial<sup>2</sup> o a la extradición<sup>3</sup>, el tratamiento particularizado a nivel

---

<sup>1</sup> Excluimos de la categoría cooperación penal internacional *strictu sensu* la extradición, en tanto la misma al referir a la entrega de una persona que se encuentra en un Estado para ser procesada en otro, responder a un proceso en curso o cumplir una condena en otro país, Estado requirente, afecta de modo significativamente más intenso los derechos de las personas y al propio Estado rogado y en consecuencia, se encuentra sujeta a requisitos y controles más severos y específicos. En coincidencia con lo expuesto no hemos incluido la extradición al tratar específicamente la cooperación penal internacional, TELLECHEA BERGMAN, Eduardo (2003). *Asistencia Jurídica internacional en Materia Penal - Marco conceptual y normativo*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria. Al respecto señala Opertti, que mientras que la asistencia penal internacional implica el desarrollo de una actividad procesal en un Estado al servicio de un proceso, instructorio o acusatorio, tramitado en otro, actividad que adquirirá verdadera relevancia en el país que solicitó la asistencia, la extradición supone una actividad jurisdiccional de especial importancia también para el Estado que presta la asistencia, traducida en una posible detención provisoria del requerido y luego, en su eventual entrega, OPERTTI BADÁN, Didier (1994) “Caracterización de la Moderna Cooperación Penal Internacional con Especial Referencia a los Últimos Desarrollos Convencionales en el Ámbito Multilateral y Bilateral”, en: *VV.AA., Curso de Derecho Penal*, Valença - Río de Janeiro, Montevideo, Carlos Álvarez Editor, pp. 219 - 249. En similar sentido, LAVASSEUR, Georges (1970) “Du nouveau en matière d’extradition?”, en: *Travaux du comité français de Droit International Privé*, 27 - 30, , pp.179 - 194.

<sup>2</sup> Tales, las Convenciones Interamericanas aprobadas por la CIDIP I de Panamá de 1975 sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y Recepción de Pruebas en el Extranjero, que prevén que los Estados, por declaración unilateral, puedan extender su aplicación a la cooperación penal, artículos 16 y 15, respectivamente.

Las Convenciones Interamericanas aprobadas por la CIDIP II de Montevideo de 1979 sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, artículo 1, y sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, artículo 1, también contemplan, respectivamente, tanto las medidas asegurativas dictadas en “procesos penales en cuanto a la reparación civil”, así como el reconocimiento de las “sentencias penales en cuanto refieran a la indemnización de los perjuicios derivados del delito”, en este caso, a condición que los Estados declaren, al momento de ratificar, que la Convención se aplicará en relación a tales fallos.

Los Protocolos del Mercosur de Las Leñas sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, Decisión CMC 05/92, artículo 18 y de Ouro Preto sobre Medidas Cautelares, Decisión CMC 27/94, artículo 2, consagran soluciones similares.

<sup>3</sup> En materia de extradición el Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo de 1889 ya contemplaba medidas de asistencia penal internacional consistentes en el “secuestro de los objetos concernientes al delito”, artículo 32. Igual solución es acogida por el Tratado de Montevideo de Derecho Penal Internacional de 1940, artículo 31; y posteriores convenios bilaterales y multilaterales vigentes en la materia.

convencional de la asistencia jurídica mutua en materia penal es aun relativamente reciente en el ámbito continental y regional.

El 23 de mayo de 1992 el vigésimo segundo Período Ordinario de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos aprueba, en Nassau, la Convención Interamericana sobre Asistencia Jurídica Mutua en Materia Penal<sup>4</sup>, en adelante, Convención de Nassau, texto que además del importante número de Estados que lo han ratificado, ha logrado un significativo impacto en el ámbito continental al haberse constituido, junto a otras convenciones<sup>5</sup>, en antecedente directo de distintos convenios bilaterales concluidos sobre el tema por los países de la región y, muy especialmente, del vigente Protocolo de San Luis de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre los Estados Partes del MERCOSUR, Decisión CMC 2/96<sup>6</sup>, en adelante, Protocolo de San Luis.

Cabe mencionar que además de la aprobación de distintas convenciones bilaterales y multilaterales reguladoras de la cooperación penal internacional en general, la mayoría de los Estados del continente se han vinculado a acuerdos de alcance ya universal, ya regional, que legislan sobre la asistencia penal en relación a determinados delitos. Así, en el ámbito global, las Convenciones de Naciones Unidas de Viena de 1988 sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, en adelante, Convención de Viena, aprobada por Uruguay por Ley 16.579 de 21.9.1994; de Palermo de 2000 contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en adelante, Convención de Palermo, aprobada por Uruguay por Ley 17.861 de 15.12.2004; de Mérida de 2003 contra la Corrupción, en adelante, Convención de Mérida, aprobada por Uruguay por Ley 18.056 de 20.11.2006; así como el Estatuto de la Corte Penal

---

<sup>4</sup> Aprobada por Uruguay por Ley 18.810 de 23.9.2011.

<sup>5</sup> Tales como la Convención de Naciones Unidas de 1988 sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, que en el artículo 7 prevé una completa regulación de la asistencia penal internacional en la materia.

<sup>6</sup> Aprobado por Uruguay por Ley 17.145 de 9.8.1999. Las soluciones de cooperación penal internacional consagradas por el Protocolo deben entenderse coadyuvantes y, en consecuencia, no excluyentes, de aquellas legisladas por convenios bilaterales y multilaterales, vigentes entre las Partes, reguladores de la asistencia penal respecto a delitos específicos.

Un Acuerdo de igual contenido sobre Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre los Estados Partes del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile, Decisión CMC 12/01, se encuentra vigente entre Argentina, Paraguay, Chile y Ecuador, que ha adherido.

Internacional, adoptado en Roma el 17.7.2002, Parte IX, “De la Cooperación Internacional y la Asistencia Judicial”, en adelante, Estatuto de la Corte Penal Internacional, aprobado por Uruguay por Ley 17.510 de 27.6.2002. A nivel interamericano corresponde señalar las Convenciones contra la Corrupción, adoptada en Caracas el 29.3.1966, aprobada por Uruguay por Ley 17.008 de 25.9.1998 y la Convención de Bridgetown de 2002 contra el Terrorismo, aprobada por Uruguay por Ley 18.070 del 11.12.2006. A lo expuesto cabe agregar que varios países de la región han concretado en los últimos veinte años normas de fuente nacional que de manera general, o en relación a determinadas categorías de delitos, regulan acerca de la asistencia jurídica en materia penal<sup>7</sup>.

### III. Ámbito de la cooperación penal internacional

El concepto de cooperación o asistencia jurisdiccional penal internacional comprende toda aquella actividad procesal desplegada en territorio de un Estado a solicitud o ruego de las autoridades competentes de otro y al servicio de un proceso penal incoado o a incoarse ante una jurisdicción extranjera, cuya finalidad es asegurar la realización de la justicia más allá de fronteras, evitando que estas se transformen en instrumento de la impunidad.

El auxilio jurisdiccional internacional penal, al igual que el civil, es susceptible de ser distinguido en distintos niveles o grados según su complejidad y el modo como su prestación pueda afectar los derechos de las personas y al propio Estado que brinda la asistencia. En tal sentido cabe señalar un primer nivel de asistencia, abarcativo de actuaciones tales como localización e identificación de personas, citaciones, notificaciones, intimaciones y emplazamientos, grado de cooperación en el que la

---

<sup>7</sup> Así, en el caso de Uruguay, si bien hasta el momento se carece de una normativa de fuente nacional que regule de modo general la cooperación penal internacional, encontrándose a estudio la elaboración de la misma, se han aprobado leyes que atienden el tema respecto a ciertos delitos, tales: Ley 17.016 de 22.10.1998, “Díctanse normas referentes a estupefacientes y sustancias que determinen dependencia física o síquica”, Capítulo XIII, artículos 75 a 80 inclusive; Ley 17.060 de 23.12.1988, “Díctanse normas referidas al uso indebido del poder público (Corrupción)”, Capítulo VII, “Ámbito Internacional”, artículos 34, 35 y 36; Ley 19.574 de 20.12.2017, “Actualización de la Normativa Vigente Referida al Lavado de Activos. Ley Integral contra el Lavado de Activos”, Capítulo IX, “De la Cooperación Penal Internacional”; etc.

entrayuda jurisdiccional afecta de modo mínimo al Estado que la brinda y los derechos de los justiciables y cuya prestación no implica mayor coerción y se verifica de modo cuasi instantáneo. Un segundo nivel está constituido por la cooperación probatoria. El diligenciamiento del auxilio probatorio se traduce en actuaciones de mayor complejidad, muy especialmente en materia penal, tales, toma de declaraciones a testigos, peritos y víctimas, ya en el Estado requerido, por las autoridades de éste o, actualmente, y de modo cada vez más frecuente, por las propias autoridades del Estado rogante actuantes a través del procedimiento de la video conferencia, ya en el Estado requirente; realización de inspecciones y registros; y la actuación de los denominados ECIs, equipos conjuntos de investigación.

La cooperación internacional de tercer grado refiere al auxilio cautelar, tipo de asistencia cuyo objeto en materia penal puede abarcar tanto la salvaguarda de los instrumentos y frutos del delito, cuanto asegurar la reparación del daño civil emergente de aquel.

El cuarto nivel de la asistencia penal comprende actividades de cooperación aún más complejas, vr.gr., incautación, disposición y transferencia, en su caso, de bienes decomisados.

Además de los tipos de entrayuda penal indicados, los modernos textos convencionales comprometen, a través de fórmulas amplias, la prestación de cualquier otro tipo de asistencia acorde con los fines de la asistencia penal intencional, los principios básicos del Derecho del Estado requerido y la no afectación de su orden público internacional<sup>8 9</sup>.

---

<sup>8</sup> Así lo resultante del artículo 2.k del Protocolo de San Luis; artículo 7. j de la Convención de Nassau; artículo 2. j de los Tratados bilaterales sobre Asistencia Penal Internacional que vinculan a Uruguay con España y Estados Unidos; etc. Textos relevantes de la asistencia penal internacional a nivel mundial como el Estatuto de Roma de la Corte Penal Intencional de 1998, artículo 93.1.l y la Convención de Viena. artículo 7.3, legislan similar solución.

<sup>9</sup> En referencia al orden público internacional, ver Capítulo VI, “Causales de denegación”, numeral 5, “Solicitudes contrarias al orden público internacional, seguridad, u otros intereses esenciales del Estado requerido”.

En Uruguay, la Ley 19.574 73, Capítulo IX “De la Cooperación Jurídica Penal Internacional”, artículo 73, “(Rechazo de las solicitudes)” y antes, la Ley 17.060, Capítulo VII, “Ámbito Internacional”, artículo 34, párrafo 5, también contemplan la posibilidad de rechazar la cooperación cuando la solicitud de asistencia afecte en forma grave el orden público, la seguridad u otros intereses esenciales del República.

#### IV. Parámetros

La asistencia penal internacional responde a principios específicos no coincidentes, necesariamente, aunque vinculados, con los del auxilio judicial internacional civil y comercial y con aquellos condicionantes de la extradición, máximo nivel de cooperación penal *latu sensu* y por consiguiente sometida a requerimientos más exigentes.

Entre las condiciones a las que se sujeta la actual asistencia penal intencional, cabe destacar:

##### IV.1. La asistencia penal intencional es un deber del Estado requerido, salvo excepciones de interpretación estricta<sup>10</sup>

Tradicionalmente se ha recurrido para justificar la cooperación jurisdiccional internacional a conceptos de reciprocidad, conveniencia o cortesía internacional, aun cuando la *comitas gentium*, en su origen, en el pensamiento de los estatutarios holandeses del siglo XVII, principalmente Voet y Huber, era una noción más vasta y profunda que la mera cortesía<sup>11</sup>.

La prestación de la asistencia jurisdiccional internacional se funda hoy en una práctica suficientemente asentada entre las naciones, que concibe que la justicia en tanto cometido esencial del Estado no puede verse frustrada por fronteras nacionales que se erijan en obstáculo al desarrollo de procesos incoados más allá de las mismas<sup>12</sup>. En tal sentido y con palabras que aún conservan plena vigencia, Alcalá Zamora señalaba, hace ya más de medio siglo: “el progreso incesante de los medios de comunicación y las cada día mayores relaciones mercantiles entre la naciones del

---

<sup>10</sup> Causales de denegación que serán analizadas en el Capítulo respectivo.

<sup>11</sup> Ulrico Huber, hablaba de una *comitas gentium* que en última instancia resultaba obligatoria, pues la fundaba “en el interés común y la convención tácita entre los pueblos”, MEIJERS, Eduard Maurits (1934) “L’Histoire des principes fondamentaux du Droit International privé à partir du Moyen Age spécialement dans L’Europe occidentale”, *Recueil des Cours*, T. 49, pp. 664 - 668.

<sup>12</sup> En coincidencia, entre otros, SENTÍS MELENDO, Santiago (1956) “El auxilio entre jueces de distinta jurisdicción”, *La Ley*, No. 49, Buenos Aires, p.70; MIAJA DE LA MUELA, Adolfo (1957) *Derecho Internacional Privado*, t. II, Madrid, p.459; etc.

mundo, son factores que contribuyen a fomentar y aun a exigir la cooperación entre los distintos Estados de la tierra”<sup>13</sup>.

La idea que el auxilio jurídico intencional no se encuentra sujeto a una decisión discrecional de la autoridad rogada, sino que se funda en el deber de prestarlo, es acogida en el ámbito de la cooperación jurisdiccional en materia civil, *latu sensu*, en el Mercosur por el Protocolo de Las Leñas de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional Internacional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, Decisión CMC 05/92, en adelante Protocolo de las Leñas, artículo 14, parte final, al imponer al Estado rogado la obligación de comunicar al requirente los motivos del incumplimiento total o parcial de la asistencia (Tellechea Bergman, 2010, p.16).

En coincidencia, en materia penal, los actuales desarrollos convencionales imponen al país rogado el deber de informar las razones en las que funda la denegación de asistencia. Así lo establecen, la Convención de Nassau artículo 26. d, párrafo segundo y el Protocolo de San Luis, artículos 5.2 y 11.3, y a nivel universal, entre otros, el Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 93.6; Convención de Viena, artículo 7.16; Convención de Palermo, artículo 18. 23; Convención de Mérida, artículo 46. 23; etc.

#### **IV.2. En tanto se trata de cooperación entre Estados, no se faculta a autoridades o particulares pertenecientes al país requirente a llevar a cabo en el requerido actuaciones que conforme a la ley de éste estén reservadas a sus propias autoridades**

En conformidad, entre otros, lo dispuesto por el Protocolo de San Luis, artículo 1, numeral 5; Convención de Nassau, artículo 2, parágrafo dos; Tratado de Asistencia Jurídica Mutua en asuntos Penales entre el Gobierno de la República Oriental del Uruguay y el Gobierno de los Estados Unidos de América, en adelante, Tratado Uruguay - Estados Unidos, artículo 1, numeral 3; etc. Ídem, en Uruguay, Ley 19.574, artículo 74.

---

<sup>13</sup> Opinión citada por CAPELLETTI, Mauro (1975) “Riconoscimento delle sentenze straniere e basi ideologiche della interpretazione giurídica”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año VIII, (22 - 23), p.133.

Sin perjuicio de lo expuesto y con finalidad de posibilitar una asistencia más eficiente, se admite que las autoridades competentes del Estado requirente puedan estar presentes y participar en el diligenciamiento de la cooperación, en la medida que no lo prohíba la legislación del Estado rogado y haya expreso consentimiento de las autoridades de éste al respecto, Convención de Nassau, artículo 16, parte final. El Protocolo de San Luis, artículo 17, numeral 3, prevé que las autoridades competentes del Estado requirente puedan estar presentes durante la recepción de testimonios en el Estado requerido y formular preguntas, siempre que esto último estuviere permitido y se realice de conformidad con las leyes del mismo.

Asimismo los desarrollos contemporáneos en materia de asistencia penal internacional contemplan la posibilidad de la actuación de autoridades competentes extranjeras, aunque siempre bajo la dirección de las autoridades del Estado requerido, en el ámbito de la actuación de los denominados “equipos conjuntos de investigación”, tal lo previsto por el Convenio celebrado de conformidad con el artículo 34 del Tratado Relativo a la Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la Unión Europea, de 29.5.2000, artículo 13, y en lo regional, por el aún no vigente, Acuerdo Marco de Cooperación Entre los Estados Partes del Mercosur y Estados Asociados Para la Creación de Equipos Conjuntos de Investigación, Decisión CMC 22/10. Cabe señalar que las Convenciones de Viena, artículo 9.c; Palermo, artículo 19; y Mérida, artículo 49, también prevén la actuación de equipos conjuntos de investigación.

#### **IV. 3. El deber de cooperar está condicionado a que las solicitudes de asistencia emanen de autoridades competentes encargadas de la investigación o enjuiciamiento del delito en el Estado exhortante**

Se trata de una fórmula flexible, que establece la obligación de prestar auxilio ante pedidos provenientes de procedimientos en los que la investigación sea llevada a cabo ya por el juez, procesos penales inquisitivos, ya en aquellos en que la misma sea llevada adelante por el Ministerio Público, procesos penales acusatorios. El artículo 4 del Protocolo de San Luis prevé expresamente al respecto, que los pedidos de

asistencia provengan de “las autoridades judiciales o del Ministerio Público del Estado requirente encargados del juzgamiento o investigación del delito”. La Convención de Nassau dispone, más ampliamente, que la solicitud pueda proceder “de las autoridades encargadas de la investigación o enjuiciamiento del delito, artículo 4.

En coincidente posición garantista, en Uruguay, la Ley no. 19.574, “Actualización de la Normativa Vigente Referida al Lavado de Activos. Ley Integral Contra el Lavado de Activos”, en adelante, Ley 19.574, artículo 27, “Intercambio de Información”, literal c, dispone: “Los antecedentes suministrados únicamente podrán ser utilizados en un proceso penal o administrativo en el Estado requirente, previa autorización del tribunal penal competente de nuestro país, la que se otorgará de acuerdo con las normas de cooperación jurídica internacional...”. Solución acogida con anterioridad, por las Leyes 18.494 de 5.6.2009 sobre “Control y Prevención del Lavado de Activos y del Financiamiento del Terrorismo”, artículo 7.c y 17.835 de 23.9.2004, “Sistemas de Prevención y Control del Lavado de Activos y de la Financiación del Terrorismo”, artículo 7.c.

#### IV.4. La exigencia de doble incriminación y sus límites

La condición constituye una garantía esencial al principio de libertad, impidiendo la violación de la regla *nula poena sine lege* y supone que las conductas delictivas tengan semejantes descripciones típicas tanto en el derecho del Estado requirente como en el del requerido, debiendo en definitiva el tribunal rogado constatar, como dice Joao M. de Araujo Júnior, que la conducta constituya delito en ambos países mas allá de su *nomen iuris* (Araújo Júnior, 1994). Posición prevalente en la jurisprudencia y doctrina actuales<sup>14</sup>.

Empero, en relación a los niveles de cooperación penal más simples, tales, mero trámite -notificaciones, citaciones, intimaciones, emplazamientos, identificación y

---

<sup>14</sup> Así, en Uruguay, Vista de Fiscalía Nacional en lo Penal de 10 Turno, de 18.5.2001, referida a asistencia penal internacional solicitada por autoridades competentes de Estados Unidos de América, en la que se señalara: “al respecto la Fiscalía advierte en primer lugar que ha sido su posición desde siempre que la misma (la existencia de doble incriminación), consiste en que el hecho imputado constituya delito para ambos Estados (requirente y requerido), no requiriéndose en cambio el mismo *nomen iuris* para los delitos, sino que se trate del mismo bien jurídico tutelado”.

localización de personas- y diligenciamiento de pruebas referidas a toma de declaraciones, la asistencia se presta a condición, meramente, que las conductas que determinan la investigación o el procesamiento estén tipificadas como delito en el ordenamiento del Estado requirente.

La exigencia de la doble incriminación es requerida, en cambio, en el caso de inspecciones, registros y auxilios de tercer y cuarto grado, niveles éstos susceptibles de afectar fuertemente al ordenamiento jurídico requerido y los derechos de los justiciables. La condición de la doble incriminación y sus límites, es regulada por el Protocolo de San Luis, artículo 1.4 y la Convención de Nassau, artículo 5, así como a nivel bilateral, entre otros, por el Tratado Uruguay - Estados Unidos, artículo 1.2.

## V. Diligenciamiento

### V.1. Ley aplicable

Las solicitudes de cooperación penal internacional son diligenciadas por las autoridades competentes del Estado requerido, en principio, de acuerdo a sus leyes. No obstante, se admite que a pedido de la autoridad competente requirente la asistencia pueda ser tramitada de conformidad con formas y procedimientos especificados en la solicitud, a menos que éstos resulten incompatibles con la legislación del Estado rogado. La solución atiende a la esencia de la cooperación jurisdiccional internacional, destinada a tener trascendencia en el Estado rogante, a cuyos efectos puede resultar necesario observar en su tramitación formas procesales propias del derecho del país rogante del auxilio. En lo referido a la cooperación en materia civil *latu sensu*, la solución fue acogida ya desde comienzos del siglo veinte por las Convenciones de La Haya y en el en el ámbito continental, desde las Convenciones Interamericanas de Panamá de 1975, CIDIP I, sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, artículo 10, párrafo segundo; y sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, artículo 6, siendo recibida en la región por el Protocolo de Las Leñas, artículo 12, párrafo segundo<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Un Acuerdo espejo entre los Estados Partes del MERCOSUR y la República de Bolivia y la República de Chile, artículo 12, párrafo segundo, consagra igual solución. En igual sentido, el Código General del

En lo atinente a la asistencia penal internacional reciben la solución, entre otros, el Protocolo de San Luis, artículo 7, numeral 2; Convención de Nassau, artículo 10, parte final; Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 99.1; Convención de Viena, artículo 7.12; Convención de Palermo artículo 18.17; Convención de Mérida, artículo 17; así como diversos tratados bilaterales, tal el concluido por Uruguay con Estados Unidos, artículo 7, numeral 3; etc. Convenios que admiten la tramitación de la cooperación de acuerdo a la ley del requirente siempre que ello no resulte incompatible con las bases esenciales del ordenamiento jurídico del exhortado, situación de planteo cada vez más excepcional, dada la creciente coincidencia sustancial de los ordenamientos procesales penales de la región.

## V.2. Costos

La gratuidad en la asistencia judicial internacional conoce a nivel regional un valioso y lejano antecedente en el Acuerdo Ampliatorio del Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889 concluido entre Uruguay y Argentina en Montevideo el 7.9.1903, canjeadas las ratificaciones en Buenos Aires el 4.10.1907<sup>16</sup>, cuyo artículo 3 consagró la gratuidad en la tramitación de las rogatorias libradas de oficio; solución también recibida por el Convenio entre Uruguay y Paraguay Ampliatorio del Tratado de Derecho Procesal de Montevideo de 1889, celebrado el 28.2.1915, canjeadas las ratificaciones el 4.10.1922, artículo 2, párrafo segundo, que extiende especialmente la gratuidad a la materia criminal.

Los Convenios sobre Igualdad de Trato procesal y Exhortos concluidos a principios de los años ochenta del siglo pasado por Uruguay con Argentina y Chile, respectivamente, artículos 10 y 11, reciben también el criterio de la gratuidad.

El actual Derecho Internacional Privado interamericano acoge la gratuidad en los Protocolos Adicionales de Montevideo de 1979 a la Convención de 1975 sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, artículo 5, y de La Paz, 1984, a la Convención sobre

---

Proceso de Uruguay, Libro Segundo, Título X, "Normas Procesales Internacionales", artículo 527.3, párrafo segundo.

<sup>16</sup> Aprobado por Uruguay por ley 3163 de 31.5.1907.

Recepción de Pruebas en el Extranjero, artículo 6. En el espacio MERCOSUR el principio de la gratuidad es recibido por el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional Internacional y el similar Acuerdo entre los Estados Partes del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile, artículo 15 de ambos textos, excepto que se soliciten medidas probatorias que ocasionen erogaciones especiales o se designen profesionales para su diligenciamiento, casos en los cuales se deberá consignar la persona que en el Estado rogado se hará cargo de los gastos y honorarios devengados.

En materia de cooperación penal, asumiendo la realización de la justicia como cometido esencial del Estado y a la asistencia penal internacional como un aspecto de la misma, se ponen a cargo del país rogado los gastos de diligenciamiento, con excepción de aquellos correspondientes a pericias, traducciones, derivados del empleo de formas y procedimientos especiales, traslado de personas requeridas para prestar declaración en el extranjero, gastos extraordinarios, así como los emergentes de la actuación de equipos conjuntos de investigación, los que estarán a cargo del Estado requirente.

La Convención de Nassau, artículo 29 y el Protocolo de San Luis, artículo 13, prevén la gratuidad en materia de asistencia penal internacional a nivel continental y regional y en el ámbito de Naciones Unidas, lo hacen las Convenciones de Viena, artículo 7.19; Palermo, artículo 18.28; Mérida, artículo 46.28; así como el Estatuto de Roma, artículo 100.

### V.3. Especificidad

Las informaciones o pruebas proporcionadas a través de la cooperación penal internacional, salvo consentimiento del Estado rogado, sólo podrán ser utilizadas por el Estado requirente en la investigación o el procedimiento para el cual hubieren sido solicitadas. Principio de la especialidad, de amplia recepción en la materia, consagrado, entre otros, por el Protocolo de San Luis, artículo 12.1; Convención de Nassau, artículo 25, párrafos primero y segundo; Convenciones de Viena, artículo 7.13; Palermo, artículo 18.19; Mérida, artículo, 46.19; etc.

#### V.4. Confidencialidad o reserva

A solicitud del Estado requirente la cooperación deberá prestarse con carácter confidencial, excepto que ello obste a la prestación del auxilio, situación en relación a la cual el requerido deberá informar al requirente, quien en definitiva decidirá, si insiste en la solicitud, Protocolo de San Luis, artículo 10; Convención de Viena, artículo 7.14; Convención de Palermo, artículo 18.20; Convención de Mérida, artículo 46.20; Tratado bilateral de Uruguay con Estados Unidos, artículo 9; etc. Asimismo, algunos convenios autorizan a las autoridades competentes del país requerido a solicitar que la prueba o información proporcionada tengan carácter reservado. El Estado requirente deberá respetar en tales casos dicha condición y si no pudiere aceptarla lo comunicará a la autoridad requerida, la que decidirá sobre la pertinencia de prestar la asistencia; tal lo previsto, entre otros, por el Protocolo de San Luis, artículo 12.2; Convención de Nassau, artículo 25 *in fine*; etc.

#### V.5. Aplazamiento o condicionamiento de la asistencia

Los actuales desarrollos convencionales reconocen competencia a las autoridades del Estado rogado para aplazar el cumplimiento de la asistencia o sujetarla a condiciones, en caso que la misma interfiera con procedimientos penales en curso en su territorio. Respecto al diligenciamiento de la cooperación bajo condiciones, el Estado requerido deberá consultar al requirente, Protocolo de San Luis, artículo 9; Convención de Nassau, artículo 11; Convención de Viena, artículo 7.17; Convención de Palermo, artículo 18, numerales 25 y 26; Convención de Mérida, artículo 46, numerales 25 y 26. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, artículo 94, también contempla, bajo ciertos parámetros, la posibilidad de aplazamiento de las solicitudes de asistencia que interfieran con investigaciones o enjuiciamientos en curso.

### VI. El rol de las Autoridades Centrales

Con finalidad de agilizar y tecnificar la tramitación de las solicitudes de asistencia penal internacional, las actuales regulaciones convencionales y de fuente nacional consagran la actuación de las Autoridades Centrales como organismos especializados en torno a los cuales gira la cooperación.

El origen de las Autoridades Centrales se encuentra en el ámbito de la asistencia jurisdiccional internacional civil y comercial, siendo previstas inicialmente en los Convenios de la Haya de 1965 sobre Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales o Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial y de 1970 sobre Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial. En el continente americano se recurre a la Autoridades Centrales desde las Convenciones Interamericanas de 1975 sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y Recepción de Pruebas en el Extranjero, textos con alto número de ratificaciones. El Protocolo de las Leñas hace de las Autoridades Centrales el pivote en torno al cual gira la asistencia jurisdiccional internacional en el MERCOSUR. El empleo de la vía Autoridad Central elimina farragosos encadenamientos burocráticos para la transmisión de las solicitudes de cooperación jurisdiccional, propios de las tradicionales vías diplomática o consular, permitiendo la rápida comunicación entre la autoridad requirente del auxilio y aquella encargada de su diligenciamiento.

La Convención de Nassau y el Protocolo de San Luis prevén la Autoridad Central, artículo 3 de ambos textos, como el instrumento para la transmisión y recepción de las solicitudes de asistencia penal internacional, regulando el Protocolo cuidadosamente su actuación en los artículos: 8, diligenciamiento con prontitud de las solicitudes recibidas; 11.3, información inmediata a la autoridades requirentes de las razones por las cuales la solicitud no hubiere podido ser cumplida, en todo o en parte; y 25, exoneración en los documentos públicos transmitidos a través de las Autoridades Centrales de legalización o cualquier otra formalidad análoga para acreditar la autenticidad. Diferentes convenios multilaterales y bilaterales vigentes para los países de la región en materia de cooperación penal internacional, contemplan la actuación

de las Autoridades Centrales en la transmisión y recepción de las solicitudes de asistencia penal<sup>17</sup>.

En el contexto de la cooperación jurisdiccional de Uruguay con Argentina y Brasil, así como con otros países, se ha comenzado a utilizar entre las Autoridades Centrales el empleo de los medios electrónicos tanto para la transmisión de las solicitudes de asistencia, como en relación a otras comunicaciones referidas a las mismas. Posibilidad que cuando las Autoridades Centrales fueran creadas en los años sesenta y setenta del siglo veinte por las Convenciones de la Haya e Interamericanas no era previsible, pero que hoy constituye una realidad que permite a través de las actuales tecnologías contactos instantáneos y seguros, capaces de acreditar la autenticidad de las comunicaciones. Al respecto cabe recordar que en el MERCOSUR el Protocolo de San Luis consagra una solución avanzada para su época, previendo que las solicitudes de cooperación puedan ser transmitidas “por télex, facsímil, correo electrónico o similares”, artículo 6.2. Los Principios de ASADIP Sobre Acceso Transnacional a la Justicia, disponen al respecto: “En los actos de cooperación jurídica internacional, los jueces y demás operarios de la justicia procurarán y favorecerán el uso de nuevas tecnologías de información y comunicación a su disposición, tales como comunicaciones telefónicas y videoconferencias, mensajes electrónicos y cualquier otro medio disponible, siempre que se garantice la seguridad de las comunicaciones.” El Protocolo Iberoamericano sobre Cooperación Jurídica Internacional, aprobado en Santiago de Chile en 2014 por la XVII Cumbre Judicial Iberoamericana<sup>18</sup>, también contempla el uso de los medios electrónicos, al enunciar los “Principios Básicos en Materia de Cooperación Judicial Internacional”, numeral 6<sup>19</sup>.

## VII. Causales de denegación de la cooperación

---

<sup>17</sup> Tales, Convención de Viena, artículo 7.8; Convención de Palermo, artículo 18.13; Convención de Mérida, artículo 46.13; etc.

<sup>18</sup> La Cumbre Judicial Iberoamericana reúne a los Presidentes de la Cortes y Tribunales Superiores de Justicia, así como de los Consejos de la Judicatura y Magistratura de los 23 países que la componen.

<sup>19</sup> El Protocolo Iberoamericano sobre Cooperación Judicial Internacional fue declarado con valor de Acordada, por la Suprema Corte de Justicia de Uruguay con fecha 20.8.2014.

Si bien la prestación de la cooperación penal internacional hoy es concebida como un deber entre los Estados, en la medida que dicho auxilio refiere a una materia que como la penal puede llegar a afectar derechos fundamentales de los individuos y comprometer cuestiones de singular incidencia en el ordenamiento requerido, se encuentra sujeta a excepciones limitadas, de interpretación estricta, varias de ellas con origen en los textos reguladores de la modalidad más antigua de entreatyada penal internacional *latu sensu*, la extradición. Motivos de denegación de la cooperación que deberán ser informados fundadamente por el Estado requerido al requirente. Así lo dispuesto por el Protocolo de San Luis, artículo 5.2; Convención de Viena, artículo 7.16; Convención de Palermo, artículo 18.23; Convención de Mérida, artículo 46.23; artículo 5.3; etc.

#### **VII.1. Delitos que la Parte rogada califique como políticos, conexos a delitos políticos o perseguidos con fines políticos y delitos tipificados en la legislación militar pero no en el derecho penal del Estado requerido**

Se trata de excepciones con antecedentes en los convenios clásicos en materia penal al tratar acerca de la extradición, desde los Tratados de Derecho Penal Internacional de Montevideo de 1889, artículo 23, delitos políticos, y de 1940, artículo 20, literales d, e, f, delitos políticos, y g, delitos militares, que hoy son recibidas por los actuales textos regionales e interamericanos sobre asistencia penal internacional, Protocolo de San Luis, artículo 5, literales a y b; Convención de Nassau, artículos 8 y 9 literal c; al igual que por diferentes tratados bilaterales vigentes en la materia.

En sentido lato pueden considerarse como delitos de naturaleza política aquellos cometidos con propósitos de alcanzar, ampliar o conservar, el poder político.

En tanto que los tratados y las legislaciones nacionales usualmente no definen el delito político y tampoco ofrecen un catálogo de los mismos, sin perjuicio de enumerar conductas que por su gravedad corresponde excluir de la categoría, es menester definir a qué Estado ha de corresponder calificar la conducta delictiva motivo del pedido de cooperación como de índole política. En el ámbito interamericano y del Mercosur la cuestión es resuelta previéndose que el Estado

requerido podrá rechazar la asistencia cuando, a su juicio, se den las causales de denegación; tal lo dispuesto, por la Convención de Nassau, acápite del artículo 9; Protocolo de San Luis, acápite del artículo 5. En el mismo sentido cabe recordar que los Acuerdos de Extradición entre los Estados Partes del MERCOSUR, Decisión CMC 14/98 y de los Estados Partes del MERCOSUR con Bolivia y Chile, Decisión CMC 15/98<sup>20</sup>, artículo 5.1 de los mismos; así como diversos tratados bilaterales en la materia, Tratados de Extradición de Uruguay con Argentina<sup>21</sup>, artículo 4.1; y de Uruguay con Chile<sup>22</sup>, artículo 5.1; etc., disponen que la calificación corresponde a las autoridades del Estado requerido. Cabe tener presente al respecto, que la mera invocación de un fin o motivo político no implica, necesariamente, que la conducta delictiva deba ser calificada como de naturaleza política.

A las razones que vinculan la causal de improcedencia al argumento referido a que al delito político tradicionalmente se le ha asociado con la idea de resistencia a la opresión, corresponde añadir fundamentos que hacen a la necesidad de asegurar básicas garantías procesales y al peligro que las mismas puedan faltar en solicitudes de asistencia libradas en las circunstancias que rodean a los delitos políticos, cuanto que, como se ha dicho, en estos casos el Estado requirente podría llegar a manipular hechos y datos, “preparando un delito a la medida” (PERUGINI ZANETTI, 2009).

De la excepción de los delitos políticos distintos desarrollos convencionales excluyen de la misma, por su gravísima afectación a los derechos humanos, los delitos de genocidio, terrorismo y crímenes de guerra. Tal lo expresamente previsto, entre otros, por los Tratados de Extradición celebrados por Uruguay con Argentina, artículo 4.2; Chile, artículo 5.2; España, artículo 4.2; y los Acuerdos de Extradición concluidos entre los Estados Partes del MERCOSUR y entre los Estados Partes del Mercosur con Bolivia y Chile, artículo 5.2 de los mismos.

---

<sup>20</sup> Aprobados por Uruguay, respectivamente, por Leyes 17.499 y 17.498 de 27.5.2009.

El Acuerdo de Extradición entre los Estados Partes del MERCOSUR se encuentra vigente entre Brasil, Paraguay y Uruguay. Argentina no lo ha aprobado en razón de su oposición al artículo 11, que admite, bajo ciertas condiciones, el rechazo a la extradición de los nacionales.

El Acuerdo de Extradición entre los Estados Partes del MERCOSUR y la República de Bolivia y la República de Chile rige entre Brasil, Paraguay y Uruguay, con Bolivia, Chile y Ecuador, que adhirió.

<sup>21</sup> Aprobado por Uruguay por Ley 17.225 de 3.1.2000, en vigor desde el 10.6.2001.

<sup>22</sup> Aprobado por Uruguay por Ley 17.226 de 3.1.2000.

En relación a los delitos militares, únicamente la cooperación podrá ser denegada, cuando las autoridades competentes del Estado requerido constaten que la solicitud refiere a una conducta tipificada como delito en su normativa militar, pero no en su legislación penal ordinaria.

### **VII.2. Procesos penales que respondan a razones discriminatorias**

Textos actuales como la Convención de Nassau, artículo 9.b, contemplan la denegación de la cooperación cuando la autoridad competente entienda que existen fundados motivos para estimar que la solicitud es presentada con motivo de someter a investigaciones, procesar, perseguir o castigar de cualquier forma, a persona o grupos de personas por razones de raza, sexo, condición social, nacionalidad, religión o ideología.

### **VII.3. Delitos tributarios**

En relación a tal tipo de delitos se contempla la excepción de cooperar en razón del carácter predominantemente territorialista del derecho tributario y que los acuerdos de convergencia normativa son aún limitados en la materia, por lo que se ha considerado conveniente evitar que la potestad tributaria de un Estado pueda ejercerse vía oblicua en otro país en base a solicitudes de cooperación penal internacional. No obstante, la denegación de auxilio en el tema no es absoluta. De acuerdo a la doctrina más recibida en la región, plasmada en distintos tratados como la Convención de Nassau, artículo 9, literal f y en acuerdos bilaterales, vr. gr., los celebrados por Uruguay con Estados Unidos y España, artículo 5.1.c de los mismos, se acepta que el auxilio procede cuando el ilícito tributario que motiva la solicitud ha sido cometido a través de declaraciones intencionalmente falsas o por omisión intencional, con finalidad de ocultar ingresos provenientes de otros delitos perseguibles. El Protocolo de San Luis regula la excepción, artículo 5.1.c, aun cuando sin consagrar, a texto expreso, tal límite.

Las Convenciones de Naciones Unidas de Palermo, artículo 18.22 y de Mérida, artículo 46.22, disponen, específicamente, que los Estados no podrán denegar la asistencia penal únicamente por considerar que el delito entraña cuestiones tributarias.

#### **VII.4. Que la persona en relación a la cual se solicita la asistencia haya sido absuelta o haya cumplido condena en el Estado requerido por el mismo delito que motiva la solicitud**

La excepción no podrá ser invocada, sin embargo, para denegar cooperación en relación a otras personas. La causal supone la recepción del tradicional principio *non bis in ídem*, que se funda en el respeto hacia la sentencia, absolutoria o de condena, dictada en el Estado requerido. La condición es acogida, entre otros, por el Protocolo de San Luis, artículo 5.1.d; Convención de Nassau, artículo 9.a; etc.

Respecto a la interrogante referida a si en el ámbito de la excepción corresponde incluir hipótesis como las del indulto, gracia, amnistía u otras situaciones asimilables, que suponen la renuncia del Estado requerido a ejercer su potestad punitiva respecto a los hechos delictivos en los que se funda la solicitud de asistencia, cabe recordar que en relación al máximo nivel de entreatyada penal internacional, *latu sensu*, que es la extradición, los Acuerdos concluidos entre los Estados Partes del MERCOSUR y entre los Estados Partes del MERCOSUR y la República de Bolivia y la República de Chile, artículo 7, incluyen expresamente tales excepciones.

#### **VII.5. Solicitudes contrarias al orden público internacional, seguridad, u otros intereses esenciales del Estado requerido**

Se trata de hipótesis clásicas de defensa del ordenamiento jurídico rogado en materia de asistencia jurídica internacional en general y de cooperación penal internacional en particular, acogidas en la materia por el Protocolo de San Luis, artículo 5.1.e; Convención de Nassau, artículo 9.e; Convenciones de Viena, artículo 7.15.b; Palermo, artículo 18.21.b; Mérida, artículo 46,21. b; y otras.

El Estatuto de Roma como modo de conciliar la defensa de los fundamentos del derecho del Estado requerido con el deber de cooperación internacional, dispone que el Estado rogado celebre sin demoras consultas con la Corte para tratar de resolver la cuestión, debiéndose considerar si se puede prestar la asistencia de otra manera o con sujeción a condiciones, artículo 93.3.

El concepto de orden público internacional en tanto noción clave para la tutela de los principios esenciales y en consecuencia inconculcables de un ordenamiento jurídico en hipótesis de grave afectación por la aplicación de un derecho extranjero o por el diligenciamiento de actos de cooperación jurídica internacional, adquiere especial relevancia en materia de asistencia penal internacional. Si bien el principio es la cooperación, ella reconoce como límite, lógico, la defensa del ordenamiento jurídico rogado cuando las bases del mismo se vieran afectadas de modo grave, concreto y manifiesto. A efectos de evitar excesos en la aplicación de la excepción, incongruentes con un proceso de integración en la realización de la justicia cada vez más intenso entre los Estados, cabe tener presente la “Declaración de Uruguay”, limitativa del alcance del orden público internacional, de autoría del Prof. Opertti, emitida al momento de suscribir la República la Convención Interamericana de Montevideo de 1979 sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado -cuyo artículo 5 regula la excepción- en la que se precisa: “...por consecuencia, a juicio de la República Oriental del Uruguay, la fórmula aprobada comporta una autorización excepcional a los distintos Estados Partes para que en forma no discrecional y fundada, declaren no aplicables los preceptos de la ley extranjera, cuando éstos ofendan en forma grave, concreta y manifiesta, normas y principios esenciales de orden público internacional en los que cada Estado asienta su individualidad jurídica”<sup>23</sup>. Conceptos que el Derecho Internacional Privado de fuente nacional uruguayo ha plasmado en el Código General del Proceso, Libro II, Título X, “Normas Procesales Internacionales”, Capítulo I, “Principios Generales”, artículo 525.5<sup>24</sup>, así como en la reciente Ley General de

---

<sup>23</sup> De conformidad con lo recuperado de: <https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-42.html>

<sup>24</sup> Artículo 525.5, “Los tribunales sólo podrán declarar inaplicables los preceptos de la ley extranjera, cuando éstos contraríen manifiestamente los principios esenciales del orden público internacional en los que la República asiente su individualidad jurídica.

Derecho Internacional Privado, Capítulo I, “Normas Generales”, artículo 5, “Orden Público Internacional”, “Los tribunales u otras autoridades competentes, mediante decisión fundada, declararán inaplicables los preceptos de la ley extranjera cuando ellos contraríen en forma grave, concreta y manifiesta, principios fundamentales de orden público internacional en los que la República asienta su individualidad jurídica.

Entre otras, esta situación tendrá lugar cuando la aplicación del derecho extranjero resulte inconciliable con los derechos fundamentales consagrados en la Constitución de la República y en las convenciones internacionales de las que la República sea parte”

Tales, algunas consideraciones referidas a la esencia de la cooperación jurídica internacional en materia penal en el actual derecho convencional vigente en el ámbito del MERCOSUR y la región.

### Bibliografía

- ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello (1994). *La Extradición. VV. AA. Curso de Cooperación Penal Internacional*. Valença - Río de Janeiro, Montevideo: Carlos Álvarez Editor.
- CAPELLETTI, Mauro (1975). Riconoscimento delle sentenze straniere e basi ideologiche della interpretazione giurídica. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año VIII, (22 – 23).
- LAVASSEUR, Georges (1970). Du nouveau en matière d’extradition?. *Travaux du comité français de Droit International Privé* (27 – 30).
- MEIJERS, Eduard Maurits (1934). L’Histoire des principes fondamentaux du Droit International privé à partir du Moyen Age spécialement dans L’Europe occidentale. *Recueil des Cours* (49)
- MIAJA DE LA MUELA, Adolfo (1957). *Derecho Internacional Privado*, T. II, Madrid.

---

Entre otras, esta situación tendrá lugar cuando la aplicación del derecho extranjero resulte inconciliable con los derechos fundamentales consagrados en la Constitución de la República y en las convenciones internacionales de las que la República sea parte”.

- OPERTTI BADÁN, Didier (1994). Caracterización de la Moderna Cooperación Penal Internacional con Especial Referencia a los Últimos Desarrollos Convencionales en el Ámbito Multilateral y Bilateral. *VV.AA. Curso de Derecho Penal*. Valença - Río de Janeiro, Montevideo: Carlos Álvarez Editor.
- PERUGINI ZANETTI, Alicia (2009). Capítulo XVI, Derecho Internacional Penal y Derecho Internacional Fiscal. GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho Internacional Privado - Derecho de la Tolerancia*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- QUINTANO RIPOLES, A. (1957). *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, T. II. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto Francisco De Victoria.
- ROUX, J. A (1932). *L'entraide des Etats dans la lutte contre la criminalité*. Recueil des Cours (36)
- SENTÍS MELENDO, Santiago (1956). El auxilio entre jueces de distinta jurisdicción. *La Ley* (49). Buenos Aires.
- TELLECHEA BERGMAN, Eduardo (2010). *Derecho Internacional Privado*. Montevideo, Uruguay: La Ley.
- TELLECHEA BERGMAN, Eduardo (2003). *Asistencia Jurídica internacional en Materia Penal - Marco conceptual y normativo*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

## El cansino avance de la protección del consumidor en el MERCOSUR

The tiresome advance of consumer protection in MERCOSUR

Por Dra. Amalia Uriondo Martinoli

**Resumen:** La creciente integración económica, la apertura de los mercados, el incremento del turismo, el comercio electrónico, entre otros factores, inciden en la internacionalización de las relaciones de consumo y en la necesidad de establecer un equilibrio entre la protección del consumidor y la integración económica de los mercados. Si observamos los años transcurridos con un sentido crítico podemos ver que las iniciativas desarrolladas para garantizar un nivel mínimo de protección a los derechos del consumidor en el MERCOSUR, son tareas que se arrastran por tiempo indefinido, cuya carencia o deficiencia constituyen, correlativamente, uno de los mayores obstáculos al esfuerzo integracionista del Tratado de Asunción.

**Palabras clave:** consumidor internacional- tutela efectiva de sus derechos- libre circulación de productos y de servicios

**Abstract:** The growing economic integration, the opening of markets, the increase in tourism, electronic commerce, among other factors, affect the internationalization of consumer relations and the need to establish a balance between consumer protection and economic integration of the markets. If we look at the years that have passed with a critical sense, we can see that the initiatives developed to guarantee a minimum level of consumer rights protection in MERCOSUR, are tasks that drag on for an indefinite time, whose lack or deficiency constitutes, correlatively, one of the greatest obstacles to the integrationist effort of the Treaty of Asunción.

**Keywords:** international consumer- effective protection of their rights- free movement of goods and services

Fecha de recepción: 30/09/21

Fecha de aceptación: 05/10/21



## El cansino avance de la protección del consumidor en el MERCOSUR

Por Dra. Amalia Uriondo Martinoli\*

### I. Escenario

Desde la década del 70, luego de haber transitado un largo camino de acuerdos comerciales bilaterales que fueron cimentando el proceso de integración regional, el 26 de marzo de 1991 los representantes de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay deciden suscribir el Tratado de Asunción que sienta las bases de un mercado común cuatripartito: el MERCOSUR. Se trata de un proceso de integración de carácter intergubernamental, abierto y dinámico, cuya intención principal ha sido propiciar un espacio común que generara oportunidades comerciales y de inversiones a través de la integración competitiva de las economías nacionales al mercado internacional, acompañado de una armonización legislativa. Los objetivos son: a) el establecimiento al 31 de diciembre de 1994 de un Mercado Común que se denominará MERCOSUR; b) la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos; c) el establecimiento de un arancel externo común; y d) asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados Partes.

El Tratado de Asunción tiene vocación regional, pues queda abierto a la adhesión de los otros Estados miembros de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), creada por el Tratado de Montevideo de 12 de agosto de 1980, que entró en vigencia el 18 de marzo de 1981. La instancia de apertura tuvo como resultado que Chile formalizara su asociación al Mercosur el 25 de junio de 1996 durante la X Reunión de Cumbre del MERCOSUR en San Luis (Argentina) a través de la suscripción del Acuerdo de Complementación Económica MERCOSUR- Chile; el

---

\* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, Categoría I Docente-investigador, Directora de la Carrera de Especialización en Derecho de Familia, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, profesora de derecho internacional privado en carreras de posgrado en Universidades públicas y privadas, autora de libros, capítulos y artículos de la especialidad. martinoliamalia1@gmail.com

Estado Plurinacional de Bolivia estipula su adhesión al bloque el 17 de diciembre de 1996 durante la XI Reunión de Cumbre del MERCOSUR, en Fortaleza (Brasil) por el Acuerdo de Complementación Económica Mercosur-Bolivia; Perú establece su adhesión al bloque en el 2003 al rubricar el Acuerdo de Complementación Económica Mercosur- Perú; Colombia, Ecuador y Venezuela se adhieren al Mercosur en 2004 mediante la firma del Acuerdo de Complementación Económica Mercosur- Colombia, Ecuador y Venezuela.

Asimismo, pueden ser Estados Asociados aquellos países con los que el MERCOSUR celebre Acuerdos de Alcance Parcial con otros países y áreas de integración económica de América Latina, que representan algunos de los mecanismos previstos por el Tratado de Montevideo de 1980 para ir avanzando en el proceso de integración. Tal es el caso de la República Cooperativa de Guyana y la República de Surinam. Cabe mencionar también los múltiples acuerdos firmados con países y grupos de países de tipo comercial, político, migratorio, laboral, agropecuario, cultural, social o de cooperación. Desde sus inicios, se ha promovido como pilares fundamentales de la integración los principios de democracia y de desarrollo económico, sin olvidar el objetivo de fortalecer los Derechos Humanos como eje fundamental de la identidad e integración regional mediante la cooperación y coordinación de políticas públicas.

La fragilidad del esquema institucional se exteriorizó en ocasiones diferentes, la primera, en la 43° Cumbre de los Jefes de Estado celebrada en Mendoza el 29 de junio de 2012 cuando a Paraguay se le suspende el derecho a participar de los órganos de dicha unión y de las deliberaciones<sup>1</sup>. La otra, es la decisión sustentada en el segundo párrafo del artículo 5° del Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR de 24 de julio de 1998, en virtud del cual, los cancilleres de los miembros plenos del bloque resolvieron, el 5 de agosto de 2017, en San Pablo, la suspensión indefinida de la República Bolivariana de Venezuela en todos los derechos y obligaciones inherentes a su condición de Estado Parte del Mercosur; categoría que

---

<sup>1</sup> La causal invocada fue la destitución del entonces presidente Fernando Lugo (21 de junio 2012) vía juicio político del Congreso

adquirió en el año 2012<sup>2</sup>. Razón por la cual, el 26 de marzo de 2021 este país estuvo ausente del encuentro conmemorativo por los 30 años de la firma del Tratado de Asunción de 1991.

La conformación de un mercado común que, entre otros aspectos, procura facilitar la circulación de los particulares, bienes, servicios y capitales, necesita una estructura legal que comprenda, además de otras disciplinas, al Derecho internacional privado (en adelante, DIPr.). En tal sentido, se ha señalado que cualquier fenómeno de integración regional supone una transformación sustancial del enfoque tradicional de esta rama jurídica. Porque:

“La integración tiende a producir en este ámbito tres alteraciones de base: en primer término, genera una auténtica mutación de uno de los presupuestos básicos del DIPr. cual es el fenómeno de ‘frontera’; en segundo lugar, al existir una marcada tendencia en cualquier proceso de integración hacia la unificación de legislaciones en el sector productivo, queda igualmente alterado el otro de los presupuestos de base de este ordenamiento: el del pluralismo de sistemas; por último, y habida cuenta que en todo proyecto de “Derecho comunitario” suelen aparecer numerosas lagunas, la nueva entidad experimenta una tendencia a la codificación directa de ciertas materias del DIPr.” (FERNÁNDEZ ROZAS, 2000, p.3).

El MERCOSUR propicia la concreción de actividades comerciales transfronterizas entre las personas pero, al mismo tiempo, genera a menudo ciertos desequilibrios en cuanto a capacidad económica, nivel de educación y poder de negociación de grupos vulnerables o desfavorecidos de consumidores de ambos sexos.

El derecho al desarrollo, a la paz, al patrimonio artístico y cultural, a un medio ambiente sano, los derechos de los pueblos indígenas y de los consumidores, integran los llamados derechos humanos de tercera generación. Con acierto se expresa que estos derechos han sido consagrados para corregir las graves injusticias de la humanidad y están concebidos para pueblos, grupos sociales e individuos (derechos de la solidaridad), en una nueva concepción de Estado social, económico y ambiental

---

<sup>2</sup> La suspensión cesará cuando, de acuerdo a lo establecido en el artículo 7° del Protocolo de Ushuaia, se verifique el pleno restablecimiento del orden democrático en la República Bolivariana de Venezuela.

de Derecho (LÓPEZ ALFONSÍN, 2017). Ello significa implementar un mecanismo de protección más amplio, con todas las garantías que potencien la defensa de los seres humanos, en sus manifestaciones individuales y colectivas. La influencia de los instrumentos internacionales de jerarquía constitucional sobre el derecho del consumo interno, se manifiesta ya sea ampliando y explicitando derechos concretos de los consumidores; determinando nuevos criterios de interpretación; o generando organismos judiciales de protección adicionales a los de cada Estado (TORRES BUTELER, 2009, p.129).

Algunos países han consagrado la protección de los consumidores y usuarios de bienes y servicios al más alto nivel legal: en sus constituciones. En el caso de Argentina, la defensa del consumidor ha quedado reforzada en virtud de los artículos 42 y 43 de la Constitución Nacional de 1994.

La problemática del consumidor internacional es muy particular. Posee rasgos propios que le dan un contorno diferente al consumidor tradicional (nacional) y que tornan más compleja su situación negocial. Presenta la particularidad de ser más vulnerable que el consumidor local, dado que muchas veces debe operar en un contexto normativo que desconoce, y que se podría decir, tampoco está obligado a conocer y, en tal sentido, a la debilidad estructural en el mercado se le adiciona la ignorancia sobre aspectos sustanciales de la legislación que regula la relación jurídica que lo vincula al proveedor.

En el plano multilateral, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre comercio y desarrollo (UNCTAD) es el centro de coordinación de este organismo y el foro intergubernamental mundial donde se tratan los asuntos relativos a la protección del consumidor del siglo XXI. En el prefacio del Manual sobre protección del Consumidor (ONU, Nueva York y Ginebra 2018) la UNCTAD expresa que “si bien se han realizado progresos considerables en relación con la protección de los consumidores en el plano normativo desde la aprobación de las Directrices de 1985<sup>3</sup>, esos progresos no se han

---

<sup>3</sup> La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó por unanimidad las directrices para la Protección del Consumidor en su resolución 39/248 de 16 de abril de 1985. Catorce años más tarde, fueron ampliadas por el Consejo Económico y Social en su resolución 1999/7, de 26 de julio de 1999, posteriormente han sido revisadas y aprobadas por la Asamblea General en su resolución 70/186, de 22 de diciembre de 2015.

traducido de manera sistemática en medidas de protección más eficaces y mejor coordinadas en todos los países y en todos los ámbitos del comercio". Vale aclarar que las directrices son un conjunto valioso de principios que establecen los objetivos mínimos de protección del consumidor, las principales características que deben tener las leyes dirigidas a protegerlos, las instituciones encargadas de aplicarlas y los sistemas de compensación para que sean eficaces. Una característica pertinente de la revisión de 2015, es que las Directrices no se dirigen exclusivamente a los Gobiernos, sino que también contienen, en la sección IV, directriz 11, unos "principios para unas buenas prácticas comerciales" a modo de referencia (UNCTAD, 2001, p.14).

Comenzaremos delimitando el concepto de consumidor internacional. Luego nos detendremos en la secuencia de las medidas tomadas a favor del consumidor en el Mercosur, pasando por las cuestiones relativas a la jurisdicción internacional y al derecho aplicable en materia de las relaciones de consumo, hasta esbozar alguna conclusión.

## II. Categoría conceptual del consumidor internacional

El concepto jurídico tiene distintos ropajes provistos por la doctrina, por la normativa convencional y nacional, lo que obliga a formular algunas precisiones al respecto. Particularmente, en orden al criterio en torno al cual se construye la noción, esto es, atender al carácter finalista, a la no profesionalidad del adquirente, o añadir la consideración de la persona jurídica como destinatario de la tutela.

Así, se ha señalado que el consumidor internacional es "aquel sujeto cuya relación de consumo sin fines profesionales y frente a un profesional se encuentra vinculada con más de un ordenamiento jurídico" (DELALOYE, 2007). También se considera definir al consumidor desde un punto de vista internacional "ya: a) por las características de las partes que intervienen en la negociación en que se le atribuye tal rol; b) por el uso de las mercaderías adquiridas; c) por los servicios comprometidos" (UZAL, 2016, p.535). Otros autores ponen el acento en que el concepto de consumidor

debe tener una necesaria amplitud "para comprender las variadas situaciones necesitadas de tutela" (TONIOLLO, 1998, p.95).

Las directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor de 1985, en la directriz 3 entiende que

"el término consumidor hace referencia, por lo general, a una persona física, con independencia de su nacionalidad, que actúa principalmente con fines personales, familiares o domésticos, si bien se reconoce que los Estados Miembros podrán adoptar diferentes definiciones para abordar necesidades internas específicas".

A la calificación del consumidor reservado de modo exclusivo para las personas físicas<sup>4</sup>, se contrapone un criterio amplio que abarca tanto a la persona física como a la jurídica, en la medida que esta última actúe fuera de sus actividades profesionales. Si bien en la mayoría de los casos el consumidor, como agente débil y vulnerable de la relación de consumo, será una persona física, no debe perderse de vista que las pequeñas y medianas empresas de la región pueden encontrarse en una especial situación de vulnerabilidad y ser merecedoras de tutela.

Esa es la solución que trae el Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción internacional en materia de relaciones de consumo, suscripto en Fortaleza (noreste de Brasil) el 17 de diciembre de 1996. El anexo al Protocolo, en donde se consignan las definiciones de consumidor, proveedor, relaciones de consumo, producto y servicios, señala que el consumidor:

"es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final en una relación de consumo o en función de ella. Equipárense a consumidores las demás personas, determinables o no, expuestas a las relaciones de consumo. No se considera consumidor o usuario aquel que, sin constituirse en destinatario final, adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros".

---

<sup>4</sup> Por ejemplo, artículo 1 de la Propuesta de Buenos Aires (Argentina, Brasil y Paraguay) sobre la Convención interamericana sobre derecho aplicable a algunos contratos y transacciones internacionales de consumo (OEA/Ser.GCP/CAJP-2652/08 add. 4 corr.1, 19 de marzo de 2010); Ámbito de aplicación de las Directrices para la Protección del Consumidor- ONU 1985.

### III. Secuencia de las medidas de protección del consumidor

En virtud de los objetivos del Tratado de Asunción de 1991 de constituir un mercado común y lo que ello implica (vgr. libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, etc.), se consolidó la protección del consumidor como una política del MERCOSUR. Podríamos decir que el tema recién adquiere visibilidad el 29 de junio de 2012 cuando el Consejo del Mercado Común (CMC) decide (DEC N° 12/2012) ordenar la estructura dependiente del órgano ejecutivo del bloque -Grupo Mercado Común (GMC)- y crea el Subgrupo de Trabajo N° 10 sobre “Asuntos Laborales, Empleo y Seguridad Social” para la coordinación de políticas públicas y el desarrollo de políticas comunes de la agenda del proceso de integración, bajo cuya órbita queda comprendida la Comisión de Defensa del Consumidor<sup>5</sup>.

Con el propósito de desarrollar y promover políticas de protección al consumidor, considerando los desafíos económicos, culturales y sociales de la sociedad de consumo a nivel mundial y regional, se crea el Comité Técnico N° 7<sup>6</sup> que reúne los órganos nacionales de defensa del consumidor de los Estados Partes. De acuerdo a la directiva de la Comisión de Comercio del MERCOSUR (CCM/Dir.1/95) este organismo se ocupará inicialmente de continuar los trabajos destinados a la elaboración de un proyecto de Reglamento Común de Defensa del Consumidor en el MERCOSUR, el que deberá presentarse ante la CCM antes del 31 de mayo de 1995 para cumplir el mandato de la Res. GMC N°126/94.

Esta Resolución, emitida el 14 de diciembre de 1994, prevé la ley aplicable a una transacción de consumo, pues señala que mientras no se apruebe una normativa común para la defensa del consumidor, cada Estado Parte aplicará su legislación vigente y reglamentos técnicos pertinentes a los productos y servicios comercializados en su territorio, de forma no discriminatoria (art. 2º).

---

<sup>5</sup> La Decisión CMC N° 24/14 Estructura del GMC y tipología de sus órganos dependientes, reordena su estructura por la siguiente categoría de órganos: Grupos, Subgrupos de Trabajo, Grupos Ad Hoc y Reuniones Especializadas. Se encuentra vigente desde su aprobación el 16/12/2014. Art. 5 a) Decisión CMC N°23/00.

<sup>6</sup> Organismo constituido en el marco de la Comisión de Comercio del Mercosur (CCM), la cual, a su vez, está encargada de asistir al Grupo Mercado Común (GMC).

“Se trata de una norma específica del derecho internacional privado unificada con miras a la defensa del consumidor, al determinar –indirectamente- cuál es la ley aplicable en casos de conflictos de consumo y al imponer la regla del país de destino: los productos y servicios que circulan libremente en el Mercosur deben respetar la ley del país donde serán comercializados, la ley del mercado de destino, en cuanto a la defensa del consumidor. Esa regla fija así un campo de aplicación espacial y territorial de las normas nacionales del derecho del consumidor y rechaza la regla europea de aplicación de las leyes del país de origen del producto o servicio” (LIMA MARQUES, p.22).

El plazo asignado en la Directiva 1/95<sup>7</sup> no se cumplió. Cinco años después, en el Programa de acción hasta el año 2000, se reitera que el objetivo prioritario del Comité Técnico es "concluir e implementar el Reglamento Común de Defensa del Consumidor, marco que deberá garantizar los derechos del consumidor en el espacio económico ampliado, sin constituir obstáculos innecesarios al comercio”.

La decisión del CMC N° 10/1996 (Fortaleza, Brasil 17/12/96) aprueba el Protocolo de Santa María sobre jurisdicción internacional en materia de relaciones de consumo que aborda temas sobre jurisdicción internacional, jurisdicción internacional indirecta, ejecución de sentencia extranjera, solución de controversias, derecho comercial, derecho internacional, derecho procesal. Todavía no ha entrado en vigor, porque la Resolución GMC n° 126/94 determina que hasta que no sea aprobado el Reglamento Común para la Defensa del Consumidor, cada Estado aplicará su propia legislación tuitiva para los productos y servicios comercializados en su territorio, con la salvedad que en ningún caso se podrá imponer a los bienes provenientes de los Estados Parte exigencias superiores a las que se aplica a los productos y servicios oriundos de terceros países (art. 2°).

El GMC, en su carácter de órgano ejecutivo del Tratado de Asunción, en la XXIV reunión realizada en Fortaleza el 12 y 13 de diciembre de 1996, se aprobaron una serie de documentos en la materia. En sus considerandos, resaltan que la evolución de

---

<sup>7</sup> El 4 de agosto de 1995 el CMC instruyó al GMC en la Decisión 6/95 -Mandato de Asunción para la Consolidación del Mercado Común- a elaborar una “evaluación meditada del estado de situación actual del proceso y en particular de los resultados de la labor de órganos dependientes del Grupo Mercado Común y otras instancias negociadoras”, CMC/DEC. No. 9/95.

"armonización en esta materia es parcial, razón por la cual a medida que se avance en ese proceso se podrá considerar la complementación de los conceptos actualmente acordados y la realización de las adecuaciones que los Estados Partes consideren necesarias".

A continuación, se exponen las características de dichos actos normativos:

✓ **Resolución N° 123/96** se refiere, en su Anexo, a la delimitación de conceptos fundamentales de las transacciones de consumo, tales como consumidor, proveedor, relación de consumo, producto y servicio. Respecto a esta actividad, se aclara que las precisiones referidas continuarán siendo objeto de armonización por los Estados Partes. Conforme se desprende de su artículo 4, la Resolución solamente será incorporada a los ordenamientos jurídicos nacionales y entrará en vigencia luego de la conclusión del Reglamento Común sobre Defensa del Consumidor y de su respectivo Glosario.

✓ Cabe advertir que si bien la Resolución N° 123/96 ha sido derogada por la **Resolución N° 34/2011**<sup>8</sup>-Defensa del Consumidor, se mantienen, con algunas modificaciones, las definiciones relativas al consumidor<sup>9</sup>, proveedor<sup>10</sup>, relación de consumo<sup>11</sup> y producto<sup>12</sup>. En la N° 34, el GMC elimina del texto sustituido **al consumidor expuesto**<sup>13</sup>; incorpora otros conceptos básicos aplicables a las relaciones de consumo

---

<sup>8</sup> Fecha de aprobación 16/12/2011. Incorporación: Brasil, art. 11 de la Decisión CMC N° 20/02. La normativa no posee registro de entrada en vigencia. cfr. página del Mercosur: <https://www.mercosur.int/documentos-y-normativa/normativa/>

<sup>9</sup> A) Consumidor es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en una relación de consumo o como consecuencia o en función de ella. No se considera consumidor aquel que sin constituirse en destinatario final adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el fin de integrarlos como insumo directo a otros productos o servicios en proceso de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.

<sup>10</sup> B) Proveedor es toda persona física o jurídica, nacional o extranjera, privada o pública, y en este último caso estatal o no estatal, así como los entes despersonalizados de la Administración Pública de los Estados Partes, que desarrolle de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de fabricación, producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, distribución y/o comercialización de productos y/o servicios.

<sup>11</sup> C) Relación de consumo es el vínculo jurídico que se establece entre el proveedor que provee un producto o presta un servicio y el consumidor, quien lo adquiere o utiliza como destinatario final.

<sup>12</sup> D) Producto es cualquier bien mueble o inmueble, material o inmaterial, de acuerdo a los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes.

<sup>13</sup> Equipárense a consumidores a las demás personas, determinables o no, expuestas a las relaciones de consumo.

en los Estados Partes<sup>14</sup>; y designa los organismos nacionales competentes para implementar este documento (art. 3). La Resolución se encuentra en proceso de incorporación.

✓ **Resolución N° 124/96**<sup>15</sup>, quizás la de mayor importancia sancionada hasta el momento, por cuanto establece una declaración de los derechos básicos de los consumidores. Este es un moderno catálogo de derechos acorde a los más actuales parámetros establecidos por CI-ROLAC (Consumers International, Oficina Regional para América Latina y el Caribe) en la Ley Marco de Defensa del Usuario y Consumidor, proyecto aprobado por la Comisión de Defensa del Usuario y del Consumidor del Parlatino durante la 5ta Sesión Ordinaria en la Ciudad de Panamá (04 mayo 2006).

El Anexo de la Resolución N° 124/96 menciona que son derechos básicos del consumidor:

- 1) la protección de la vida, la salud y la seguridad contra los riesgos causados por las prácticas en el suministro de productos y servicios considerados peligrosos o nocivos; 2) la educación y divulgación sobre el consumo adecuado de los productos y servicios, quedando garantizadas la libertad de elegir y el tratamiento igualitario cuando contrate; 3) la información suficiente y veraz sobre los distintos productos y servicios; 4) la protección contra la publicidad engañosa, métodos comerciales coercitivos o desleales, en el suministro de productos y servicios, conforme a los conceptos que se establezcan en los capítulos correspondientes del reglamento común sobre defensa del consumidor; 5) la efectiva prevención y resarcimiento de los daños patrimoniales y morales, respecto de los derechos individuales y colectivos o de los intereses difusos; 6) el acceso a organismos judiciales y administrativos para la prevención y el resarcimiento de los daños patrimoniales y morales, respecto de los derechos individuales y colectivos o de los intereses difusos, mediante procedimientos ágiles y eficaces, garantizándose la protección jurídica, administrativa y técnica de los necesitados; 7) la asociación en organizaciones

---

<sup>14</sup> E) Servicio; F) deber de información; y G) oferta vinculante.

<sup>15</sup> Vigente desde su aprobación el 14/12/1996- Art. 5 a) y 9 ii) Decisión CMC N° 023/2000: a) Esta Resolución no necesita ser incorporada al ordenamiento jurídico de los Estados Partes por reglamentar aspectos de la organización o del funcionamiento del MERCOSUR ii) Los Estados Partes deberán identificar cuáles fueron las normas no incorporadas debido a las circunstancias previstas en el artículo 5 (a).

cuyo objeto específico sea la defensa del consumidor y a ser representado por ellas; 8) la adecuada y eficaz prestación de los servicios públicos en general, por proveedores públicos o privados.

✓ La **Resolución N° 125/96**, fija pautas concretas para lograr una efectiva protección de la salud y seguridad de los consumidores, respecto a los productos y servicios colocados en el mercado de consumo por los proveedores. Éstos no podrán colocar en el mercado de consumo productos o servicios que presenten para la salud o seguridad del consumidor alto grado de nocividad y peligrosidad. Por lo que deben proporcionar información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales, en forma cierta y objetiva.

✓ La **Resolución N° 126/96**, establece los distintos parámetros a los cuales deberá adecuarse la publicidad de los bienes y servicios destinados al consumo a los efectos de no ser considerada abusiva o engañosa. El Anexo concreta el concepto de publicidad engañosa y determina los principios y límites a los que deberá ajustarse la publicidad comparativa.

Al igual que la N° 125, solamente será incorporada a los ordenamientos jurídicos nacionales y entrará en vigencia luego de la conclusión del Reglamento Común sobre Defensa del Consumidor y de su respectivo Glosario.

En la misma reunión de Fortaleza donde se aprobaron las cuatro Resoluciones antes indicadas, también se sancionó la **Resolución N° 127/96** que establece las condiciones y alcances que deberá cumplir toda garantía contractual de los productos comercializados, pero luego fue dejada sin efecto por la **Resolución N° 42/98** aprobada en Río de Janeiro el 8/12/98. El Anexo de este documento exige la forma escrita y demás condiciones que deberá cumplir toda garantía contractual de los productos o servicios ofrecidos a consumidores en el MERCOSUR. Asimismo, enuncia las informaciones mínimas que el certificado de garantía deberá contener. La normativa deberá ser incorporada a los ordenamientos jurídicos internos de los Estados Partes antes de 31/12/1999.

✓ **Resolución N° 21/04** de 8/10/2004, relativa al derecho a la información del consumidor en las transacciones comerciales efectuadas a través de INTERNET. Se fija la obligación de los proveedores de brindar en los sitios web, información clara, precisa y fácilmente advertible sobre las características de los bienes y servicios ofrecidos,

como así también respecto de las condiciones de su comercialización en los dos idiomas oficiales del MERCOSUR. Deberá también indicar al consumidor, “en su sitio en INTERNET un modo de consulta electrónico de la legislación de defensa al consumidor aplicable al proveedor; la dirección electrónica del organismo nacional de aplicación de la misma, y referencia a los códigos de conducta a los que estuviera adherido” (art. 5). De conformidad al art. 40 del Protocolo de Ouro Preto de 17 de diciembre de 1994, la Resolución se encuentra vigente desde el 29/07/2012.

✓ **Resolución N° 45/06** se aprobó en Brasilia el 24/11/2006, considerando la necesidad de instituir mecanismos de protección de los consumidores con relación a la publicidad engañosa. No solo la prohíbe sino también la define como “[...]cualquier modalidad de información, difusión o comunicación de carácter publicitario que sea entera o parcialmente falsa, o que de cualquier otro modo, inclusive por omisión de sus datos esenciales, sea capaz de inducir a error a los consumidores de cualquiera de los países, cuando la provisión de información refiera a la naturaleza, características, calidad, cantidad, propiedades, origen, precio, condiciones de comercialización o cualquier otro dato esencial sobre productos y servicios que sean necesarios para decidir una relación de consumo”. La carga de la prueba de la veracidad y corrección de la información o comunicación publicitaria recaerá sobre el anunciante.

✓ La **Resolución N° 01/10**, aprobada en Buenos Aires el 9/04/10, aborda la protección de la salud y la seguridad de los consumidores y usuarios. Aspectos operativos, sin que posea registro de entrada en vigencia<sup>16</sup>.

El documento deja a cargo de los proveedores de productos o servicios que tengan conocimiento de su peligrosidad o nocividad después de haber sido introducidos en el mercado, la obligación de comunicar de inmediato tal circunstancia a las autoridades nacionales competentes del país que se trate y a los consumidores y usuarios respectivos, mediante anuncios publicitarios, sin perjuicio de otras medidas que cada Estado Parte pueda determinar. Esta imposición se hace extensiva a cualquier otro Estado Parte que tenga conocimiento debidamente fundado de la

---

<sup>16</sup> Argentina incorporó la Resolución al ordenamiento jurídico nacional por medio de la Resolución 724/2020 de 21/12/2020; Paraguay, Decreto N° 3038/19 del 09/12/19; Uruguay Ley N° 17.250, art. 11 del 11/08/00, cfr. <https://normas.mercosur.int/public/normativas>.

peligrosidad o nocividad de productos o servicios para la salud o la seguridad de los consumidores y usuarios, con base en estudios o evaluaciones técnicas. En todos los casos, el Estado receptor evaluará la difusión de la información recibida. Esta norma se relaciona con la Resolución N° 125/1996 sobre la protección de la salud y seguridad de consumidores y usuarios.

Como se ha visto y salvo algunas excepciones, las Resoluciones mencionadas establecen expresamente que sus prescripciones deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales y entrarán en vigor una vez concluido el Reglamento Común sobre Defensa del Consumidor, del cual formarán parte.

✓ **Acuerdo interinstitucional de entendimiento entre los órganos de defensa del consumidor de los Estados Partes del MERCOSUR para la defensa del consumidor visitante.** En la reunión del Comité Técnico N° 7 Defensa del Consumidor que se celebró en la ciudad de Montevideo (Uruguay) los días 17 y 18 de junio de 2013 hubo consenso en las delegaciones nacionales para activar su implementación. Básicamente, el Acuerdo permite a los consumidores de los Estados pertenecientes al Mercosur y que se encuentren en tránsito por cualquiera de sus territorios, realizar denuncias vinculadas a conflictos en el acceso a los bienes y servicios ante las instituciones con competencia en la materia en cada país, para así desarrollar acciones conjuntas entre los Estados, que permitan una adecuada protección a los consumidores. Entre ellos, el de asegurar e informar sobre los derechos que tienen, de poner a su disposición unos mecanismos judiciales eficaces y fácilmente accesibles para el arreglo de litigios transfronterizos, y el de prever un dispositivo eficaz y recíproco de difusión de la información de tal manera que el consumidor que visite otro Estado Parte esté informado de sus derechos (Buenos Aires, 3 de junio de 2004).

✓ Durante la Cumbre de Jefes de Estado del MERCOSUR y Estados Asociados, realizada en la provincia de Santa Fe los días 15, 16 y 17 de julio de 2019, el GMC aprobó dos resoluciones que impulsan acciones en el marco de la protección de los

derechos del consumidor en todos los países del bloque. La **Resolución N°36/19**<sup>17</sup> establece 14 principios fundamentales para actualizar los sistemas de protección al consumidor de los Estados Partes, por ejemplo, orden público de protección, acceso al consumo, transparencia de los mercados, consumo sustentable, respeto de la dignidad de la persona humana, antidiscriminación, buena fe, entre otros.

✓ La **Resolución N°37/19**<sup>18</sup> garantiza la protección al consumidor en el comercio electrónico durante todo el proceso de la transacción. A tal efecto, establece la información obligatoria clara, suficiente, veraz y de fácil acceso sobre el proveedor, el producto y/o servicio y la transacción realizada. Los proveedores deben poner a disposición de los consumidores en su sitio web y demás medios electrónicos, en ubicación de fácil visualización y previo a la formalización del contrato, la información de una serie de datos relativos al proveedor, al producto o servicio, al precio, las modalidades de pago, etc.

Para facilitar a los consumidores la satisfacción de sus reclamos, los Estados Partes deben propiciar que los proveedores adopten mecanismos de resolución de controversias en líneas ágiles, justas, transparentes, accesibles y de bajo costo<sup>19</sup>. Con el fin de armonizar las legislaciones en el ámbito del MERCOSUR, estas normativas deberán ser incorporadas en los ordenamientos jurídicos nacionales antes del 15 de enero de 2020<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> Incorporación: Argentina por Resolución de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo N° 310/2020 del 10/09/20, publicada en el BO el 11/09/20. Paraguay por Decreto N° 3370 del 18/02/2020 cfr. página del Mercosur:

<https://www.mercosur.int/documentos-y-normativa/normativa/>

<sup>18</sup> Incorporación: Argentina, por Resolución de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo N° 270/2020 del MDP del 04/09/20, publicada en el BO el 08/09/20; Brasil, Decreto N° 10.271 del 06/03/20, publicado en el DOU el 09/03/20; Paraguay, Decreto de la Presidencia de la República N° 4053 del 15/09/20. cfr. página del Mercosur:

<https://www.mercosur.int/documentos-y-normativa/normativa/>

<sup>19</sup> Las Resoluciones se avienen con la moderna legislación de la Unión Europea, la ONU y la OCDE, las cuales fueron tenidas en cuenta para su elaboración.

<sup>20</sup> Ver incorporación de la normativa en: <https://www.mercosur.int/documentos-y-normativa/normativa/>

✓ Mediante el Mandato de Asunción para la Consolidación del Mercado Común» (Decisión 6/95) el CMC instruyó al órgano ejecutivo (GMC) “elaborar un programa de acción del Mercosur hasta el año 2000”. El Programa establece como objetivo prioritario del CT N° 7:

“Concluir e implementar el Reglamento Común de Defensa del Consumidor, marco que deberá garantizar los derechos del consumidor en el espacio económico ampliado, sin constituir obstáculos innecesarios al comercio” (ROJO, 2012).

Los Estados Parte del MERCOSUR han decidido avanzar **en el establecimiento de principios rectores** con el objeto de tutelar a los consumidores, conforme a su vulnerabilidad estructural en el mercado. Por ese motivo, el Grupo Mercado Común aprobó la Resolución N° 11 de fecha 26 de agosto de 2021 relativa a la protección de los consumidores en situación de **hipervulnerabilidad**.

Se considera consumidores "hipervulnerables" a aquellas personas humanas que **se encuentren en situaciones de vulnerabilidad** en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, **para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores**. Comprende también, a aquellas **personas jurídicas sin fines de lucro que orienten sus objetos sociales a aquellos sujetos**.

Según la normativa específica, la presunción de hipervulnerabilidad **"no es absoluta y debe ser atendida en el caso concreto**, en función de las circunstancias de la persona, tiempo y lugar". En consecuencia, **pueden ser considerados "hipervulnerables"** -entre otros- ser niño, niña o adolescente; ser persona con discapacidad; tener la condición de persona turista; pertenecer a comunidades indígenas, pueblos originarios o minorías étnicas; pertenecer a una familia monoparental a cargo de hijos menores de edad o con discapacidad y tener problemas graves de salud.

El bloque regional resolvió que cada uno de sus países socios, como la Argentina, **deberán "favorecer procedimientos eficaces y expeditos para la adecuada resolución de los conflictos de los consumidores hipervulnerables"**.

A fin de **adecuar la normativa a los mejores estándares internacionales en la materia**, la Secretaría de Comercio Interior de Argentina expresó que "resulta

necesario y pertinente contemplar la **protección de los consumidores en situaciones de hipervulnerabilidad** en el MERCOSUR", por lo tanto, corresponde incorporar a la **Legislación Nacional** por medio de la Resolución 1015/2021(BO 4/10/2021) de la Secretaría de Comercio de Comercio Interior la norma oportunamente dictada por el **Grupo Mercado Común**.<sup>21</sup>

## 1. Normas desarrolladas en materia contractual

### 1.a. Protocolo sobre jurisdicción internacional en materia contractual

El Protocolo firmado en Buenos Aires el 5 de agosto de 1994, ha sido ratificado por los cuatro integrantes del MERCOSUR. Cuando deslinda su ámbito de aplicación material, excluye expresamente los contratos de venta al consumidor (art. 2.6).

### 1.b. Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción internacional en materia de relaciones de consumo

El Protocolo firmado el 17 de diciembre de 1996, fija el procedimiento y los tribunales competentes para entender en cuestiones controvertidas nacidas de las relaciones de consumo, cuando el proveedor y consumidor tienen su domicilio en distintos Estados del MERCOSUR o cuando los domicilios se encuentran en el mismo Estado, pero la prestación característica de la relación de consumo se lleva a cabo en otro Estado Parte. La última situación fue pensada para los contratos de turismo, por cuanto la mayoría de las veces el domicilio del cliente y el domicilio de la empresa se localizan en el mismo país, pero la utilización de los servicios trasciende las fronteras (GOLDSCHMIDT, 2009, p.701).

En consecuencia, el ámbito espacial es subjetivo cuando se aplica a las relaciones de consumo que vinculen a los proveedores y consumidores con domicilio en diferentes Estados Partes; mientras que será objetivo cuando el domicilio de ambos se localice en un mismo territorio estatal pero la prestación característica de consumo se realice en otro Estado Parte (CIURO CALDANI, 1997, p.130).

---

<sup>21</sup> Ver <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/250446/20211004>

Con la finalidad de sortear interpretaciones discordantes respecto al criterio procesal elegido, el artículo 3 estructura el concepto del domicilio del consumidor y de la persona jurídica o de un ente despersonalizado, a través de dos conexiones, una principal y otra subsidiaria. En el primer caso, el orden es el siguiente: a) la residencia habitual; y b) el centro principal de sus negocios. Mientras que para la persona jurídica o un ente despersonalizado se seleccionan: a) la sede principal de la administración; y b) el lugar donde funcionen filiales, sucursales, establecimientos, agencias o cualquier otra especie de representación de personas jurídicas. Por medio de esta técnica legislativa –calificaciones autárquicas– se unifican las soluciones en el bloque regional y se evita apelar a las definiciones que brinda cada ordenamiento nacional.

Las relaciones de consumo objeto del Protocolo son exclusivamente las de tipo contractual, conforme lo anuncia el primer artículo:

"a) cuando se trate de venta a plazos de bienes muebles corporales; b) préstamo a plazo u otra operación de crédito vinculada al financiamiento en la venta de bienes; c) cualquier contrato que tenga por objeto la prestación de un servicio o la provisión de objetos muebles corporales. Esta disposición se aplicará siempre que la celebración del contrato haya sido precedida en el Estado del domicilio del consumidor, de una propuesta específica o de una publicidad suficientemente precisa y que éste hubiere realizado, en ese Estado, los actos necesarios para la conclusión del contrato. Quedan excluidas las relaciones de consumo derivadas de los contratos de transporte".

El primer criterio distributivo de jurisdicción internacional recae en el domicilio del consumidor, ya sea en el caso de que éste presente la demanda (art. 4.1) o cuando el proveedor de bienes y servicios inicie las acciones contra él (art. 4.2). En situaciones excepcionales, el consumidor tiene la facultad de elegir entre otros foros alternativos, con la condición que manifieste su voluntad de forma expresa al momento de entablar la demanda. Las opciones son: el lugar de celebración del contrato (art. 5.a), el lugar de cumplimiento de la prestación característica (prestación de servicio o entrega de los bienes (art. 5.b) y el domicilio del demandado (art. 5.c).

En el supuesto que el demandado tuviere domicilio en un Estado Parte y en otro Estado Parte filial, sucursal, agencia o cualquier otra especie de representación a

través de las cuales realizó las operaciones que generaron el conflicto, el artículo 6 faculta al consumidor a demandar en cualquiera de esos lugares. La pluralidad de foros con que cuenta el consumidor, contrasta con la escasez de posibilidades que tiene el proveedor: sólo podrá demandar al consumidor ante el juez o tribunal del domicilio de este último.

El Protocolo facilita al proveedor a practicar actos procesales a distancia, entre ellos, contestar la demanda, ofrecer pruebas, presentar excepciones, así como los actos procesales que de ellos se deriven, ante los jueces de su propio domicilio. Este proceso a distancia, no el juicio a distancia, está condicionado a que lo autoricen los principios esenciales y básicos del ordenamiento jurídico procesal del foro actuante (art. 9.1). Estas facilidades procesales constituyen una novedad e "implican un tipo de cooperación interestatal inédita, que no por ello importan un cambio de jurisdicción sino de facilidades para defenderse [...]". (SANTOS BELANDRO, 2005, p.180).

Se establecen las bases de competencia indirecta, para resolver la eficacia regional de las sentencias que se dicten sobre esos conflictos. Estamos frente a un convenio doble, por un lado, fija las reglas de competencia directa, por el otro, determina que el requisito de la jurisdicción internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias, señalado en el art. 20 letra c) del Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa de 27 de junio de 1992, se considerará satisfecho si la sentencia o decisión emana de un órgano con jurisdicción internacional, conforme a las reglas establecidas en el presente Protocolo (art. 12). Las sentencias que se dicten en materia de consumo, se tramitarán a través de exhortos o de cartas rogatorias por intermedio de la Autoridad Central, por lo que no será necesario cumplir con la exigencia de la legalización (art. 11).

La aprobación de este Protocolo intenta, entonces, hacer más segura la circulación internacional de la sentencia recaída en un proceso donde un consumidor sea parte actora o demandada, pues las autoridades sólo tendrán que ajustarse a los requisitos exigidos por sus normas y al Protocolo de Las Leñas (SANTOS BELANDRO, 2005, p.174).

Cabe recordar que la entrada en vigor del Protocolo está condicionada a la aprobación por el Consejo del Mercado Común del "Reglamento Común MERCOSUR para la Defensa del Consumidor" en su totalidad, incluidos sus anexos, si los tuviere (art. 18). Acto que hasta la fecha no ha ocurrido. Sin embargo, sus disposiciones pueden ser invocadas como un "marco referencial doctrinario o como *soft law*", tal como lo deja en claro la Opinión consultiva N°1/2007 del Tribunal Permanente de Revisión (Asunción, Paraguay, 3/04/2007) surgida en el marco de un litigio judicial entre una empresa argentina (Laboratorio Northia Sociedad Anónima, Comercial, Industrial, Financiera Inmobiliaria y Agropecuaria) y una empresa paraguaya (Norte S.A. Imp. Exp.) Con palabras de Ricardo Alonso García, el TPR puntualiza que "La expresión anglosajona *soft law* caracteriza aquellos instrumentos carentes por sí mismos de fuerza vinculante pero no de efectos jurídicos" (Opinión consultiva N°1/2007, 2007).

#### 1.c. Acuerdo del MERCOSUR sobre derecho aplicable en materia de contratos internacionales de consumo

En la LXIII reunión ordinaria del Comité Técnico, realizada en Río de Janeiro los días 18 y 19 de agosto 2010, se aprobó el proyecto de Resolución del GMC sobre derecho aplicable a los contratos internacionales de consumo presentado por la delegación brasileña. En la ciudad de Montevideo entre los días 20 y 22 de septiembre de 2011, tuvo lugar la CXXII reunión ordinaria de la CCM en la cual se consideró que el Proyecto de "Acuerdo sobre derecho aplicable a contratos internacionales de consumo" y el Proyecto de Resolución "Defensa del consumidor. Conceptos básicos", se encontrarán en el ámbito de la CCM y que constan como Anexo VII (Documento de trabajo N° 29/11). El Acta N° 5/11 de la CXXII reunión de la CCM contiene los conceptos básicos de consumidor, proveedor, relación de consumo, producto, deber de información básico de todo proveedor, oferta vinculante. También faculta a cada Estado Parte mantener en materia de defensa o protección del consumidor prevista en esta Resolución del GMC, disposiciones más rigurosas para garantizar un nivel de protección más elevado al consumidor en su territorio.

A fines de 2017, el CMC aprobó el 21 de diciembre el Acuerdo sobre Derecho Aplicable en Materia de Contratos Internacionales de Consumo (DEC N° 36/17) que consta de diez artículos repartidos en tres capítulos: Definiciones y ámbito de aplicación; Derecho aplicable; y Disposiciones generales.

Las ideas consagradas al comenzar el texto se distribuyen en siete párrafos para destacar la necesidad de brindar una adecuada protección al consumidor, en línea con las Directrices de las Naciones Unidas de 1985 (con las sucesivas revisiones y ampliaciones); reafirmar el propósito de “dar protección al consumidor y adoptar reglas comunes sobre el derecho aplicable en materia de contratos internacionales de consumo, contratos entre proveedores de bienes o prestadores de servicios y consumidores o usuarios en la región”; reiterar la conveniencia “de armonizar las soluciones de las cuestiones relativas al consumo internacional como medio de contribuir al desarrollo del comercio internacional de la región y los trabajos sobre la materia desarrollados por el MERCOSUR hasta ahora”; describir el escenario regional que ha motivado elaborar un marco normativo seguro que facilite la contratación internacional y estimule la confianza de las partes en los contratos internacionales de consumo, es decir “el crecimiento exponencial de las relaciones entre consumidores y profesionales, productores o proveedores de bienes y servicios en la región y las cambiantes modalidades en las que éstas se producen”; motivo por el cual resulta evidente que “la contratación es la expresión jurídica del comercio y éste es especialmente relevante en el proceso de integración”.

#### a. Ámbito de aplicación

El Acuerdo tiene como objetivo determinar el derecho aplicable en materia de contratos internacionales de consumo celebrados entre consumidores y proveedores de los Estados Partes. Por ende, quedan exceptuadas del ámbito de su vigencia las personas físicas o jurídicas que tienen su domicilio o sede en países no integrantes del Mercosur. También se excluyen de su ámbito de aplicación *ratione materiae* los contratos celebrados entre proveedores profesionales de bienes y servicios; las obligaciones contractuales que tengan como objeto principal cuestiones derivadas del estado civil y capacidad de las partes; aquellas derivadas de relaciones de familia,

regímenes matrimoniales, sucesorias, con el señalamiento adicional de las cuestiones testamentarias; acuerdos sobre arbitraje o elección de foro y los temas de jurisdicción; las cuestiones de derecho de sociedades, de seguridad social, tributarias, laborales, sobre nombres de dominio; los negocios jurídicos sobre los fallidos y sus acreedores y demás procedimientos semejantes, especialmente los concordatos y análogos; demás contratos y relaciones de consumo y las obligaciones de ellos resultantes que, incluyendo consumidores, se encuentren regulados por convenciones internacionales específicas en vigor.

#### b. Definiciones

A fin de evitar interpretaciones discrepantes respecto a los términos utilizados en el texto, el artículo 2 invoca trabajos anteriores y transcribe las definiciones de consumidor<sup>22</sup> y proveedor<sup>23</sup> contenidas en la Resolución del GMC N° 34/11-Defensa del consumidor conceptos básicos (puntos A y B). Pero también aporta el concepto de contrato internacional de consumo, al cual caracteriza por la ubicación del domicilio del consumidor, al momento de la celebración del contrato, en un Estado Parte distinto al de la sede del proveedor profesional que intervino en la transacción o contrato.

Otra interesante colaboración a la uniformidad interpretativa se halla en la explicación del “lugar de celebración del contrato”, la cual distingue dos supuestos. Cuando se trata de los contratos de consumo a distancia, ese lugar lo determina el domicilio del consumidor; mientras que en los contratos que no sean a distancia, el lugar de celebración se encuentra donde *“el consumidor y el proveedor se encontraren físicamente para la celebración del contrato”*.

---

<sup>22</sup> Consumidor es “toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en una relación de consumo o como consecuencia o en función de ella”. A su vez, excluye de este concepto a “[...] aquel que, sin constituirse en destinatario final, adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el fin de integrarlos como insumo directo, a otros productos o servicios en proceso de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”.

<sup>23</sup> Proveedor es “[...] toda persona física o jurídica, nacional o extranjera, privada o pública y en este último caso, estatal o no estatal, así como los entes descentralizados de la Administración Pública de los Estados Partes, que desarrolle de manera profesional, aún ocasionalmente, actividades de fabricación, producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, distribución y/o comercialización de productos y/o servicios”.

Para precisar el domicilio del consumidor, el Acuerdo toma distancia de las definiciones adoptadas para las personas físicas y jurídicas cuando se trata de precisar la jurisdicción internacional en los contratos internacionales (Protocolo de Buenos Aires de 1994, art. 9) y en las relaciones de consumo (Protocolo de Santa María de 1996, art. 3). En el caso de contratación de consumo, en especial a distancia, se entiende como domicilio del consumidor “el domicilio informado al proveedor profesional de productos o servicios, al momento de celebrarse el contrato entre las partes”. Ahora bien, ¿Dónde se localiza el domicilio del consumidor cuando justo se omite esa información al proveedor profesional?

La respuesta adquiere relevancia, porque esta conexión no sólo interviene como alternativa para elegir el derecho aplicable al contrato de consumo a distancia, sino también actúa en forma subsidiaria ante la ausencia de elección válida del derecho rector de tales contratos en el espacio integrado.

### c. Derecho aplicable

La determinación del derecho aplicable a los contratos de consumo contempla dos supuestos: los celebrados en el Estado Parte del domicilio del consumidor y aquellos que se celebran fuera de éste. El artículo 4 aborda el supuesto del consumidor pasivo y admite la autonomía de la voluntad de las partes como principal conexión. No obstante, cabe advertir que su ejercicio está supeditado a que el contrato revista la calidad de internacional y que exista concurrencia entre el lugar de celebración y presencia del consumidor en el Estado Parte de su domicilio, “especialmente en caso de contratación a distancia”. La libertad que se les reconoce a las partes para elegir el derecho material no es ilimitada, sólo pueden optar entre derechos que muestran un vínculo geográfico con ellas o el negocio: domicilio del consumidor, lugar de celebración o cumplimiento del contrato, sede del proveedor de los productos o servicios.

El párrafo final del artículo 4 expresa que “El derecho elegido será aplicable siempre que fuera más favorable al consumidor”. Queda patente que se trata de una norma de conflicto con una orientación material a favor del consumidor, es decir, contiene ex profeso un elemento material que dirige el procedimiento de selección del

derecho estatal aplicable. Este método consiste en elegir el sistema jurídico nacional que brinde la solución más justa de los casos concretos, en consideración de todas sus circunstancias (BOGGIANO, 2017, p.123).

A falta de una declaración válida, es indispensable conocer de otro modo la voluntad que ha dirigido la formación del contrato de consumo. El segundo apartado del artículo 4, establece como regla supletoria de la autarquía personal, el derecho del domicilio del consumidor cuando éste se encuentra en el Estado Parte de su domicilio, cuya noción la precisa el artículo 2. La presencia de una parte contratante débil justifica la tutela del ordenamiento jurídico y, por ello, la regulación suplente prioriza su protección, pues se presupone que son las normas mejor conocidas por el consumidor (UZAL, 2016, p.572).

La regla fundamental de la autonomía de la voluntad se mantiene en la hipótesis del consumidor activo, esto es, cuando el consumidor celebre el contrato estando fuera del Estado Parte de su domicilio. La diferencia que introduce el artículo 5 se encuentra en las alternativas entre las cuales podrá oscilar la elección, porque suprime la opción de la sede del proveedor de los productos o servicios, contenida en la disposición anterior. También modifica la solución en el caso de **omisión de elección expresa**, porque el contrato de consumo pasa a regirse por el derecho del lugar de celebración que, de acuerdo a la explicación del artículo 2, se sitúa en el domicilio del consumidor (contratos a distancia); mientras que en los contratos que no sean a distancia, dicho lugar se localiza en el sitio del encuentro físico de *el consumidor y el proveedor para la celebración del contrato*.

Ninguna de las disposiciones mencionadas, fija tiempo alguno para que las partes puedan escoger el derecho aplicable al contrato de consumo, por lo que consideramos que esta deliberada omisión permitiría ejercer esta facultad en cualquier etapa de la vida contractual. Tampoco enuncian las materias comprendidas en el ámbito del derecho aplicable (vgr. validez, interpretación, naturaleza, derechos y obligaciones de las partes, las consecuencias del incumplimiento del contrato, los diversos modos de extinción de las obligaciones, las consecuencias de la invalidez o nulidad del contrato, entre otras).

### c.1. Elección e información del derecho aplicable

Debido al desigual poder de negociación que padece el consumidor, resulta necesario proporcionarle mayor protección en el intercambio de bienes y servicios entre fronteras, tanto en los contratos en papel como en los on-line. El artículo 6, exige que el pacto de elección de derecho sea expreso y manifestado por escrito, conocido y consentido en cada caso. Cuando es el proveedor el que escoge el derecho aplicable al contrato de consumo para obtener la adhesión del consumidor y a fin de despejar cualquier duda al respecto, el precepto pide claridad en la designación del derecho tanto en las informaciones previas brindadas al consumidor, como en el contrato mismo. La elección del derecho aplicable en la contratación en línea debe también ser expresada en forma visible y tiene que ser destacada en todas las informaciones ofrecidas al consumidor.

El Acuerdo siempre refiere al “derecho” regulador del contrato, lo cual implicaría incluir otras manifestaciones normativas no estatales, tales como los usos y prácticas comerciales y los principios generales del derecho mercantil internacional (*lex mercatoria*). En la reunión de expertos en materia de contratación internacional, celebrada en Tucson, Arizona (11 al 14 de noviembre de 1993) se consideró conveniente incluir, en la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales (CIDIP V, México, 1994)<sup>24</sup>, una regla que reconociera otras fuentes posibles de derecho “con carácter vinculante supranacional y prioritario dentro de la jerarquía de las normas para las partes”. En apoyo de su tesis, el Profesor Parra –Aranguren, delegado por Venezuela, recordó “la imposibilidad de los tratados, las legislaciones y la jurisprudencia para avanzar con la misma rapidez que las prácticas y usos comerciales” (PARRA-ARANGUREN, 1995, p.128).

Así también lo resalta la doctrina mexicana, en tanto señala que para la Convención Interamericana de 1994 el derecho rector del contrato puede constituirse por reglas, usos, costumbres, principios del derecho comercial internacional y prácticas comerciales de general aceptación, con independencia de los derechos

---

<sup>24</sup> El convenio sólo ha sido ratificado por México y Venezuela.

estatales a fin de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto (PÉREZNIETO CASTRO, 2000, p.283).

Advertimos que la reglamentación del Mercosur choca frontalmente con el DIPr. argentino de fuente interna. En el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCCN) que se encuentra vigente desde agosto de 2015, la oración final del artículo 2651 descarta de forma expresa e inequívoca, el ejercicio de la autonomía de la voluntad en sentido conflictual para los contratos de consumo. Otra diferencia radica en la redacción de la norma, por cuanto la legislación nacional hace un uso indistinto de los términos derecho y ley en los diversos incisos del citado precepto, en tanto que el Acuerdo siempre emplea el vocablo derecho.

## c.2. Contratos de viaje y turismo

Para este supuesto de comercialización a distancia, se toma una decisión equidistante de las anteriores, pues el artículo 7 dice: “Los contratos de viaje cuyo cumplimiento tenga lugar fuera del Estado Parte del domicilio del consumidor, contratados en paquete o con servicios combinados, como grupo turístico o conjuntamente con otros servicios de hotelería y/o turismo, serán regulados por el derecho del domicilio del consumidor”. Los contratos que por un precio global comprenden prestaciones combinadas de transporte, turismo y alojamiento, obligatoriamente se sujetan al derecho del Estado del domicilio del consumidor. Se cierra la posibilidad de escoger entre criterios alternativos aquel que le resulte más favorable.

La problemática internacional que plantea esta clase de contratos, también ha sido abordada de forma distinta por el CCCN. El artículo 2655 designa aplicable el derecho del Estado del domicilio del consumidor, pero añade la concurrencia de ciertas circunstancias que presenten un vínculo con aquel territorio estatal. También la diferencia aparece en la inclusión de soluciones subsidiarias, pues si el contrato de consumo no se ajusta a las situaciones mencionadas, pasa a regirse por el derecho del país del lugar de cumplimiento y, en caso de no poder precisarse éste, emerge el lugar de celebración como última conexión.

Por consiguiente, en los contratos de viaje organizados, el derecho aplicable se determina por el derecho del Estado del domicilio del consumidor. El resto de los servicios turísticos- excursiones guiadas, *city tours*- quedan regidos por el derecho del país del lugar de cumplimiento y, en su defecto, el contrato internacional se rige por el derecho del lugar de celebración (BOGGIANO, 2017: 746).

### **c.3 Contratos de tiempo compartido y contratos semejantes de uso de bienes inmuebles por turnos**

El artículo 8 regula este contrato en los siguientes términos: “Sin perjuicio de las reglas anteriores, las normas imperativas del Estado Parte donde fue realizada la oferta, publicidad o cualquier actividad de mercadeo (marketing), entre otras actividades realizadas por los representantes o por los propietarios, organizadores o administradores de tiempos compartidos y de sistemas semejantes o contratos de utilización por turno de bienes inmuebles o la suscripción de precontratos o contratos de tiempo compartido o derechos de uso por turno de bienes inmuebles, serán considerados para la interpretación del contrato, la cual será efectuada en favor del consumidor”.

Varios son los aspectos relevantes que plantea el artículo. La finalidad material asoma una vez más en la fórmula recogida para la interpretación de estos contratos. Conforme se desprende del texto, las normas imperativas del Estado Parte donde fue realizada la oferta, publicidad o cualquier actividad de mercadeo (*marketing*), no se imponen sino que sólo se tomarán en consideración y, en todo caso, se estará siempre a favor del usuario o consumidor (SCOTTI, 2019, p.321).

Resulta así, plenamente coincidente con el CCCN en cuanto encuadra como relación de consumo, la relación jurídica que se entabla entre quienes adquieren o utilizan un tiempo compartido y aquellos que lo ofrecen, “lo que implica para los primeros verse beneficiados con ventajas significativas y para los segundos, es decir, para los proveedores, verse obligados a cumplir deberes específicos en comparación con cualquier relación obligacional común de derecho privado” (PEREYRA, 2015, p.209). El artículo 2100 manda aplicar “las normas que regulan la relación de consumo, previstas en este Código y en las leyes especiales”, siéndole, por ende,

aplicable la legislación del sistema de defensa del consumidor. A partir de ello, la doctrina concluye que se “consideren como normas de policía las normas imperativas del domicilio del consumidor que aseguran un nivel mínimo de protección”. Debe subrayarse la imposibilidad de derogar esta categoría de normas de tutela del consumidor o usuario del país de su domicilio que “le ofrece un estándar de protección irrenunciable”<sup>25</sup>. Esa línea sigue la Ley 544 de DIPr. de la República Dominicana de 15 de octubre de 2014, en la Sección V, obligaciones contractuales, cuyo artículo 63 regula los contratos celebrados por consumidores y en un párrafo aparte especifica que

“[...]la elección por las partes de la ley aplicable no podrá aminorar los estándares de protección del consumidor previstos en la ley de su residencia habitual, en aquellos casos en que el cocontratante tenga un establecimiento comercial en dicho país o de cualquier forma haya dirigido su actividad comercial hacia dicho país”.

No podemos tampoco dejar de señalar que, para salvaguardar determinados principios de derecho nacional en los contratos celebrados entre partes con igual poder de negociación, el artículo 2651, inciso e) del CCNN establece como límite las normas internacionalmente imperativas o de aplicación inmediata del derecho argentino “[...] toda vez que ellas son exclusivas, excluyentes de toda otra norma y, por ende, también de la autonomía de la voluntad de las partes y de aplicación restrictiva” (UZAL, 2016, p.484).

Resulta interesante también destacar que el CCCN reconoce al tiempo compartido como un nuevo derecho real en la enumeración indicada en el artículo 1887, inciso e). Este derecho real se presenta con su característico uso alternado y sucesivo de una misma cosa para su aprovechamiento periódico por parte de terceros (CAUSSE, 2015, p.7). De esta clasificación, el sistema de tiempo compartido tal cual lo señala el artículo 1889, pertenece a los derechos reales sobre cosa total o parcialmente propia. Lo cual trae como consecuencia la aplicación de la norma de policía del artículo

---

<sup>25</sup> BOGGIANO, Antonio estima que “La norma de policía capta en su tipo legal un caso jusprivatista multitinacional y lo somete al derecho material propio delimitando expresamente su ámbito de aplicación espacial”, Tratado de Derecho Internacional privado, ob. cit. pp. 594-596.

2667 del CCCN que somete los derechos reales sobre inmuebles a la ley del lugar en donde están situados. Por ende, es comprensible que, de hallarse este bien inmueble en la Argentina, el contrato de tiempo compartido hecho en el extranjero deberá constar en instrumento público y presentarse legalizado.

Esta circunstancia implica habilitar la intervención de la ley que rige el fondo del acto, *lex causae*, para regular: a) la exigencia de determinada calidad formal; y b) la equivalencia entre la forma exigida y la forma realizada. Se trata de una distinción conocida por el sistema de DIPr. argentino, pues es la consagrada por el artículo 36 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940. Además, se encuentra en consonancia con la teoría de Werner Goldschmidt que diferencia entre el derecho que impone la forma o que exime de ella y el derecho que reglamenta la realización de la forma impuesta. El derecho que rige el fondo del negocio jurídico es también el derecho aplicable a la forma, en lo referente a su necesidad y a los efectos de su ausencia. En cambio, lo relativo a los requisitos reglamentarios de la formalidad prevista en la ley que rige el contenido o fondo del acto, están sujetos a la ley del lugar de su celebración (URIONDO DE MARTINOLI, 2019, p.43). Por último, "parece evidente que la ley que impone la forma, debe ser igualmente la ley que juzgue sobre la equivalencia de la forma realizada con la forma exigida: debe haber identidad entre la ley que impone y la ley que califica" (GOLDSCHMIDT, 2009, p.384).

En este sentido, Lima Marques propone la elaboración de una Convención Interamericana de DIPr. sobre la ley aplicable a algunos contratos y relaciones de consumo que se ocupe expresamente de dos situaciones específicas: 1) la del consumidor turista, especialmente aquel que recurre al sistema de multipropiedad o de tiempo compartido; y, 2) la del consumidor que contrata a distancia, tanto por medios tradicionales como por nuevos medios electrónicos. En el primer apartado del artículo 7 relativo a los contratos de propiedad múltiple o tiempo compartido, sugiere que:

"Las normas imperativas de protección de los consumidores del país de localización física de los emprendimientos de esparcimiento y de hotelería que utilicen el método de venta, de uso o de habitación en propiedad múltiple o tiempo compartido, ubicados en los Estados Partes, se aplican acumulativamente a estos contratos, en favor de los consumidores" (LIMA MARQUES, 2001, p.45).

#### d. Disposiciones generales

El artículo 9 titulado vigencia y depósito, incluye las cláusulas de estilo relativas a la entrada en vigor del Acuerdo (requiere al menos la ratificación de dos Estados Partes); la ratificación y el depósito del respectivo instrumento en la República del Paraguay, quien en su calidad de Depositario deberá notificar la fecha de este acto a las demás Partes, la entrada en vigencia del Acuerdo y enviar las copias debidamente autenticadas de éste. Finalmente, establece la apertura de adhesión a los Estados Asociados al MERCOSUR.

#### IV. Conclusión

Como resultado de la falta de vigencia de los instrumentos determinantes de jurisdicción internacional y de derecho aplicable en materia del consumidor en el Mercosur, la defensa de sus derechos en el espacio económico ampliado, constituye una deuda que lleva muchos años y que continúa siendo regulada por una serie de resoluciones esporádicas. Algunas han sido acordadas en la órbita del Comité Técnico N° 7 de Defensa del Consumidor creado con el designio de concluir e implementar el Reglamento Común de Defensa del Consumidor, mientras que otras iniciativas fueron generadas en el Grupo Mercado Común, pero no todas las medidas han sido incorporadas en los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes. Hay tareas que se arrastran por tiempo indefinido, cuya carencia o deficiencia constituyen, correlativamente, uno de los mayores obstáculos al esfuerzo integracionista del Tratado de Asunción.

Iniciamos los comentarios exponiendo la fragilidad del esquema institucional del MERCOSUR debido a la suspensión o bien la exclusión de algunos de sus socios, ahora los cerramos con la frase de aliento de Jorge Luis Borges cuando nos dice que tenemos el derecho y el deber de la esperanza<sup>26</sup>. En el seno del mercado regional en vías de

---

<sup>26</sup> Reflexión publicada el 22 de diciembre de 1983 en el diario Cultura y Nación de Clarín.

construcción, la frase se traduciría en la promoción de actitudes y soluciones para implementar un marco de protección del consumidor no profesional en las múltiples relaciones de consumo de bienes y servicios que lo pueden afectar, sin constituir obstáculos innecesarios al comercio.

### Referencias bibliográficas

- BOGGIANO, Antonio (2017). *Tratado de Derecho internacional privado*. Tomo II. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, Thomson Reuters.
- CAUSSE, Federico J.; PETTIS, Christian R. (2015). Comentarios a los arts. 1882 a 1904. CAMELO, Gustavo; PICASSO, Sebastián; HERRERA, Marisa (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación. Tomo V. Libro Cuarto* Directores, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus.
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel (1997). *Comprensión jusfilosófica de la protección internacional del consumidor*. Jornadas Uruguayo - Santafesinas 2ª Etapa.
- DELALOYE, María L. (2007) La protección del consumidor internacional en América: rumbo a la CIDIP VII. *Ámbito Jurídico, Derecho del consumidor (45)*. Rio Grande.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José C. (2000). Los modelos de integración en América Latina y el Caribe y el Derecho internacional privado. *Iberoamérica ante los procesos de integración. Actas de las XVIII Jornadas de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*. Madrid: BOE.
- GOLDSCHMIDT, Werner (2009). *Derecho Internacional privado. Derecho de la tolerancia*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- LIMA MARQUES, Cláudia (2001). *La insuficiente protección del consumidor en las normas del Derecho Internacional Privado – De la necesidad de una Convención Interamericana (CIDIP) sobre la ley aplicable a algunos contratos y relaciones de consumo*. Página web: [http://www.oas.org/dil/agreementspdf/cidipvii\\_home\\_temas\\_cidip-vii\\_proteccionalconsumidor\\_leyaplicable\\_apoyo\\_propuestabrasil.pdf](http://www.oas.org/dil/agreementspdf/cidipvii_home_temas_cidip-vii_proteccionalconsumidor_leyaplicable_apoyo_propuestabrasil.pdf)
- LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo A. (2017). El derecho a un ambiente sano. *Revista digital de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional (213)*

- PARRA ARANGUREN, Gonzalo (1995). La Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP V, México 1994). *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (BolACPS)*, Vol. 72- N° 130. Caracas, Venezuela: Arauca Editores.
- PEREYRA, Manuel J. (2015). Comentario al art. 2100. Directores CAMELO, Gustavo; PICASSO, Sebastián; HERRERA, Marisa (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación. Tomo V. Libro Cuarto*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus.
- ROJO, Martina L. (2012). La defensa del consumidor en el MERCOSUR. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas (USAL) (6)*.
- SANTOS BELANDRO, Rubén (2005). Protocolo de Santa María sobre jurisdicción internacional en materia de relaciones de consumo. *Revista de la Facultad de Derecho, Universidad de la República (24)*. Uruguay.
- SCOTTI, Luciana Beatriz (2019). Avances con miras a la protección de los consumidores en el Mercosur. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata (49)*.
- TONIOLLO, Javier Alberto (1998). La protección internacional del consumidor. Reflexiones desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado Argentino. *Revista de Derecho del Mercosur (6)*.
- TORRES BUTELER, Eduardo J. (2009). La protección del consumidor a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba (2)*.
- URIONDO DE MARTINOLI, Amalia; MARTINOLI URIONDO, Estefanía (2019). *Lecciones de Derecho Internacional Privado*. Contratos internacionales. Córdoba: Ediciones Lerner.
- UZAL, María E. (2016). *Derecho Internacional Privado*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley-Thomson Reuters.

## El Derecho Internacional Privado de Sociedades mercosureño

### Mercosur Private International Corporate Law

Por Candela N. Villegas

**Resumen:** El presente trabajo analiza el marco normativo actual que rige la actividad internacional de las sociedades en el bloque de integración regional. Se abordan los dos problemas principales del Derecho internacional privado de Sociedades, el reconocimiento de la personalidad jurídica y el derecho aplicable, en todas las dimensiones del Derecho internacional privado, con especial atención en las disposiciones de la dimensión autónoma de cada uno de los Estados Parte de MERCOSUR, con la finalidad de comparar sus regulaciones y analizar si resultaría conveniente una armonización de fuente dentro del espacio integrado.

**Palabras clave:** MERCOSUR; Sociedades; armonización.

**Abstract:** This paper analyses the current regulatory framework governing the international activity of companies in the regional integration bloc. It deals with the two main problems of private international corporate law, the recognition of legal personality and the applicable law. In doing so, the paper analyses the issue in every dimension of private international law, with special attention to the provisions of the autonomous dimension of each of the MERCOSUR state parties, with the aim of comparing their regulations and analyzing whether a harmonization of sources within the integrated space would be advisable.

**Keywords:** MERCOSUR; companies; harmonization.

Fecha de recepción: 05/10/21

Fecha de aceptación: 26/11/21



## El Derecho Internacional Privado de Sociedades mercosureño

Por Candela N. Villegas\*

### I. Introducción

En el artículo 1 del Tratado de Asunción, se establece que “Este Mercado Común implica:...El compromiso de los Estados Partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración”. En materia de Derecho internacional privado de sociedades (DIPrS) lograr este objetivo implicaría contar con normativa específica sobre la temática a nivel institucional, garantizar el reconocimiento de las sociedades constituidas en los diferentes Estados Partes (EP), armonizar las legislaciones internas e instaurar el principio de libertad de establecimiento, en armonía con “*la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países*”.

Al día de hoy, los EP del MERCOSUR no han elaborado un instrumento institucional específico que regule los aspectos de DIPrS, pese al gran impacto que tiene en el proceso de integración la uniformidad de normas relativas a la actuación extraterritorial de las empresas. En las relaciones comerciales resulta imposible pensar en un tráfico comercial externo fluido prescindiendo de las organizaciones empresariales,

“prácticamente todas las empresas que tienen condiciones de exportar servicios son organizadas por una sociedad comercial, al tiempo que el empresario persona física se está convirtiendo en una especie en extinción, por ello es que la regulación del tema societario reviste una importancia decisiva para la concreción de la circulación de los servicios” (HARGAIN, 1993, p.88).

---

\* Abogada. Escribana. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Becaria posdoctoral CONICET. Profesora de Derecho Internacional Privado, Universidad Nacional de Córdoba y Universidad Siglo 21. [candela\\_villegas@hotmail.com](mailto:candela_villegas@hotmail.com)

El DIPrS se articula sobre dos ejes centrales, por un lado, el régimen del reconocimiento de las sociedades constituidas en el extranjero y por otro, la determinación del derecho aplicable, es decir, la *lex societatis* (ARENAS GARCÍA, 2014). En este trabajo se abordan estos dos aspectos del DIPrS desde la perspectiva mercosureña en las diferentes dimensiones del Derecho internacional privado (DIPr), destacando la ausencia de normativa en la dimensión institucional y analizando la existencia de coordinación y armonía entre los instrumentos de la dimensión convencional y autónoma de cada uno de los EP. No se considerarán los supuestos en los que se trate de sociedades extranjeras que tengan su sede social en un Estado diferente al que han sido constituidas, situaciones de actuación en fraude a la ley, y tampoco lo referente a la actividad mediante grupos societarios; puesto que por su importancia requiere un estudio separado, que excede el planteo de este trabajo.

Se parte de la premisa inicial, que resulta insuficiente la normativa con la que se cuenta a nivel regional en concordancia con los objetivos que se propone Mercosur al momento de su creación.

Las sociedades pueden actuar ya sea a través de la realización de actos jurídicos atinentes a su personalidad jurídica, es decir de carácter genérico, como realizando ejercicio habitual de su objeto social a través de un representante, participando en una sociedad que haya sido creada con anterioridad o incluso a través de la creación de nuevas sociedades.

El reconocimiento de la personalidad jurídica de la sociedad constituida en un Estado diferente, se plantea, cronológicamente, como el primer problema a resolver cuando se analiza su actuación extraterritorial. Este problema deriva principalmente de la especial configuración del Derecho de sociedades europeo en las primeras décadas del siglo XIX. Arenas García explica que, en un primer momento las sociedades nacían como concesión del poder público, por un privilegio que otorgaba la autoridad pública, “esta configuración del Derecho material de sociedades implica que la sociedad, desde el mismo momento en que nace, lo hace vinculada a un determinado ordenamiento, el de la autoridad que ha creado la sociedad” (2013). De la misma manera que el poder público tenía la potestad de disponer la concesión de la

personalidad jurídica, la misma autoridad era la que disponía el reconocimiento de las sociedades extranjeras.

Los Derechos europeos contemporáneos responden a un sistema de reconocimiento conflictual (GARCIMARTÍN ALFEREZ, 2001), en consecuencia, la sociedad extranjera va a ser reconocida siempre que haya sido válidamente constituida conforme a la *lex societatis*. De esta manera, el Derecho de sociedades europeo otorga el marco histórico para comprender los problemas del DIPrS y sus soluciones actuales.

En el Derecho comparado existen dos grandes modelos básicos de determinación de la *lex societatis* (GARCIMARTÍN ALFEREZ, 2002): el Derecho del Estado de su constitución (modelo de la constitución) o el Derecho del Estado en el que se encuentra su sede real (modelo de la sede). El primero determina que el Derecho rector de la sociedad es el del Estado conforme al cual se ha constituido, es decir, donde cumplió con todos los requisitos de forma y fondo. Mientras que, en el modelo de la sede real, el Derecho rector deriva del lugar donde tenga domicilio efectivo la sociedad o el asiento principal de sus negocios.

Cada ordenamiento jurídico en principio adhiere a uno de estos modelos, pero no siempre se encuentran plasmados de manera pura, sino que algunos ordenamientos optan por los sistemas mixtos, una combinación de ambos modelos, generalmente con preeminencia de uno de ellos.

El primer interrogante al que se enfrentan quienes están interesados en la constitución de una sociedad, es decidir el derecho de acuerdo al cual pretenden constituirla. Por lo general, las sociedades se crean conforme el derecho de ordenamientos que presentan el vínculo más estrecho con esa sociedad (ARENAS GARCÍA, 2013).

El derecho bajo el cual se constituye la sociedad, es el que rige con carácter general la vida de la sociedad, lo que se conocerá como *lex societatis*. El derecho aplicable, es determinante en el desarrollo de la vida social, ya que no solamente es el que regula el nacimiento de la sociedad, sino la vida interna de la sociedad y una pluralidad de cuestiones societarias con trascendencia externa (ARENAS GARCÍA, 2013). De esta manera, la *lex societatis* asume un rol fundamental.

## II. El DIPrS en la dimensión institucional

La dimensión institucional del DIPr emerge en el escenario internacional como emanada de las organizaciones internacionales que se encuentran en proceso de integración regional. En el ámbito de la Unión Europea (UE) esta dimensión atiende a las necesidades impuestas por los objetivos del proceso de integración y el correcto funcionamiento del mercado interior (FERNÁNDEZ ROZAS Y SÁNCHEZ LORENZO, 1999). En Mercosur se caracteriza, a diferencia de la UE, por carecer de aplicación inmediata y de eficacia directa (DREYZIN DE KLOR, 2015).

En la temática de las sociedades constituidas en el extranjero (SCE) se presenta una ausencia de regulación de la materia, no sólo a nivel institucional, sino a nivel internacional, lo que se traduce, como lo expresa UZAL, “en ausencia de una política económica clara y de una planificación lo suficientemente precisa de los Estados naciones” (2016, p.748).

Frente a la carencia de normas de la dimensión institucional, los EP de Mercosur se encuentran vinculados en la dimensión convencional por la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles de Montevideo de 1979 (CIDIP II), que fue ratificada, primeramente, por Uruguay (1980), Argentina (1983), Paraguay (1985) y de manera más tardía por Brasil (1995). Esta convención vincula a los EP de Mercosur con uno de los Estados asociados, Perú (1980) y con la República Bolivariana de Venezuela (1985) que se encuentra suspendida como EP conforme las disposiciones del Protocolo de Ushuaia.

## III. El DIPrS en la dimensión convencional

Con anterioridad a la vigencia de CIDIP II, en materia de DIPrS, tres de los cuatros EP de Mercosur (Argentina, Uruguay y Paraguay) se hallaban vinculados por el Tratado de Derecho Comercial Internacional Montevideo 1889 (TDCIM89) y el Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional Montevideo 1940 (TDCTIM40). Conforme las reglas de jerarquía de los tratados, Argentina, Uruguay y Paraguay se vincularían con todos aquellos países que ratificaron el Tratado de Derecho Comercial Internacional Montevideo 1889 (TDCIM89) y luego no adhirieron

a la reforma realizada en 1940, (Bolivia, Perú y Colombia), por las disposiciones del primero puesto que continúa en plena vigencia, pues no ha sido suspendido. Mientras que para aquellos países que ratificaron ambos Tratados, (Argentina, Uruguay y Paraguay), la solución se halla en el artículo 55 de las Disposiciones Generales del TDCTIM40, que enuncia una cláusula de compatibilidad<sup>1</sup> que deja sin efecto entre los mencionados el TDCIM89. A *posteriori*, los tres EP que se encontraban vinculados por TDCTIM40, como se señaló *supra*, al haber sido ratificantes de CIDIP II, se regirán por las disposiciones de esta última, conforme la solución que otorga la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, que en su artículo 30 3º párrafo, y en consecuencia, regirán sus relaciones por el posterior, y frente a lagunas normativas se podrá recurrir a la normativa anterior, siempre que sus prescripciones resulten compatibles.

### III.1. Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado

En el proceso de codificación del DIPr convencional se han utilizado dos criterios. En un comienzo se siguió el criterio de enfoque global, abarcando en un mismo cuerpo normativo diversas disciplinas (civil, comercial, procesal, penal), criterio que se puede observar en los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940. Pero posteriormente, la tendencia fue la elección de un criterio particular, codificar a través de instrumentos específicos una disciplina concreta, lineamiento seguido por las Conferencias Especializadas de Derecho Internacional Privado.

CIDIP II fue sancionada en Montevideo en 1979, y tiene como finalidad la armonización en torno al reconocimiento de una sociedad constituida en país extranjero y la ley que resultará aplicable.

Las Convenciones Interamericanas de Derecho Internacional Privado se han caracterizado por seguir el método del conflictualismo con algunos matices del

---

<sup>1</sup> Artículo 55: "Hecho el canje en la forma del artículo anterior, este Tratado entrará en vigor desde ese acto, entre los Estados que hubieren llenado dicha formalidad, por tiempo indefinido, quedando, por lo tanto, sin efecto el firmado en Montevideo el día doce de febrero del año mil ochocientos ochenta y nueve".

materialismo, por lo que en este sentido no innova en relación a los convenios anteriores en la materia (DREYZIN DE KLOR Y SARACHO CORNET, 2005).

El ámbito espacial y temporal de CIDIP II se encuentra delimitado en su artículo 1, limitando su aplicación a sociedades mercantiles, por lo que las sociedades civiles y otros tipos de asociaciones y contratos asociativos no se encontrarían regulados por este convenio. Esta materia ha sido abordada en la Convención celebrada en La Paz en el año 1984, denominada Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado, que no fue ratificada por la totalidad de los EP de MERCOSUR, sino sólo por Brasil. Entre Argentina, Uruguay y Paraguay sus relaciones estarán regidas por el Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1940, que establece el derecho aplicable a las personas jurídicas de carácter privado.

La *lex societatis* en CIDIP II es la ley del lugar de constitución, que regirá la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades mercantiles. Con buena técnica legislativa, la Convención incorpora la calificación autárquica de lugar de constitución, entendiendo por tal, el Estado donde se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas sociedades.

Entonces, el estatuto personal<sup>2</sup> será el encargado de regir la forma del acto constitutivo, los requisitos formales que deberán llevarse a cabo, las consecuencias de su incumplimiento, el régimen que deberá respetar para ser considerada una sociedad regularmente constituida, las exigencias de registración y publicación, etc.

Se debe tener presente la expresa reserva que realiza el artículo 7<sup>3</sup>, por la cual no podrá aplicarse Derecho extranjero, cuando éste se lo considere manifiestamente contrario al orden público. Dicha reserva constituye una característica de la técnica legislativa utilizada en las CIDIP. En virtud de esta disposición, es posible desplazar

---

<sup>2</sup> Para Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo (1999), referirse al estatuto personal de las personas jurídicas, se debe a un mimetismo poco justificado con las personas físicas, “la identificación entre la ley personal de las personas físicas y de las personas jurídicas no puede obedecer, en modo alguno, a la analogía. Los derechos de la personalidad son inherentes a la persona física, por el mero hecho de ser persona. La personalidad jurídica implica, en primer término, un acto de constitución con incidencia de la *lex contractus* bajo la cual se crea la sociedad o persona jurídica” .

<sup>3</sup> Artículo 7.- La ley declarada aplicable por esta Convención podrá no ser aplicada en el territorio del Estado que la considere manifiestamente contraria a su orden público.

dicha Convención como Derecho aplicable en aquellos casos que se encuentre en contradicción con el Orden Público del Estado del juez competente en el caso concreto.

En relación al reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades, la Convención establece del mismo modo que el TDCIM89 y el TDCTIM40, el reconocimiento de pleno derecho de aquellas sociedades que fueron debidamente constituidas en alguno de los EP. El Estado que reconoce tiene la atribución de exigirle que acredite haber cumplido con los requisitos que se le requirieron en el lugar de constitución para adquirir la personalidad jurídica, debiendo presentar los instrumentos que sean necesarios. En el tercer párrafo de este artículo se destaca que el Estado que va a reconocer a la SCE, no la podrá dotar de mayor capacidad de la que gozan las sociedades que se constituyen en el territorio de su jurisdicción. El reconocimiento, en este punto encuentra una limitación.

Como explica Balestra, haciendo referencia al artículo 3 *in fine*, ésta es una disposición genérica que trata la capacidad sin establecer distinciones dentro de la misma. No es lo mismo la capacidad que se reconoce a un tipo societario que la que pueda corresponder a otro tipo diferente: por ejemplo, una sociedad de hecho recibirá, en cuanto a su capacidad, un trato distinto a una sociedad anónima o de capital: esto quiere decir que tiene facultades y obligaciones distintas en uno y otro caso (BALESTRA, 1997).

En el artículo siguiente, se hace referencia a la realización de actos comprendidos en el objeto social, los que quedan sujetos a la ley del Estado donde los realicen.

El inconveniente de la técnica legislativa de este artículo se plantea en la falta de claridad para referirse a ejercicio directo o indirecto de actos comprendidos en el objeto social. La terminología utilizada no resulta del todo clara. En una derivación razonada del sistema podrá entenderse que actuación directa refiere a aquella que la sociedad realiza *per se*, esto es, sin la colaboración de terceros (supuesto de establecimiento de sucursales o actuación de representantes). Actuación indirecta sería la realizada por medio de filiales (FRESNEDO DE AGUIRRE, 2003).

Esta diferenciación no fue realizada en TDCIM89 ni TDCTIM40, pero a los fines prácticos su distinción no reviste vital importancia porque ambas situaciones van a

ser sometidas a la ley del Estado donde actúen. En cambio, si se debe prestar atención a la última parte del mismo artículo, que hace referencia al control que pueda ejercer una sociedad constituida en un Estado diferente del cual se constituyó la que pretende controlar, sometiendo dicha situación a la ley del lugar en que realicen los actos que permitan la mentada situación<sup>4</sup>.

En cuanto a la normativa aplicable a aquellas sociedades que habiéndose constituido en un Estado pretendan establecer la sede efectiva de su administración en otro, el artículo 5 le otorga al Estado anfitrión, la facultad de exigirle cumplir con las prescripciones de la ley local: “las sociedades constituidas en un Estado que pretendan establecer la sede efectiva de su administración central en otro Estado, podrán ser obligadas a cumplir con los requisitos establecidos en la legislación de este último”. La Convención no regula esta situación, sino que la hace depender de lo que se establezca en la normativa de fuente autónoma de cada Estado. FRESNEDO DE AGUIRRE (2003) destaca que la Convención

“faculta al Estado receptor a exigir a la sociedad constituida en el extranjero que cumpla los requisitos exigidos por la ley local... se trata de una potestad y no de un deber. La regulación de los requisitos exigibles para el cambio de sede y por ende los efectos de su inobservancia se regularán entonces por la ley del Estado de la nueva localización”.

Se considera adecuado este razonamiento en virtud de que, al adoptarse el modelo de la constitución para regular la actividad de la sociedad, si establece su sede efectiva de administración (de la cual resultarán las directrices fundamentales de su ejercicio) en otro Estado, resulta procedente que se le exija el cumplimiento de requisitos que surjan de la normativa local.

Esta fórmula tiene por finalidad evitar el fraude a la ley que pueden cometer aquellas sociedades que se constituyen en un Estado y que sus actividades principales las realizan en otro Estado. Es importante destacar que esta norma se adopta con carácter facultativo, en virtud de los debates que se suscitaron en el Grupo de Trabajo.

---

<sup>4</sup> Profundiza el tema: BALLESTEROS BARROS, Ángel María (2018) *La responsabilidad de la sociedad dominante en los grupos internacionales de sociedades*, Pamplona: Ed. Civitas.

Algunos sectores se oponían a la mentada normativa argumentando que la misma debilitaría a la Convención y al reconocimiento de pleno derecho establecido en el artículo 3.

El artículo 6 de la Convención reafirma lo establecido por el TDCTIM40 en su artículo 3: “*Las sociedades mercantiles constituidas en un Estado, para el ejercicio directo o indirecto de los actos comprendidos en su objeto social, quedarán sujetas a los órganos jurisdiccionales del Estado donde los realizaren*”. Pese a las controversias que planteó la inclusión de una norma de competencia, se adoptó el criterio general que enuncia el artículo. En un principio había diferencias en cuanto a la decisión de incorporar esta norma en la Convención, debido a que este tipo de normativas serían posteriormente objeto de otra Convención que se especializara en el tema, en miras de preservar la unidad del sistema. Pero esta postura no logró imponerse y se decidió incorporar dicho artículo.

#### **IV. Regulación del reconocimiento de la personalidad jurídica y la ley aplicable en la dimensión interna de los EP**

##### **1. Uruguay**

La Ley General de Derecho Internacional Privado (LGDIPr)<sup>5</sup>, en el capítulo VI regula la actividad de las personas jurídicas de derecho privado, excluyendo de manera explícita a las sociedades comerciales<sup>6</sup>, que se regirán por ley especial, es decir, la Ley de Sociedades Comerciales<sup>7</sup> (LSC) uruguaya. Esta normativa dedica la sección XVI a las disposiciones relativas a las SCE, data del año 1989, apenas unos años posteriores a la Ley de Sociedades Comerciales argentina (actual Ley General de Sociedades) y recoge en gran parte sus disposiciones, se encuentra en armonía y “mantiene la terminología y en general las soluciones de la Convenciones Interamericanas” (FRESNEDO DE AGUIRRE, 2003, p.1342).

---

<sup>5</sup> Ley General de Derecho Internacional Privado. N° 19.920. Promulgación: 27/11/2020  
Publicación: 16/12/2020

<sup>6</sup> Ley General de Derecho Internacional Privado. N° 19.920. Artículo 38.

<sup>7</sup> Ley 16.060. Promulgación: 04/09/1989. Publicación: 01/11/1989

El ámbito de aplicación de la LSC, si bien ha generado discusiones en la doctrina uruguaya en relación a si incluye o no a las sociedades civiles, Fresnedo de Aguirre adhiere a la teoría restrictiva, que entiende que abarca sólo a las sociedades comerciales, inclusive para la sección destinada a SCE, puesto que “no puede ignorarse que la referida sección integra una ley que se llama ley de sociedades comerciales” y agrega que el artículo 1<sup>8</sup> de la mencionada ley es la que establece el concepto de sociedad comercial y que se complementa con el artículo 4<sup>9</sup> que adopta el criterio de la comercialidad formal. Este debate se diluyó con la sanción de la LGDIPR y su artículo 38 y en consecuencia, cuando se trata de personas jurídicas privadas que realizan actividad internacional, quedarán reguladas por la LGDIPR.

En relación al primer problema del DIPRs, la LSC establece que “*las sociedades debidamente constituidas en el extranjero serán reconocidas de pleno derecho en el país, previa comprobación de su existencia*”<sup>10</sup>. Como ha señalado Opertti Badán “la sociedad mercantil, por el solo hecho de actuar fuera del lugar de constitución será considerada como persona jurídica. De este modo, se dotaría al comercio internacional de una mayor seguridad en la contratación entre estas sociedades y los terceros, protegiéndose de mejor manera los derechos de los sujetos locales” (FRESNEDO DE AGUIRRE, 2009, p.36). El reconocimiento de la personalidad jurídica la habilitará para realizar actos aislados y hallarse en juicio, pero incluso para realizar algunas de estas actividades, a veces se le exigirá el cumplimiento de algunos requisitos específicos adicionales como sucede en el supuesto de presentarse a una licitación pública<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Ley 16.060. Artículo 1 (Concepto) Habrá sociedad comercial cuando dos o más personas, físicas o jurídicas se obliguen a realizar aportes para aplicarlos al ejercicio de una actividad comercial organizada, con el fin de participar en las ganancias y soportar las pérdidas que ella produzca.

<sup>9</sup> Ley 16.060. Artículo 4 (Comercialidad formal). Las sociedades con objeto no comercial que adopten cualquiera de los tipos previstos por esta ley, quedarán sujetas a sus disposiciones, considerándose sociedades comerciales. Las sociedades que tengan por objeto el ejercicio de actividades comerciales y no comerciales serán reputadas comerciales y sujetas a la disciplina de esta ley.

<sup>10</sup> Ley de Sociedades Comerciales. N° 16.060. Artículo 193

<sup>11</sup> “Así por ejemplo el art. 87 del Decreto N° 385/992 de 13/8/1992 que reglamenta el Registro Nacional de Empresas de Obras Públicas, establece con respecto a las empresas extranjeras que pretendan competir en un llamado para la concesión de una obra pública en el país un plazo de 10 días de anticipación a la fecha de apertura de la licitación de que se trate para solicitar su inscripción en el Registro y obtener el correspondiente certificado para ofertar. Deberán presentar el contrato social y sus modificaciones, el título profesional del representante técnico, expedido o revalidado por la autoridad universitaria correspondiente, el que deberá ser acorde con la especialidad objeto del

A los fines de lograr la acreditación de su existencia, la sociedad que pretenda el reconocimiento deberá presentar

“el testimonio notarial de los estatutos de la matriz y sus modificaciones y la constancia de haber cumplido con los requisitos de inscripción y publicidad exigidos por la ley del lugar de constitución, todo debidamente legalizado” (FRESNEDO DE AGUIRRE, 2003, p.1342).

En relación al derecho aplicable a las SCE, se consagra el criterio de la extraterritorial parcial. La LSC<sup>12</sup> sigue el criterio de CIDIP, agregando de manera expresa que la *lex societatis* será la del lugar de constitución salvo que contraríe el orden público. En este sentido, el orden público actúa como un límite a la posible autonomía de la voluntad que se le otorga a los socios al momento de elegir el Estado bajo cuyas leyes se regularán la sociedad, evitando de esta manera distorsionar el espíritu de la legislación en vías de una constitución fraudulenta.

Operti frente a la posibilidad de que exista una constitución-incorporación en más de un Estado, establece que

“por lugar de constitución debe entenderse el natural, el primero, el único” y que, en consecuencia, los sucesivos actos de incorporación implicarían el ejercicio de actividad extranacional que será juzgado por el Estado que reconocerá la constitución en el primero (FRESNEDO DE AGUIRRE, 2009).

El alcance de la *lex societatis*, en concordancia con CIDIP II, resulta extensivo a existencia, capacidad, funcionamiento y disolución. La actividad societaria, no se encuentra incluida entre estas categorías y deberá atenerse a la normativa de la ley territorial del Estado donde pretende actuar.

---

llamado. Además, deberán presentar la resolución de las autoridades sociales competentes en las que conste la autorización para participar en la licitación, constitución de domicilio especial en la República, nombramiento de representante técnico y legal con poderes suficientes, y declaración de obligarse a constituir una sucursal u otro modo de representación permanente para el caso de resultar adjudicataria” (Fresnedo de Aguirre, 2003, p. 1343)

<sup>12</sup> Ley 16.060. Artículo 192. *Las sociedades constituidas en el extranjero se regirán en cuanto a su existencia, capacidad, funcionamiento y disolución por la ley del lugar de su constitución salvo que contraríe el orden público internacional de la República. Por ley del lugar de constitución se entenderá la del Estado donde se cumplan los requisitos de fondo y forma exigidos para su creación. La capacidad admitida a las sociedades constituidas en el extranjero no podrá ser mayor que la reconocida a las creadas en el país.*

Para la realización de actos aislados, la sociedad se encuentra habilitada, sin necesidad de cumplir con requisitos de inscripción y publicación, como así también estar en juicio.

En líneas generales, la LSC mantiene en este punto la línea de la fuente convencional, pero en vez de referir al criterio de la habitualidad, opta por el de representación permanente. Este criterio, en la práctica no debería generar conflictos, según señala Fresnedo de Aguirre, puesto que, si una sociedad pretende realizar actividad habitual en otro Estado, establecería en ese Estado algún tipo de representación permanente (FRESNEDO DE AGUIRRE, 2009). En este sentido, la LSC establece en su artículo 193 que, para actos comprendidos en su objeto social, mediante el establecimiento de sucursales o cualquier otro tipo de representación permanente, deberá cumplir con una serie de requisitos<sup>13</sup> atinente a la inscripción y publicación.

Por último, en relación a las personas jurídicas privadas, la LGDIPr, el criterio es coincidente con la LSC, estableciendo el reconocimiento de pleno derecho para las personas jurídicas privadas que se han constituido conforme la normativa del lugar de constitución y las habilita a realizar actos instrumentales o accesorios a su objeto. En cuanto al derecho aplicable, el criterio de conexión elegido es la ley del lugar de su constitución, que abarca a la existencia, naturaleza, capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, funcionamiento, representación, disolución y liquidación de la persona jurídica privada.

## 2. Paraguay

La regulación de las SCE en el ordenamiento interno paraguayo se encuentra establecido en el Código Civil, en la sección IX que abarca los artículos 1196 a 1201.

En principio, el problema de la calificación de la sociedad como civil o comercial, no debería generar conflictos en su entendimiento en la dimensión interna,

---

<sup>13</sup> 1) Inscribir en el Registro Público y General de Comercio, el contrato social, la resolución de la sociedad de establecerse en el país, la indicación de su domicilio, la designación de la o las personas que la administrarán o representarán y la determinación del capital que se le asigne cuando corresponda por la ley. 2) Efectuar las publicaciones que la ley exija para las sociedades constituidas en el país, según el tipo.

puesto que no se ha establecido dicha distinción en la sección relativa a las SCE. El Código Civil paraguayo, tal como explica Torres Kirmsler, contiene normas comunes a las sociedades en general, ya se trate de sociedades civiles o comerciales, porque unifica las cuestiones atinentes a las obligaciones y contratos civiles y comerciales, en función de que “las relaciones civiles económicas se van mercantilizando, ya que numerosas figuras del Derecho Mercantil que constituyen actos de comercio, son de uso corriente en la vida diaria de personas y entidades ajenas a ese derecho” (TORRES KIRMSER, 1994).

En relación al reconocimiento, en el artículo 1196 se establece el reconocimiento de las sociedades que se les haya otorgado personalidad jurídica conforme las leyes del país del domicilio y *“se las habilita plenamente para ejercer en la República las acciones y derechos que les corresponda”*.

Se debe destacar, que a diferencia de CIDIP II, Paraguay adopta como criterio de conexión el domicilio y no el lugar de constitución. Este criterio es coincidente con los TMDCI de 1889 y 1940. En el ámbito de las relaciones mercosureñas no presentaría dificultad esta disposición, puesto que resulta aplicable el criterio convencional, pero implica que la dimensión interna paraguaya no se encuentre armonizada con los criterios de los EP de MERCOSUR, por lo que podría ser una consideración que los legisladores paraguayos pudiesen tener en cuenta a futuro.

En este punto, siguiendo a RUIZ DÍAZ LABRANO, resulta apropiado el criterio que se ha adoptado, puesto que “en el Código Civil paraguayo el domicilio es un elemento esencial en materia de sociedades”, como explica el jurista, “quizás se ha pretendido prever la posibilidad de evitar la distorsión de la naturaleza de la sociedad y que detrás de la supuesta extranjerización societaria se oculten sociedades nacionales, sociedades que sólo tienen de extranjera la apariencia, constituidas para eludir disposiciones imperativas del Estado o para eludir la actuación de los acreedores” (2001, p. 277).

Confirma este espíritu del Código Civil el mismo artículo, al incluir una disposición que califica el concepto de domicilio para las sociedades: *“Las sociedades constituidas en el extranjero tienen su domicilio en el lugar donde está el asiento principal de sus negocios”* y agrega la necesidad de cumplir con los requisitos exigidos,

conforme el tipo societario para tener establecimiento, agencia o sucursal: “*Los establecimientos, agencias o sucursales constituidas en la República se consideran domiciliados en ella en lo que concierne a los actos que aquí practiquen, debiendo cumplir con las obligaciones y formalidades previstas para el tipo de sociedad más similar al de su constitución*”.

Este criterio también es seguido en el artículo 101 al referirse a las personas jurídicas extranjeras, estableciendo el criterio del domicilio, con la salvedad de que el reconocimiento de la personalidad jurídica “*las habilita para ejercer en la República todos los derechos que les corresponden para los fines de su institución, en la misma medida establecida por este Código para las personas privadas nacionales*”. En este sentido, se puede observar la marcada tendencia de la normativa de poner en pie de igualdad a las SCE con las sociedades nacionales.

En relación al derecho aplicable, la *lex societatis* en lo relativo a existencia y capacidad se establece conforme la ley del lugar del domicilio, lo que permite ejercer en Paraguay las acciones y derechos que les corresponda, mientras que, para realizar ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social, el derecho aplicable será el nacional. Para poder realizar actividad habitual en Paraguay, los establecimientos, agencias o sucursales que se constituyan en ese país, amén de considerarse domiciliados en Paraguay en relación a los actos que allí realicen, deben cumplir con las obligaciones y formalidades previstas para el tipo de sociedad más similar al de su constitución.

El artículo 1197, por su parte, establece que los requisitos que deben cumplirse serán los siguientes: a) establecer una representación con domicilio en el país, además de los domicilios particulares que resulten de otras causas legales; b) acreditar que la sociedad ha sido constituida con arreglo a las leyes de su país; y c) justificar en igual forma, el acuerdo o decisión de crear la sucursal o representación, el capital que se le asigne, en su caso, y la designación de los representantes.

### 3. Brasil

En Brasil, la regulación interna relativa a las SCE se encuentra en el *Código Civil Brasileiro*<sup>14</sup>, donde se distingue en sociedades nacionales y SCE. Pero en lo relativo al reconocimiento de la personalidad jurídica de las SCE, la *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*<sup>15</sup>, establece en el artículo 11, que se sigue el criterio de la ley del lugar de constitución. Esta disposición abarca a las personas jurídicas extranjeras, incluyendo a las sociedades comerciales como a las civiles e incluso a las personas jurídicas de derecho público (FRESNEDO DE AGUIRRE, 2003).

El reconocimiento de la personalidad jurídica implica que puedan efectuar actividades en ese país, lo que BATTELLO CALDERÓN denomina primer grado de internacionalización, es decir realizar las actividades que pueden llevar adelante como sujetos de derechos: comprar bienes inmuebles, tener cuentas bancarias, iniciar demandas judiciales y en general realizar todos aquellos actos permitidos por la legislación brasilera a las personas jurídicas nacionales con excepción de las actividades destinadas al cumplimiento de su objeto social (2011).

El segundo grado de internacionalización, por su parte, consiste en el funcionamiento de la sociedad extranjera en territorio brasilero. Las SCE para poder realizar actos en el país deben obtener de manera previa la autorización del Poder Ejecutivo Federal, conforme lo establece el artículo 1134<sup>16</sup> del Código Civil, incluso cuando la actuación se realice a través de establecimientos subordinados. Se prescindirá de la autorización para el caso que pretenda ser accionista de una sociedad anónima brasilera. El Poder Ejecutivo Nacional delegó en el *Ministerio de Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior* la potestad para autorizar el funcionamiento. Este organismo, al momento de otorgar la autorización, en virtud de la facultad delegada, puede, conforme el artículo 1135, establecer condiciones convenientes para la defensa de los intereses nacionales. Se finaliza el proceso con la emisión de un decreto de autorización, que contendrá el monto del capital destinado

<sup>14</sup> Código Civil - Lei 10406/02 | Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

<sup>15</sup> *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. [Decreto-Lei Nº 4.657, de 4 de Setembro de 1942.](#)

<sup>16</sup> Artículo 1134. Código Civil Brasil. *A sociedade estrangeira, qualquer que seja o seu objeto, não pode, sem autorização do Poder Executivo, funcionar no País, ainda que por estabelecimentos subordinados, podendo, todavia, ressaltados os casos expressos em lei, ser acionista de sociedade anônima brasileira*

a las operaciones en el País, y la sociedad se encargará de cumplir con las exigencias de publicación conforme las disposiciones del Código Civil<sup>17</sup>.

Para obtener esta autorización, conforme surge del artículo 1135, deberán acreditarse ciertos extremos: demostrar que ha sido constituida conforme la ley de un Estado extranjero, acompañar el contrato o estatuto junto con una lista de los miembros de todos los órganos de gestión de la empresa (con sus nombres, nacionalidad, profesión, domicilio y, salvo las acciones al portador, el valor de la participación de cada uno en el capital de la sociedad), copia del acto que autorizó la operación en Brasil y fijó el capital destinado a la operaciones en el territorio nacional y prueba del nombramiento del representante, con poderes expresos para aceptar la condiciones requeridas para la autorización y el último balance. Todos estos documentaos deberán estar debidamente autenticados, legalizados y traducidos en caso de ser necesario.

Las sociedades extranjeras en Brasil pueden actuar a través de la instalación de una *filial* (que sería el equivalente a la sucursal en español) o a través de la apertura de una *subsidiária* (que representaría la filial en español). En este punto, el derecho brasilero se aparta de los derechos de los otros EP de Mercosur, puesto que exige la previa autorización del Poder Ejecutivo (BATTELLO CALDERÓN, 2011). Las sociedades que hayan obtenido la autorización estarán sujetas a dos derechos aplicables, por un lado, la ley del lugar de constitución, como *lex societatis*, y para el ejercicio habitual de actos de su objeto social, a la ley donde se realicen, en este caso la brasilera. La regulación de este tipo de actividades en Brasil se encuentra establecida en el Código Civil.

Las denominadas *filiais*, deberán cumplir con determinados requisitos, para evitar incurrir en una actuación clandestina, que conlleva sanciones. El sólo hecho de tener una mera oficina de representación destinada a obtener contactos y negocios que esté actuando en vistas a un ejercicio de su objeto social será pasible de sanciones legales (BATTELLO CALDERÓN, 2011).

---

<sup>17</sup> Requisitos de publicación exigidos en los artículos 1.131 y el Párrafo 1 del artículo 1.134.

Una vez autorizada la SCE a funcionar en territorio brasilero, queda entonces sujeta a la ley de ese País. Debe luego inscribirse, conforme lo exige el artículo 1136, en el Registro correspondiente, donde constará: nombre, objeto, duración y sede de la empresa en el extranjero; lugar de la sucursal, filial o agencia, en el País; fecha y número del decreto de autorización; capital destinado a operaciones en el país; y la identificación de su representante permanente.

El artículo 1137 permite que las sociedades extranjeras funcionen en Brasil con el mismo nombre que poseen en el país de origen, pudiendo de manera facultativa agregar el adimto “*do Brasil*” o “*para Brasil*”, disposición que no se encuentra en el resto de los países mercosureños.

#### 4. Argentina

En concordancia con los ideales de la Constitución Nacional, la Ley General de Sociedades (LGS)<sup>18</sup> adhiere al criterio de trato igualitario de las sociedades nacionales como extranjeras y lo fundamenta en su Exposición de Motivos<sup>19</sup>. La política legislativa de la época receptó la tendencia del país hacia el fomento de las inversiones extranjeras, con la firme intención de convertirse en un atractivo destino de capitales extranjeros. Es por ello, que el artículo 118<sup>20</sup> LGS, primeramente, establece el reconocimiento de pleno derecho de la personalidad jurídica de aquellas sociedades que se han constituido conforme la normativa de un Estado extranjero determinado.

---

<sup>18</sup> Ley General de Sociedades. Ley 19.550. Texto ordenado por el Anexo del Decreto N° 841/84 B.O. 30/03/1984. Ley General de Sociedades. Denominación del Título sustituida por punto 2.1 del Anexo II de la Ley N° 26.994 B.O. 08/10/2014 Suplemento. Vigencia: 1° de agosto de 2015, texto según art. 1° de la Ley N° 27.077 B.O. 19/12/2014.

<sup>19</sup> La ley persigue: “conjuguar los intereses en juego y poner en un pie de igualdad a las sociedades constituidas en el país y a las constituidas en el extranjero, tratando de no caer en un tratamiento peyorativo ni en un trato diferencial que contradiga, en todo caso, el precepto constitucional de igualdad ante la ley”.

<sup>20</sup> Artículo 118. - *La sociedad constituida en el extranjero se rige en cuanto a su existencia y forma por las leyes del lugar de constitución. Se halla habilitada para realizar en el país actos aislados y estar en juicio. Para el ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social, establecer sucursal asiento o cualquier otra especie de representación permanente, debe: 1) Acreditar la existencia de la sociedad con arreglo a las leyes de su país. 2) Fijar un domicilio en la República, cumpliendo con la publicación e inscripción exigidas por esta ley para las sociedades que se constituyan en la República; 3) Justificar la decisión de crear dicha representación y designar la persona a cuyo cargo ella estará. Si se tratare de una sucursal se determinará además el capital que se le asigne cuando corresponda por leyes especiales.*”

En cuanto al reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades extranjeras, como se analizó *supra*, depende del modelo al que adhiera cada Estado, que en Argentina se opta por el del lugar de su constitución, por lo que serán reconocidas de pleno derecho todas aquellas sociedades que se hayan constituido conforme ese derecho. Es decir, el lugar donde hayan cumplido todos los requisitos formales y sustanciales para adquirir la personalidad.

Es importante aclarar que del reconocimiento de pleno derecho al que se hace referencia, no se desprende que el Estado esté imposibilitado de exigirle a la sociedad que pruebe todos los extremos necesarios para acreditar su constitución adecuada conforme la normativa de un país extranjero. La sociedad se verá obligada a demostrar de modo fehaciente que se le ha reconocido su carácter de persona jurídica en el lugar de su constitución para lo cual deberá cumplir con todas las exigencias relativas a la legalización, autenticación y traducción (si fuese necesario) de la documentación acreditante.

En relación a la determinación del derecho aplicable, en principio, el ordenamiento argentino en concordancia con el modelo seguido, elige como punto de conexión para regir existencia y forma de la sociedad, el Derecho del lugar de constitución, tal como surge del primer párrafo del artículo 118 de la LGS. Se aclara que es un principio, porque el artículo 124 del mismo cuerpo normativo adhiere a la teoría de sede, a través de una norma internacionalmente imperativa. La ley del lugar de constitución además de regir la forma, rige la prueba y todas las exigencias atinentes a la inscripción y publicidad.

En cuanto a la actuación de las SCE en Argentina, en el articulado de la ley, se contemplan tres supuestos: a) mediante la forma de actos aislados, b) como ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social, establecer sucursal asiento o cualquier otra especie de representación permanente y c) constitución de sociedad en el país. Las exigencias según se encuadren en un supuesto legal o en el otro, varían significativamente.

Para la realización de actos aislados, el artículo 118 2ºp de la LGS establece que la SCE *“se halla habilitada para realizar en el país actos aislados y estar en juicio”*. Para la realización de actos aislados, requiere demostrar la validez de su constitución y a

los fines de llevar a cabo el acto, que el mismo sea realizado mediante un apoderado. La ley no proporciona criterios o parámetros de manera clara para definir lo que se considera "actos aislados", y a los fines de su delimitación "existen en la Argentina ciertas reglas o principios sugestivos y ejemplificativos, más que definatorios" (BOGGIANO, 2000, p.628). Es por ello que en la doctrina se han elaborado numerosas pautas<sup>21</sup> para interpretar el concepto, arribando muchas veces a significados antagónicos.

En cuanto al ejercicio habitual de actos relativos a su objeto social, primeramente, también es necesario acreditar la existencia de la sociedad con arreglo a las leyes de su país de constitución y cumplir con los requisitos establecido en el tercer párrafo del artículo 118<sup>22</sup>.

El tercer supuesto que contempla la LGS, es la posibilidad de que una SCE pueda participar en la constitución de una sociedad local. El artículo 123<sup>23</sup> LGS, inicialmente solicita la acreditación de la constitución en cumplimiento de la normativa de la *lex societatis* y la inscripción *a posteriori*, como obligación de publicidad de su contrato social, con las respectivas reformas y designación del órgano de representación. Este artículo adhiere a una concepción amplia de la expresión "constituir sociedad", de lo que se sigue, que su ámbito de aplicación abarca no sólo participar del acto inicial de

---

<sup>21</sup> Nissen (2010, p. 332) resume y expone las dos grandes posturas en doctrina. Por un lado, quienes se inclinan por una interpretación restrictiva del art. 118, 2º pár., que sostienen que debe reservarse el término para aquellos actos desprovistos de signos de permanencia, y que en definitiva se caracterizan por lo esporádico y accidental. Y en sentido contrario, y enrolado en un criterio amplio, se pronuncia Boggiano y quienes luego adhieren a su posición, "para quienes en definitiva el concepto depende del caso que se presente, pero su apreciación no debe conducir a la derogación implícita del 2º pár. del art. 118, por vía de una interpretación sustancialmente extensiva del tercer párrafo del art. citado, que no se ajusta a la intención del legislador".

<sup>22</sup> "Para el ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social, establecer sucursal asiento o cualquier otra especie de representación permanente, debe: 1) Acreditar la existencia de la sociedad con arreglo a las leyes de su país. 2) Fijar un domicilio en la República, cumpliendo con la publicación e inscripción exigidas por esta ley para las sociedades que se constituyan en la República; 3) Justificar la decisión de crear dicha representación y designar la persona a cuyo cargo ella estará. Si se tratare de una sucursal se determinará además el capital que se le asigne cuando corresponda por leyes especiales."

<sup>23</sup> Artículo 123. - Para constituir sociedad en la República, deberán previamente acreditar ante el juez del Registro que se han constituido de acuerdo con las leyes de sus países respectivos e inscribir su contrato social, reformas y demás documentación habilitante, así como la relativa a sus representantes legales, en el registro Público de Comercio y en el registro Nacional de Sociedades por Acciones en su caso.

constitución, sino también la posibilidad de adquirir participación social en una sociedad previamente constituida.

## V. Consideraciones finales

En los esquemas de integración, para que se produzca el crecimiento del tráfico comercial y la tan ansiada libre circulación de personas, bienes, servicios y factores productivos, el éxito del proceso está íntimamente vinculado y depende de la seguridad jurídica, la previsibilidad y la certeza de sus regulaciones integradas, “cuestión que deriva en gran medida del Derecho creado para actuar como soporte de su funcionamiento; pero fundamentalmente, de la voluntad política que sustenta el esquema” (DREYZIN DE KLOR, 2015, p.23). Ese Derecho debe prever especialmente, la publicidad, la transparencia y la consecuente seguridad jurídica.

Específicamente en Mercosur, “hay un despertar en la mayoría de los países del área que se proyecta en una mayor apertura económica y jurídica” (PEREZNIETO, p.1081) reflejada en la adecuación que están realizando los Estados de sus propios sistemas jurídicos nacionales para poder integrarse al mundo globalizado.

Uno de los problemas con el que se enfrenta el DIPrS a nivel regional tiene que ver con las importantes diferencias entre los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados, en materia de DIPrS y en muchos aspectos de DIPr, que puede significar un límite y obstáculo a la armonización de los criterios en relación a la internacionalización de las sociedades. Armonización entendida como proceso mediante el cual se propende a facilitar la modificación de los regímenes del Derecho interno de los Estados para conceder previsibilidad a las operaciones comerciales transfronterizas (FERNÁNDEZ ROZAS, 2013)<sup>24</sup>.

A nivel regional, el DIPr se encuentra en un franco desarrollo a nivel legislativo y judicial. Los Estados en miras de un progreso internacional buscan generar legislaciones internas que regulen adecuadamente las situaciones de tráfico comercial

---

<sup>24</sup> En este sentido el autor indica que la armonización a diferencia de la unificación “tiene un carácter más flexible y no implica la necesaria adopción de un texto concreto, sino que comporta una aproximación a los conceptos jurídicos que puede realizarse a través de instrumentos diversos” (p. 58).

internacional, modernizando los instrumentos jurídicos y adaptándose a parámetros internacionales. Fortalecer los espacios integrados y armonizar las legislaciones, en busca de otorgar mayor seguridad jurídica en las transacciones, se torna imprescindible para lograr los objetivos primordiales del área.

EL DIPrS es un tema clave a regular e incluso es un tema que debería pensarse adecuadamente de cara a un proceso de birregionalización con la UE, región la que rige el principio la libertad de establecimiento de las personas jurídicas en el ámbito integrado.

Generalmente, al analizar la relación entre los modelos de integración y el DIPr “se toma como referencia las experiencias seguidas en el marco comunitario europeo”. Pero en el ámbito del Caribe, se está trabajando arduamente para proporcionar instrumentos eficaces para los negocios internacionales y en este sentido resultaría útil desde Mercosur, mirar la Ley Modelo de OHADAC sobre Derecho Internacional de Sociedades Mercantiles, de la cual Sánchez Lorenzo (2010) pondera que resulta acertada la estrategia que siguieron de inclinarse por una armonización desde abajo (*soft harmonisation*).

Los Estados nacionales en esta materia son reacios a la suscripción de instrumentos que le impliquen pérdida de capacidad de control sobre las sociedades por su impacto en la actividad económica del país, pero más allá de eso, debe ser un tema a incluir en la agenda de los próximos años de MERCOSUR. Los EP en el espacio integrado han tendido a mirar hacia adentro, pero si pretenden construir hacia adelante un bloque que se inserte globalmente, deben pensar en armonizar<sup>25</sup> cuestiones claves, como es la regulación de la actividad extraterritorial de las sociedades de manera que se favorezca una coordinación adecuada de los sistemas de los Estados involucrados.

---

<sup>25</sup> Armonización en términos de subsistencia de una diversidad coordinada para construir un sistema con seguridad jurídica.

## Bibliografía

- ARENAS GARCÍA, Rafael. (2014). Lex Societatis y Derecho de Establecimiento. En ARENAS GARCIA, Rafael, GÓRRIZ LÓPEZ, Carlos y RODRIGUEZ, *Autonomía de la voluntad y exigencias imperativas en el derecho internacional de sociedades y otras personas jurídicas*, Barcelona: Ed. Atelier, pp.127-169.
- ARENAS GARCÍA, Rafael. (2013). El derecho internacional privado de sociedades como reflejo del derecho material de sociedades. En FORNER I DELAYGUA, Joan, GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina y VIÑAS FARRÉ, Ramón, *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado, Liber amicorum Alegría Borrás*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. pp. 133-146
- ARENAS GARCÍA, Rafael. (2013). Sociedades. En FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, ARENAS GARCÍA, Rafael, DE MIGUEL ASENSIO, Pedro, *Derecho de los negocios internacionales*, 4ta edición, Madrid: Ed. Iustel.
- BALESTRA, Ricardo. (1997). *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- BALLESTEROS BARROS, Ángel María. (2018). *La responsabilidad de la sociedad dominante en los grupos internacionales de sociedades*. Pamplona: Ed. Civitas.
- BATTELLO CALDERÓN, Silvio. (2011). *Falência internacional no MERCOSUL. Proposta para uma Solução Regional*, Curitiba: Jurúa.
- BOGGIANO, Antonio. (2000). *Curso de Derecho Internacional Privado* (4º Ed.). Buenos Aires: Lexis Nexis.
- DREYZIN DE KLOR, Adriana. (2015). *El Derecho Internacional Privado actual*, Tomo 1, Buenos Aires: Ed. Zavalía.
- DREYZIN DE KLOR, Adriana y SARACHO CORNET, Teresita. (2005). *Las Fuentes del Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires: Ed. Zavalía.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto Alfonso. (1999). *Derecho Internacional Privado*. Madrid: Ed Civitas.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. (2013). Derecho de los Negocios Internacionales. En FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, ARENAS GARCÍA, Rafael, DE MIGUEL ASENSIO, Pedro, *Derecho de los negocios internacionales* (4ta ed.). Madrid: Ed. Iustel.

- FRESNEDO DE AGUIRE, Cecilia. (2009). *Curso de Derecho internacional privado*, Tomo 2. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- FRESNEDO DE AGUIRE, Cecilia. (2003). Sociedades comerciales. En FERNÁNDEZ ARROYO, Diego, *Derecho internacional privado de los estados del Mercosur*. Buenos Aires: Zavallía. pp.1309-1352.
- GARCIMARTÍN ALFEREZ, Francisco. (2001). La Sentencia "Centros": una visión a través de los comentarios. En *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, N° 4.
- GARCIMARTÍN ALFEREZ, Francisco. (2002). *Derecho de sociedades y conflicto de leyes: una aproximación conflictual*. Madrid: Ed. EDERSA.
- HARGAIN, Daniel. (1993). Las sociedades comerciales en MERCOSUR. En *Revista de la Facultad de Derecho*, (4), 87-103.
- NISSEN, Ricardo. (2010). *Ley de Sociedades Comerciales Comentada, anotada y concordada*, Tomo 1. Buenos Aires: Astrea.
- OPERTTI BADÁN, Didier, *Actualización de las normas vigentes en América sobre conflictos de leyes en materia de sociedades mercantiles*, curso IV: 413-430.
- PEREZNIETO CASTRO, Leonel. (2015). "Notas sobre el Derecho Internacional Privado". En América Latina, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 144, pp.1063-1081.
- RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto. (2001). Actuación Internacional de las Sociedades Comerciales en la Legislación Paraguaya. *Revista Jurídica UNA*.
- SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. (2010). Estrategias de la OHADAC para la armonización del derecho comercial en el Caribe. *AEDIPr*, Tomo X.
- TORRES KIRMSER, José Raúl. (1994). Formación de sociedades comerciales en el Paraguay y sus implicancias en el esquema del MERCOSUR, *XIV Congreso Estadual de Abogados de Rio Grande do Sul*, realizado en Pelotas, del 10 al 12 de noviembre de 1994.
- UZAL, María Elsa. (2016). *Derecho internacional privado*. Buenos Aires: Ed. Thomson Reuters.

## Brechas de género en las designaciones del sistema judicial argentino. Análisis de tendencias

Gender gaps in appointments of the Argentinean judicial system. Trend analysis

Por M. Eugenia Gastiazoro y Martín O. Moguillansky

**Resumen:** Se realizó un estudio longitudinal sobre la dinámica del ritmo anual de designaciones en los cargos jerárquicos superiores del Poder Judicial, del Ministerio Público Fiscal y del Ministerio Público de la Defensa de la Nación Argentina. A partir de la comparación de las tasas de designaciones anuales se describieron las tendencias y cambios sobre los procesos de segregación vertical en las distintas jerarquías. Los resultados mostraron la persistencia de brechas de género en las designaciones de los cargos superiores. Aunque se observa una proporción significativamente menor de mujeres designadas, aun no se registran cambios que indiquen una reversión de la tendencia. La problemática da cuenta de un sistema de limitaciones que de hecho en las prácticas de las instituciones se crean e imponen, y de la necesidad de contar con integraciones socialmente plurales en el sistema judicial. Realizamos este estudio mediante el uso de nuevas tecnologías de Ciencias de Datos y Aprendizaje Automatizado aplicadas sobre repositorios abiertos y oficiales del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación Argentina.

**Palabras clave:** sistema judicial; brechas de género; tendencias longitudinales.

**Abstract:** In this article we develop a longitudinal study on the dynamics of the yearly appointments on the upmost hierarchical tenures of the Argentinean Judicial Power, Public Ministry of the Prosecution and Public Ministry of the Defense. Upon a comparison of yearly rates of appointment, we describe trends and changes on the existing processes of vertical segregation observed on the different hierarchies. The results show the persistence of gender gaps in the appointments of upmost tenures. Although a significant inferior proportion of appointed women can be observed, still there is no evidence of change towards reversing such tendency. This flaw unveils a de facto system of limitations that is created by, and imposed through the usual behavior of, such institutions, showing the need to move towards a socially plural composition of the judicial system. We develop this study through the usage of novel technologies of Data Science and Machine Learning applied over open and official repositories of the Ministry of Justice and Human Rights of Argentina.

**Keywords:** judicial system; gender gaps; longitudinal tendencies.

Fecha de recepción: 03/11/20

Fecha de aceptación: 29/07/21



## Brechas de género en las designaciones del sistema judicial argentino. Análisis de tendencias

Por M. Eugenia Gastiazoro\* y Martín O. Moguillansky\*\*

### I. Introducción

Abordar las inserciones de las mujeres y personas LGTBI+ en el campo laboral, nos dirige a las problemáticas generales de brechas de género respecto de participación y acceso al mercado de trabajo, trayectorias laborales, ingresos, segmentación horizontal y barreras en el acceso a puestos jerárquicos, entre otras cuestiones (DÍAZ LANGOU, y otros, 2019). En Argentina la inserción desigual de las mujeres en los sectores del trabajo en general como en lugares específicos vinculados a los tres poderes del Estado ha sido puesta de manifiesto en distintas investigaciones e informes (SIGEN, 2020; GARCÍA & BALZANO, 2017). Los obstáculos vinculados al acceso a cargos jerárquicos en los poderes judiciales y los ministerios públicos conforman una problemática profundamente estudiada en distintos países del mundo<sup>1</sup>, la que evidencia, entre otros aspectos, restricciones y

\* Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CIJS – CONICET). Universidad Nacional de Córdoba (UNC). [megastiazoro@yahoo.com.ar](mailto:megastiazoro@yahoo.com.ar)

\*\* Instituto de Ciencias e Ingeniería de la Computación (ICIC – CONICET). Universidad Nacional del Sur (UNS).

<sup>1</sup> Un recorrido por las distintas investigaciones llevadas a cabo en Argentina como en otros países de Latinoamérica, U.S.A y Europa evidencian ciertas características generales de las desigualdades en la profesión, las que han sido estudiadas básicamente desde tres modelos interpretativos: asimilación, elección y constreñimiento (Hull & Nelson, 2000). Las características que asume la desigualdad en la profesión jurídica se resumen en lo siguiente: se observa que la inserción laboral en la profesión suele estar diferenciada por género presentándose como segregación horizontal por áreas de trabajo y especialización por materias. A su vez las mujeres son admitidas con menor frecuencia a los niveles ocupacionales más altos, caracterizados por mayor poder de decisión y mejores niveles de ingresos (segregación vertical). Esto se observa en las grandes firmas jurídicas como en el ámbito del poder judicial. Las desigualdades se evidencian también en el campo de los ingresos que perciben los y las profesionales. La situación es diferente en el caso de la administración de justicia, donde oficialmente no hay diferencia salarial por géneros, sin embargo, la segregación vertical afecta sus niveles de ingresos. Argentina (Mackinson & Goldstein, 1988; Gaston, 1991; Bergallo, 2005; Sánchez, 2005; Bergoglio, 2007; Kohen, 2008; Gastiazoro, 2013). Brasil: (Botelho Junqueira, 2003; Bonelli & Barbalho, 2008). México: (Fix Fierro & López Ayllón, 2006). América del Sur: (Erazo, 2011). Canadá: (Kay & Hagan, 1999; Kay & Brockman, 2003). U.S.A.: (Abel, 1997; Hull & Nelson, 2000; Rhode, 2003; Kenney,

barreras de género en el acceso de mujeres a las instancias superiores de los sistemas judiciales, articuladas con otras dimensiones, raza, clase, sexualidad, etc. El creciente número de mujeres en las profesiones jurídicas, especialmente en los poderes judiciales es un proceso constante en la actualidad, sin embargo, las dinámicas de segregación vertical -traducidas en la limitación de las mujeres en el acceso a de los cargos de mayor poder y decisión- presentan cierta sostenibilidad en este ámbito. Su abordaje implica una mirada interseccional, que dé cuenta de su transversalidad socio-política y no solo como un problema de “las mujeres” a ser resuelto con políticas de no discriminación: una transformación real de la institución judicial requiere en parte que esa incorporación sea suficiente y no solo marginal: “cuando hay sólo un número insignificante de mujeres, no hay inclusión de esa diversidad, pero cuando el número es significativo, hay muchas más probabilidades de que la haya” (FACIO, 2000, p. 18). En este marco, BODELÓN (2009) opone ante una igualdad meramente formal, la igualdad sustantiva y compleja en orden a reconfigurar las relaciones de justicia social; esto implica efectuar cambios estructurales en un sistema patriarcal y androcéntrico que exige otras prácticas en el hacer del derecho: la transformación de las relaciones sociales y redefinición del contenido de los derechos, un nuevo pacto de ciudadanía y un nuevo modelo de justicia. Las posturas feministas críticas, señalan los peligros de las narrativas del feminismo liberal, el cual se centra en la meritocracia individual y, no en las políticas de la igualdad (ARRUZZA, BHATTACHARYA, & FRASER, 2019).

Los datos procesados en esta investigación permiten analizar a lo largo del tiempo (cuarenta años) la dinámica del ritmo anual de designaciones femeninas en los cargos jerárquicos superiores del Poder Judicial, del Ministerio Público Fiscal y del Ministerio Público de la Defensa de la Nación en Argentina. La amplitud temporal del estudio resulta un rasgo distintivo sobre las investigaciones llevadas a cabo hasta el momento. Los resultados indican que en general la proporción de mujeres

---

2013). Alemania: (Schultz, 2003). Inglaterra: (Sommerlad, 2003). Francia: (Boigeol, 2013). Australia: (Hunter, 2003; Thornton, 2007). Sobre la situación de las profesiones jurídicas en distintos países del mundo: (Schultz & Shaw, 2013; Abel, Hammerslev, Sommerlad, & Schultz, 2020).

designadas es menor respecto de sus pares masculinos a lo largo del periodo, no observándose cambios que indiquen una reversión de la tendencia. El porcentaje mayor o menor de mujeres designadas correlaciona con la cantidad de cargos disponibles o vacantes, es decir, se observa que la tasa de designación aumenta cuando la cantidad de cargos a cubrir es menor; en contrario la tasa es menor si la cantidad de vacantes resulta ser numerosa. Esto lleva a problematizar las dificultades que operan e inciden en la reproducción y persistencia de la brecha de género.

Se reflexiona, en conexión a otras investigaciones, los efectos de la menor participación de las mujeres como postulantes en los concursos para puestos de mayor jerarquía del Poder Judicial y Ministerio Público de la Nación, como los sesgos de género en los mecanismos de selección y designación. La necesidad de contar con tribunales de justicia diversos en términos de géneros (mujeres y personas LGBTI+) implica poner en marcha programas de acciones afirmativas con compromisos políticos que institucionalicen la paridad y la diversidad en la participación<sup>2</sup>. Esto involucra también la necesidad de problematizar estructuras y prácticas sostenidas tanto en la organización y designaciones judiciales como en las decisiones judiciales que abordan los conflictos.

En nuestra investigación nos centramos en las mujeres, sin embargo, la desigualdad en el acceso a los cargos no se agota en esta categoría, estudios posteriores pueden ampliar el complejo mapa de desigualdades sociales en intersección con otras dimensiones que determinan perfiles profesionales sesgados en la composición de los poderes judiciales. En este sentido, los datos desagregados a partir de registros binarios (indicadores mujeres y varones), tienen claras limitaciones ya que invisibilizan en el marco de una matriz heteronormativa y binaria la complejidad de las desigualdades y su importancia de abordaje en clave de diversidades sexo-genéricas LGBTI+ (Plan de Acción, 2020). A pesar de estas limitaciones, si resulta relevante analizar y poner de manifiesto qué lugar ocupan y qué accesibilidad

---

<sup>2</sup>Con la particularidad respecto de las poblaciones travesti y trans para las cuales resulta importante primero garantizar el ingreso y permanencia en la institución.

tienen las personas identificadas como mujeres; tales datos pueden revelarnos estructuras y prácticas restrictivas en ámbitos laborales jurídicos. Esto indica que, si las mujeres encuentran restricciones para acceder a determinados puestos y espacios, probablemente será mayor para los colectivos de la diversidad tampoco incluidos, en el modelo de sujeto históricamente establecido en el orden jurídico occidental<sup>3</sup>.

## II. Antecedentes: participación de las mujeres en las administraciones de justicia

Desde el año 2011, la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación publica el *Mapa de género de la Justicia Argentina*<sup>4</sup>, que muestra la distribución de género<sup>5</sup> en los cargos de cada una de las jurisdicciones del país (provinciales y federales/nacionales). Para el año 2018 sobre el total de las jurisdicciones nacionales y federales indicaron que la proporción de mujeres en las posiciones superiores se distribuye desigualmente (25% de los cargos de vocales de cámara y de tribunales orales son ocupados por mujeres, y el 31% de los cargos de juezas de juzgados de primera instancia). Mientras que, en los rangos subsiguientes, los porcentajes de mujeres como funcionarias (secretarias de cámaras, tribunales o juzgados) aumentan claramente (57%), engrosando la base de la pirámide. Sobre el Ministerio Público Fiscal, mostró que, del total de fiscales -la base superior jerárquica- solo el 28,2 % son mujeres, mientras que en calidad de funcionarias (y en jerarquía inferior respecto del cargo de fiscales) aumentan el porcentaje, con el 53%. Este dato se complementa con el informe de la Dirección General de Políticas de Género (2018) sobre la situación de las aspirantes a los espacios de decisión y mayor jerarquía, del Ministerio Público Fiscal de la Nación, el que muestra que en el transcurso

<sup>3</sup>“la base fundamental del Derecho, que, en la opinión de la mayoría de las corrientes feministas, está históricamente condicionada a la parcialidad [...] Por haber tomado como modelo de sujeto de derechos y obligaciones al varón únicamente, y de éste, sólo al de cierta clase, raza, religión, preferencia sexual, etc.” (Facio, 2000, p. 15).

<sup>4</sup>Mapa de género de la Justicia Argentina, accesible en: <https://om.csjn.gob.ar/mapagenero/login/mostrarLogin.html>

<sup>5</sup>La distribución que muestra es binaria, ya que solo visibiliza dos géneros (hombres y mujeres), dejando por fuera la pluralidad de identidades sexo-genéricas.

de dieciséis años (2000-2016) la cantidad de mujeres como fiscales no varió significativamente. Su porcentaje total se sostuvo en valores inferiores al 30%: en el año 2000 conformaron el 27%, bajó a 26% en el 2005, se incrementó a 27% en el 2010, y llegó a un 28% en el 2016). Dicho informe concluye con ciertas expectativas positivas sobre la alta proporción de mujeres en la integración de las ternas y su reflejo en las designaciones obtenidas durante el periodo 2013-2016. Respecto del Ministerio Público de la Defensa, se encuentra que también se replica la desigualdad en los cargos superiores (a nivel de defensoras/es las mujeres son el 37,7%), mientras que en los cargos de funcionarias la proporción se eleva a 56% (Oficina de la Mujer, 2018).

Estos datos “duros” llevan a preguntarnos sobre las prácticas y discursos que circulan en el ámbito judicial. En este sentido la violencia simbólica (BOURDIEU, 2005)<sup>6</sup> y la legitimación de principios de división sexual del trabajo, se encuentran objetivados y corporizados en carreras y puestos generizados (Gastiazoro, 2013). A su vez, la reproducción diferencial de las desigualdades de género en esta institución se entiende en el marco de la tecnología de género (de Lauretis, 1996)<sup>7</sup> por medio de la cual se articula la instalación diferencial de los sujetos.

Investigaciones, en otros países focalizan en las prácticas de los agentes dentro de las estructuras judiciales las que se dirigen todavía al mantenimiento de las brechas de género. De acuerdo a BOIGEOL (2007; 2013) si bien las mujeres son numerosas en el Poder Judicial de Francia, encuentran restricciones en el acceso a los puestos más importantes. Esto implica la persistencia de nuevos procesos de diferenciación interna por medio de los cuales se reinventa nuevamente la dominación

---

<sup>6</sup> En “La dominación masculina”, Bourdieu (2005) analiza la lógica de la división sexual como producto histórico, la que se inscribe en los agentes a través de una identidad diferencial que es construida socialmente por medio de prácticas que imponen una definición diferenciada de los usos del cuerpo. Pero es por medio de la fuerza simbólica que la dominación se sostiene: forma de poder que se ejerce directamente sobre los cuerpos, al margen de cualquier coacción física, apoyándose en unas disposiciones registradas en lo más profundo de los cuerpos.

<sup>7</sup> de Lauretis aborda género y tecnologías sociales: “[...] pensar al género como el producto y el proceso de un conjunto de tecnologías sociales, de aparatos tecno-sociales o bio-médicos es, ya, haber ido más allá de Foucault, porque su comprensión crítica de la tecnología del sexo no tuvo en cuenta la instanciación diferencial de los sujetos femeninos y masculinos, y al ignorar las conflictivas investiduras de varones y mujeres en los discursos y las prácticas de la sexualidad, la teoría de Foucault, de hecho, excluye, si bien no impide, la consideración del género” (1996, p. 8).

masculina. En Brasil, los trabajos de BONELLI (2011) y BENEDITO (2011) muestran cómo las construcciones identitarias de las juezas se articulan con los discursos de profesionalismo y de género por medio de la construcción de una corporalidad adecuada al mundo jurídico, en una profesión constituida a partir de lo masculino. THORNTON (2007), en Australia, analizó los significados sociales dentro del campo del poder y el discurso, sugiriendo que el binarismo es invocado para tratar de retener el carácter masculino en la profesión jurídica<sup>8</sup>.

Un recorrido histórico sobre la participación de las mujeres en las administraciones de justicia en Argentina da cuenta de que, si bien lograron el acceso temprano a la educación, no sucedió lo mismo con el acceso al poder. Los denominados procesos de segregación vertical, todavía se sostienen, si bien con algunos matices, tal como lo mostraron investigaciones realizadas hace más de treinta años (MACKINSON & GOLDSTEIN, 1988; GASTRON, 1991). BERGALLO (2005) en su investigación sobre el poder judicial federal y nacional en la Ciudad de Buenos Aires, en el periodo 1996-2003, observó que hasta finales de los años ochenta el número de juezas era muy bajo, y si bien su cantidad se incrementó perceptiblemente entre 1988 y 1996, disminuyó su ritmo en el periodo 1999-2003. La actualización de datos hasta el año 2009 (Gastiazoro, 2013), reveló que la situación en el ámbito nacional mejoró con un aumento solo del 5%, obteniendo las mujeres una representación del 35%. Sin embargo, en el caso de los tribunales federales con asiento en la Ciudad de Buenos Aires, el estancamiento persistió: en primera instancia, entre el 1999 y el 2009, la proporción de mujeres no superó el techo del 30%, en tanto que en instancias superiores esa cifra no llegó al 20%.

### III. Designaciones en el sistema de justicia nacional y federal a lo largo de 1976-2019.

#### Tendencias

---

<sup>8</sup>Por medio de la corporalización de las mujeres en un determinismo biológico-social se niega su racionalidad, autonomía y autoridad. Una tecnología similar opera respecto de la edad y otras identidades sexo-genéricas (Thornton, 2007; 2016).

Este apartado, presenta un análisis en detalle de los datos sistematizados y graficados. La mirada longitudinal de las designaciones, que pasamos a revisar, permite conjeturar algunas explicaciones sobre la persistencia de los procesos de segregación vertical, en conexión a otras investigaciones llevadas a cabo en Argentina.

La democracia fue clivaje en los mecanismos de selección de las magistradas/os del Poder Judicial de la Nación y designaciones, principalmente la reforma constitucional (1994) que estableció el Consejo de la Magistratura (CM)<sup>9</sup>. En su Art. 114 (CN) estableció el Consejo de la Magistratura, órgano que tiene a su cargo la función de “seleccionar mediante concursos públicos los postulantes a las magistraturas inferiores” (inc. 1) y de “emitir propuestas en ternas vinculantes, para el nombramiento de los magistrados de los tribunales inferiores” (inc .2). En tanto que, el nombramiento efectivo se encuentra a cargo de la presidencia de la Nación que de acuerdo al art. 99, inc. 4 (CN): “ nombra los demás jueces de los tribunales federales inferiores en base a una propuesta vinculante en terna del Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado, en sesión pública, en la que se tendrá en cuenta la idoneidad de los candidatos”.

La complejidad del proceso de selección y designación de magistrados/as, ante las vacantes de cargos a cubrir, indica primero el llamado a concurso, la postulación de aspirantes, la realización del concurso de oposición y antecedentes, luego el listado de quienes quedan en la terna, la cual será remitida por el Consejo de la

---

<sup>9</sup>Art. 114 (Constitución Nacional Argentina) El Consejo de la Magistratura, regulado por una ley especial sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, tendrá a su cargo la selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial.

El Consejo será integrado periódicamente de modo que se procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal. Será integrado, asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley. Serán sus atribuciones:

1. Seleccionar mediante concursos públicos los postulantes a las magistraturas inferiores.
2. Emitir propuestas en ternas vinculantes, para el nombramiento de los magistrados de los tribunales inferiores.
3. Administrar los recursos y ejecutar el presupuesto que la ley asigne a la administración de justicia.
4. Ejercer facultades disciplinarias sobre magistrados.
5. Decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados, en su caso ordenar la suspensión, y formular la acusación correspondiente.
6. Dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia.

Magistratura al Poder Ejecutivo, por último, el pliego que la Presidencia eleva al Senado (quien sesiona para dar acuerdo o no) y finalmente el decreto de designación.

El Reglamento de Concursos Públicos de Oposición y Antecedentes para la Designación de Magistrados del Poder Judicial de la Nación<sup>10</sup> en su art. 30 establece que “el proceso de selección a cargo de la Comisión comprende las siguientes etapas: A - Prueba de oposición escrita. B - Evaluación de antecedentes. C - Entrevista personal.” Terminada esta fase por la Comisión, se eleva el dictamen junto con el expediente del concurso al Plenario del Consejo. Luego se realiza una entrevista pública con el Plenario. Este último, “Con sustento en el dictamen de la Comisión y los resultados de la audiencia pública, ... decidirá sobre la aprobación del concurso y, en este supuesto, remitirá al Poder Ejecutivo la terna vinculante de candidatos al cargo” (art. 46 del Reglamento de Concursos Públicos de Oposición y Antecedentes para la Designación de Magistrados del Poder Judicial de la Nación).

Importa remarcar que las designaciones anuales, -unidad de análisis de este trabajo-, representan la fase posterior a los procesos de selección de magistrados/as, fiscales/as y defensores/as, en la que el Poder Ejecutivo Nacional -la presidencia- por medio de un decreto publicado en el Boletín Oficial de la Nación determina el nombramiento de la persona seleccionada para el cargo respectivo vacante. En este marco, y de acuerdo a la longitudinalidad de nuestro estudio, resulta de importancia considerar como han sido los sistemas de concursos y nombramientos en cada uno de los ámbitos a lo largo de los años. El Estudio de Bergallo (2005) abre un camino en el cual relaciona la democratización de los concursos luego de la reforma constitucional del año 1994 y su incidencia en el acceso de las mujeres como juezas en los tribunales de Buenos Aires. Sus datos mostraron “la relevancia de continuar explorando el rol del diseño institucional del mecanismo de selección de jueces y el contexto de su funcionamiento en la explicación de la persistencia de la segregación” (BERGALLO, 2005, p. 191).

---

<sup>10</sup> Accesible en: [https://old.pjn.gov.ar/02\\_Central/ViewDoc.Asp?Doc=148017&CI=INDEX100](https://old.pjn.gov.ar/02_Central/ViewDoc.Asp?Doc=148017&CI=INDEX100)

Respecto del Ministerio Público, la Carta Magna, en el año 1994, en su art. 120 marcó su independencia y autonomía funcional como órgano, su autarquía financiera, y su específica función de “promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad”<sup>11</sup>.

La primera ley Orgánica del Ministerio Público, fue sancionada en el año 1998, (ley 24.946) y reguló en su art. 6 el sistema de concurso públicos como requisito de la designación de fiscales/as y defensores/as en distintas jerarquías:

“La elaboración de la terna se hará mediante el correspondiente concurso público de oposición y antecedentes, el cual será sustanciado ante un tribunal convocado por el Procurador General de la Nación o el Defensor General de la Nación, según el caso”.

En el año 2015 se dictaron leyes específicas que regulan los procedimientos para la designación de integrantes del Ministerio Público: ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal (27.148)<sup>12</sup> y ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa (27.149)<sup>13</sup>.

“El mecanismo de concursos se inicia en la dimensión meritocrática -en el ámbito del Ministerio Público- a través de una competencia abierta basada en la ponderación estandarizada de los méritos profesionales, académicos y el desempeño en un examen... El examen de oposición presenta variaciones históricas según los distin-

<sup>11</sup> Artículo 120 (CN)

“El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República. Está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca.

Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones”.

<sup>12</sup>Art. 48: “Procedimiento para la designación de magistrados. Para la designación de los procuradores fiscales, Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas, fiscales generales, fiscales generales de la Procuración General, fiscales y fiscales de la Procuración General, se llevarán adelante concursos públicos de oposición y antecedentes, de los cuales surgirán las ternas de candidatos que el Procurador General de la Nación presentará al Poder Ejecutivo quien elegirá a uno de ellos, cuyo nombramiento requerirá el acuerdo de la mayoría simple de los miembros presentes del Senado”.

<sup>13</sup>Art. 27, ley 27.149: “... mediante concurso público de oposición y antecedentes del cual surgirá la terna de candidatos que el Defensor General de la Nación presentará al Poder Ejecutivo quien elegirá a un candidato, cuyo nombramiento requerirá el acuerdo de la mayoría simple de los miembros presentes del Senado”.

tos reglamentos de concursos y el tipo de cargos concursado, aunque, mayormente, consta de una instancia escrita y de otra oral” (Dirección General de Políticas de Género, 2018, p. 9).

Finalmente se elabora una terna la cual se remite al Poder Ejecutivo, para conformar el pliego que se eleva al Senado de la Nación quien otorga el acuerdo o rechazo de la propuesta. Respecto del Ministerio Público Fiscal:

“el reglamento aprobado en septiembre de 1998 (Resolución PGN N° 61/98) inauguró la convocatoria en el año 1999 y obtuvo sus primeras designaciones durante el mes de marzo de 2001. Esta norma fue sucedida por cinco reglamentos que incorporaron modificaciones en múltiples aspectos” (Dirección General de Políticas de Género, 2018, p. 9).

### 1. Aspectos metodológicos

Se trabajó con una metodología cuantitativa por medio de un diseño de investigación longitudinal de tendencias (CEA D'ANCONA, 2001). El trabajo comprendió el análisis de datos cuantitativos a los efectos de identificar y describir los procesos de designación por género a lo largo del tiempo. A partir de la comparación de las tasas de designaciones anuales (por medio de Decretos presidenciales) se describieron las tendencias y cambios sobre los procesos de segregación vertical en las distintas jerarquías. En este marco se observó la dinámica que explica la persistencia de la brecha de género en el sistema judicial de Argentina.

La unidad de análisis de esta investigación fueron las designaciones anuales decretadas por el Poder Ejecutivo de la Nación por medio de la cual se efectiviza el nombramiento de magistrados/as, fiscales/as y defensores/as, en la justicia nacional y federal de Argentina, en cargos vacantes del Poder Judicial y Ministerio Público de la Nación de Argentina.

Los datos fueron extraídos del Sistema de Datos de la Justicia Argentina (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos) que provee bases de datos judiciales en formatos abiertos y reutilizables<sup>14</sup>. Su procesamiento fue realizado sobre Python y

<sup>14</sup>Ministerio de Justicia y Derechos Humanos - Argentina- <http://datos.jus.gob.ar/dataset/9f397011-5459-4f1c-b88e-9f48f7824e03/archivo/d4fd21f4-f5c5-48f5-a12d-511981f997dc>

las tendencias longitudinales fueron calculadas mediante algoritmos de regresión polinomial de Machine Learning. Para ello, se consideró la combinación de distintas variables obtenidas de las bases públicas y abiertas sobre designaciones de jueces/as, fiscales/as y defensores/as de la Justicia Federal y de la Justicia Nacional<sup>15</sup>.

Respecto del Poder Judicial de la Nación se observó la cantidad de designaciones anuales de juezas/ces por instancias (Cámara, Tribunal y Juzgado) a lo largo del periodo 1976-2019. Esto indica designaciones realizadas en el marco de la dictadura (1976-1983) como en el del periodo democrático (dic. 1983) y luego de la reforma constitucional del año 1994.

Del Ministerio Público Fiscal de la Nación se sistematizaron las designaciones de Fiscales/as en conjunto, sin diferenciar nivel de jerarquías entre sí, en el periodo 1985-2019. Por último, sobre el Ministerio Público de la Defensa de la Nación se procesaron las designaciones de Defensores/as en conjunto, sin diferenciar nivel de jerarquías entre sí, en el periodo 1985-2019. Los periodos comprenden las designaciones realizadas en el marco de la democracia. En los tres ámbitos se consideró la Justicia nacional y federal.

## 2. Designaciones de juezas en la justicia nacional y federal<sup>16</sup>

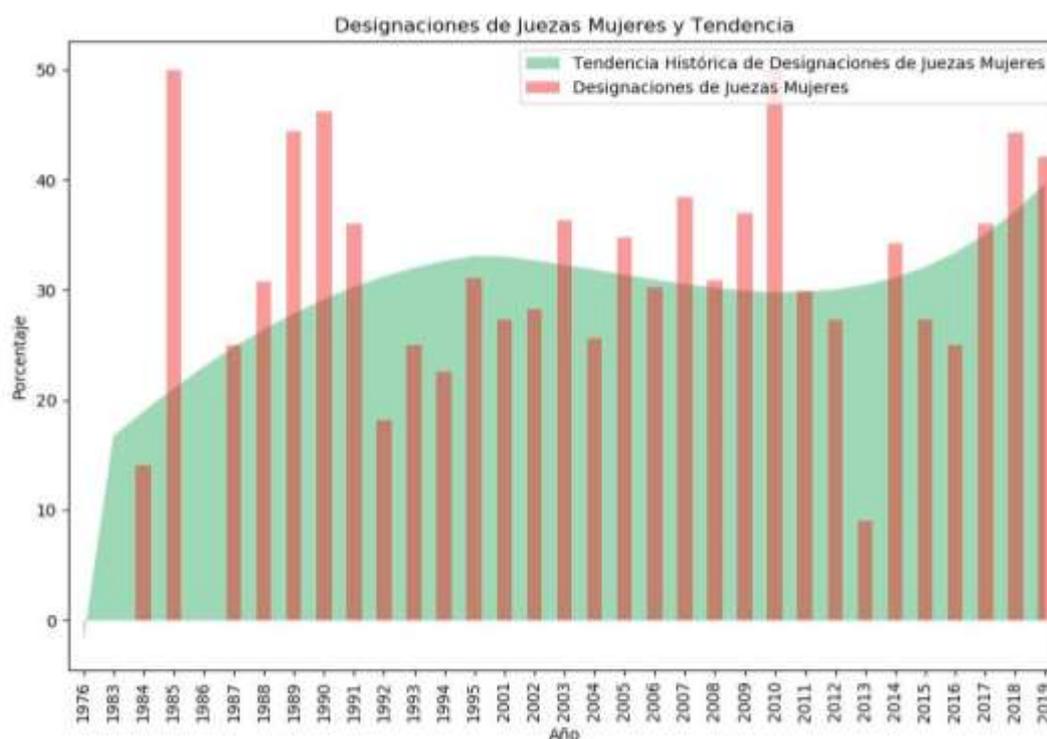
El siguiente gráfico muestra el porcentaje de designaciones anuales de mujeres juezas (en el conjunto de los distintos escalafones del poder judicial) a lo largo de más de cuarenta años en la justicia federal y nacional de Argentina. La tendencia general observada, (franja verde del gráfico II.2.1.) da cuenta de que las designaciones de mujeres se proyectan a través de los años en periodos con tendencias crecientes y periodos decrecientes. A partir del año 1990, estas fluctuaciones van desde un 30% como mínimo y un 35% máximo. Esto muestra que de acuerdo al registro de los últimos (casi) treinta años, la proyección a futuro no quebraría los límites cubiertos por estos 5 puntos porcentuales. El creciente acceso de las mujeres como

<sup>15</sup>Se identificaron las siguientes: "justicia\_federal\_o\_nacional", "cámara", "organo\_tipo", "organo\_nombre", "cargo\_tipo", "cargo\_detalle", "magistrado\_genero", "fecha\_desginacion".

<sup>16</sup>La referencia juezas en este apartado incluye magistrados de los distintos rangos del escalafón de la Justicia Nacional y Federal.

juezas se corresponde con el restablecimiento de la democracia en nuestro país, alcanzando el 50% de las designaciones en el año 1985 y luego valores que superan el 40% entre 1989 y 1990, 2010, y entre 2018 y 2019.

Gráfico III.2.1. Designaciones de juezas y tendencia

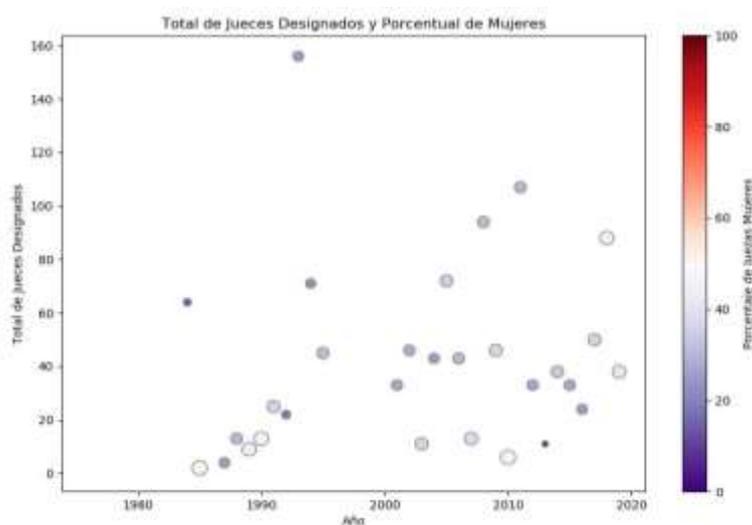


Fuente: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos – Argentina. Datos procesados para la presente investigación (2020).

Si bien estos índices son altos, la cantidad de cargos cubiertos en esos años fueron muy escasos, como se puede apreciar en el gráfico siguiente, en el cual se combina la cantidad anual de vacantes en los cuales hubo designaciones de mujeres y su porcentaje de incorporación. Esto implica que la cantidad de nombramiento de mujeres no tuvo un impacto importante para disminuir la brecha de género en estos espacios. Los mayores porcentajes de mujeres en designaciones anuales en determinados años (1995, 2003, 2007 o 2010) no llega a incidir significativamente en su

participación como juezas, ya que luego se compensan hacia abajo en el poco número que representan cuando la cantidad de cargos a cubrir fue mayor. En este sentido, el año 1993 fue cuando más designaciones totales hubo (140) cubriendo las mujeres solo el 25%, luego en el 2011 el número de cargos fue alrededor de 110, ocupando solo el 30% las mujeres. Finalmente, en el 2018, el porcentaje se recupera: sobre un total de 90 cargos, fueron más de 40% las designadas, aunque el porcentaje de mujeres en el 2019 vuelve a caer sobre casi 40 designaciones en total.

**Gráfico III.2.2. Designación de juezas en relación al número total de nombramientos anuales<sup>17</sup>**



Fuente: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos – Argentina. Datos procesados para la presente investigación (2020).

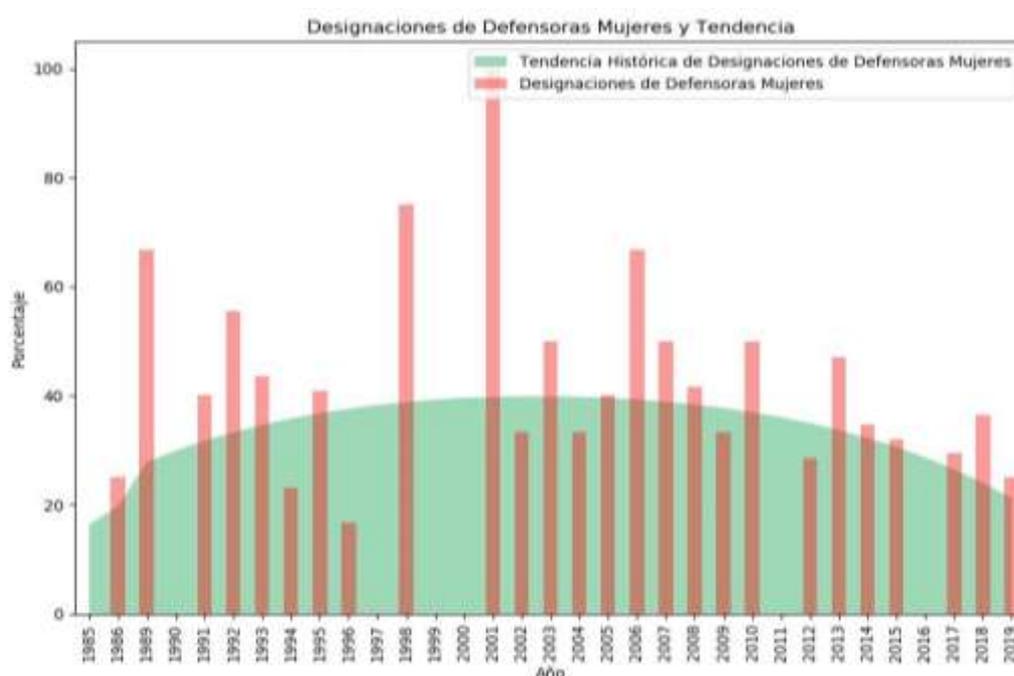
### 3. Ministerio Público de la Defensa de la Nación Argentina

El Ministerio Público de la Defensa es el ámbito donde las mujeres se encuentran comparativamente mejor representadas en la jerarquía, si bien persiste la segregación vertical. El porcentaje de designaciones anuales como defensoras fue mayor si se lo compara con lo observado para juezes y fiscales.

<sup>17</sup>En este gráfico se visualizan puntos en representación de mujeres designadas. A mayor intensidad de colores azulados y círculos más pequeños, mayor es el sesgo de género.

Este número de defensoras resulta próximo a la tendencia promedio a lo largo de 1985-2019, marcada en el siguiente gráfico, la que se encuentra próxima al 40%. En el año 2001 el 100% de los cargos designados fue cubierto por mujeres, es decir que no ingresaron varones ese año. A lo que se agrega que sobre 25 años en los que hubo designaciones, en 12 años la representación de mujeres resultó superior a 40%.

**Gráfico III.3.1. Designaciones de defensoras y tendencia**

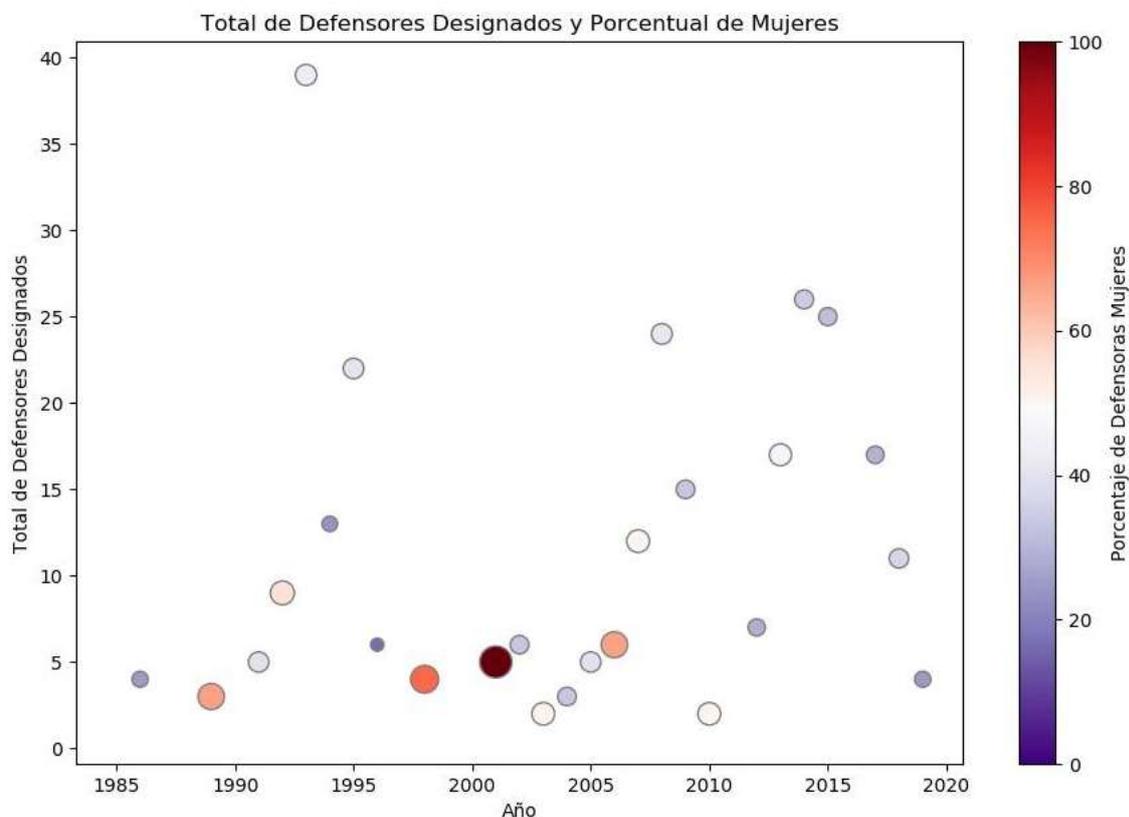


Fuente: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos – Argentina. Datos procesados para la presente investigación (2020).

Sin embargo, como se observa en el siguiente gráfico, en los años que más se cubrieron cargos de defensores, las designaciones de mujeres rondaron entre el 30 y el 45% (1993, 1995, 2008, 2014 y 2015). Por el contrario, cuando la tasa de mujeres fue mayor (más del 60%)<sup>18</sup> el total de cargos designados fue inferior a 10 (1989, 1998, 2001 y 2006).

<sup>18</sup>Observar que en este caso se grafican círculos de mayor dimensión y tonalidad rojiza.

**Gráfico III.3.2. Designación de defensoras en relación al número total de nombramientos anuales**



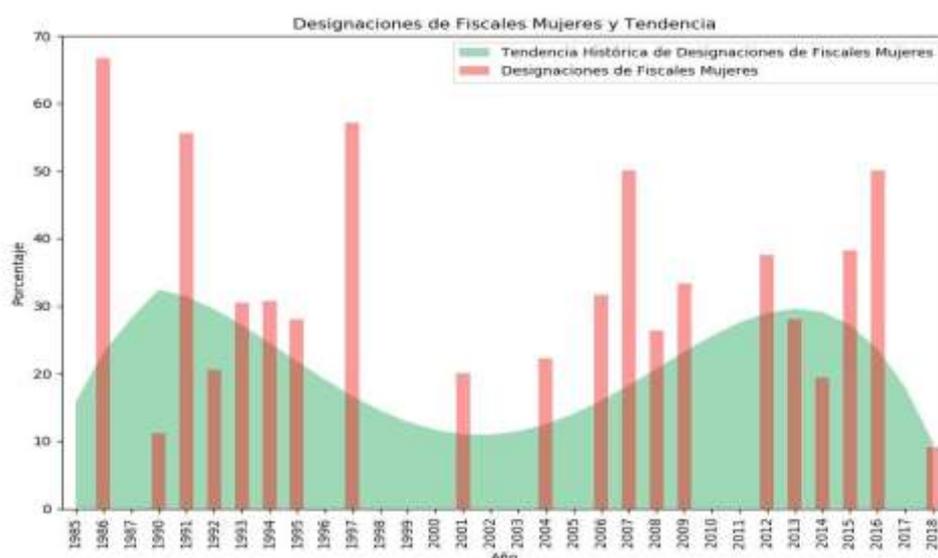
Fuente: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos – Argentina. Datos procesados para la presente investigación (2020).

#### 4. Ministerio Público Fiscal de la Nación Argentina

De los tres ámbitos analizados, el Ministerio Público Fiscal resulta el más reticente a la incorporación de mujeres en sus altas jerarquías. Los datos sistematizados en esta investigación, muestran designaciones de mujeres a partir de 1986, la que no resulta constante en todo el periodo, ya que no siempre fueron incorporadas. Sobre siete años consecutivos (1999 y 2005), solo en dos oportunidades fueron nombradas. Si se considera el periodo de treinta años, en total contabilizan once años en los cuales no hubo designaciones de mujeres. La situación se evidencia en la tendencia promedio, la que muestra una franja oscilante en el gráfico, marcada por valores

entre 10 y 30%. Su descenso al final del periodo se corresponde con falta de designaciones de mujeres en el año 2017 y la baja proporción que obtuvieron en los nombramientos del 2018. Esto último indica que las mejoras recogidas en el informe de la Dirección General de Políticas de Género (2018) durante el periodo 2013-2016 se revierte en el 2017-2018, lo que consolida los porcentajes históricos de brecha de género en ese ámbito.

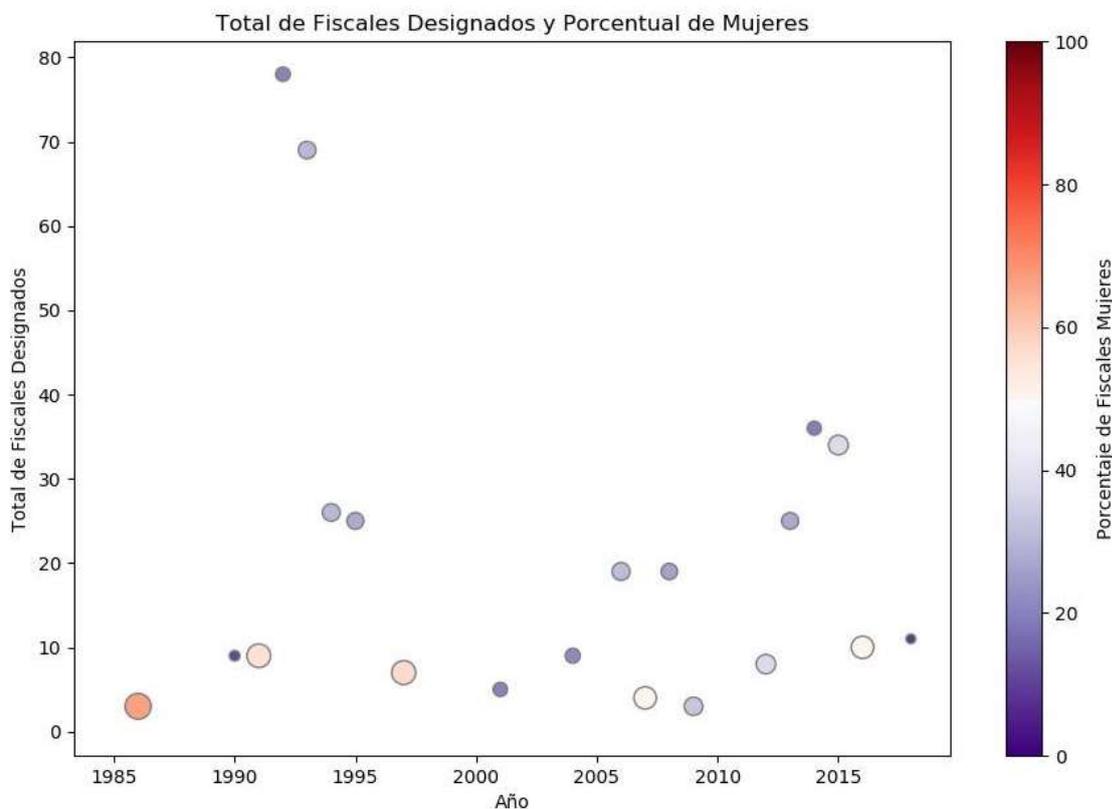
**Gráfico III.4.1. Designaciones de fiscalas y tendencia**



Fuente: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos – Argentina. Datos procesados para la presente investigación (2020).

El siguiente gráfico completa el análisis: muestra que las tasas de incorporación anual de mujeres han sido altas cuando se cubrió la menor cantidad de cargos anuales. En aquellos años en los cuales las mujeres obtuvieron alrededor de una tasa superior al 50% en designaciones la cantidad de vacantes a cubrir fue escasa (puntos más claros y naranjas del gráfico: 1986, 1991, 1997, 2007, 2016). En sentido contrario, en los años con mayor cantidad de cargos disponibles, el porcentaje de designaciones de mujeres resultó inferior al 30% (1992, 1993 y 2014).

**Gráfico III.4.2. Designación de fiscalas en relación al número total de nombramientos anuales**



Fuente: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos – Argentina. Datos procesados para la presente investigación (2020).

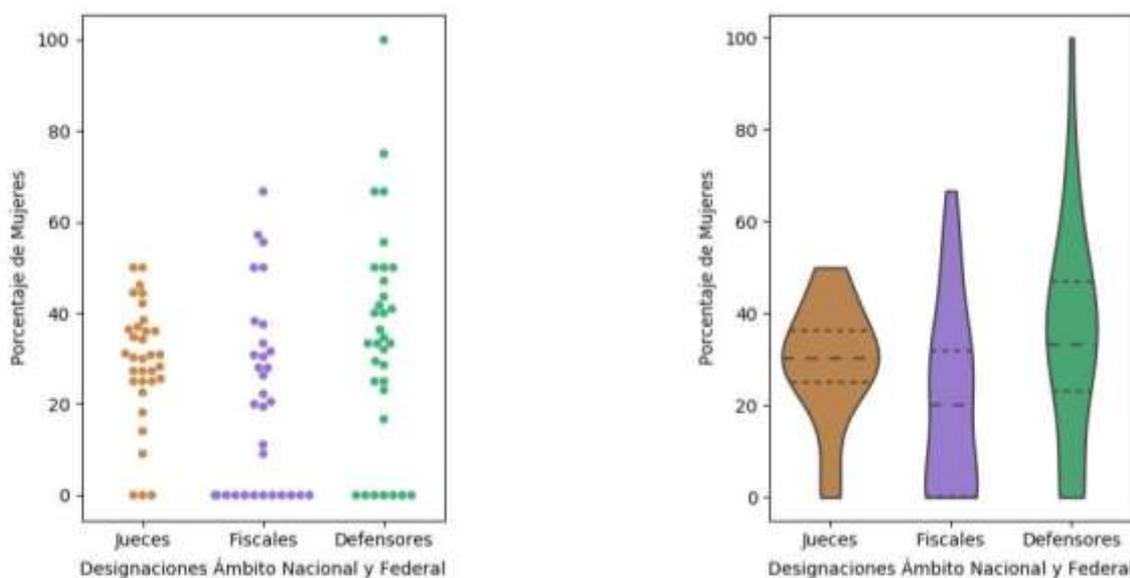
### 5. Análisis comparativo de los tres ámbitos –judicial, fiscal y defensa-

Los siguientes gráficos visualizan la misma interpretación de datos. En el caso del gráfico a izquierda, cada punto representa un año. La ubicación en altura del punto representa la proporción de mujeres designadas en ese año. Sería ideal obtener figuras de mayor presencia de puntos en el centro, es decir, alrededor del 50% de designaciones de mujeres. Sin embargo, la media interanual de designaciones de mujeres suele estar por debajo del 50%. Esto se visualiza claramente en el gráfico de la derecha con figuras “panceadas” hacia su parte inferior, debajo de la línea del 50%, lo que muestra sesgo de género a lo largo de todo el periodo analizado en este trabajo (1976-2019).

Los tres ámbitos muestran procesos de segregación vertical los cuales se sostienen en el tiempo, con perfiles diferenciados. Respecto de fiscales se encuentra la

mayor cantidad de años en los cuales no hubo nombramiento de mujeres (doce años), luego como defensoras (siete años) y por último como juezas (tres años). Sobre los cargos de jueces, desde el año 1987 nunca se dejó de designar a mujeres cuando hubo nombramientos anuales (como se mostró en el gráfico 2, presentado arriba). Sin embargo, la concentración de la tasa de designación anual se encuentra en el segundo quintil en un porcentaje mayor a 25% y menor a 40%. Si observamos la situación como defensoras, a pesar de que no hubo designaciones en varias oportunidades, el escenario resulta mejor respecto del acceso a magistradas y fiscales, concentrándose entre el segundo y tercer quintil. La clara restricción en la participación de las mujeres como fiscales se explica no solo por la mayor cantidad de años en los cuales no obtuvieron nombramientos, sino también por su reducido porcentaje de designación, acumulado en el segundo quintil entre el 20 y 30%.

**Gráfico III.5.1. Proporción anual en la designación de mujeres en cada ámbito-judicial, fiscal y defensa-<sup>19</sup>**



presente investigación (2020).

<sup>19</sup>En el gráfico de la izquierda, cada punto representa un año; en el eje vertical el porcentaje de mujeres designadas. El gráfico de la derecha visualiza la concentración de la media -de todos los años- en la línea de rayas más ancha.

## 6. Designaciones totales a lo largo del periodo 1976-2019. Diferencias entre justicia nacional y federal

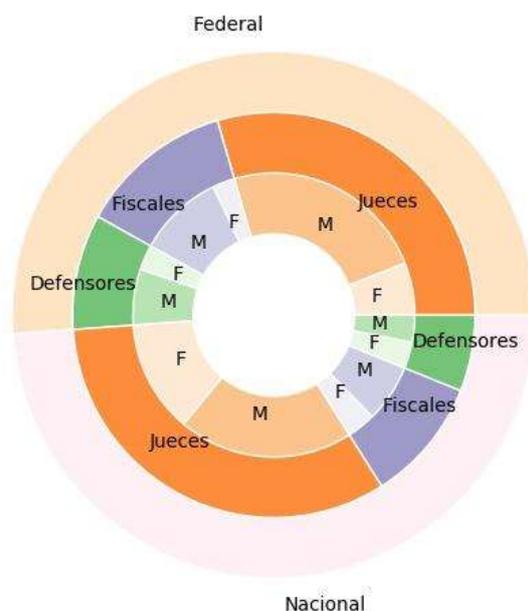
El siguiente gráfico presenta la suma de todas las designaciones anuales realizadas a lo largo de más de cuarenta años, si bien es un dato global comprensivo de todo un periodo, permite mostrar las desigualdades de género en la composición de los cargos más altos del Poder Judicial y el Ministerio Público, la cual se sostiene en mayor medida en el ámbito federal respecto del nacional.

El conjunto de designaciones en el ámbito nacional se encuentra más equilibrado, encontrándose mejor representadas las mujeres como defensoras y luego en las posiciones de juezas. La brecha mayor se sostiene en los cargos de fiscales.

El ámbito federal presenta una evidente desigualdad en la composición total de todos los nombramientos anuales sumados considerados, profundizándose en todos los cargos, siendo mayor la sub-representación femenina en comparación al ámbito nacional.

Tanto en la justicia federal como nacional, la proporción de mujeres es mayor como defensoras respecto de fiscales y jueces, lo que evidencia que en lugares donde el poder de decisión es más limitado, si se lo compara con las funciones de fiscales o jueces, su nivel de acceso es mayor, a pesar de la persistencia de segregación.

### Gráfico III.6.1. Suma total de designaciones de jueces/zas, fiscales/as y defensores/as (1976-2019). Justicia federal y nacional



Fuente: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos – Argentina. Datos procesados para la presente investigación (2020).

Un análisis más detallado y separado del fuero nacional y federal permite explicar el desarrollo de las designaciones anuales, observándose la mejor posición que obtienen las mujeres en el fuero nacional. En este ámbito, las mujeres han llegado a conformar la lista de designadas una mayor cantidad de veces, en comparación al ámbito federal en el cual la práctica de no nombrar mujeres anualmente ha sido mayor.

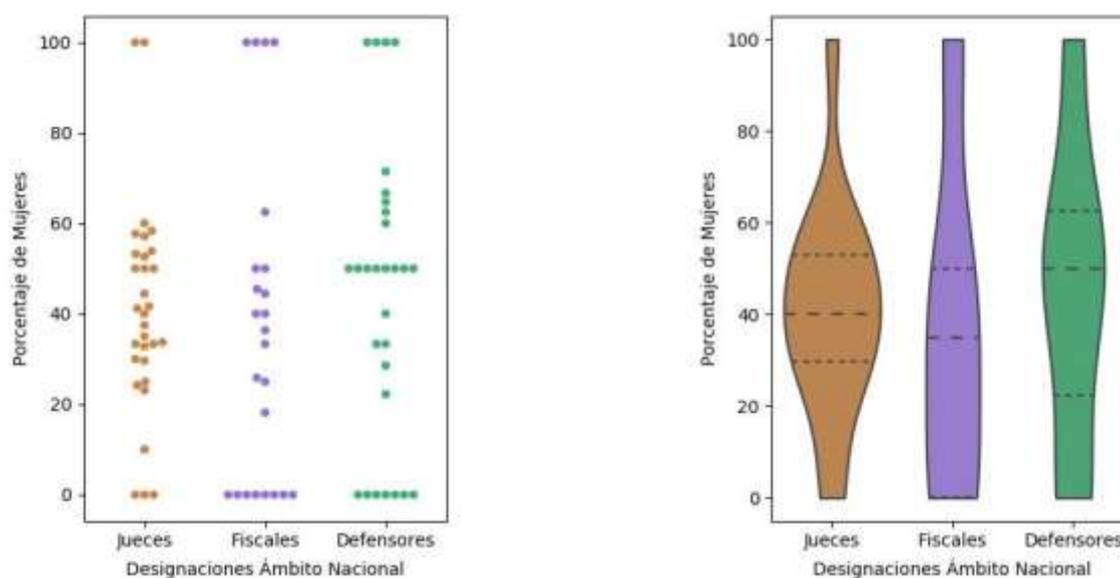
Para el caso de la justicia nacional, la mayor cantidad de años en los que hubo designaciones fue en el ámbito del poder judicial: sobre treinta años, entres no obtuvieron nombramientos. Los fiscales tuvieron la menor cantidad de designaciones anuales (24 años), contaron, además, con el mayor número de veces (nueve) en los cuales no se nombraron mujeres. Por último, en defensoría, sobre veintiocho años con designaciones, siete años no fueron con integración de mujeres en las vacantes.

En la justicia federal la situación de años sin nombramientos se profundiza, se encuentra que, sobre treinta designaciones anuales de jueces, cuatro veces no hubo mujeres nombradas. A nivel de fiscales sobre veintisiete años, en once no fueron designadas, por último, en defensoría sobre treinta años con designaciones, diez fueron sin representación femenina.

Otro dato de importancia es el registro de la media en las designaciones, se observa que en general fue mayor en el fuero nacional respecto del federal. En la

justicia nacional la media en nombramientos de juezas fue alrededor del 40%, el porcentaje fue menor en la jerarquía de fiscales (35%), y mayor en los puestos de defensoría alcanzando un porcentaje del 50%. En la justicia federal la media en las designaciones resultó baja en todas las categorías analizadas, 20% en jueces, desciende claramente en el caso de fiscales en menos de 10% y sube en el caso de defensorías a 35%.

**Gráfico III.6.2. Proporción anual en la designación de mujeres en cada ámbito-judicial, fiscal y defensa-. Justicia Nacional (1976-2019)**



Fuente: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos – Argentina. Datos procesados para la presente investigación (2020).

**Gráfico III.6.3. Proporción anual en la designación de mujeres en cada ámbito-judicial, fiscal y defensa-. Justicia Federal (1976-2019)**

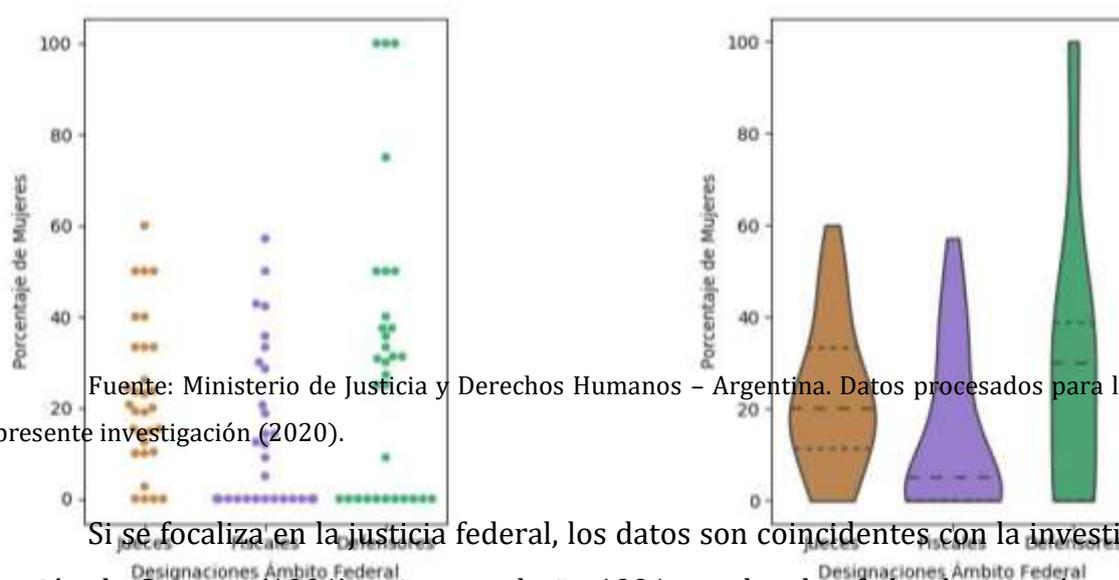
Fuente: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos – Argentina. Datos procesados para la presente investigación (2020).

### III.7. Nombramientos de mujeres en la justicia nacional y federal. Diferencias

Si bien en el ámbito nacional las mujeres se encuentran mejor representadas, en comparación al federal donde la tasa de designación resulta menor, encontramos algunas particularidades respecto de los diferentes escalafones (Cámara, Tribunal y Juzgados). El ámbito nacional cuenta con escasa presencia de mujeres en sus tribunales, mientras que en el federal a pesar de que todos los niveles presentan tasas bajas de nombramientos femenino, la situación se acentúa en el nivel más bajo de la jerarquía, como juezas.

En el ámbito nacional, mientras que en el nivel superior de cámara la media de designación anual de mujeres como magistradas a lo largo de todo el periodo supera el 40%, baja abruptamente en los tribunales y resulta mayor al 45% en el nivel de juezas (gráfico III.7.1.). El nivel más reticente a la incorporación de mujeres son los tribunales: solo fueron designadas en cinco ocasiones, alcanzando bajas proporciones (entre 10 y 25%), a su vez, suman ocho años en total sin incorporaciones algunas.

**Gráfico III.7.1. Designaciones anuales de juezas por escalafón (1976-2019). Justicia Nacional**

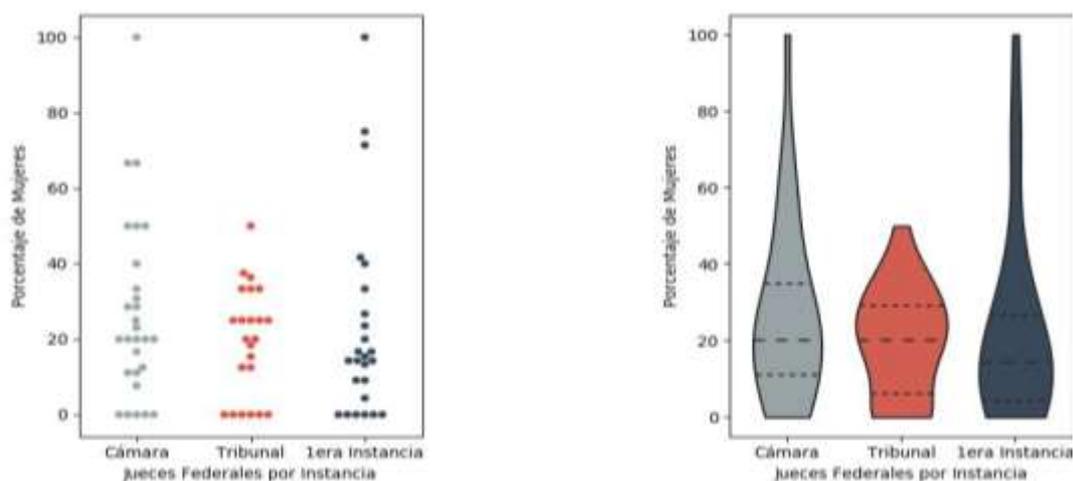


Fuente: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos – Argentina. Datos procesados para la presente investigación (2020).

Si se focaliza en la justicia federal, los datos son coincidentes con la investigación de Gastron (1991) quien, en el año 1991, en el orden federal registró una resistencia especial por parte de este cuerpo judicial a nombrar mujeres, al observar

que la proporción de juezas en primera instancia era menor aún que las de segunda instancia, lo que mostraba a la justicia federal como un “bastión” para el poder judicial de la Nación. Contrariamente (y a lo probablemente esperado) a la forma piramidal de los procesos segregación vertical, se observa que es en el nivel de jueces de juzgados donde las mujeres se encuentran menos representadas. El porcentaje de mujeres designadas anualmente se concentra en el primer quintil, marcando una media apenas mayor al 10%. La situación mejora en el caso de las cámaras por sobre los tribunales, sin embargo, los porcentajes que obtienen las mujeres siguen siendo bajos (medias alrededor de 20 %), combinados con muchos años que no obtuvieron designaciones anuales.

Gráfico III.7.2. Designaciones anuales de juezas por escalafón (1976-2019). Justicia Federal



Fuente: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos – Argentina. Datos procesados para la presente investigación (2020).

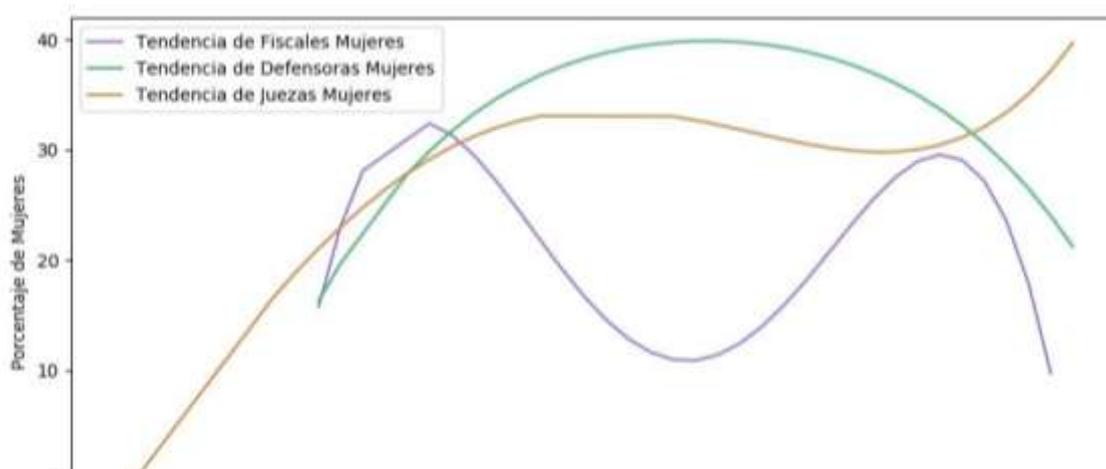
#### IV. Discusiones sobre los resultados obtenidos: los años pasan y el techo se mantiene

Los resultados son coincidentes con investigaciones llevadas a cabo en Argentina como en otros países que muestran el ya tan mencionado “techo de cristal”, el que indica las restricciones hacia las mujeres en el acceso a los puestos de mayor jerarquía y decisión. La sub-representación en las jerarquías judiciales da cuenta de que su incorporación todavía es retaceada en una estructura piramidal de género en

la cual el grueso de las mujeres se encuentra en su base y a medida que se asciende en la escala se reduce su número. De esta manera, a pesar del masivo ingreso de las mujeres en las profesiones jurídicas todavía se encuentran sub-representadas en los puestos de mayor nivel, y sobre-representadas en aquellos de menor poder y decisión.

A pesar de que los mecanismos de selección fueron modificados, en años posteriores a la reforma constitucional del año 1994 como se indicó en el acápite respectivo la tendencia comparativa a lo largo de todo el periodo democrático en los tres ámbitos analizados muestra el techo en las designaciones. La representación como juezas y defensoras las tendencias se mantienen a lo largo del tiempo alrededor de 30% en los primeros y en 40% en los segundos. En contrario, sobre fiscales la situación parece agravarse, la tendencia muestra una curva oscilante la que se corresponde con la mayor cantidad de años sin designaciones de mujeres, como con el menor porcentaje sobre los nombramientos anuales obtenidos. El descenso de la tendencia hacia el final del periodo, tanto en el caso de defensoras como fiscalas, se explica por la ausencia de nombramiento de mujeres en el año 2016 y 2017, respectivamente, lo que no sucede sobre juezas en los cuales la curva resulta ascendente. No es casual que, en un ámbito de menor impacto político, como es el área de Defensa la tasa de designación se ubique por encima de las otras dos, presentándose como un lugar más afín al ingreso de mujeres en las jerarquías. En contrario, el Ministerio Público Fiscal, central en el sistema de justicia penal, con funciones de persecución del delito, presenta claras reticencias en la incorporación de mujeres a sus órganos jerárquicos superiores.

**Gráfico IV.1. Tendencias comparativas sobre tasas de designación anuales (juezas, fiscalas y defensoras) en ámbitos nacional y federal**



Fuente: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos – Argentina. Datos procesados para la presente investigación (2020).

Los datos permiten discutir aquellas interpretaciones que entienden que las desigualdades de género son sólo el producto de la reciente incorporación de las mujeres en la profesión y por lo tanto con el mero transcurso del tiempo se irá produciendo su progresiva inclusión en los ámbitos de mayor poder y decisión. En contrario, las designaciones a lo largo del periodo analizado no muestran cambios de importancia que indiquen la probabilidad de mayor acceso de las mujeres en un futuro cercano. Como indica Malleson, en referencia al poder judicial en Inglaterra, el creciente número de mujeres en la profesión sumado al factor tiempo, no significa “el progreso natural y automático hacia la igualdad” (MALLESON, 2003, p. 53).

En Argentina los datos muestran que se mantiene una proporción constante de designaciones enmarcado en la siguiente dinámica que pasamos a explicar: el porcentaje mayor o menor de mujeres designadas correlaciona con la cantidad de cargos disponibles o vacantes, es decir, se observa que la tasa de designación aumenta cuando la cantidad de cargos a cubrir es menor y disminuye en caso contrario. Esta dinámica muestra que las brechas de género se han mantenido a lo largo del tiempo, si bien los sistemas de selección se modificaron luego del año 1994. Esto indica que son escasas las mujeres que llegan a formar parte de ese listado final terminado producto de un concurso, que luego formará parte del pliego que eleva el Poder Ejecutivo al Senado quien discute su aprobación, y finalmente, si es afirmativo, se corona con el decreto de designación. A su vez, en el caso de que se encuentren ternadas no necesariamente serán nombradas en las vacantes, ya que depende del pliego que elabora el Ejecutivo y el acuerdo del Senado para la designación.

En este orden, la necesidad de incrementar la participación activa de mujeres y personas LGTBI+ en las postulaciones de los concursos resulta esencial si queremos contar con tribunales diversos en sus composiciones sexo-genéricas. Esto indica problematizar las dificultades que operan en el sistema de justicia que limitan su acceso para competir en los puestos de mayor jerarquía. Problematización, que incluso no se limita a los concursos, ya que se extiende al campo jurídico en su totalidad: las prácticas y habitus institucionalizados en los poderes judiciales, en la profesión en general como en la formación de grado universitarias requieren ser reformulados a partir de una mirada feminista y de género.

La reconfiguración de las valoraciones/puntuaciones y criterios de clasificación de puntajes que se realiza en las distintas etapas del proceso de selección a cargo de la Comisión -esto es la prueba de oposición escrita, la evaluación de antecedentes, la entrevista personal y la prueba de oposición- debe procurar una perspectiva que sea inclusiva y -no excluyente- de mujeres y personas LGTBI+. De esta manera podremos contar con mayor diversidad en el porcentaje de aspirantes en concursos de selección de altos cargos (a los efectos de conformar las ternas) respecto de sus pares masculinos. Los datos permiten conjeturar, que siguen operando sesgos de género en el mismo mecanismo de selección de aspirantes a concursos y ternas propuestas por los órganos selectores; al no considerar las restricciones de género el procedimiento de selección reproduce los procesos de segregación. Por último, como ya dijimos, las designaciones en el cargo se efectivizan con la decisión del poder ejecutivo quien elabora el pliego que presenta en el senado de la nación.

Como ya se indicó, la investigación de BERGALLO (2005) sobre los procesos de selección de jueces en la magistratura nacional y federal con asiento en la Ciudad de Buenos Aires ya sugería la existencia de restricciones institucionales en el diseño y el funcionamiento de los mecanismos de selección y modelos pseudo-meritocráticos pretendidamente neutrales frente al género. Estas restricciones, junto a las desiguales condiciones del contexto de la práctica liberal de la abogacía y el empleo judicial, influyen en la menor postulación de las mujeres en los procesos de competencia para el avance en las carreras judiciales y en el resultado de las respectivas

competencias de antecedentes<sup>20</sup>. La autora, en su análisis detallado sobre los concursos llevados a cabo en la justicia de la Ciudad de Buenos Aires, observó que:

“la proporción de mujeres aspirantes y nombradas muestra que su participación en el procedimiento de selección es proporcionalmente menor a la de los hombres, pero existe consistencia en la representación proporcional de las mujeres a través de las etapas de los concursos” (BERGALLO, 2005, p. 20).

Las mujeres son un gran número en la profesión, y dentro del ámbito de tribunales en general se encuentran como empleadas en mayor porcentaje respecto de sus pares masculinos, sin embargo, no participarían en los procedimientos de selección de jueces en la misma proporción que los hombres.

Una situación similar se encuentra en el Ministerio Público Fiscal de la Nación, el informe de la Dirección General de Políticas de Género (2018), muestra que a lo largo del periodo 1999-2015 el porcentaje de mujeres aspirantes a concurso registra un promedio del 26%. Además, la edad promedio de las postulantes es superior a la de sus pares masculinos en el concurso, esto implica “la gravitación conjunta de factores de índole estructural y de ciertas restricciones institucionales que podrían operar desincentivando la participación de potenciales aspirantes mujeres en los concursos para acceder a cargos de fiscal” (Dirección General de Políticas de Género, 2018, p. 30).

Otro aspecto, que marcan las investigaciones es la composición por género de los tribunales evaluadores. En general, presentan una mayoría masculina en su conformación, siendo escasa la presencia de las mujeres en los órganos constituidos para la selección de postulantes (BERGALLO, 2005; Dirección General de Políticas de Género, 2018). Por último, el Poder Ejecutivo no contempla, al momento de realizar las designaciones la equidad de género. Como indica el informe sobre fiscales,

---

<sup>20</sup>Se encuentran “...significativas diferencias entre los grupos de mujeres aspirantes potenciales y aspirantes reales en los procedimientos de selección de jueces... La evaluación de la formación de los candidatos y sus credenciales de mérito es obtenida en un sistema de contratación y promoción altamente informal, donde hombres y mujeres pueden haber tenido oportunidades desiguales” (Bergallo, 2005, p. 16).

la proporción de mujeres se reduce a más de la mitad al momento de la nominación que realiza Poder Ejecutivo en acuerdo posterior del Senado.

La perspectiva de género pone en cuestión los enfoques de la teoría del capital humano (BECKER, 1983) que hacen hincapié en factores individuales que llevarían a las mujeres a ubicarse en los márgenes de la profesión, sin tomar en cuenta barreras estructurales de género, observadas en distintas investigaciones (SCHULTZ, 2003; RHODE, 2003; KAY & GORMAN, 2008; MALLESON, 2013). El discurso que se asienta en la autogestión para avanzar, el credencialismo y el capital social se une con obstáculos ligados a la división sexual del trabajo incorporado como barreras que todavía limitan las inserciones en términos sexo-genéricos, y que se reflejan en sus estrategias de inserción profesional. Dos preguntas surgen aquí: si focalizamos en las mujeres ¿cómo funciona la lógica de la división sexual del trabajo para aquellas mujeres con personas a cargo, al interior de las familias? Algunas investigaciones hacen hincapié en las restricciones que operan sobre ellas ligadas a la mayor presión de la maternidad y el cuidado para el desarrollo de sus carreras y su incidencia en la menor postulación<sup>21</sup>. Cuestión atravesada por las dinámicas del uso diferencial del tiempo<sup>22</sup> y la organización social del cuidado<sup>23</sup>.

Por otra parte, ¿cómo funciona la lógica de la división sexual del trabajo en el ámbito laboral, y específicamente en el ámbito judicial? Esta pregunta nos lleva a comprender que estos factores del orden “familiar” que afectarían las decisiones in-

---

<sup>21</sup>“... frente a concursos que son neutrales al género, los requisitos impuestos sean más gravosos o de más difícil obtención para las mujeres que para los varones. Ello podría ser uno de los motivos por los que se presentan a los concursos mayormente a partir de los 40 años y luego a dejar de presentarse antes que los varones, cuando vuelven a recaer sobre las mujeres las tareas de cuidado, en este caso, sobre sus nietas/os y/o adultas/os mayores (progenitores)...” (CSJN, 2014, p. 13).

<sup>22</sup>“Numerosos estudios han destacado la desigual distribución del trabajo de cuidado no remunerado entre varones y mujeres, y entre personas de distintos estratos socioeconómicos, y el impacto que esta situación tiene sobre las brechas de género y la reproducción de la desigualdad” (INDEC, 2020, p. 10).

<sup>23</sup>La relación entre empleo femenino, economía del cuidado y políticas públicas en Argentina, significa que la mayor incorporación de las mujeres al mercado laboral requiere de una reconfiguración de la responsabilidad colectiva del cuidado tomando importancia el Estado, en interrelación con las familias, el mercado y las organizaciones comunitarias ligadas a su producción y distribución (Rodríguez Enríquez & Pautassi, 2014).

individuales de carrera requieren ser abordado desde el sistema género/sexo patriarcal que se organiza sobre la división sexual del trabajo, y reaparece en el mercado de trabajo al situar a las mujeres en posiciones y puestos subordinados y en tareas supuestamente apropiadas a los roles asignados (HARTMANN, 1979). Esto último, evidencia que tanto aquellas mujeres -con o sin personas a cargo- son afectadas por una lógica que funciona en el ámbito de la familia, pero también en la organización del mercado laboral.

En este marco, el sistema de justicia se presenta como un ámbito altamente feminizado en los puestos más bajos –funcionarias y administrativas- en el cual se sostienen imágenes estereotipadas de diferenciación de género, lo que significa estrategias de inserción profesional sustentadas en las limitaciones de la lógica cis-hetero-patriarcal. Esto se conecta con la prevalencia de perfiles profesionales sesgados, de acuerdo a GARGARELLA (2006):

“ciertos sesgos tienden a repetirse, porque los jueces seleccionados tienden a responder a ciertas características, porque no cualquier abogado llega a ser juez. Según parece, y sobre todo en las instancias superiores, los jueces suelen ser, mayoritariamente, varones, blancos, conservadores, de clase media o media alta y de la capital del país de que se trate”. (p. 83)

Sobre esto último, resulta pertinente preguntarnos cómo y quiénes eligen nuestros magistrados. ¿El tribunal selector está compuesto por un número equilibrado en términos de género? ¿Qué proporción de postulantes que aprobaron la prueba de oposición (de carácter objetivo) superan después la entrevista y son efectivamente ternadas? Finalmente, ¿del total de personas ternadas para los cargos cuántas mujeres son efectivamente designadas?

## V. Magistraturas diversificadas y perspectiva feminista

La necesidad de contar con integraciones diversas en términos sexo-genéricos, es condición para construir sociedades más democráticas, donde la pluralidad sea respetada (KOHEN, 2008; BERGALLO, 2005). Uno de los interrogantes que nos plantea la lectura de KOHEN (2008) en su ensayo sobre el impacto de las mujeres en la justicia es en qué medida su presencia en estos lugares de decisión judicial

clave –de mayor poder y prestigio- cambia las prácticas jurídicas con aportes específicos que signifiquen la integración de la perspectiva de género/feminista o por el contrario si reproducen modelos y retóricas jurídicas cis-hetero-patriarcales del ejercicio profesional.

Algunas investigaciones particulares en el tema sugieren que la participación de las mujeres no difiere de la de sus pares masculinos. KOHEN (2008) luego de analizar el modo en que jueces y juezas de familia de Buenos Aires decidían en sus causas, llegó a la conclusión de que no había diferencias entre unos y otros en la manera en que sus decisiones eran tomadas. Tanto hombres como mujeres se regían por una ética del cuidado, contrario a lo que Gilligan postuló respecto de las diferencias esenciales que observó entre hombres y mujeres, caracterizados los primeros por una ética de justicia y las segundas por una ética del cuidado. En este mismo sentido, GASTRON (2008) señala que la inserción de mujeres en los puestos de decisión judicial es insuficiente para garantizar la incorporación de una perspectiva de género en la resolución de los conflictos jurídicos dado que la problemática de la mujer en litigio puede ser favorecida o desfavorecida con criterio justo, independientemente del género del juez. Otras investigaciones sostienen lo contrario, JOHNSON Y BEAULLEAU (2007) concluyen que la diferencia de género en la composición de la magistratura importa, los fallos en disidencia de mujeres en la Corte de Canadá demuestran la diferencia que pueden incorporar las mujeres juezas. En Inglaterra, RACKLEY (2007) señala que la asunción de mujeres juezas implica la incorporación de una voz diferente, representa un potencial transformador para crear un espacio para la diferencia, como se demostró en el fallo de la Cámara de los Lores, en el que la influencia de una jueza hizo que se reconociera que una mujer que se escapaba de la mutilación genital en Sierra Leona formaba parte de un grupo social particular a los efectos de la Convención para los Refugiados. En Argentina, BERGALLO (2005) afirma que:

“una magistratura diversificada e igualitaria en términos de género es un prerrequisito fundamental para reconstruir la legitimidad democrática del Estado y tornar su organización más receptiva y sensible a la protección de los derechos de las mujeres y a la representación de los intereses, visiones y experiencias femeninas”. (p. 152)

Es en la denuncia de la ideología masculina hegemónica, vigente incluso en el discurso “científico”, que el feminismo propone un cambio profundo de naturaleza epistemológica respecto de las estructuras y categorías del conocimiento (MOREY Y RAINERO, 2000)<sup>24</sup>. ¿Desde qué fundamentos se realiza el planteo político que reclama mayor representación de las mujeres y diversidades en las altas cortes en orden a profundizar la democracia? desde la lógica de la diferencia o desde la lógica de la contradicción? Si partimos del análisis teórico de LAZZARATO (2006) dentro de la lógica de la contradicción y en el marco del modelo de democracia de las mayorías, la mayoría (jueces varones, heterosexuales, blancos, de clase media y alta) es el patrón en relación al cual se miden quienes quedan minorizados, -minorías que pueden estar excluidas de la mayoría o que pueden estar integradas en el modelo mayoritario como fracción subordinada-. En este esquema las mujeres se incorporan a un ámbito profesional en el que se observan importantes desigualdades sexo-genéricas dentro de una profesión que fue tradicionalmente masculina (BERGOGLIO, 2007) y en un ámbito de importancia política en el cual los distintos sujetos individuales y colectivos persiguen y hacen valer sus intereses poniendo en acto el poder coercitivo del Estado. En esta situación, la existencia de mujeres y diversidades en el poder judicial y su acceso a los cargos más altos del sistema judicial puede ser celebrada en términos de su significancia simbólica, pero a costa de que solo formen parte de una institución judicial que crea y reproduce lo dado en función del patrón de medida de una mayoría a la cual quedan subordinadas. Una de las críticas fuertes del feminismo está puesta en la falsa neutralidad del sujeto que las normas y los derechos reconocen como universal que se asimila a la del grupo dominante y que deja de lado las diferencias y la singularidad de los sujetos en el marco del sostenimiento de desigualdades sociales. En el plano de los movimientos políticos, la democracia del devenir, implica una estrategia de doble filo de rechazo a lo instituido

---

<sup>24</sup>De acuerdo a Mouffe(1999): “el falso dilema de igualdad versus diferencia se derrumba desde el momento en que ya no tenemos una entidad homogénea “mujer” enfrentada con otra entidad homogénea “varón”, sino una multiplicidad de relaciones sociales en las cuales la diferencia sexual está construida siempre de muy diversos modos y donde la lucha en contra de la subordinación tiene que ser planteada en formas específicas y diferenciales” (p. 112).

y de nueva subjetivación, en este sentido la reivindicación de la igualdad debe ser sometida a una política de la diferencia (LAZZARATO, 2006). En el feminismo del post-estructuralismo esto significa una reflexión profunda sobre la categoría de sujeto, en este sentido, de acuerdo a Collin (1996) la constitución del sujeto político es un trabajo infinito que escapa del reduccionismo político para reinscribir constantemente en “lo político la ruptura de lo no político... haciendo resonar la infinitud heterogénea del lenguaje en el imperio homogéneo del discurso” (p. 12). Esto requiere de un actuar constante de los sujetos por medio una praxis política que se pone en acción en cada vínculo social que crean y recrean. BRAIDOTTI (2000) propone la noción de “sujetos nómades” para la subjetividad feminista, que aprende nuevas formas de pensar al sujeto en alternativa a la visión falocéntrica y esencialista, y que resiste a los “modos socialmente codificados de pensamiento y conducta” (p. 10). Además, incorpora la dimensión interna de los sujetos en su estructuración - los deseos inconscientes y afectos- que inciden en las prácticas de subjetivación. DE LAURETIS (1996) entiende que el sujeto del feminismo como constructo teórico está en constante debate, es un no tan definido, y su formulación y reformulación, implica un proceso de doble tironeo, ya que está en una permanente construcción que implica estar, al mismo tiempo, dentro y fuera de la ideología de género. Esto nos lleva a un discurso de doble voz que reproduce el discurso dominante pero también que resiste por medio del uso diferenciado del lenguaje. Es por eso que las mujeres continúan deviniendo Mujer, atrapadas en el género, aun cuando se saben, como feministas, que no son eso sino “sujetos históricos gobernados por relaciones sociales reales, que incluyen centralmente el género” (DE LAURETIS, 1996, p. 15).

Las transformaciones que las mujeres y diversidades en puestos clave del sistema judicial, como el caso de las juezas que toman decisiones en las que mujeres y diversidades se encuentran implicadas, requiere de profesionales comprometidas con las luchas históricas del feminismo, o al menos conscientes de lo que el género implica. Sin conciencia feminista no se puede pensar distinto y constituir nuevas prácticas, más si tenemos en cuenta que estamos en una profesión en la que, por un lado, los procesos de segregación de género persisten, y por otro en la que se juegan

los derechos colectivos e individuales de las personas cuando se pone en marcha el poder del Estado en reclamo de justicia(s).

## VI. Notas sobre la importancia de políticas de paridad y diversidad

Más allá de los cambios que las mujeres pueden traer (o no) en lugares de poder y decisión, y la conciencia y prácticas feministas que eso requiere. La estructuralidad de las limitaciones al acceso a lugares estratégicos en las jerarquías de poder es evidente, lo cual requiere de medidas de acción positiva -previstas en nuestra Constitución Nacional- para revertir la persistencia de procesos de segregación. Estas medidas son herramientas legales y políticas utilizadas a los efectos de incrementar la participación de las mujeres. Si observamos el acceso de mujeres a las bancas del Congreso de la Nación su aumento resultó significativo a partir de la ley de cupo (Ley Nacional 24.012, 1991) y la reciente ley de paridad (Ley Nacional 27.412, 2017). Estas medidas también se implementaron en el ámbito de los sindicatos por medio de ley de cupo sindical femenino (Ley Nacional 25.674, 2003). A su vez, en el año 2021 se dictó la ley 27.636, la cual establece en su art. 5, la Inclusión laboral en el Estado nacional de personas travestis, transexuales y transgénero:

“El Estado nacional, comprendiendo los tres poderes que lo integran, los Ministerios Públicos, los organismos descentralizados o autárquicos, los entes públicos no estatales, las empresas y sociedades del Estado, debe ocupar en una proporción no inferior al uno por ciento (1%) de la totalidad de su personal con personas travestis, transexuales y transgénero, en todas las modalidades de contratación regular vigentes”.

Respecto del Poder Judicial de la Nación, en el año 2016 el máximo tribunal quedó integrado por cuatro hombres y sólo una mujer, lo que significó un retroceso respecto de la representación de las mujeres en la Corte Suprema<sup>25</sup>, vulnerándose el principio establecido en el Decreto 222/2003 (2003) que promueve el respeto por la diversidad de género en su composición (ELA, 2016; Índice de Paridad Polí-

---

<sup>25</sup> Recién en el año 2004 la Corte Suprema de Justicia de la Nación llegó a tener 2 de 7 integrantes mujeres, con las designaciones de: Carmen Argibay y Elena Highton.

tica de Argentina, 2016). Si bien desde el año 2005 hasta la actualidad se han presentado distintos proyectos de ley en el Congreso de la Nación a los efectos de mejorar la situación de las mujeres en el acceso a los puestos de magistradas, ninguno fue sancionado<sup>26</sup>. Las recientes reformas llevadas a cabo por el Consejo de la Magistratura de la Nación, da cuenta de las limitaciones que de hecho en las prácticas de las instituciones se crean e imponen, sobre la base de los mecanismos de selección y nominación de juezas. Como medida de acción positiva a los efectos de promover el acceso de las mujeres en los cargos más altos en el Poder Judicial de la Nación y alcanzar la igualdad de oportunidades, en el año 2019, se modificó el Reglamento de concursos públicos de oposición y antecedentes para la designación de jueces. La resolución 266/2019 (2019) del Consejo de la Magistratura de la Nación asegura la participación de mujeres en las entrevistas y en la conformación de las ternas de candidatos a cubrir el cargo concursado<sup>27</sup>. También, se aprobó la resolución

<sup>26</sup> En el año 2020, en el Senado de la Nación se iniciaron los siguientes expedientes de proyectos con el objetivo de modificar la composición de la CSJN: 1082-S-2020; 0022-S-2020, 0110-S-2020; mientras que en la Cámara de Diputados los expedientes de proyectos fueron: 3927-D-2020 (Consejo de la Magistratura - modificaciones sobre paridad de género e igualdad de oportunidades en la integración y composición del Consejo de la Magistratura y del Poder Judicial de la Nación.) y 2087-D-2020 (las vacantes que se produzcan en la Corte Suprema de Justicia de la Nación y en cualquier tribunal colegiado o unipersonal de los tribunales nacionales o federales deberán ser cubiertas por las mujeres hasta que se logre la paridad de género; una vez alcanzada la paridad de género las coberturas de vacantes se realizarán por personas del mismo género).

<sup>27</sup> Artículo 40 del Reglamento de Concursos Públicos de Oposición y Antecedentes para la Designación de Magistrados del Poder Judicial de la Nación, primer párrafo: “Una vez que la Comisión se haya expedido sobre las impugnaciones, deberá convocar para la realización de la entrevista personal, como mínimo, a los postulantes que hubieren obtenido los primeros seis (6) puntajes en el orden de mérito. Para el supuesto que entre los primeros seis (6) lugares no hubiera una mujer, se convocará además a la entrevista a las dos (2) postulantes mujeres que sigan en el orden de mérito, siempre que hayan obtenido los puntajes reglamentarios mínimos. Las entrevistas deberán convocarse en el plazo máximo de ocho (8) días hábiles judiciales una vez recibidos en la Comisión los resultados de los exámenes psicológico y psicotécnico de los postulantes. Excepcionalmente, dicho plazo podrá extenderse en razón del domicilio de quienes deban ser convocados. Cuando por circunstancias excepcionales resulte imposible la celebración de las entrevistas por los medios habituales, éstas podrán llevarse a cabo de manera telemática, mediante la plataforma que establezca la Comisión”.

Artículo 47 del Reglamento de Concursos Públicos de Oposición y Antecedentes para la Designación de Magistrados del Poder Judicial de la Nación, primera parte: “La Comisión tramitará un concurso múltiple cuando exista una y hasta cuatro vacantes para la misma función, sede y especialidad. Una vez producidas nuevas vacantes, con posterioridad al llamado a concurso, la Comisión resolverá la acumulación a un concurso en trámite con el límite previsto en el párrafo anterior. En el caso de concursos destinados a cubrir más de un cargo, el número de postulantes que participarán en la entrevista personal con la Comisión, según lo establecido en el artículo 40, se ampliará en, al menos, tres (3) candidatos por cada vacante adicional a cubrir. Para el supuesto que entre los tres (3) candidatos referidos no hubiera una postulante mujer, se convocará además a la entrevista a las dos (2)

289/2019 (2019) por medio de la cual se establece la especial valoración de la formación académica y profesional en la temática de género en los antecedentes de postulantes a concursos. Además, se exige la evaluación del conocimiento de herramientas procesales y legislación aplicable en cuestiones de género y derechos de las mujeres. Por último, la resolución 265/219 (2019) dispone adaptar los formularios que se utilizan en el ámbito del Consejo de la Magistratura al contenido de las leyes de Matrimonio Igualitario (Ley Nacional 26.618, 2010) y de Identidad de Género (Ley Nacional 26.743, 2012)<sup>28</sup>. Sobre estas resoluciones nos preguntamos ¿qué impacto tendrán en las composiciones de género? ¿Serán suficientes para revertir una tendencia estructural y crónica en las brechas de género en el ámbito de la justicia? ¿Resulta necesario reforzar con reglas de paridad y diversidad para lograr el objetivo?

Por otra parte, la problemática presentada no es ajena a la necesidad de democratizar nuestros sistemas judiciales con procedimientos participativos de la ciudadanía tanto en la administración de justicia como también en las elecciones de nuestros magistrados.

## VII. Volver y re-abrir preguntas y demandas políticas

---

postulantes mujeres que sigan en orden de mérito, siempre que hayan obtenido los puntajes reglamentarios mínimos”.

<sup>28</sup>Por otra parte, las discusiones en torno a la composición, participación y sesgos de género en el acceso de cargos en la administración justicia, también formó parte del debate sobre la reforma de la justicia federal y nacional con media sanción en el Senado de la Nación (Proyecto de ley del Poder Ejecutivo Nacional, 2020). El dictamen de Comisión de Asuntos Constitucionales y de Justicia y Asuntos Penales (2020) solo indica en el artículo 17 del apartado subrogancias que “se deberá respetar la paridad de géneros en la selección, en tanto sea posible”, es decir que el carácter de posibilidad, implica su no obligatoriedad. En el artículo 68 del apartado normas complementarias establece: “para acceder a los cargos letrados, de empleadas o empleados y personal de maestranza y oficios creados por la presente, serán de aplicación las disposiciones de la ley 26.861 de Ingreso democrático e igualitario de personal al Poder Judicial de la Nación y al Ministerio Público de la Nación, garantizando la paridad de género”. Sobre esto último, no refiere a la problemática de segregación vertical, sino a la base de la pirámide donde claramente las mujeres son mayoría. Hay que interrogarse ¿en qué medida es necesario (o no) incorporar la paridad en los niveles bajos del escalafón judicial? en orden a no profundizar desigualdades de género. En este sentido, resulta importante antes de aplicar la paridad en la base analizar por qué las mujeres se concentran en estos espacios en el marco de las dinámicas generales de las profesiones jurídicas, -tanto de lo que sucede en el nivel universitario de formación y titulación (como abogades) como del ejercicio de la profesión-.

Esta investigación retorna sobre problemáticas que persisten a lo largo del tiempo, en concreto la creciente incorporación de mujeres en las profesiones jurídicas no implicó procesos automáticos de acceso a puestos de mayor poder y decisión, su mayor presencia se observa en la base de la pirámide de organizaciones jerárquicamente estructuradas, específicamente en el Poder Judicial de la Nación, incluyendo el Ministerio Público Fiscal y de la Defensa. Se configura un sistema de trabajo piramidal y subordinado asentado en la asignación genérica de las mujeres en la base de la organización. Esta asignación se inscribe sobre la división sexual del trabajo en el orden subordinado de las tareas, marcada por estereotipos de género binarios y cis-hetero-patriarcales. Este aspecto estructural reconstruido por los agentes en las prácticas institucionales, se evidencia en la tendencia porcentual de designaciones anuales a lo largo de más de treinta años, lo que lleva a problematizar la escasa incidencia de los mecanismos de selección pseudo-meritocráticos implementados a partir de la reforma del año 1994<sup>29</sup>.

Los datos sistematizados a lo largo de este trabajo permiten concluir que, a los efectos de equilibrar y reducir la brecha de género, se requiere aumentar la tasa de designación anual de mujeres, esto implica modificar los mecanismos de selección de postulantes, lo que indica su inclusión por medio de políticas institucionales que posibiliten la mayor participación de mujeres y personas LGTBI+ en los concursos. Claramente, la problemática significa tomar en consideración la “reconstrucción de la definición del mérito y las prioridades del proceso de nombramiento judiciales” (MALLESON, 2003, p. 5).

Las crecientes demandas feministas (tanto en el orden nacional como internacional) no resultan ajenas a los poderes judiciales; su institucionalización revela contradicciones, puestas de manifiesto en ciertas decisiones judiciales que están a

---

<sup>29</sup>Los mecanismos de selección utilizados en la designación forman parte de la “tecnología de género” (de Lauretis, 1996) por medio de la cual se articula la instalación diferencial y jerárquica de los sujetos en términos binarios de género. A su vez, la violencia simbólica (Bourdieu, 2005) es un aspecto fundamental en su sostenimiento y reproducción, y resulta en determinadas condiciones, un poder simbólico para conservar clasificaciones y principios objetivos que funcionan en el mundo social en materia de género.

contramarcha de los derechos de las mujeres y disidencias<sup>30</sup>. No solo basta con eliminar las restricciones hacia las mujeres y personas LGTBI+ en el acceso a espacios de mayor poder y decisión, sino también la incorporación de la perspectiva de género/feminista/transfeminista en las prácticas judiciales. La nueva reglamentación que exige contar con formación en género por parte de postulantes para el ejercicio de la magistratura, con la efectiva evaluación de contenidos en los mismos concursos, tiene cierta consistencia con la necesidad de generar medidas y fallos que impliquen justicia social de género en nuestras sociedades. Por otra parte, si bien, no se puede predecir qué impacto tendrá una mayor apertura en la composición de las jerarquías sobre decisiones con justicia de género, la equidad en la representación de mujeres lleva a cuestionar una estructura institucional patriarcal (aunque de manera parcial, ya que deja afuera otras alteridades de género). En este sentido, la visibilización de todas las identidades de género (LGTBI+) por medio de la implementación de formularios que posibiliten su consignación, permitirá complejizar la matriz de género binaria actual. Futuras investigaciones podrán analizar sus efectos en la producción o transformación de las desigualdades de género y en la posible construcción de tribunales con composiciones sociales más diversas en sus mandos. Sobre todo, cuando la confianza en la justicia y su legitimidad como institución justa, representativa y democrática (KOHEN, 2008), requiere de integraciones socialmente plurales en sus tribunales.

Los cambios y transformaciones de la realidad requieren situarse al margen del discurso hegemónico, en “los puntos ciegos o fuera del plano de las representaciones, para formular los términos de una diferente construcción del género” (DE LAURETIS, 1996, p. 18). Lo que implica, en concordancia con la propuesta de SOUSA SANTOS (2005, p. 155) “transformar objetos imposibles en posibles centrándose en los fragmentos de la experiencia social no socializados por la totalidad metonímica”. En este sentido, más allá de una distribución más igualitaria de las posiciones, se

---

<sup>30</sup> Así por ejemplo el caso Lucía Perez, donde se analiza su historial sexual a partir de mensajes de whatsapp y se determina que ella no podría haber dejado de dar su consentimiento para una relación sexual, muestra que es necesario romper con las preconcepciones propias del modelo patriarcal.

requiere, además, de prácticas de implementación y de interpretación de las leyes que tengan en miras la reconstrucción social del género de la cultura jurídica dominante.

Este artículo nos lleva a volver y reabrir preguntas y demandas políticas que los feminismos formulan desde hace tiempo, para renovarlas tanto en sus sentidos como en sus prácticas: ¿quienes integran los espacios de decisiones en los sistemas judiciales? ¿es solo añadir mujeres y diversidades y revolver? ¿Cómo pensamos justicias feministas en un sistema jurídico occidental históricamente construido sobre bases patriarcales y coloniales? ¿qué aspectos críticos revela el sistema judicial desde las demandas y apuestas feministas/transfeministas? ¿Implica cuestionar y repensar la(s) justicia(s)? ¿Cómo se relaciona con las demandas en el presente reactualizadas de crear una justicia feminista/transfeministas? ¿Cómo y qué es -pensar, crear y hacer- una justicia feminista no centrada en políticas punitivistas y securitistas? ¿Cómo pensar una justicia feminista respecto de las violencias de género(s) más allá de las estructuras judiciales institucionales que encierran lógicas burocratizadas de abordar los conflictos?

### Bibliografía

- ABEL, Richard (1997). The Transformation of the American Legal Profession. In R. Abel, *Lawyers: a critical reading*. New York: The New Press.
- ABEL, Richard, HAMMERSLEV, Ole, SOMMERLAD, Hillary, & SCHULTZ, Ulrike (2020). *Lawyers in 21st Century Societies. Volume 1: National Reports*. Oxford: Hart Publishing.
- ARRUZZA, Cinzia, BHATTACHARYA, Tithi, & FRASER, Nancy (2019). *Feminismo para el 99%. Un Manifiesto*. Ciudad de Buenos Aires, Argentina: Rara Avis.
- BECKER, Gary (1983). *El capital humano*. Madrid: Alianza.
- BENEDITO, Camila (2011). *Profissionalismo e gênero: A construção da identidade por operadoras e operadores do direito da Justiça Federal e do Ministério Público Federal em São Paulo. Monografia de Graduação, Ciências Sociais*. São Carlos: UFSCar/DS.

- BERGALLO, Paola (2005). ¿Un techo de cristal en el poder judicial? La selección de los jueces federales y nacionales en Buenos Aires. In C. Motta, & L. Cabal, *Más allá del Derecho: justicia y género en América Latina* (pp. 145-218). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- BERGOGLIO, María Inés (2007). ¿Llegar a socia? La movilidad ocupacional en las grandes empresas jurídicas. Análisis de género. *Anuario X del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales*, 10, 559-614.
- BODELÓN, Encarna (2009). Feminismo y derecho: mujeres que van más allá de lo jurídico. In G. Nicolás, & E. Bodelón, *Género y Dominación. Críticas feministas del derecho y el poder, desafíos* (pp. 95-116). Barcelona: OSPDH, ANTHROPOS.
- BOIGEOL, Anne (2007). So Many Women in the French Judiciary and so Few in the Upper Courts. *Seminario Internacional sobre Mujeres en las Profesiones Jurídicas*. Buenos Aires: UBA.
- BOIGEOL, Anne (2013). Feminisation of the French 'Magistrature': Gender and Judging in a Feminised Context. Systems Generate the most Women Judges? Lessons from the United States. In U. Schultz, & G. Shaw, *Gender and Judging* (pp. 125-144). Oxford-Portland-Oregon: Hart Publishing.
- BONELLI, Maria da Gloria & BARBALHO, Rennê Martins (2008). O profissionalismo e a construção do gênero na advocacia paulista. *Sociedade e Cultura*, 11, (2), 275-284.
- BONELLI, Maria da Gloria (2011). Profissionalismo, gênero e significados da diferença entre juízes e juízas estaduais e federais. *Contemporânea*, 1, 103-123.
- BOTELHO JUNQUEIRA, Eliane (2003). Women in the Judiciary: a Perspective from Brazil. In U. Schultz, & G. Shaw, *Women in the World's Legal Professions* (pp. 437-450). Oxford-Portland-Oregon: Hart Publishing.
- BOURDIEU, Pierre (2005). *La dominación masculina*. Barcelona: Anagrama.
- BRAIDOTTI, Rosi (1999). Diferencia sexual, incardinamiento y devenir. *Mora: Revista del Área Interdisciplinaria de Estudios de la Mujer*, 8, 19-5.
- CEA D'ANCONA, María de los Angeles (2001). *Metodología cuantitativa: estrategias y técnicas de investigación social*. Madrid: Síntesis.

- COLLIN, Françoise (1995). Praxis de la diferencia: Notas sobre lo trágico del sujeto. *Mora: Revista del Área Interdisciplinaria de Estudios de la Mujer*, 2, 17- 1.
- Comisión Asuntos Constitucionales y Justicia y Asuntos Penales. (2020, agosto 20). Dictamen en el mensaje y proyecto de ley del Poder Ejecutivo, de organización y competencia de la Justicia Federal con asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en las Provincias (P.E.- 104/20). *Congreso Nacional Cámara de Senadores, Sesiones Ordinarias de 2020, orden del día 119*.
- Constitución de la Nación Argentina, Ley N° 24.430. (1995, enero 3). Sancionada en 1853 con las reformas de los años 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994. *Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, Argentina*.
- CSJN. (2014). *Acceso de las mujeres a la magistratura Perfil de las/os postulantes a los concursos*. Buenos Aires: Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.
- de LAURETIS, Teresa (1996). La tecnología del género. *Mora. Revista del Área Interdisciplinaria de Estudios de la Mujer*, 2, 6-34.
- Decreto Nacional 222/2003. (2003, junio 20). Atribuciones Poder Ejecutivo Nacional. Procedimiento - Nombramiento Corte Suprema. *Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, Argentina*.
- Decreto Nacional 721 / 2020. (2020, septiembre 4). Sector Público Nacional Cupo Laboral. *Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, Argentina*.
- DÍAZ LANGOU, Gala, de LEÓN, Gimena, FLORITO, José, Caro SACHETTI, Florencia, BIONDI RODRÍGUEZ, Alejandro & KARCZMARCZYK, Matilde (2019). *El género del trabajo: entre la casa, el sueldo y los derechos*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Fundación CIPPEC. Recuperado de: [https://www.cippec.org/wpcontent/uploads/2019/11/el\\_genero\\_del\\_trabajo.pdf](https://www.cippec.org/wpcontent/uploads/2019/11/el_genero_del_trabajo.pdf)
- Dirección General de Políticas de Género. (2018). *El impacto del género en el proceso de selección de fiscales*. Ministerio Público Fiscal de la Nación. Recuperado de: <https://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2018/09/El-impacto-del-g%C3%A9nero-en-el-proceso-de-selecci%C3%B3n-de-fiscales-1.pdf>.

- ELA. (2016). *Mujeres A La Corte: más paridad de género mejora la vida de las mujeres*. Buenos Aires: Equipo Latinoamericano de Justicia y Género. Recuperado de: <http://www.ela.org.ar/>.
- ERAZO, Mariela Infante (2011). *Informe Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género*. Chile: Corporación Humanas. Recuperado de: <https://www.humanas.cl/wp-content/uploads/2014/publicaciones/18%20Informe%20regional%20de%20DDHH%20de%20las%20mujeres%202011.pdf>
- FACIO, Alda (2000). Hacia otra teoría crítica del Derecho. In G. Herrera, *Las fisuras del patriarcado, Reflexiones sobre Feminismo y Derecho* (pp. 15-44). Ecuador: FLACSO. Recuperado de: <https://biblio.flacsoandes.edu.ec/catalog/res-Get.php?resId=43523>.
- FIX FIERRO, Héctor & LÓPEZ AYLLÓN, Sergio (2006). ¿Muchos abogados pero poca profesión? Derecho y profesión jurídica en el México contemporáneo. In H. Fix Fierro, *Del gobierno de los abogados al imperio de las leyes. Estudios socio jurídicos sobre educación y profesión jurídica en el México contemporáneo*. México: Universidad Autónoma de México.
- GARCÍA, Alejandra, & Balzano, Andrea (2017). *La paridad política en Argentina: avances y desafíos*. Buenos Aires: Programa Naciones Unidas para el Desarrollo - PNUD; Lima: IDEA Internacional; Panamá: Organización de las Naciones Unidas. Mujeres. Recuperado de: <https://observatoriogenero.senado-ba.gov.ar/Informes/PNUDAgent-InfAteneaArgentina.pdf>
- GARGARELLA, Roberto (2006). Protesta social y parcialidad judicial. In H. Birgin, B. Kohen, & V. Abramovich, *El Acceso a la justicia como garantía de igualdad: instituciones, actores y experiencias comparadas* (pp. 109-128). Buenos Aires: Editorial Biblos.
- GASTIAZORO, María Eugenia (2013). *Género y trabajo: Mujeres en el poder judicial*. Córdoba: Editorial CEA-UNC.
- GASTRON, Andrea L. (1991). *Situación actual de la mujer en el poder judicial argentino*. Argentina: Premio Coca-Cola en las Artes y Ciencias.
- HARTMANN, Heidi (1979). Un matrimonio mal avenido: hacia una unión más progresiva entre marxismo y feminismo. *PAPERS DE LA FUNDACIÓ/88*, pp. 1-

32. Recuperado de: <http://www.fcampalans.cat/uploads/publicacions/pdf/88.pdf>.
- HULL, Kathleen, & NELSON, Robert (2000). Assimilation, Choice, or Constraint? Testing Theories of Gender Differences in the Careers of Lawyers. *Social Forces*, 79 (1), 229-264.
- HUNTER, Rosemary (2003). Talking Up Equality: Women Barristers and the Denial of Discrimination. *Feminist Legal Studies*, 10 (2), 113-130.
- INDEC. (2020). *Hacia la Encuesta Nacional sobre Uso del Tiempo y Trabajo No Remunerado*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Instituto Nacional de Estadística y Censos. Recuperado de: [https://www.indec.gob.ar/ftp/cuadros/sociedad/documento\\_trabajo\\_enut.pdf](https://www.indec.gob.ar/ftp/cuadros/sociedad/documento_trabajo_enut.pdf).
- Índice de Paridad Política de Argentina. (2016). *Proyecto Atenea, Mecanismo de aceleración de la participación política de las mujeres en América Latina*. Argentina: ONU Mujeres. Recuperado de: <http://www.ar.undp.org>.
- JOHNSON, Rebecca & BEAULLEAU Marie-Claire (2007, abril). Diferencia y disenso en la Corte Suprema de Canadá. *Seminario Internacional sobre Mujeres en las Profesiones Jurídicas. Buenos Aires - UBA*.
- KAY, Fiona, & BROCKMAN, Joan (2003). Barriers to Gender Equality in the Canadian Legal Establishment. In U. Schultz, & G. Shaw, *Women in the World's Legal Professions* (pp. 49-75). Oxford-Portland-Oregon: Hart Publishing.
- KAY, Fiona, & GORMAN, Elizabeth (2008). Women in the Legal Profession. *Annual Review of Law and Social Science*, 4, 299-332.
- KAY, Fiona, & HAGAN, John (1999). Cultivating Clients in the Competition for Partnership: Gender and the Organizational Restructuring of Law Firms in the 1990s. *Law & Society Review*, 33 (3), 517-555.
- KENNEY, Sally J. (2013). Which Judicial Selection Systems Generate the most Women Judges? Lessons from the United States. In U. Schultz, & G. Shaw, *Gender and Judging* (pp. 461-480). Oxford-Portland-Oregon: Hart Publishing.
- KOHEN, Beatriz (2008). *El género en la justicia de familia. Miradas y protagonistas*. Buenos Aires: Ad Hoc.

- LAZZARATO, Mauricio (2006). *Políticas del Acontecimiento*. Buenos Aires: Tinta Limón.
- Ley Nacional 24.012 (1991, diciembre 3). Cupo femenino. Código Electoral Nacional. *Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, Argentina*.
- Ley Nacional 25.674 (2003, marzo 10). Ley de cupo sindical femenino. Código Electoral Nacional. *Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, Argentina*.
- Ley Nacional 26.618. (2010, julio 22). Matrimonio Civil. *Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, Argentina*.
- Ley Nacional 26.743 (2012, mayo 23). Identidad de Género. *Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, Argentina*.
- Ley Nacional 27.148 (2015, junio 17). Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal. *Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, Argentina*.
- Ley Nacional 27.149 (2015, junio 17). Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa. *Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, Argentina*.
- Ley Nacional 27.412 (2017, diciembre 15). Paridad de género en ámbitos de representación política. Código Electoral Nacional. *Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, Argentina*.
- Ley Nacional 27.636 (2021, julio 20). Ley de promoción del acceso al empleo formal para personas travestis, transexuales y transgénero "Diana Sacayán - Lohana Berkins. *Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, Argentina*.
- MACKINSON, Gladys J. & GOLDSTEIN, Mabel R. (1988). *La magistratura de Buenos Aires*. Buenos Aires: Literaria Jurídica.
- MALLESON, Kate (2003). Justifying Gender Equality on the Bench: Why Difference Won't Do. *Feminist Legal Studies*, 11 (1), 1-24. Recuperado de: [https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista\\_juridica/n8N1-Sept2007/081Jurica02.pdf](https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n8N1-Sept2007/081Jurica02.pdf).
- MALLESON, Kate (2013). Gender Quotas for the Judiciary in England and Wales. In U. Schultz, & G. Shaw, *Gender and Judging* (pp. 481-500). Oxford-Portland-Oregon: Hart Publishing.

- MOREY, Patricia y RAINERO Liliana (2000). *Paradigmas de Género. Un panorama de las polémicas actuales*. Córdoba: Ed. CISCESA.
- MOUFFE, Chantal (1999). *El retorno de lo político: comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*. Buenos Aires: Paidós.
- Oficina de la Mujer. (2018). *Mapa de género de la Justicia Argentina, año 2018*. Buenos Aires: CSJN. Recuperado de: <https://www.csjn.gov.ar/om/mgr/index.html>.
- Plan de Acción. (2020). Plan Nacional de Acción contra las Violencias por motivos de género (2020-2022). In *MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNERO Y DIVERSIDAD DE LA NACIÓN*. Buenos Aires, Argentina: Recuperado de: [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/plan\\_nacional\\_de\\_accion\\_2020\\_2022.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/plan_nacional_de_accion_2020_2022.pdf).
- Proyecto de ley del Poder Ejecutivo Nacional. (2020). *Organización y Competencia de la Justicia Federal con asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en las Provincias*. Buenos Aires, Argentina: Expediente PE - 104/20.
- RACKLEY, Erika (2007, abril). La diferencia que hace la diferencia: Daños de género y diversidad judicial. *Seminario Internacional sobre Mujeres en las Profesiones Jurídicas. Buenos Aires - UBA*.
- Resolución 265/2019 (Poder Judicial de la Nación, Consejo de la Magistratura. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, Argentina octubre 09, 2019).
- Resolución 266/2019 (Poder Judicial de la Nación, Consejo de la Magistratura. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, Argentina octubre 10, 2019).
- Resolución 289/2019 (Poder Judicial de la Nación, Consejo de la Magistratura. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, Argentina octubre 10, 2019).
- RHODE, Deborah (2003). Gender and the Profession: An American Perspective. In U. Schultz, & G. Shaw, *Women in the World's Legal Professions* (pp. 3-21). Oxford-Portland-Oregon: Hart Publishing.

- RODRÍGUEZ ENRÍQUEZ, Corina María & PAUTASSI, Laura (2014). *La organización social del cuidado de niños: elementos para la construcción del cuidado en Argentina*. Argentina: Equipo Latinoamericano de Justicia y Género.
- SÁNCHEZ, Mariana (2005). Género y profesión jurídica. *Anuario VIII del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales*, 8, 451-465.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (2005). *El milenio huérfano: ensayos para una nueva cultura política*. Madrid: Trotta.
- SCHULTZ, Ulrike (2003). The Status of Women Lawyers in Germany. In U. Schultz, & G. Shaw, *Women in the World's Legal Professions* (pp. 273-293). Oxford-Portland-Oregon: Hart Publishing.
- SCHULTZ, Ulrike, & SHAW, Gisela (2013). *Gender and Judging*. Oxford-Portland-Oregon: Hart Publishing.
- SIGEN. (2020). Participación de las mujeres en el Estado Nacional. Informe. In *Sindicatura General de la Nación*. Observatorio de Políticas Públicas.
- SOMMERLAD, Hillary (2003). Can Women Lawyer Differently? A Perspective from the UK. In U. Schultz, & G. Shaw, *Women in the World's Legal Professions* (pp. 191-224). Oxford-Portland-Oregon: Hart Publishing.
- THORNTON, Margaret (2007, abril). The Gender Refrains of Contemporary Legal Practice. *Seminario Internacional sobre Mujeres en las Profesiones Jurídicas*. Buenos Aires - UBA.
- THORNTON, Margaret (2016). Work/life balance or work/work? Corporate legal practice in the twenty first century. *23 (1) IJLP 13*.

## El derecho humano a la seguridad social y las obligaciones que surgen de los Tratados Bilaterales de Inversiones: ¿fragmentación o interpretación armónica?

The human right to social security and the obligations arising from Bilateral Investment Treaties: fragmentation or harmonious interpretation?

Por Annabella Sandri Fuentes

**Resumen:** Los Estados están internacionalmente obligados a respetar y garantizar los derechos humanos de las personas, entre los que se incluye el derecho a la seguridad social. Asimismo, los Estados asumieron otros compromisos internacionales para la protección del inversor. Es así como, en regiones tales como América Latina, se ha asistido a un conflicto entre ambas obligaciones que se materializan a partir de los reclamos de los inversores ante los tribunales arbitrales por las medidas adoptadas por los Estados para cumplir con sus obligaciones de derechos humanos.

**Palabras clave:** derechos humanos; seguridad social; obligaciones internacionales; tratados bilaterales de inversiones; fragmentación; interpretación sistémica.

**Abstract:** States are internationally obliged to respect and guarantee the human rights of individuals, including the right to social security. States have also assumed other international commitments for the protection of investors. Consequently, in regions such as Latin America, there has been a conflict between these two obligations that has materialized in the form of investor claims before arbitration tribunals over the measures adopted by states to comply with their human rights obligations.

**Keywords:** human rights; social security; international obligations; bilateral investment treaties; fragmentation; systemic interpretation.

Fecha de recepción: 09/03/21

Fecha de aceptación: 10/05/21

Esta obra se publica bajo licencia Creative Commons 4.0 Internacional. (Atribución-No Comercial-Compartir Igual)



## El derecho humano a la seguridad social y las obligaciones que surgen de los Tratados Bilaterales de Inversiones: ¿fragmentación o interpretación armónica?

Por Annabella Sandri Fuentes\*

### I. Introducción

El 80% de la población mundial carece actualmente de acceso a una seguridad social estructurada, y dentro de ese porcentaje, el 20% vive en situación de pobreza extrema<sup>1</sup>. El *corpus iuris* de los derechos humanos obliga a los Estados a tomar medidas inmediatas y progresivas que garanticen el acceso a la seguridad social a las personas que habitan su territorio, sin discriminación alguna, con especial atención a los adultos mayores por ser grupos que se encuentran en situación de vulnerabilidad (ABRAMOVICH Y COURTIS, 2006, p. 48)<sup>2</sup>.

La administración de la seguridad social ha estado a cargo de actores privados, algunos de ellos extranjeros, que presuntamente cuentan con la protección de los acuerdos internacionales de inversiones. Así, la protección de las inversiones se materializa en tres dimensiones: tratados internacionales, costumbre internacional y principios generales del derecho, aunque sus reglas no son necesariamente coherentes o consistentes (ÁLVAREZ, 2009, p. 211). Los Tratados Bilaterales de Inversiones (en adelante, "TBI's"), si bien varían en el alcance de sus disposiciones, usualmente incluyen referencias al trato justo y equitativo, las garantías contra el trato arbitrario y discriminatorio, la protección y seguridad, junto a una adecuada compensación en casos de expropiación directa o

\* Abogada (Universidad de Buenos Aires), Magíster en Derechos Humanos y Democratización para América Latina y el Caribe (UNSAM-CIEP); docente de la materia Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. [asandrifuentes@derecho.uba.ar](mailto:asandrifuentes@derecho.uba.ar)

<sup>1</sup> Comité DESC. Observación General N° 19, El derecho a la seguridad social (artículo 9), 2008, párr. 7.

<sup>2</sup> Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. Entrada en vigor, 11 de enero de 2017. Ratificada por la República Argentina el 30 de junio de 2017.

indirecta. Algunos incluyen la cláusula del tratamiento de la nación más favorecida y las “cláusulas paraguas”, que hacen referencia al deber del Estado de observar cualquier obligación contraída con el inversor.

En los últimos años, presuntos inversores internacionales que solían administrar el sistema de seguridad social de diferentes Estados Latinoamericanos comenzaron a cuestionar el cumplimiento de estos TBI's. Esencialmente, inician demandas ante los tribunales arbitrales de inversiones en los que reclaman la responsabilidad internacional del Estado por hechos ilícitos con motivo de la sanción de leyes en presunto incumplimiento de TBI's<sup>3</sup>. De esa manera, cuestionan el alcance del deber de los Estados de regular el derecho a la seguridad social.<sup>4</sup> Estos son sucesos sin antecedentes en otras regiones.

Particularmente, la República Argentina reconoce el derecho humano a la seguridad social como derecho constitucional desde mediados del siglo XX. Asimismo, si bien en la República Argentina los tratados internacionales tienen jerarquía superior a las leyes, especialmente los tratados internacionales sobre derechos humanos tienen jerarquía constitucional, es decir son superiores a toda otra normativa y deben ser aplicados en las condiciones de su vigencia.

El tema es de relevancia dado que la solución de estos procesos internacionales de arbitrajes de inversiones está aún pendiente, pero definitivamente interpela y coloca la discusión entre el principio de interpretación sistémica y armónica de los instrumentos internacionales frente a su fragmentación, junto con el sentido de justicia buscado por el derecho internacional.

---

<sup>3</sup> Ver reclamos contra la República Argentina [https://www.clarin.com/economia/anos-estatizacion-ex-afpj-demanda-argentina-banco-mundial\\_0\\_Skr0gsYOb.html](https://www.clarin.com/economia/anos-estatizacion-ex-afpj-demanda-argentina-banco-mundial_0_Skr0gsYOb.html); Reclamos contra Chile: <https://www.diarioconcepcion.cl/economia/2020/08/02/nacionalizar-fondos-de-afp-danaria-mercados-como-el-laboral-y-financiero.html>; reclamos contra Bolivia <https://www.americaeconomia.com/economia-mercados/finanzas/ciadi-forma-el-tribunal-para-arbitraje-planteado-por-el-bbva-contra>; 26; Para deficiencias del sistema de seguridad social administrado por privados, ver Centro de Estudios Legales y Sociales, *Derechos Humanos en Argentina, Informe 2008*, Siglo XXI, Buenos Aires (De los 11 millos de afiliados de las AFJP en la República Argentina, solo aportaban 4.5 millones. En relación a la equidad, quienes resultaban beneficiarios del sistema de capitalización, solo el 15% eran mujeres).

<sup>4</sup> Sobre el derecho a regular de los Estados en relación con las obligaciones que surgen de los TBI's ver Catherine Yannaca-Small (2004), Kingsbury y Schill (2010).

No es menor que ambas teorías encuentran numerosos adeptos entre juristas y doctrinarios.

Por ello, este artículo propone ponderar el alcance actual del derecho humano a la seguridad social, determinado tanto por los órganos de las Naciones Unidas como de la Organización de los Estados Americanos. Asimismo, en el presente trabajo se busca señalar la interpretación a la que insta la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante, "CVDT"), especialmente según los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional, quién a su vez ampara el principio de integración sistémica del derecho internacional. Finalmente, se resumirán los diálogos que han existido entre los órganos de aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos y los tribunales arbitrales de arbitraje de inversiones, con el objeto de establecer una perspectiva actual de la situación para finalmente arribar a una conclusión sobre las soluciones posibles.

## II. El derecho humano a la seguridad social en el marco de las Naciones Unidas

El *corpus juris* de los derechos humanos se inspira en la concepción de derechos inherentes al ser humano, en la noción de garantías colectivas y el carácter objetivo de las obligaciones de protección, que reemplaza las clásicas concesiones de reciprocidad de los Estados. En otras palabras, el carácter de las obligaciones asumidas por el Estado en estos tratados no es el sinalagmático tradicional en el que el cumplimiento de las prestaciones recíprocas determina el ritmo de aplicación del tratado, sino, por el contrario, se trata de obligaciones asumidas *erga omnes* (PINTO, 2009, pág. 58).

El surgimiento del orden internacional posterior a la Segunda Guerra Mundial involucra a los derechos humanos como parte de los cimientos de la Organización de las Naciones Unidas<sup>5</sup> y de la Organización de los Estados Americanos<sup>6</sup>. Desde

---

<sup>5</sup> Carta de la ONU, Conferencia de San Francisco, 8 de agosto de 1945. La República Argentina ratifica la Carta el 24 de septiembre de 1945. De los 50 Estados, 22 eran Latinoamericanos.

<sup>6</sup> La Carta de la OEA fue firmada el 30 de abril de 1948. La República Argentina la ratifica el 19 de enero de 1956.

entonces, los Estados han adoptado particulares obligaciones en materia de derechos humanos.

El artículo 1.3 de la Carta de las Naciones Unidas (en adelante, “Carta de la ONU”) postula el respeto de los derechos humanos y enuncia para su logro el propósito de la cooperación internacional. En este sentido, la doctrina reconoce que “todo el denominado derecho internacional de los derechos humanos encuentra sustento jurídico en la norma del artículo 1.3” (PINTO, 2009, p. 17).

Luego, el artículo 55 de la Carta de la ONU, ubicado en el Capítulo IX “Cooperación internacional económica y social” y con sustento en el Art. 1.3, inscribe que:

“con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, ... la Organización promoverá: ... c. el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades”.<sup>7</sup>

El artículo 56 le otorga a los Estados miembros la obligación directa de adoptar medidas para la realización de estos propósitos,<sup>8</sup> que implica realizar el respeto universal y la *efectividad* de los derechos humanos, en forma separada y en conjunto con la organización. Esta es la primera, y única, obligación concreta de la Carta impuesta a los Estados (PINTO, 2009, p. 20).

La Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>9</sup> (en adelante, “DUDH”) fue

---

<sup>7</sup> Carta de las Naciones Unidas. En igual sentido, Mónica Pinto, (2009), pág. 22 (“El preámbulo de la Carta dispone que los Pueblos de las Naciones Unidas reconocen que los derechos humanos son solo de las personas físicas “al reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana”, y que la finalidad es “promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad (...)”; “En conclusión, la Carta postula un concepto de derechos humanos con carácter distinto de los precedentes conocidos en la *lege data* anterior: titularidad excluyente de las personas físicas, universalidad, igualdad, no discriminación, tendencia a la efectividad y a la interdependencia, insinuación del orden público en razón de la supremacía de la Carta respecto de todo otro tratado (Art. 103 Carta ONU”).

<sup>8</sup> Carta de las Naciones Unidas, Art. 56 “Todos los Miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el Artículo 55”.

<sup>9</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948; Declaración del Milenio, A/RES/55/2\*, Resolución Asamblea General de la ONU, 13 de septiembre de 2000, Parr. 24 y 25 (Los Jefes de Estado y de Gobierno confirmaron la adhesión a los principios y propósitos de la Carta de la ONU. En el punto V, “Derechos humanos, democracia y buen gobierno No es” determinaron que “no escatimaremos esfuerzo alguno por promover la democracia y fortalecer el imperio del derecho y el respeto de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales internacionalmente

elaborada en el marco de las sesiones de la Comisión de Derechos Humanos, órgano establecido en el artículo 68 de la Carta de la ONU. La Comisión estuvo presidida por Eleanor Roosevelt, miembro de la delegación de los Estados Unidos. Los países de América Latina formaban el bloque más extenso y activo de las sesiones. Dado que entre estos estaban algunos de los que habían adoptado una Constitución de corte social, sus propuestas se centraron en los derechos sociales y económicos (GLEN-DON, 2011, p. 52-53, 60-74). Luego, los proyectos de los países latinoamericanos fueron extensivamente utilizados por Humphrey al preparar el borrador de la Secretaría para la consideración de la Comisión (NIKKEN, 2010, p. 62).

El preámbulo de la DUDH determina que es “esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho” y en su artículo 22 específicamente reconoce que:

**“Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”.**<sup>10</sup>

La DUDH contiene *opinio iuris*, elemento constitutivo de la costumbre internacional, a la que las prácticas internacionales deben adecuarse (PINTO, 2009, p. 35).

El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales<sup>11</sup> (en adelante “PIDESC”) reconoce en su artículo 2.1 las obligaciones generales de los Estados, especialmente el deber de adoptar *medidas legislativas* que garanticen la plena efectividad de estos derechos<sup>12</sup>.

---

reconocidos, incluido el derecho al desarrollo”; Por ello, decidieron “respetar y hacer valer plenamente la Declaración Universal de Derechos Humanos. Esforzarnos por lograr la plena protección y promoción de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de todas las personas en todos nuestros países”).

<sup>10</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos, Artículo 22, (énfasis agregado). Este instrumento tiene jerarquía constitucional en la República Argentina, ver Constitución Nacional artículo 75, inciso 22.

<sup>11</sup> Adoptado por la Asamblea General de la ONU en 1966. La República Argentina firmó el Tratado el 19 de febrero de 1968 y lo ratificó el 8 de agosto de 1986.

<sup>12</sup> PIDESC, artículo 2.1.

El artículo 9 del PIDESC dispone que los Estados Partes “**reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social**”.<sup>13</sup> En este sentido, el órgano de control del tratado, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (en adelante, “el Comité DESC”), reconoció que “**el derecho a la seguridad social incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales**, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra la falta de ingresos procedentes del trabajo debido la vejez.”<sup>14</sup>

Asimismo, el Comité DESC ha señalado que el PIDESC consagra un conjunto de obligaciones genéricas de los Estados en materia de derechos económicos y sociales, que son: 1) la prohibición de toda discriminación; 2) la obligación de *adoptar medidas* inmediatas; 3) la obligación de garantizar niveles esenciales de los derechos; 4) la obligación de progresividad y prohibición de regresividad, 5) cooperación internacional.<sup>15</sup>

En su Observación General 3, el Comité DESC reconoció que las *medidas legislativas* son muy deseables y, en algunos casos, pueden ser incluso indispensables para la realización de los derechos protegidos por el Pacto<sup>16</sup>. Es por ello que, que entre las medidas inmediatas que el Estado debe adoptar se encuentra la derogación de aquellas normas jurídicas que resulten contrarias a sus obligaciones (ABRAMOVICH Y COURTIS, 2006, p. 51).

En su Observación General 19, del año 2008 sobre el derecho humano a la seguridad social, el Comité DESC identificó dentro de las obligaciones de carácter inmediato, el deber de los Estados de “adoptar medidas (...) deliberadas y concretas que tengan por finalidad la plena realización del derecho a la seguridad social”<sup>17</sup>. De allí que reconoció que “se le debe dar la prioridad adecuada en la legislación y en la

<sup>13</sup> PIDESC, artículo 9 (énfasis agregado).

<sup>14</sup> Comité DESC, Observación General N° 19, El derecho a la seguridad social (artículo 9), (énfasis agregado). 2008.

<sup>15</sup> Comité de DESC, Observación general N° 3 La índole de las obligaciones de los Estados Parte (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto).

<sup>16</sup> Comité DESC, OG 3, 3.

<sup>17</sup> Comité DESC. Observación General N° 19, El derecho a la seguridad social (artículo 9), 2008, párr. 40-41.

política del Estado”, y que se “debe elaborar una estrategia nacional”<sup>18</sup>. Principalmente, estableció que “los sistemas de seguridad pueden ser administrados o controlados por terceros. No obstante, el Estado conserva la responsabilidad de administrar y el deber de control sobre los terceros”<sup>19</sup>.

En el mismo año, al resolver el caso *Marcia Cecilia Trujillo Calero vs. Ecuador* el Comité DESC determinó que el derecho a la seguridad social es fundamental para garantizar a todas las personas su *dignidad humana*<sup>20</sup>. Por ello, estableció que los Estados deben adoptar medidas efectivas, y “revisarlas periódicamente” en caso de ser necesario<sup>21</sup>.

De esta manera, los trabajos del Comité DESC determinan que son elementos de la seguridad social:

(a) la disponibilidad de un sistema que garantice las prestaciones correspondientes a los riesgos e imprevistos de la vejez, sin discriminación<sup>22</sup>. Incluso, el Comité insta a los Estados a que brinden prestaciones para todas las ramas que integran el derecho a la seguridad social: la atención a la salud, la enfermedad, el desempleo, las acciones laborales, las prestaciones familiares, la maternidad, la discapacidad, los sobrevivientes y los huérfanos<sup>23</sup>.

(b) el nivel de suficiencia en importe y duración. Por ello, los Estados Parte deben respetar plenamente el principio de la dignidad humana, enunciado en el preámbulo del Pacto, y el principio de la no discriminación, a fin de evitar cualquier efecto adverso sobre el nivel de las prestaciones y la forma en que se conceden<sup>24</sup>.

(c) la accesibilidad, con referencia a la cobertura. Todas las personas deben

<sup>18</sup> *Ibid.*

<sup>19</sup> *Ibid.*, párr. 46.

<sup>20</sup> Comité DESC. Dictamen aprobado por el Comité de acuerdo con el Protocolo Facultativo del Pacto con relación a la comunicación núm. 10/2015, 14 de noviembre de 2018. *Marcia Cecilia Trujillo Calero vs. Ecuador*. E/C.12/63/D/10/2015, p. 11.1. Comité DESC. Observación General, El derecho a la seguridad social (artículo 9), 2008, párr. 1.

<sup>21</sup> Comité DESC. Observación General N° 19, El derecho a la seguridad social (artículo 9), (énfasis agregado). 2008, párr. 3.

<sup>22</sup> *Ibid.*, párr. 11.

<sup>23</sup> *Ibid.*, párr. 12-21.

<sup>24</sup> *Ibid.*, párr. 12.

estar cubiertas por el sistema de seguridad social, incluidas las personas pertenecientes a los grupos más desfavorecidos o marginados<sup>25</sup>.

Incluso, en la Observación General 24, sobre las obligaciones de los Estados en virtud del PIDESC en el contexto de las actividades empresariales, el Comité DESC estableció que “la prestación por *agentes privados* de bienes y servicios esenciales para el disfrute de los derechos enunciados en el Pacto no debe condicionar el disfrute de esos derechos a la capacidad de pago” y que “**los Estados tienen en todo momento la obligación de regular la actuación de los agentes privados para velar por que sus servicios sean accesibles para todos y adecuados, se evalúen periódicamente a fin de atender a las necesidades cambiantes de la población y se adapten a esas necesidades**”<sup>26</sup>.

### III. El derecho humano a la seguridad social en el marco de la Organización de los Estados Americanos

La Carta de la Organización de los Estados Americanos (en adelante, “Carta de la OEA”) enuncia en su artículo 3 que los Estados americanos reafirman el principio de que “**la justicia y la seguridad social** son las bases de una paz duradera”.<sup>27</sup> En el artículo 45 los Estados miembros, “convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo”, convienen en realizar sus máximos esfuerzos para aplicar mecanismos que impliquen el “*h) Desarrollo de una política eficiente de seguridad social*”, en el reconocimiento de los siguientes principios:

- a) Todos los seres humanos, sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, credo o condición social, tienen derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica;
- b) El trabajo es un derecho y un deber social, otorga dignidad a quien lo realiza y

<sup>25</sup> *Ibid.*, párr. 23.

<sup>26</sup> Comité DESC. Observación general núm. 24, Las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales (2017), (énfasis agregado). párr. 22.

<sup>27</sup> Carta de la OEA, art. 3, (énfasis agregado).

debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar”.

Por último, el Artículo 46 dispone que:

“Los Estados miembros reconocen que, para facilitar el proceso de la integración regional latinoamericana, es necesario armonizar la legislación social de los países en desarrollo, especialmente en el campo laboral y de la seguridad social, a fin de que los derechos de los trabajadores sean igualmente protegidos, y convienen en realizar los máximos esfuerzos para alcanzar esta finalidad”.<sup>28</sup>

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (en adelante “DADyDH”) refleja la doctrina de soberanía popular que forma parte de la tradición jurídica de Latinoamérica, con basamentos en los principios generales de la justicia distributiva que aportan un justificativo para la inclusión de los derechos económicos, sociales y culturales (ESPIELL, 1988, p. 43). ESPIELL (1988) afirmaba que:

“Hacia 1948 era ya valor adquirido en nuestra América que todos los derechos humanos -los civiles, políticos, económicos, sociales y culturales- formaban necesariamente un complejo integral y que, pese a ciertas diferencias, todos eran derechos de la persona humana, enunciación de su dignidad eminente y que todos se condicionaban interdependientemente” (p.44).

De este modo, el artículo XVI de la DADyDH dispone que:

“Toda persona tiene **derecho a la seguridad social** que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”.<sup>29</sup>

El artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, “CADH”) reconoce el deber de los Estado parte de adoptar providencias por *vía legislativa* para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos económicos y sociales<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> Carta de la OEA, Art. 46.

<sup>29</sup> Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre artículo XVI., (énfasis agregado).

<sup>30</sup> CADH, Art. 26: “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr

El artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante "Protocolo de San Salvador), retoma el concepto establecido en la DADyDH para luego establecer que:

"1) [t]oda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite físicamente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes. 2) [c]uando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto".<sup>31</sup>

La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores reconoce explícitamente en el artículo 17 el derecho a la seguridad social, y nuevamente insta a la adopción de medidas legislativa para garantizar su cumplimiento:

"Toda persona mayor tiene derecho a la seguridad social que la proteja para llevar una vida digna. Los Estados Parte promoverán progresivamente, dentro de los recursos disponibles, que la persona mayor reciba un ingreso para una vida digna a través de los sistemas de seguridad social y otros mecanismos flexibles de protección social. Los Estados Parte buscarán facilitar, mediante convenios institucionales, acuerdos bilaterales u otros mecanismos hemisféricos, el reconocimiento de prestaciones, aportes realizados a la seguridad social o derechos de pensión de la persona mayor migrante. Todo lo dispuesto en este artículo será de conformidad con la legislación nacional".<sup>32</sup>

---

progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados"

<sup>31</sup> Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 9.

<sup>32</sup> Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. Entrada en vigor, 11 de enero de 2017. Ratificada por la República Argentina el 30 de junio de 2017.

En consecuencia, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos determinó que son indicadores de valuación de las capacidades estatales de cumplimiento del derecho seguridad social el porcentaje de población cubierta en materia de seguridad social, siendo indicadores de progreso la “existencia de mecanismos institucionales que promueven la inclusión de grupos sin cobertura en seguridad social”<sup>33</sup>.

### 1 Interpretación y alcance del derecho humano a la seguridad social en los antecedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “Corte IDH”) ha interpretado las obligaciones de los Estados parte derivados de los artículos 1, 2 y 26 de la CADH en varios antecedentes, realizando una interpretación progresiva de la protección.

Así, en el caso *Cinco Pensionistas vs. Perú*, la Corte IDH explícitamente refiere a que:

“Los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. **Su desarrollo progresivo**, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la **creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular**, sobre el conjunto de la población, **teniendo presentes los imperativos de la equidad social**”.<sup>34</sup>

Dos años después, en el caso *Yakye Axa Vs. Paraguay*, la Corte IDH reconoció la estrecha relación entre las obligaciones de los Estados en su posición de garante de los derechos económicos-sociales y el derecho a una vida digna:

“Una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de

<sup>33</sup> CIDH, *Lineamientos para la Elaboración de Indicadores de progreso en materia de DESC*, Documento Oficial OEA/Ser.L/V/II.132, idioma original español, 19 de julio de 2008, Cuadro página 40.

<sup>34</sup> Corte IDH. Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 47, (énfasis agregado).

**generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana** y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. En este sentido, **el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas**, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, **en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad** y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria”.<sup>35</sup>

Posteriormente, en el caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay* la Corte IDH confirmó este alcance del derecho de una vida digna, resaltando “el deber de los Estados de adoptar medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida”,<sup>36</sup> incluso cuándo los hechos se relacionen con la aplicación de un TBI:

“Asimismo, la Corte considera que **la aplicación de acuerdos comerciales bilaterales** no justifica el incumplimiento de las obligaciones estatales emanadas de la Convención Americana; por el contrario, su aplicación **debe ser siempre compatible con la Convención Americana, tratado multilateral de derechos humanos dotado de especificidad propia, que genera derechos a favor de individuos y no depende enteramente de la reciprocidad de los Estados.**”<sup>37</sup>

De esta manera, adoptar medidas legislativas para garantizar el acceso a los medios para el desarrollo de una vida digna es una obligación internacional de los Estados parte de la CADH, cuyo incumplimiento puede conllevar su responsabilidad internacional.

En marzo del año 2019, a través del antecedente *Muelle Flores Vs. Perú*, la Corte IDH se pronunció **“por primera [vez] respecto del derecho a la seguridad social,**

<sup>35</sup> Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 162, (énfasis agregado).

<sup>36</sup> Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 14613, párrafo 153; Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257, párrafo 172 (“Asimismo, la Corte ha señalado que el derecho a la vida presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa) y que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva) de todos quienes se encuentren bajo su jurisdicción<sup>262</sup>. Ello incluye adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una vida digna.”).

<sup>37</sup> Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 14613, párr. 140, (énfasis agregado).

en particular sobre el derecho a la pensión, de manera autónoma, como parte integrante de los DESCA”<sup>38</sup>.

Para determinar el contenido del derecho humano a la seguridad social la Corte IDH hizo referencia al *corpus iuris* internacional en la materia, que incluye la totalidad de los instrumentos internacionales aquí enunciados y más,<sup>39</sup> incluso el Convenio 102 y el 128, elaborados por la Organización Internacional del Trabajo, junto con sus Recomendaciones 67, 167 y 202<sup>40</sup>.

Así, la Corte IDH confirmó el contenido de la seguridad social descrito *up supra*, su intrínseca relación con el derecho a una vida digna, y el deber de los Estados de adoptar medidas positivas. En sus palabras:

“La seguridad social es un derecho que busca proteger al individuo de contingencias futuras, que de producirse ocasionarían consecuencias perjudiciales para la persona, por lo que deben adoptarse medidas para protegerla. En particular y en el caso que nos ocupa, el derecho a la seguridad social busca proteger al individuo de situaciones que se presentarán cuando éste llegue a una edad determinada en la cual se vea imposibilitado física o mentalmente para obtener los **medios de subsistencia necesarios para vivir un nivel de vida adecuado**, lo que a su vez podría privarlo de su capacidad de ejercer plenamente el resto de sus derechos. Esto último también da cuenta de uno de los elementos constitutivos del derecho, ya que la seguridad social deberá ser ejercida de modo tal que garantice condiciones que

<sup>38</sup> Corte IDH. *Caso Muelle Flores Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C No. 375, párrafo 171 (De esta forma, la Corte considera que existe una referencia con el suficiente grado de especificidad del derecho a la seguridad social para derivar su existencia y reconocimiento implícito en la Carta de la OEA. En particular, de los distintos enunciados se deduce que el derecho a la seguridad social tiene como finalidad asegurar a las personas una vida, salud y niveles económicos decorosos en su vejez, o ante eventos que las priven de su posibilidad de trabajar, es decir en relación con eventos futuros que podrían afectar el nivel y calidad de sus vidas. En vista de lo anterior, la Corte considera que el derecho a la seguridad social es un derecho protegido por el artículo 26 de la Convención) (El resaltado es propio).

<sup>39</sup> Ver artículo 11 de la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social de las Naciones Unidas; artículos 11 y 13 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de las Naciones Unidas; artículo 26.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño; artículo 5 apartado e), 1), iv) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; artículos 27 y 54 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; artículos 12,13,14 de la Carta Social Europea.

<sup>40</sup> Corte IDH. *Caso Muelle Flores Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C No. 375, párr. 178-185.

aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso”.<sup>41</sup>

En noviembre de 2019 la Corte IDH dicta la sentencia del caso *Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria Vs. Perú*, en dónde retoma el reconocimiento de la *autonomía* del derecho humano a la seguridad social y especifica las obligaciones particulares de los Estados en relación con el derecho a la pensión:

**“Las obligaciones del Estado en relación con el derecho a la pensión son las siguientes: a) el derecho a acceder a una pensión** luego de adquirida la edad legal para ello y los requisitos establecidos en la normativa nacional, para lo cual deberá existir un sistema de seguridad social que funcione y garantice las prestaciones. Este sistema deberá ser administrado o supervisado y fiscalizado por el Estado (en caso de que sea administrado por sujetos privados); **b) garantizar que las prestaciones sean suficientes en importe y duración**, que permitan al jubilado gozar de condiciones de vida adecuadas y de acceso suficiente a la atención de salud, sin discriminación; c) debe haber accesibilidad para obtener una pensión, es decir que se deberán brindar condiciones razonables, proporcionadas y transparentes para acceder a ella. Asimismo, los costos de las cotizaciones deben ser asequibles y los beneficiarios deben recibir información sobre el derecho de manera clara y transparente, especialmente si se tomara alguna medida que pueda afectar el derecho”.<sup>42</sup>

En consecuencia, el derecho humano a la seguridad social es un derecho autónomo que incluye entre sus elementos el derecho a una pensión. Se vincula estrechamente con el derecho a una vida digna. Requiere de la aplicación de *políticas eficientes* para su efectivo cumplimiento. Entre las obligaciones de los Estados americanos se encuentra la de adoptar medidas inmediatas, entre ellas, las medidas legislativas.

---

<sup>41</sup> Corte IDH. *Caso Muelle Flores Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C No. 375, párr. 183; párr. 189 (Los Estados tienen la obligación de facilitar el ejercicio del derecho a la seguridad social, adoptando medidas positivas para ayudar a los individuos a ejercer dicho derecho) (énfasis agregado).

<sup>42</sup> Corte IDH. *Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de noviembre de 2019. Serie C No. 394, párr. 175.

#### IV. Antecedentes de interpretación armónica y fragmentada de los tratados internacionales de derechos humanos y los TBI's

El derecho internacional es un sistema legal completo, que a su vez existe en relación sistémica con otras ramas del derecho (CRAWFORD, 2014, p. 191). Precisamente, un tratado bilateral no se suscribe para mantenerse aislado y excluido del derecho internacional general.

El principio de integridad sistémica en la interpretación de los tratados internacional surge del artículo 31.3.c de la CVDT, que establece que para interpretar un tratado debe tenerse en cuenta “[...] toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes [...]”<sup>43</sup>.

Estas normas pertinentes, entendidas como *lex generalis*, incluyen los principios generales del derecho -al igual que los principios generales del derecho internacional público- y el derecho consuetudinario<sup>44</sup>.

La Comisión de Derecho Internacional (en adelante, “CDI”) cuestiona la afirmación que realizan algunos órganos de arbitraje cuándo deliberan sobre el laudo, en tanto establecen que “no deberían tener en cuenta las normas o principios que no estén incorporados en el tratado en conflicto o en el compromiso pertinente”.<sup>45</sup> El fundamento de la CDI para realizar su crítica es que “todo el derecho internacional existe en relación sistémica con otras ramas del derecho” y que “no se puede realizar dicha aplicación sin situar el instrumento jurisdiccional pertinente en su entorno normativo”:

“Esto significa que, si bien un tribunal puede tener competencia únicamente en relación con un instrumento determinado, siempre debe interpretar y aplicar ese instrumento en su relación con su entorno normativo, es decir, con el “resto” del derecho internacional. Ese es el principio de integración sistémica que se expresa en el apartado c) del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”.<sup>46</sup>

<sup>43</sup> CVDT, 23 de mayo de 1969, art. 31.3.c.

<sup>44</sup> *Reporte del Grupo de Estudio sobre Fragmentación del Derecho Internacional, finalizado por Martti Koskenniemi en su 58º período de sesiones*, 2006, A/CN.4/L.682, párr. 462.

<sup>45</sup> *Ibid.*, párr. 423.

<sup>46</sup> *Ibid.*

Asimismo, la CDI determinó que no existe una *práctica* en la que los tratados bilaterales sean interpretados de forma aislada:

“Asumir que un tribunal puede no estar facultado para aplicar el derecho internacional general en la interpretación de un tratado es afirmar que cuando los Estados suscriben un tratado bilateral crean un vacío que constituye precisamente una exclusión de este tipo. Como ya hemos visto en la sección C, esta opinión no está respaldada por la práctica internacional. Al contrario, existe una gran cantidad de material que fundamenta la aplicabilidad del derecho internacional general para interpretar cualquier relación jurídica particular, aunque ya se ocupe de ella un tratado bilateral, una costumbre local o una serie de conversaciones oficiosas equivalente a normas vinculantes por aquiescencia o preclusión (*estoppel*)”.<sup>47</sup>

Recordemos que los doctrinarios responsables del trabajo de la CDI, Gerhard HAFNER (2000), y MARTTI KOSKENNIEMI (2007) como sucesor, reconocían entonces que los arbitrajes de inversiones eran los casos de laboratorio para el derecho internacional, en dónde debía limitarse la tendencia hacia la fragmentación.

En este sentido, en el laudo arbitral del caso *Urbaser vs. Argentina*, con argumentos a favor de la protección del derecho humano al agua presentados por la demandada, el tribunal reconoció que un TBI debe interpretarse en armonía con las normas relevantes de derecho internacional, incluidas aquellas relativas a derechos humanos:

“El Tribunal señala, además, que el Pacto debe interpretarse a la luz de las normas establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969 y que el Artículo 31, inciso 3(c) de ese Tratado indica que debe tenerse en cuenta “toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”. **El TBI no puede interpretarse y aplicarse de manera aislada.** El Tribunal debe tener claramente presente el objetivo especial del TBI como un Tratado que promueve las inversiones extranjeras, pero no puede hacerlo sin tener en cuenta las normas relevantes de derecho internacional. **El TBI debe interpretarse en armonía con otras normas de derecho internacional de las**

---

<sup>47</sup> *Ibid.*, párr.460.

que forma parte, incluidas aquellas relativas a los derechos humanos”.<sup>48</sup>

Igualmente, el tribunal del caso *Tulip Real vs. Turkey* reconoció que,

“En los casos de inversión en los que participan las partes en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, algunos tribunales se han basado en el Convenio y su jurisprudencia. En otros casos en los que no son partes, esa jurisprudencia se ha utilizado como autoridad en una serie de puntos relativos a los derechos individuales. De manera similar, los tribunales de inversión se han basado en la Convención Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y en la práctica de su Corte. En un caso, el tribunal “tuvo presente” la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH). Un tribunal realizó un amplio examen del derecho a un juicio justo en los instrumentos internacionales de derechos humanos, especialmente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), a efectos de interpretar una disposición de un tratado sobre el trato justo y equitativo”.<sup>49</sup>

En el caso *Philip Morris vs. Uruguay*, vinculado con el derecho humano a la salud, el tribunal cuestionó el alcance del deber de indemnizar contenido en TBI, al reconocer que el principio del ejercicio razonable y de buena fe del poder de policía del Estado -en cuestiones tales como el mantenimiento del orden público y la salud- podrían excluir el deber de indemnizar<sup>50</sup>. Es decir, en su interpretación aplicó principios generales del derecho, a su vez fuente del derecho internacional público.

El Comité DESC en la Observación General 24 fue un poco más allá en su argumentación al establecer que “la interpretación de los tratados de comercio y de inversión en vigor debería tener en cuenta las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos” con fundamento en el artículo 103 de la Carta de la ONU -es decir, su particular jerarquía- y “el carácter específico de las obligaciones de derechos humanos”.<sup>51</sup> Este argumento es de utilidad para resolver posibles conflictos,

<sup>48</sup> *Urbaser S.A. Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. Argentina*, Laudo, 8 de diciembre 2016, Párrafo 1200. Miembros del tribunal: profesor Andreas Bucher, (presidente) profesor Pedro J. Martínez-Fraga, Árbitro y profesor Campbell McLachlan QC, Árbitro, (énfasis agregado).

<sup>49</sup> *Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. c. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/11/28, Decision on Annulment, 30 December 2015, párr. 91 (Traducción Libre).

<sup>50</sup> *Philip Morris vs. Uruguay*, Caso CIADI N.º ARB/10/7, Laudo 8 julio 2016, párr. 295-300.

<sup>51</sup> Comité DESC. Observación general núm. 24, Las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales (2017), párr. 13.

si tenemos en cuenta el análisis efectuado *ut supra* en relación con los artículos 1.3, 55 y 56 de la Carta de la ONU.

Sin embargo, debido a la falta de coherencia propia del sistema de resolución de controversias del arbitraje de inversiones, algunos tribunales han cuestionado la existencia de un principio general del derecho internacional que exija una interpretación armónica de los tratados. Por ejemplo, el caso *Electrabel S.A. v. Hungary*, en dónde “[el] Tribunal no acepta que exista un principio general de derecho internacional que obligue a interpretar de forma armoniosa los distintos tratados. Esto puede ser un resultado deseable; pero al final no se establecen los medios para ese fin”<sup>52</sup>.

Con mayor rechazo, apelando a la interpretación del sentido corriente de los términos junto con el principio de *pacta sunt servanda*, que surgen de los artículos 31.1 y 26 de la CVDT, el tribunal del caso *Vattenfall AB et al. v. Federal Republic of Germany* determinó que no existe el deber de interpretación sistémica entre la *Energy Charter Treaty* (ECT) y el derecho de la Unión Europea, dado que:

“No es función propia del artículo 31(3)(c) de la CVDT reescribir el tratado que se interpreta, o sustituir una lectura simple de una disposición del tratado por otras normas de derecho internacional, ajenas al tratado que se interpreta, que contradigan el sentido corriente de sus términos. (...) El punto de partida correcto para la interpretación es la regla del artículo 31(1) de la CVDT [y no el artículo 31(3)(c)] de la CVDT].

El enfoque de la Comisión Europea [que ha argumentado que el derecho de la UE forma parte del análisis de la competencia del Tribunal a través de Artículo 31(3)(c) de la CVDT] es **inaceptable, ya que permitiría potencialmente diferentes interpretaciones de la misma disposición [del tratado]**. (...) esto sería un resultado incoherente y anómalo e inconsistente con el objeto y propósito del [tratado] y con las normas del derecho internacional sobre la interpretación y aplicación de los tratados. El preámbulo de la CVDT subraya el reconocimiento universal de “los

<sup>52</sup> *Electrabel S.A. v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, Laudo (Nov. 25, 2015) párr. 4.130, (traducción Libre) (“[t]he Tribunal does not accept that there is a general principle of international law compelling the harmonious interpretation of different treaties. This may be a desirable outcome; but the end does not establish the means to that end.”) Miembros del tribunal: profesora Gabrielle Kaufmann-Kohler, , profesora Brigitte Stern y V.V. Veeder (presidente).

principios de libre consentimiento y de buena y de buena fe y de la norma *pacta sunt servanda*", también contenidos en el artículo 26 de la CVDT.

[La propuesta de la Comisión Europea] crearía un conjunto de obligaciones aplicables en al menos algunos litigios "intra-UE" y otro conjunto de obligaciones diferentes aplicables a otros litigios. Esto traería incertidumbre y supondría la fragmentación del significado y la aplicación de las disposiciones del tratado y de las obligaciones de las Partes del ECT, en contra del significado simple y ordinario de las propias disposiciones del ECT".<sup>53</sup>

De este modo, las citas al artículo 31 de la CVDT, como reglas de interpretación, se aplican metodológicamente por parte de los tribunales arbitrales, aunque con una tendencia a favor de los inversores (SCHREUER, 2010). Por ejemplo, fue citado también para interpretar el tratado de buena fe y según el sentido corriente de sus términos, por los tribunales de los casos *Siemens v. Argentina*<sup>54</sup> y *Tokios Tokeles v. Ukraine*.<sup>55</sup>

---

<sup>53</sup> En *Vattenfall AB et al. v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/12/12, Decision on the Achmea Issue (Aug. 31, 2018), párr. 153-155, 158. (Traducción Libre) (153. The Tribunal notes that the correct starting point for the interpretation of Article 26 ECT is the general rule of interpretation in Article 31(1) VCLT (...); 154. "To the extent that EU law may come into the interpretation analysis, as proposed by the EC, it is to be "taken into account, together with the context" under Article 31(3)(c). It is not the proper role of Article 31(3)(c) VCLT to rewrite the treaty being interpreted, or to substitute a plain reading of a treaty provision with other rules of international law, external to the treaty being interpreted, which would contradict the ordinary meaning of its terms; 155. The EC's approach is unacceptable as it would potentially allow for different interpretations of the same ECT treaty provision. The Tribunal considers that this would be an incoherent and anomalous result and inconsistent with the object and purpose of the ECT and with the rules of international law on treaty interpretation and application. The preamble of the VCLT emphasises the universal recognition of "the principles of free consent and of good faith and the pacta sunt servanda rule", also contained in Article 26 VCLT; 158. While the EC refers to the use of Article 31(3)(c) VCLT as a "systemic or harmonious interpretation", the Tribunal finds that the effects of such an interpretation in the manner proposed in the EC submissions would not ensure "systemic coherence", but rather its exact opposite. It would create one set of obligations applicable in at least some "intra-EU" disputes and another set of different obligations applicable to other disputes. This would bring uncertainty and entail the fragmentation of the meaning and application of treaty provisions and of the obligations of ECT Parties, contrary to the plain and ordinary meaning of the ECT provisions themselves) Professor Albert Jan VAN DEN BERG, President The Honourable Charles N. BROWER Professor Vaughan LOWE. (énfasis agregado).

<sup>54</sup> *Siemens A.G. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Decisión de Jurisdicción, 3 de agosto de 2004, párr. 80.

<sup>55</sup> *Tokios Tokeles v. Ukraine*, Caso CIADI No. ARB/02/18, Decisión de Jurisdicción, 29 de abril de 2004, párr. 80.

Asimismo, el *corpus juris* de los derechos humanos se inspira en la concepción de derechos inherentes al ser humano, en la noción de garantías colectivas y el carácter objetivo de las obligaciones de protección. Reemplaza las concesiones de reciprocidad de los Estados. El carácter de las obligaciones asumidas por las partes en los tratados sobre derechos humanos no es el sinalagmático tradicional en el que el cumplimiento de las prestaciones recíprocas determina el ritmo de aplicación del tratado, sino, por el contrario, se trata de obligaciones asumidas *erga omnes*. (Pinto, 2009, prologo, p.58).

De este modo, el Derecho Internacional de los derechos humanos regula no solo las relaciones entre Estados, sino que penetra directamente en la esfera interna, con el intento de asegurar la vigencia efectiva de la libertad y la vida misma del ser humano (HITTERS Y FAPPIANO, 2007, p. 10-11).

Desde 1982 la Corte IDH estableció que:

“los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, **no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes**. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, **los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción**. El carácter especial de estos tratados ha sido reconocido, entre otros, por la Comisión Europea de Derechos Humanos cuando declaró que las obligaciones asumidas por las Altas Partes Contratantes en la Convención (Europea) son esencialmente de carácter objetivo, diseñadas para proteger los derechos fundamentales de los seres humanos de violaciones de parte de las Altas Partes Contratantes en vez de crear derechos subjetivos y recíprocos entre las Altas Partes Contratantes”.<sup>56</sup>

---

<sup>56</sup> Corte Interamericana De Derechos Humanos Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de setiembre de 1982, El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75) solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, párr. 29, (énfasis agregado).

En otras palabras, el ser humano requiere de la debida protección jurídica a fin de realizarse plenamente como persona. Los derechos humanos constituyen un haz invisible e interdependiente, que merece pareja consideración y tutela jurídica. Los derechos humanos otorgan protección integral de la persona humana como valor en sí misma, y no como simple instrumento. Por ello, uno de los desafíos para la afirmación universal de los derechos humanos es su incorporación en la agenda de las instituciones financieras internacionales, de las organizaciones regionales económicas y del sector privado (HITTERS Y FAPPIANO, 2007, p. 63).

Así, el Comité DESC en su Observación General 24 estableció que:

“Los Estados parte no pueden establecer excepciones a las obligaciones contraídas en virtud del Pacto en los tratados de comercio y de inversión que concluyan.

Se les alienta a los Estados a incorporar, en los tratados futuros, una disposición que se refiera de manera explícita a sus obligaciones de derechos humanos y a asegurar que los mecanismos para el arreglo de controversias entre inversores y Estados tengan en cuenta los derechos humanos en la interpretación de los tratados de inversión o los capítulos sobre inversión de los acuerdos de comercio”.<sup>57</sup>

Por ello, tal como reconoció el comité *ad hoc* del caso *Tulip c. Turquía*, los tribunales de arbitrajes de inversiones no deberían limitarse estrictamente al tratado en el que basan su jurisdicción, sino que deberían integrar el derecho de inversiones con otras normas de derecho internacional aplicables entre las partes, incluido el derecho internacional de los derechos humanos, ya que en palabras del tribunal de anulación del laudo:

“En ocasiones se afirma que los tribunales internacionales u órganos de aplicación (de tratados) no están facultados para "salirse" de la esfera normativa de su instrumento constituyente o que, cuando los órganos de arbitraje deliberan sobre el laudo, no deberían tener en cuenta las normas o principios que no estén incorporados en el tratado en conflicto o en el compromiso pertinente. Sin embargo, si [...] todo el derecho internacional existe en relación sistémica con otras ramas del de-

---

<sup>57</sup> Comité DESC. Observación general núm. 24 (2017) sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales, párr. 13.

recho, no se puede realizar dicha aplicación sin situar el instrumento jurisdiccional pertinente en su entorno normativo. **Esto significa que, si bien un tribunal puede tener competencia únicamente en relación con un instrumento determinado, siempre debe interpretar y aplicar ese instrumento en su relación con su entorno normativo, es decir, con el "resto" del derecho internacional. Ese es el principio de integración sistémica que se expresa en el apartado c) del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados**.<sup>58</sup>

Asimismo, el desafío que presente esta situación se relaciona con la noción internacional de búsqueda de justicia, reconocida en el preámbulo de la DUDH y el preámbulo de la Carta de la ONU, a su vez identificada como un principio general de derecho en los *travaux préparatoires* del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, THURER (2008).

Igualmente, la situación cuestiona los términos “proceso económico” y existencia de una “humanidad”, como sujeto colectivo de derechos, *the humankind* para algunos autores, como CANÇADO TRINDADE (2020). En otras palabras, la era de una relación únicamente entre soberanías de Estado Nación en el derecho internacional ha terminado (SIMMA, p. 250, 1994).

Por ello, el desarrollo de este artículo pretende responder actualmente a la pregunta que se formulara REINISH (2008) sobre cuánto las instituciones que aplican derecho internacional público han contribuido al desarrollo de un solo cuerpo uniformado de derecho internacional o, por el contrario, han contribuido por sí mismas a generar una mayor fragmentación del derecho. No obstante, la preocupación entonces era el impacto de la proliferación de disputas de arbitraje de inversiones en la fragmentación del derecho internacional, por ejemplo, por la existencia de multiplicidad de procesos ante diferentes foros (*forum shopping*)<sup>59</sup>, y porque tribu-

---

<sup>58</sup> *Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. c. Turquía*, Caso CIADI N° ARB/11/28, Decisión de Anulación, 30 de diciembre de 2015, párr. 89 (citando a *Reporte del Grupo de Estudio sobre Fragmentación del Derecho Internacional, finalizado por Martti Koskenniemi en su 58º período de sesiones*, 2006, A/CN.4/L.682, párr. 423 (énfasis agregado).

<sup>59</sup> *Ver Lauder v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Laudo Final, 3 de septiembre 2001, y *CME Czech Republic BV v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Laudo parcial, 13 de septiembre de 2001.

nales CIADI arribaron a conclusiones inconsistente, e incluso contradictorias, en relación con la noción de la cláusula de la nación más favorecida (*MNF clauses*)<sup>60</sup> o las cláusulas paraguas (*umbrella clauses*)<sup>61</sup>.

En resumen, este artículo responde cuánto las instituciones que resuelven arbitrajes de inversiones han avanzado en la interpretación armónica de las obligaciones internacionales de los Estados, en relación con derechos humanos, versus el desarrollo que sí han efectuado los órganos de control de los tratados internacional de derechos humanos, en aplicación del artículo 31 de la CVDT.

Sin embargo, concordamos con que los tribunales CIADI mantienen una regla de no necesariamente sentirse obligados por decisiones anteriores (REINISH, 2008), y por ello es común encontrar decisiones que se contradicen.

## V. Conclusión

En consecuencia, el escenario actual refleja una falta de coherencia por parte de los tribunales de arbitraje de inversiones al interpretar el alcance de las obligaciones de un TBI en relación con el derecho internacional general, y especialmente el derecho internacional de los derechos humanos.

La discusión no es menor cuándo los árbitros, miembros del tribunal, analizan políticas públicas -generalmente medidas legislativas - adoptadas por los Estados soberanos con el fin de dar cumplimiento a obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.

Sin embargo, por un lado, los órganos de control de los tratados internacionales de derechos humanos sí han establecido con claridad el estándar de interpretación sistémica e integrada, con sustento en la especificidad de estos tratados y las obligaciones que surgen de la Carta de las Naciones Unidas. Asimismo, han instado

---

<sup>60</sup> Ver *Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain*, Caso CIADI N° ARB/97/7, Decisión de Jurisdicción, 25 de enero de 2000 y *Plama Consortium Ltd. v. Bulgaria*, Caso CIADI N° ARB/03/24, Decisión de Jurisdicción, 8 de febrero de 2005.

<sup>61</sup> Ver *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Islamic Republic of Pakistan*, Caso CIADI N° ARB/01/13, Decisión de Jurisdicción, 6 de agosto de 2003 y *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, Caso CIADI N° ARB/02/6, Decisión de Jurisdicción, 29 de enero de 2004.

a los Estados a que incorporen en las negociaciones de los TBI's referencias a las obligaciones que surgen del derecho internacional de los derechos humanos, incluso para los mismos inversores<sup>62</sup>.

Por otro lado, la CDI reconoció explícitamente que no existe una práctica en dónde los tratados bilaterales deban ser interpretados de forma aislada, mucho menos que generen un vacío en relación con el derecho internacional general. Asimismo, estableció que el principio de integración sistémica se expresa en el apartado c) del párrafo 3 del artículo 31 de la CVDT, y que esto conlleva a que los tratados bilaterales deben ser interpretados en su contexto normativo.

Luego, los órganos de control de los tratados internacionales de derechos humanos han reconocido que el derecho humano a la seguridad social está intrínsecamente vinculado con el desarrollo de una vida digna. Así, la Corte IDH estableció que la pensión y prestación por vejez son unos de los elementos integradores del derecho humano a la seguridad, debiéndose garantizar la suficiencia en importe y duración.

En igual sentido, el Comité DESC estableció que entre las obligaciones inmediatas que deben adoptar los Estados para la realización plena del derecho a la seguridad social se encuentran las medidas legislativas. Es decir, los Estados deben darle especial prioridad entre sus políticas públicas. Incluso, si la administración del derecho estuviera gestionada por agentes privados, entonces el Estado debe controlar y evaluar periódicamente esta medida, con el objeto de garantizar que el acceso a la seguridad social sea adecuado y accesible para toda la población.

En consecuencia, parecería que va ganando más adeptos la opinión de que las obligaciones internacionales derivadas de los instrumentos internacionales, como de las diversas fuentes del derecho internacional, deben ser interpretadas de forma sistémica y armónica. Esto conlleva a realizar una interpretación que vuelva a los TBI's compatibles con el derecho internacional general y, especialmente, les permita a los Estados cumplir con sus obligaciones internacionales en materia de

---

<sup>62</sup> Para más información, analizar los TBI de tercera generación de los Estados Unidos y Canadá, cláusulas sobre obligaciones de los inversores en relación con los derechos laborales y derecho ambiental.

derechos humanos. En otras palabras, los TBI's, como instrumentos de derecho internacional, no deberían ser leídos de manera aislada, sino que sería exigible considerar su contexto normativo.

Asimismo, es dable proponernos cuestionar el estándar de revisión apropiado para los tribunales de arbitraje de inversiones, especialmente si son conformados dentro de instituciones tales como la Corte Permanente de Arbitraje o el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, que a su vez poseen reglamentos y convenios. El objetivo debería ser alcanzar un balance idóneo entre la autonomía estatal y la necesidad de cumplir con la totalidad de las obligaciones internacionales, principalmente cuándo se convierten en análisis de políticas públicas vinculadas con el efectivo ejercicio de los derechos humanos.

La resolución de los casos de arbitrajes de inversiones vinculados con el derecho humano a la seguridad social en relación con Estados Latinoamericanos está aún pendiente, pero no serán los únicos casos que planteen en este siglo el cuestionamiento de las obligaciones internacionales del Estado para con los inversores extranjeros junto con las obligaciones en materia de derechos humanos y medio ambiente. Entonces, esperamos que este debate continúe vigente.

### **Bibliografía**

- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. (2006). *El Umbral de Ciudadanía, El Significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*. Buenos Aires: Editorial del Puerto.
- ALVAREZ, José Enrique (2009). *The Public International Law Regime Governing International Investment*. Leiden: Martinus Nijhoff, Recueil Des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, Tomo 344.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (2020), *International Law for Humankind*, Third Revised Edition, The Hague Academy of International Law Monographs, Volume 10.
- CRAWFORD, James (2014). *Chance, Order, Change: The Course of International Law. General Course on Public International Law*. La Haya: Hague Academy

of International Law.

GLENDON, Mary Ann (2011). *Un Nuevo Mundo, Eleonor Roosevelt y la Declaración Universal de Derechos Humanos*. México: Fondo de Cultura Económico.

HAFNER, Gerhard (2000). *"Risks Ensuing from Fragmentation of International Law"*, Official Records of the General Assembly, Fifty-fifth Session, Supplement No. 10, UN Doc. A/55/10 (2000), at 321-339.

HENCKELS, Caroline (2013). *Balancing Investment Protection and the Public Interest: The Role of the and the Importance of Deference in Investor—State Arbitration*. *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 4, p. 197-215.

HITTERS, Juan Carlos y FAPPIANO, Oscar L. (2007). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Tomo I, Volumen I/ Buenos Aires: Ediar.

KINGSBURY, Benedict y SCHILL, Stephan W. (2010). *Public Law Concepts to Balance Investor's Rights and State Actions*. *International Investment Law and Comparative Public Law*, p. 1-30. Recuperado, el 15 de febrero 2021, de: <https://www.iilj.org/publications/public-law-concepts-to-balance-investors-rights-with-state-regulatory-actions-in-the-public-interest-the-concept-of-proportionality/>

KOSKENNIEMI, Martii (2004). *'Study on the Function and Scope of the lex specialis Rule and the Question of "Self-Contained Regimes"'*, UN Doc. A/59/10.

KOSKENNIEMI Martii (2007) *"Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law"*, Report of the Study Group of the International Law Commission.

NIKKEN, Pedro (2010). *La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales*, *Revista IIDH, 2010. Vol 52*, p.55-141.

PINTO, Mónica (2009). *Temas de Derechos Humanos*. Buenos Aires: Editorial del Puerto.

REINISCH, August (2008). *"Fragmentation vs. the Promise of a More Effective System? Some Reflections from the Perspective of Investment Arbitration"*, *International Law between Universalism and Fragmentation*, ed. Isabelle

*Buffard*, James Crawford, Alain Pellet, Stephan Wittich, Lieden: Martinus Nijhoff, pp. 107-126.

SCHREUER, Christoph (2010). *"Diversity and Harmonization of Treaty Interpretation Investment Arbitration"*, *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 years*, Volume 1, Malgosia Fitzmaurice and Phoebe Okowa (ed), Leiden: Martinus Nijhoff,

SIMMA, Bruno (1994). *"From Bilateralism to Community Interest in International Law"*, *Recueil de Cours*, The Hague, Tomo 229.

TURER, Daniel (2008). *"Boundaries of Justice, An International Law Approach"*, *International Law between Universalism and Fragmentation*, ed. Isabelle Buffard, James Crawford, Alain Pellet, Stephan Wittich, Lieden: Martinus Nijhoff, pp. 127-194.

YANNACA-SMALL, Catherine (2004). *"Indirect Expropriation" and the "Right to Regulate" in International Investment Law*. OECD Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Working Paper on International Investment No. 4, p. 1-23. Recuperado el 7 de febrero de 2021, de: [https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004\\_4.pdf](https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_4.pdf).

#### Normativa

Centro Internacional de Arreglo de Controversias de Inversiones, (2015), *Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. c. Turquía*, N° ARB/11/28, *Decisión de Anulación*.

Centro Internacional de Arreglo de Controversias de Inversiones, (2016) *Philip Morris vs. Uruguay*, Caso CIADI N.º ARB/10/7, Laudo.

Centro Internacional de Arreglo de Controversias de Inversiones, (2015) *Electrabel S.A. v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, Laudo

Centro Internacional de Arreglo de Controversias de Inversiones, (2017) *Koch Minerals Sárl, Kock Nitrogen Internarional Sárl c. Venezuela*, Caso CIADI N° ARB/11/19, Laudo.

- Centro Internacional de Arreglo de Controversias de Inversiones, (2018) *Vattenfall AB et al. v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/12/12, Decision on the Achmea Issue
- Comisión de Derecho Internacional (1973) Informe sobre la labor realizada en su 25° período de sesiones, Capítulo II Responsabilidad De Los Estados.
- Comisión de Derecho Internacional (2006) *Reporte del Grupo de Estudio sobre Fragmentación del Derecho Internacional, Martti Koskenniemi, 58º período de sesiones*, A/CN.4/L.682
- Comisión de Derecho Internacional (2006) *Reporte del Grupo de Estudio sobre Fragmentación del Derecho Internacional, finalizado por Martti Koskenniemi en su 58º período de sesiones*, A/CN.4/L.682.
- Comisión Interamericana de Derecho Internacional (2008). *Lineamientos para la Elaboración de Indicadores de progreso en materia de DESC*, Documento Oficial OEA/Ser.L/V/II.132, idioma original español.
- Comité Derechos Económicos, Sociales y Culturales, (2008) Observación general núm. 19: El derecho a la seguridad social
- Comité Derechos Económicos, Sociales y Culturales, (2017) Observación general núm. 24: las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales.
- Comité Derechos Económicos, Sociales y Culturales, (2018). Dictamen *Marcia Cecilia Trujillo Calero vs. Ecuador*
- Corte Europea de Derechos Humanos (2004) *Connors c. Reino Unido*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (1982). Opinión Consultiva 2, El efecto de las reservas sobre la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2003). Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia. Serie C No. 98
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005). Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia. Serie C No. 125.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006). *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia. Serie C No. 14613,
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2019). *Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2019). *Caso Muelle Flores Vs. Perú*. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia. Serie C No. 375.
- International Law Commission (2006) *Report on the work of its fifty-eighth session, General Assembly Official Records Sixty-first Session Supplement No. 10, UN Doc. A/61/10 (2006), paras. 233-251;*

## Reflexiones en torno a la responsabilidad internacional del Estado por actos de empresas: una mirada desde el derecho internacional de los derechos humanos

Reflections on the international responsibility of the State for acts of companies: a view from international human rights law

Por Pablo Damián Colmegna

**Resumen:** Existen desarrollos en torno a la adopción de normas de derechos humanos vinculantes para las empresas, aunque no existen instancias internacionales ante las que las víctimas puedan efectuar reclamos para considerarlas internacionalmente responsables por su violación. Asimismo, desde la adopción de los Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos, codificadas y desarrolladas por la Comisión de Derecho Internacional en el año 2001, se han desarrollado estándares en torno a la responsabilidad de los Estados por actos ilícitos de empresas, difícilmente encuadrables en los supuestos contemplados en los artículos 2, 5 y 8 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos. En ese marco, el concepto de “debida diligencia”, desarrollado por los órganos de protección internacional de derechos humanos, resulta adecuado para determinar si el hecho internacionalmente ilícito de una empresa resulta atribuible al Estado de manera tal de dar una respuesta al reclamo de las víctimas.

**Palabras clave:** atribución; debida diligencia; empresas; responsabilidad internacional; derechos humanos.

**Abstract:** There are developments regarding the adoption of binding human rights norms for companies, although there are no international instances before which victims can make claims to hold them internationally responsible for their violation. Likewise, since the adoption of the Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, codified and developed by the International Law Commission in 2001, standards have been developed regarding the responsibility of States for the wrongful acts of companies, which are difficult to include in the cases contemplated in Articles 2, 5 and 8 of the Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts. In this context, the concept of "due diligence", developed by the international human rights protection bodies, is appropriate to determine whether the internationally wrongful act of a company is attributable to the State to respond to the victims' claims.

**Keywords:** attribution; due diligence; business; international responsibility; human rights.

Fecha de recepción: 19/03/21

Fecha de aceptación: 20/05/21

Esta obra se publica bajo licencia Creative Commons 4.0 Internacional. (Atribución-No Comercial-Compartir Igual)



## Reflexiones en torno a la responsabilidad internacional del Estado por actos de empresas: una mirada desde el derecho internacional de los derechos humanos

Por Pablo Damián Colmegna\*

### I. Introducción

Desde el 2001 el régimen de atribución de actos ilícitos al Estado se encuentra minuciosamente detallado en los Artículos sobre responsabilidad del Estado por Actos Ilícitos (en adelante, Artículos) de la Comisión Internacional de Derecho Internacional (en adelante, CDI). Con base en un análisis profuso de la jurisprudencia y la doctrina, la CDI identificó una serie de supuestos en los cuales un acto ilícito resulta atribuible al Estado.

Desde entonces se han desarrollado nuevos estándares que establecen la responsabilidad directa de las empresas por violaciones a normas internacionales, como ocurre con los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos del 2011 (en adelante, Principios) y el deber que impone a las corporaciones de respetar los derechos de las personas. Es así como estas nuevas normas e interpretaciones, a la luz de lo que establecen los Artículos, complejizan el análisis en cuanto a quien debe responder por el incumplimiento de la norma.

Sin embargo, aún no existe una instancia internacional a la cual acudir de manera directa para reclamar contra una empresa por la violación de normas internacionales. Asimismo, la elaboración de obligaciones internacionales vinculantes para las empresas se encuentra en una etapa de desarrollo, lo que

---

\* Abogado y docente en derechos humanos (UBA), especialista en derechos humanos (CLACSO) y maestrando en relaciones internacionales (UBA). Correo electrónico: pablocolmegna@derecho.uba.ar.

dificulta su aplicación a un caso concreto para establecer que una empresa resulta responsable por la violación de una obligación internacional.

Así, la única opción que tienen las víctimas para obtener una respuesta es demandar al Estado para atribuirle los actos de una empresa y se configure la responsabilidad internacional del Estado. En el campo del derecho internacional de los derechos humanos, han sucedido una serie de casos e informes en los que se desagrega con mayor nivel de detalle la forma en que el Estado resulta responsable por los actos de una empresa.

En el presente trabajo, se analizará en primer lugar de qué manera los estándares y obligaciones internacionales aplicables a las empresas se encuentran aún en una etapa de desarrollo. Seguidamente, se expondrá cómo esa carencia normativa se resuelve mediante las normas secundarias elaboradas por la CDI en materia de responsabilidad del Estado y cómo su interpretación posterior permite que los actos de empresas pueden resultar atribuibles al Estado. Finalmente, se analizarán los estándares elaborados por los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, principalmente la noción de debida diligencia del Estado frente a los actos de empresas, para identificar semejanzas y diferencias con lo que establecen los artículos de la CDI.

El objetivo del presente trabajo es poner en evidencia que las normas que regulan a las empresas aún no han alcanzado un desarrollo que permita su aplicación directa a las empresas a fin de responsabilizarlas a nivel internacional. Sin embargo, mediante el análisis de las normas de atribución, que han sido codificadas y desarrolladas por la CDI, y su interpretación posterior desde el derecho internacional de los derechos humanos han establecido de manera más precisa los estándares aplicables para atribuir la conducta de una empresa al Estado con base en la noción de debida diligencia. De esta manera, se puede afirmar que al menos en aquellos casos que se litigan ante tribunales de derechos humanos, existen estándares especiales que regulan la responsabilidad del Estado por hechos ilícitos de las empresas.

## II. Los estándares internacionales que regulan a las empresas

Según FORSYTHE (2012, 285-287) es una realidad que las empresas han estado involucradas en violaciones de derechos humanos e, incluso, la comisión de crímenes internacionales. Así es como destaca la complicidad de IBM en el Holocausto, el desastre ambiental de Union Carbide en Bophal, India, la contaminación producida por la actividad de Shell sobre las comunidades Ogoni en Nigeria. En América Latina es conocida la colaboración de ITT y la United Fruit Company con Estados Unidos en la remoción de Salvador Allende (Chile) y Jacobo Arbenz (Guatemala) en 1973 y 1954.

El abordaje de las empresas desde el derecho internacional ha sido esquivo y solo de manera reciente se ha puesto el foco en la incidencia de las corporaciones en las relaciones internacionales y en el derecho internacional.

Tal como señala LUSTIG (2020, p.180) la disciplina del derecho internacional estuvo enfocada en los Estados y las personas físicas. Lustig destaca los primeros debates sobre la necesidad de abordar a las empresas desde el derecho internacional que tuvo lugar a partir de las observaciones de MC DOUGAL (1953, p.11). Este autor sostenía que el derecho internacional podía negarse a ver esta nueva realidad al costo de transformarse en una disciplina inconsecuente. Por su parte, FRIEDMAN (1969, p.122) señalaba la participación de las empresas en sus relaciones con los Estados y proponía que, al menos, se reconociera su legitimación para presentarse ante la Corte Internacional de Justicia. Según HIGGINS (1978, p.1) se debía dejar de lado la noción de subjetividad y concebir al derecho internacional como un proceso de toma de decisiones en el que no hay sujetos sino participantes. Entre esos participantes se encontraban los Estados, las organizaciones internacionales, los individuos y las empresas.

Esta situación comenzó a cambiar principalmente en la década del 70 del siglo pasado, luego del movimiento de descolonización y la promoción de un Nuevo Orden Económico Internacional por parte de los Estados en desarrollo.

Así, en la Resolución 3201 de 1974 que contiene la Declaración sobre el Establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional, se establece como un principio “La reglamentación y supervisión de las actividades de las empresas transnacionales mediante la adopción de medidas en beneficio de la economía

nacional de los países donde estas empresas realizan sus actividades, sobre la base de la plena soberanía de esos países”<sup>1</sup>. En el mismo mes que se adopta esta Declaración y, debido a que los Estados en desarrollo consideraban que las empresas multinacionales eran responsables de la su dependencia económica y de la explotación de sus recursos (MUCHLINSKI; 2021, p. 4), el Secretario General de la ONU publica el informe sobre los “Efectos de las empresas multinacionales en el desarrollo y en las relaciones internacionales”<sup>2</sup>. En su redacción participa un Grupo de Expertos que reconocen la necesidad de crear una comisión de empresas transnacionales que funcione en el marco del Consejo Económico y Social, la que debe estar integrada por representantes de los Estados, las empresas, los sindicatos y la sociedad civil<sup>3</sup>.

Desde entonces, se adoptaron una serie de instrumentos no vinculantes en torno a las obligaciones, también llamadas “responsabilidades”, de las empresas. En primer lugar, la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo sobre las Empresas Multinacionales que fue adoptada en 1977 como producto de la negociación entre trabajadores, empresas y Estados.

En el ámbito de Naciones Unidas se puede contar el Proyecto de Código de Conducta de las Naciones Unidas para las Empresas Transnacionales (1983), las Normas sobre Responsabilidad de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos (2003) y los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos adoptado en 2011. En el ámbito de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD por sus siglas en inglés) se promovió un Código de Conducta para Empresas que nunca se aprobó<sup>4</sup>. Asimismo, en el año 2000 se promovió la creación de UN Global Compact que invita a las empresas a adherirse a una serie de nueve principios que regulan su accionar. Actualmente, el Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos

---

<sup>1</sup> AGNU, Declaración sobre el Establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional. Resolución 3201(S-VI). 1 de mayo de 1974, párr. 4.g.

<sup>2</sup> SGNU, Efectos de las empresas multinacionales en el desarrollo y en las relaciones internacionales. U.N.Doc. E\_5500\_Rev.1\_ST\_ESA\_6-ES. 1974.

<sup>3</sup> Ibid. p. 6.

<sup>4</sup> Ibid. p. 294.

Humanos se ha encargado de velar por la interpretación y aplicación de los Principios, aunque con las limitaciones propias de su mandato y del carácter no vinculante de aquellos.

A nivel regional destacan las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales que, en el año 2011, y a raíz de la adopción de los principios rectores, incorporó un capítulo sobre derechos humanos. Asimismo, el 06 de marzo de 2018 el Grupo de Trabajo de la OCDE sobre Conducta Empresarial Responsable aprobó la Guía de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable.

Actualmente también se encuentra en discusión un tratado sobre empresas y derechos humanos. Así, el 26 de junio de 2014 el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobó la Resolución 26/9 por la que se decidió “establecer un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta encargado, entre otras cosas, de elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el derecho internacional de los derechos humanos”. Este Grupo ha celebrado diversas reuniones con representantes de los Estados, las empresas y la sociedad civil y ya cuenta con dos documentos de trabajo adoptados.

Algunos desarrollos más recientes se vinculan con la adopción en 2019 de las Reglas de la Haya en Arbitraje que involucre a Empresas y Derechos Humanos. Según este instrumento, las víctimas de una violación de derechos humanos cometida por una empresa pueden recurrir a un remedio jurídico internacional<sup>5</sup>. Otro mecanismo novedoso, de carácter híbrido, es el Consejo Asesor de Contenido de Facebook. En un caso reciente, este mecanismo consideró la actividad de la empresa a la luz del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y las Observaciones Generales del Comité de Derechos Humanos<sup>6</sup>.

En cuanto a la aplicación de los estándares sobre empresas y derechos humanos por parte de los organismos judiciales y cuasi-judiciales destaca una

---

<sup>5</sup> Center for International Legal Cooperation, The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration. 2019, p. 3.

<sup>6</sup> Case 2021-003-FB-UA, Abril de 2021. Available at: <https://www.oversightboard.com/decision/fb-H6OZKDS3>

tendencia embrionaria hacia el reconocimiento de obligaciones de las empresas. Así, la interpretación del Tribunal arbitral constituido en el marco del Centro de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones Internacionales (CIADI) en el caso *Urbaser c. Argentina*, según la cual el deber de garantizar el derecho al agua no podía considerarse solo como una obligación del Estado y que podía llegar a recaer también sobre la empresa<sup>7</sup>. Por su parte, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales sostuvo que la obligación de respeto recae sobre las empresas con fuente en el derecho internacional<sup>8</sup>. Otro ejemplo a destacar es la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) en el caso *Kaliña Lokono* en el que el tribunal consideró que las empresas tienen el deber de prevenir, mitigar y hacerse responsables de las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos<sup>9</sup>.

Este desarrollo histórico revela que, de manera gradual, las obligaciones internacionales directas para las empresas se encuentran en una etapa de desarrollo progresivo que eventualmente pueden concretarse como obligaciones vinculantes. Sin embargo, tal como sostiene Peters (2016, p. 101), este desarrollo debería ser lo suficientemente claro para que las empresas conozcan cuáles son sus obligaciones.

Sin embargo, resulta evidente que en la actualidad se asiste a un contexto caracterizado por la ausencia de órganos internacionales que puedan pronunciarse por los hechos ilícitos de las empresas. La carencia de normas internacionales que resulten vinculantes para las corporaciones dejan un vacío susceptible de dejar sin respuesta a las víctimas de la violación de sus derechos. Por tal motivo es que a continuación se desarrollan las particularidades de las normas de atribución tal

---

<sup>7</sup> Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentina, Caso CIADI No. ARB/07/26, Laudo, 8 de diciembre de 2016, párr. 1193.

<sup>8</sup> Comité DESC, Observación General No. 24 (2017) sobre las Obligaciones del Estado de conformidad con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de actividades empresariales, 10 de Agosto de 2017, U.N. Doc. E/C.12/GC/24, párr. 5.

<sup>9</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, párr. 224.

como fueron desarrolladas por la CDI a fin de encontrar una respuesta a estos supuestos.

### III. Los Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos Internacionalmente Ilícitos de la Comisión de Derechos Internacional

Los Artículos fueron elaborados por la CDI en el año 2001,<sup>10</sup> y el 28 de enero de 2002 la Asamblea General de Naciones Unidas “tomo” nota de los mismos mediante la Resolución 56/83.

Muchos de los artículos redactados reflejan una codificación del derecho internacional vigente hasta el momento y otros solo tienen el carácter de desarrollo progresivo<sup>11</sup>, con cita principalmente a la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, pero sin dejar de lado las decisiones de otros tribunales y órganos cuasi-jurisdiccionales.

La investigación sobre los estándares que rigen la responsabilidad continuó con posterioridad a la adopción de los Artículos. En virtud del pedido de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el Secretario General de las Naciones Unidas (en adelante, SG) se encarga de elaborar informes de manera periódica, en los que recopila las decisiones de distintos órganos jurisdiccionales<sup>12</sup> que han hecho

<sup>10</sup> Proyecto de Artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Informe de la Comisión de Derecho Internacional. 53.º Período de Sesiones. UN Doc. A/56/10 (2001).

<sup>11</sup> Comentarios de la Comisión de Derecho Internacional al Proyecto de Artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Informe de la Comisión de Derecho Internacional. 53.º Período de Sesiones. UN Doc. A/56/10 (2001). P. 38, para. (1).

<sup>12</sup> Entre las instancias jurisdiccionales y cuasi jurisdiccionales analizadas por la CDI se encuentran: Corte Internacional de Justicia; el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM); el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos; la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas; la Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía; los grupos especiales y el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio; los tribunales arbitrales internacionales; el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia; el Tribunal Penal Internacional para Ruanda; el Tribunal Especial para Sierra Leona; el Tribunal Especial para el Líbano; las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya; la Corte Penal Internacional; el sistema de las Naciones Unidas de administración de justicia; el Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo; el Tribunal Administrativo del Banco Mundial; el Tribunal Administrativo del Fondo Monetario Internacional; el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; los órganos de ámbito universal que operan en la esfera de los derechos humanos y el derecho humanitario, tanto los previstos en la Carta de las Naciones Unidas como en otros tratados internacionales; la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; la Corte Interamericana de Derechos Humanos; la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; el Tribunal de Justicia de la Unión Europea; la Corte de Justicia del Caribe; la Corte de Justicia de la Comunidad Económica de los

referencia a los Artículos. Al momento, ha elaborado 5 informes, publicados cada 3 años, correspondientes a los años 2007<sup>13</sup>, 2010<sup>14</sup>, 2013<sup>15</sup>, 2016<sup>16</sup> y 2019<sup>17</sup>.

Asimismo, el 20 de junio de 2017, el Secretario General emitió un informe en el cual sistematizó la información sobre la cantidad de ocasiones en que los Artículos fueron utilizados desde su adopción en 2001 hasta el 31 de enero de 2016. En total, los tribunales internacionales efectuaron 392 menciones en un total de 163 casos<sup>18</sup>; los jueces, en sus votos, efectuaron 202 referencias en 50 casos; y en 157 casos, las partes hicieron referencia en un total de 792 ocasiones a los Artículos en sus presentaciones<sup>19</sup>.

#### **IV. La Atribución de responsabilidad al Estado por actos de empresas en los Artículos de la CDI**

Como sostiene PINTO (2020, p. 3), las empresas tienen obligaciones directas en materia de derechos humanos que surgen del derecho internacional consuetudinario. La posibilidad de reclamo por su violación, sin embargo, queda

---

Estados de África Occidental; y el Tribunal Común de Justicia y Arbitraje de la Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en África. A/71/80/Add.1, párr. 4.

<sup>13</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, Compilación de las decisiones de cortes, tribunales y otros órganos internacionales, Informe del Secretario General. Adición. (17 de abril de 2007), U.N. Doc. A/62/62/Add.1.

<sup>14</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, Compilación de las decisiones de cortes, tribunales y otros órganos internacionales, Informe del Secretario General, (30 de abril de 2010), U.N. Doc. A/65/76.

<sup>15</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, Compilación de las decisiones de cortes, tribunales y otros órganos internacionales, Informe del Secretario General, (30 de abril de 2013), U.N. Doc. A/68/72.

<sup>16</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, Compilación de las decisiones de cortes, tribunales y otros órganos internacionales, Informe del Secretario General, (21 de abril de 2016) U.N. Doc. A/71/80.

<sup>17</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, Compilación de las decisiones de cortes, tribunales y otros órganos internacionales, Informe del Secretario General (23 de abril de 2019), U.N. Doc. A/74/83.

<sup>18</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, Compilación de las decisiones de cortes, tribunales y otros órganos internacionales, Informe del Secretario General. Adición, (20 de junio de 2017), U.N. Doc. A/71/80/Add.1, párr. 5.

<sup>19</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, Compilación de las decisiones de cortes, tribunales y otros órganos internacionales, Informe del Secretario General. Adición, (20 de junio de 2017), U.N. Doc. A/71/80/Add.1, párr. 6.

sujeta a las particularidades de determinados ordenamientos jurídicos nacionales como los de Canadá o Estados Unidos<sup>20</sup>.

En esa misma línea, el documento más representativo en torno a las empresas y los derechos humanos, los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos, es un instrumento normativo de derecho blando que no resulta vinculante, aunque admite algunas interpretaciones en contrario, tal como será analizado más adelante en este trabajo.

Por tal motivo, las víctimas de las violaciones a las normas internacionales cometidas por las empresas se encuentran ante un escenario que les dificulta la realización de un reclamo internacional. Es por ello que en este trabajo se propone como alternativa el reclamo por vía indirecta, a través de las normas que regulan la responsabilidad del Estado. Para entender su alcance, entonces, resulta fundamental el análisis de los Artículos.

En el artículo 2 de los Artículos, la CDI ha establecido que para que surja la responsabilidad del Estado deben reunirse dos requisitos: “cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión *a*) es atribuible al Estado según el derecho internacional; y *b*) constituye una violación de una obligación internacional del Estado”<sup>21</sup>.

La CDI especifica que la atribución puede fundarse en un acto, en una omisión, en una conjunción de ambos supuestos<sup>22</sup>, o en una serie de actos y omisiones<sup>23</sup>.

El supuesto más claro de atribución de un acto al Estado se da en el caso en que son sus propios órganos los autores de un acto o una omisión<sup>24</sup>. Con “órganos”

<sup>20</sup> En Estados Unidos, es famosa la invocación de la *Alien Tort Claims Act*, de 1789. En Canadá destaca el voto de la jueza Abella, en el caso *Nevsun Resources Ltd. c. Arayam*, en el que sostiene que el derecho internacional consuetudinario forma parte del ordenamiento jurídico de ese Estado desde el Siglo XVIII (Pinto, 2020).

<sup>21</sup> Comisión de Derecho Internacional, *Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, adoptado por la CDI en su 53º período de sesiones (A/56/10) y anexado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 56/83 del 12/12/2001, Doc. A/RES/56/83, 28/01/2002, art. 2.

<sup>22</sup> Comentarios de la CDI al Proyecto, comentario al art. 1, para. (1).

<sup>23</sup> Comentarios de la CDI al Proyecto, comentario al art. 15, para. (1).

<sup>24</sup> Comentarios de la CDI al Proyecto, comentario al art. 4, para. (5).

la CDI se refiere a las entidades individuales o colectivas que forman la organización del Estado y actúan representándolo. Incluye a los órganos de entidades gubernamentales territoriales dentro del Estado<sup>25</sup>.

Sin embargo, existen diversos supuestos en los cuales la atribución se funda en una omisión del Estado en relación con la actividad de un particular. Según GONZÁLEZ NAPOLITANO (2015, p.303) la omisión se entiende como: “no hacer algo que debió hacerse de acuerdo con el derecho internacional”.

Para especificar el alcance de este supuesto, la CDI cita en sus comentarios la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ). En primer lugar, en el caso del *Canal de Corfú*, la CIJ sostuvo que Albania sabía o debía haber sabido de la existencia de minas en sus aguas territoriales y no advirtió a terceros Estados de su presencia<sup>26</sup>. Asimismo, en el caso del *Personal Diplomático y Consultar en Teherán*, la CIJ expresó que la responsabilidad de Irán surgía por la inacción de sus autoridades que fallaron en la adopción de medidas apropiadas cuando la situación así lo requería<sup>27</sup>.

Así, la CDI reconoce que si bien la regla es que los actos de particulares no resultan atribuibles al Estado<sup>28</sup>, ello admite excepciones en aquellos casos en que el Estado no adopta las medidas necesarias para prevenir los efectos de las conductas de particulares<sup>29</sup>. Según CLAPHAM (2006, p.239) el alcance de esas medidas depende de lo que disponga el tratado cuyas obligaciones fueron incumplidas.

Además de la atribución por omisión, la CDI desarrolló los artículos 5 y 8 que fueron interpretados de manera tal que pueden ser aplicados a la atribución de responsabilidad internacional al Estado por actos de empresas.

## 1. Artículo 5: atribuciones de poder público

---

<sup>25</sup> Ibid, para. (1).

<sup>26</sup> Comentarios de la CDI al Proyecto, comentario al art. 2, para. (4).

<sup>27</sup> Ibid, párr. (4).

<sup>28</sup> Comentarios de la CDI al Proyecto, comentario al Capítulo II, para. (2).

<sup>29</sup> Ibid, para. (4).

Tal como señala CRAWFORD (2013, p. 127) en los comentarios de la CDI a los Artículos, se indica que el Artículo 5 se aplica a las empresas privadas o aquellos supuestos en que las empresas estatales que fueron privatizadas retienen ciertas funciones públicas o regulatorias<sup>30</sup>. En ese sentido, la CDI señala que la actividad de empresas privadas puede ser atribuida al Estado si: a) la entidad fue empoderada por el Estado para ejercer atribuciones de poder público; b) esas funciones son normalmente ejercidas por órganos del Estado; c) y la actividad de la empresa se vincula con el ejercicio de esas atribuciones de poder público expresamente conferidas<sup>31</sup>. De esta manera, cuestiones tales como la calificación como pública o privada según la ley interna del Estado, la existencia de una mayor o menor participación estatal en el capital, o en la propiedad de sus acciones y la ausencia de control del poder ejecutivo no resultan decisivas para fundar la atribución<sup>32</sup>.

Por otra parte, la CDI indica que lo que se entiende por poder público depende de: a) la sociedad en particular, su historia y tradiciones; b) no sólo el alcance de los poderes, sino la forma en que son otorgados a una entidad; c) los objetivos para los cuales serán ejercidos; d) y la forma en que la entidad debe rendir cuentas al Estado por su ejercicio<sup>33</sup>. De esta manera, Crawford (2013, p. 128) destaca que no todos los actos de las empresas que tienen vínculos con órganos estatales resultan atribuibles al Estado. Así, el caso *EDF (Services) Limited v. Rumania* donde el tribunal arbitral de inversión regido por las reglas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (en adelante, tribunal CIADI) ha considerado que los actos puramente comerciales de una empresa, aun cuando se trata de una empresa estatal, no resultan atribuibles al Estado<sup>34</sup>. Asimismo, en el caso *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republica de Ghana* el tribunal CIADI sostuvo que se debe demostrar que el acto en cuestión fue efectuado en el ejercicio de poder público y no meramente efectuado como una

---

<sup>30</sup> Comentarios de la CDI al Proyecto, comentario al art. 5, para. (1).

<sup>31</sup> Ibid, párr. (2).

<sup>32</sup> Ibid, párr. (3).

<sup>33</sup> Ibid, párr. (6).

<sup>34</sup> Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, *EDF (Services) Limited v. Rumania*, (8 de octubre de 2009), Caso No. ARB/05/13, párr. 197-8.

actividad comercial<sup>35</sup>. Eso también ocurrió en el caso *Unión Fenosa Gas, S.A. c. República Árabe de Egipto*, en el que el tribunal CIADI sostuvo que no se había probado que las empresas [Egyptian General Petroleum Corporation] o EGAS [Egyptian Natural Gas Holding Company] estuvieran ‘facultadas’ por el derecho egipcio para ejercer el poder público. [...] ni se había demostrado la existencia de una disposición del derecho egipcio que autorizara específicamente a la empresa EGPC a celebrar un contrato de compraventa de gas natural en el ejercicio del poder público<sup>36</sup>.

En sus informes de relevamiento de casos que aplican los Artículos el SG identificó algunos casos en los que se aplicó esta interpretación<sup>37</sup>. Así, en el caso *Gonzalez Lluy v. Ecuador* la Corte IDH sostuvo, con cita al caso *Ximenes López v. Brasil*<sup>38</sup>, que entre los supuestos de responsabilidad estatal por violación a los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos se encuentra la conducta de una persona o entidad, que, si bien no es un órgano estatal, está autorizada por la legislación del Estado para ejercer atribuciones de autoridad gubernamental. Dicha conducta, ya sea de persona física o jurídica, debe ser considerada un acto del Estado, siempre y cuando estuviere actuando en dicha capacidad<sup>39</sup>. Otro de los casos identificados por el SG es *Caso Mujeres Víctimas de tortura sexual en Atenco v. México* en el que la Corte IDH sostuvo que los hechos internacionalmente ilícitos son atribuibles al Estado “también cuando se trata del comportamiento de una persona o entidad que ejerce atribuciones del poder público”<sup>40</sup>.

<sup>35</sup> Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, *Gustav F W Hamster GmbH & Co KG v. Republica de Ghana*, (18 de junio de 2010), Caso No. ARB/07/24, párr. 172.

<sup>36</sup> Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, *Unión Fenosa Gas, S.A. vs. República Árabe de Egipto*, laudo, (31 de agosto de 2018), Caso No. ARB/14/4, párr. 9.114.

<sup>37</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, Compilación de las decisiones de cortes, tribunales y otros órganos internacionales, Informe del Secretario General, (30 de abril de 2013), U.N. Doc. A/68/72.

<sup>38</sup> Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 86.

<sup>39</sup> Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 175, nota 205.

<sup>40</sup> Corte IDH. *Caso Mujeres Víctimas de tortura sexual en Atenco v. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371, párr. 205, nota 303.

De esta manera, se advierte que el recurso al art. 5 de los Artículos resulta aplicable sólo a aquellas empresas que ejerzan atribuciones de poder público. De tal manera, quedan afuera de los estándares de atribución aquellos actos comerciales de las empresas que puedan violar normas internacionales. Si bien ello resulta adecuado, porque no existen motivos para responsabilizar al Estado por el acto propio de la actividad de una empresa, tiene como consecuencia dejar sin posibilidades de reclamo internacional a las víctimas de la violación de una norma internacional como consecuencia de dichas actividades.

## 2. Artículo 8: Instrucciones, dirección o control

En los comentarios a los Artículos, la CDI expresó que, como principio general, los actos de los privados no resultan atribuibles a los Estados<sup>41</sup>. Sin embargo, pueden resultar atribuibles cuando existe una relación de hecho específica y un vínculo real entre el Estado y el particular<sup>42</sup>. En relación con las empresas, la CDI se refiere a las empresas que son propiedad del Estado y están bajo su control e indica que sus actos no resultan atribuibles al Estado a menos que esos actos se realicen en el ejercicio de atribuciones de poder público, en los términos del art. 5 de los Artículos<sup>43</sup>.

En sus informes<sup>44</sup>, el SG ha relevado los casos de tribunales internacionales en los que se sostuvo que el acto de una empresa resultaba atribuible al Estado a los fines de que sea internacionalmente responsable. Así, tuvo en cuenta que en la decisión sobre inadmisibilidad en el caso *Samsonov v. Rusia*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) resolvió que una petición era inadmisibile dado que los actos de una empresa no podían atribuirse al Estado por

---

<sup>41</sup> Comentarios de la CDI al Proyecto, comentario al art. 8, para. (1).

<sup>42</sup> Ibid.

<sup>43</sup> Comentarios de la CDI al Proyecto, comentario al art. 8, para. (6). Posteriormente este estándar fue aplicado en el caso *Hulley Enterprises Limited (Chipre) v. Federación Rusa* ante el Tribunal Permanente de Arbitraje. Corte Permanente de Arbitraje, (18 de julio de 2014), Caso No. AA 226, párr. 1466.

<sup>44</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, Compilación de las decisiones de cortes, tribunales y otros órganos internacionales, Informe del Secretario General, (21 de abril de 2016) U.N. Doc. A/71

no haber sido efectuados en el ejercicio del poder público<sup>45</sup>. En cambio, expresó que la atribución depende de la existencia de un control efectivo por parte del Estado, de conformidad con lo que establece el artículo 8 de los Artículos de la CDI<sup>46</sup>.

Asimismo, en el caso *Lao Holdings N.V. v. República Democrática Popular Lao*, el tribunal arbitral de inversión constituido en el marco del CIADI sostuvo que no resultan atribuibles los actos de una empresa en la cual el Estado es accionista minoritario<sup>47</sup>. Sin embargo, señaló que los actos de una empresa pueden ser atribuidos al Estado si este dirige y controla las actividades de la empresa<sup>48</sup>. Por otra parte, en el caso *Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. v. República de Turquía*, el tribunal arbitral de inversión del CIADI sostuvo que tampoco resulta suficiente que el Estado tenga una participación accionaria mayoritaria en una empresa para considerar que la conducta le resulta atribuible. Se debe probar que el Estado ejerce un control sobre la empresa, dirigido a la consecución de objetivos soberanos<sup>49</sup>.

En el caso *Electrabel S.A. v. Republica de Hungría*, el tribunal arbitral de inversión bajo las normas del CIADI se apoyó en los comentarios al artículo 8 de los Artículos para sostener que los actos de una empresa estatal sobre la que el Estado ejerce influencia no resultan atribuibles *per se* al Estado<sup>50</sup>. También sostuvo que el hecho de que el Estado haya efectuado una invitación no puede ser asimilado a una instrucción en los términos del artículo 8 de los Artículos a los fines de atribuir la conducta a Hungría<sup>51</sup>. Finalmente, el tribunal hizo referencia a que el Estado no

---

<sup>45</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Samsonov c. Rusia*, Aplicación No. 2880/10. 16 de septiembre de 2014., párr. 70

<sup>46</sup> Ibid., párr. 74.

<sup>47</sup> Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, *Lao Holdings N.V. v. Republica Democrática Popular Lao*, (10 de junio de 2015), Caso No. ARB(AF)/12/6, párr. 81

<sup>48</sup> Ibid

<sup>49</sup> Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, *Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. v. Republica de Turquía*, (10 de marzo de 2014), Caso No. ARB/11/28, parr. 281, 306, 326.

<sup>50</sup> Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, *Electrabel S.A. v. República de Hungría*, (25 de noviembre de 2015), Caso No. ARB/07/19, párr. 7.95.

<sup>51</sup> Ibid, parr. 7.111

utilizó a la empresa para alcanzar un resultado particular, motivo por el cual su conducta no le resultaba atribuible<sup>52</sup>.

Asimismo, en el caso *Ampal-American Israel Corporation y otros v. República Árabe de Egipto* el tribunal arbitral sostuvo que las empresas EGPC (Egyptian General Petroleum Corporation) o EGAS (Egyptian Natural Gas Holding Company) “actuaron ‘de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control’ de la demandada en relación con el comportamiento concreto y dejó entrever que el Estado también podía ser responsable en virtud de lo que establece el artículo 11 de los Artículos debido a que había reconocido y adoptado el comportamiento de las empresas como propio<sup>53</sup>.

Por tal motivo, se observa que el art. 8 de los Artículos tampoco resulta aplicable a todos los actos de las empresas, sino a aquellos que de alguna manera presentan un vínculo con el Estado debido a su control, dirección o instrucción. De tal manera, los actos de las empresas que no encajen en esos supuestos quedarán por fuera del reclamo internacional que puedan efectuar las víctimas.

### 3. Resumen

Se observa que los Artículos requieren algún tipo de conexidad entre la empresa y el Estado a los fines de establecer que un acto de aquella le resulta atribuible. Esa conexidad requiere que la empresa actúe en ejercicio de una atribución de poder público, o se encuentre bajo la dirección, instrucción o control del Estado, dejando fuera de esta regulación a aquellas actividades puramente comerciales o que no tienen ningún tipo de relación con el Estado. En otras palabras, se requiere una participación activa del Estado para que la conducta de la empresa le sea atribuible. Asimismo, se ha observado que los órganos internacionales de adjudicación no se han apartado de esa interpretación. Tampoco se observa que el SG en sus informes haya referido a los casos en los cuales se considera que el acto

---

<sup>52</sup> Ibid, parr. 7.137

<sup>53</sup> Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, *Ampal-American Israel Corporation y otros v. República Árabe de Egipto* (Caso No. ARB/12/11, (21 de febrero de 2017), párr. 135.

de una empresa resulta atribuible al Estado por una violación del deber de debida diligencia.

Por el contrario, la atribución de conductas de empresas al Estado en el marco del deber de debida diligencia difiere de los desarrollos efectuados por la CDI, dado que lo que se toma en consideración es la existencia de una omisión estatal que posibilita la violación de una norma internacional a través del acto de una empresa, sin importar la índole de las actividades que desarrolla. De esta manera, la atribución por violación al deber de debida diligencia viene a complementar los estándares que emanan de los Artículos.

Este nuevo criterio de atribución no contradice lo dispuesto en los Artículos, dado que la CDI consagró en el art. 55 que en aquellos supuestos en los que exista una norma secundaria específica para determinar la responsabilidad internacional del Estado se deberá atender al principio de *lex specialis*, que en el presente análisis refiere al concepto de debida diligencia.

## V. Los estándares de atribución en el derecho internacional de los derechos humanos: la debida diligencia

Uno de los primeros antecedentes en los que la comunidad internacional buscó establecer obligaciones para las empresas se remonta al año 1972, cuando el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas adoptó una resolución que llamaba a los Estados que tuvieran empresas operando en Namibia a usar todos los recursos para que adecuaran sus políticas de contratación de trabajadores namibios a lo dispuesto por la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>54</sup>. Sin embargo, tal como señala SANDRI FUENTES (2014, p.218) en el derecho internacional de los derechos humanos aún no existen instancias internacionales que permitan a las víctimas reclamar de manera directa contra las empresas por las violaciones que son consecuencia de sus actividades.<sup>55</sup> En cambio, los distintos órganos

---

<sup>54</sup> Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resolución 310 (1972), 4 de febrero de 1972, párr. 5.

<sup>55</sup> Una excepción es la Sala de Controversias de los Fondos Marinos del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, art. 187, cuya inciso e establece que la Sala tendrá competencia en “Las controversias entre la Autoridad y un Estado Parte,

internacionales de interpretación y aplicación de las normas de derechos humanos han considerado que el Estado debía responder por las actividades de las empresas. Así, han desarrollado estándares sobre debida diligencia que establecen criterios de atribución al Estado de actos de terceros, siempre que se cumplan ciertos supuestos.

En el comentario al artículo 2 de los Artículos, la CDI menciona, por única vez, el concepto de debida diligencia y establece que puede derivar de un tratado o de otra fuente, pero aclara que se trata de una norma primaria que no modifica las normas secundarias de atribución. Afirma la CDI que estas últimas no establecen una presunción acerca de los estándares de interpretación aplicables a las normas primarias<sup>56</sup>. Sostiene CRAWFORD (2009, p.3) que esta decisión de no analizar las normas primarias, o sustantivas, se tomó luego de que el primer Relator Especial del proyecto, García Amador intentara entre 1956 y 1961 analizar las normas sustantivas sobre protección diplomática.

Sin embargo, esta delgada línea que traza la CDI entre normas de atribución primarias y secundarias parece desdibujarse cuando se analiza la jurisprudencia de los órganos internacionales de protección de derechos humanos en materia de responsabilidad del Estado por actos ilícitos de empresas.

Como regla general, el derecho internacional de los derechos humanos establece que el Estado tiene obligaciones de respeto y garantía. O'BRIEN (2018, p.19) señala que la obligación de respeto implica un no hacer, que, en relación con los actos de empresas, refiere a los supuestos en que una empresa es de propiedad o está bajo el control del Estado; o una empresa que actúa como agente estatal. En este escenario, los estándares de la CDI resultan aplicables dado que encuadran dentro de los artículos 5 u 8 de los Artículos. En cambio, expresa O'BRIEN (2018, p.19) que la obligación de garantizar establece obligaciones positivas para los Estados que requieren la adopción de medidas de protección y prevención. Aquí es donde las normas de atribución elaboradas por la CDI no resultan suficientes para

---

una empresa estatal o una persona natural o jurídica patrocinada por un Estado Parte con arreglo a lo dispuesto en el apartado b) del párrafo 2 del artículo 153...".

<sup>56</sup> Comentarios de la CDI al Proyecto, comentario al art. 2, para. (3).

analizar los supuestos de responsabilidad estatal por la actuación ilícita de empresas no estatales, motivo por el cual se debe tener presente el concepto de debida diligencia.

A continuación, se analizará de qué manera los distintos órganos de protección de los derechos humanos se han pronunciado en materia de atribución por actos de empresas al Estado.

### 1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) ha elaborado un informe en el que se analiza el impacto de las industrias extractivas sobre los pueblos indígenas<sup>57</sup>. Allí señala que, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte IDH, la atribución de la conducta de una empresa al Estado se rige de conformidad con el art. 1.1 de la CADH que establece las obligaciones de respetar y garantizar<sup>58</sup>. Sin embargo, destaca que cuando el proyecto extractivo es llevado adelante por una empresa con participación estatal, la obligación de respetar y garantizar con debida diligencia recae sobre el Estado de manera directa.<sup>59</sup>

Asimismo, la CIDH sostiene que en el sistema interamericano de protección la interpretación de los tratados se efectúa de manera evolutiva, considerando a los tratados como instrumentos vivos “cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales”<sup>60</sup>. Por tal motivo la interpretación y aplicación de normas de derechos humanos no pueden prescindir del conjunto creciente de instrumentos internacionales de protección de derechos frente a las empresas<sup>61</sup>.

---

<sup>57</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollos*, 31 diciembre 2015, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/15.

<sup>58</sup> *Ibid.*, párr. 86-88.

<sup>59</sup> *Ibid.*, párr. 85.

<sup>60</sup> *Ibid.*, párr. 64.

<sup>61</sup> *Ibid.*

De esta manera, la CIDH especifica los deberes de debida diligencia que recaen sobre el Estado para prevenir una violación a los derechos humanos como consecuencia de la actividad de una industria:

“A partir de las obligaciones generales y el contenido de los derechos humanos más relevantes en materia de proyectos de extracción y desarrollo, la Comisión Interamericana considera que las obligaciones estatales en estos contextos, de actuar con la debida diligencia necesaria, giran en torno a seis ejes centrales: (i) el deber de adoptar un marco normativo adecuado y efectivo, (ii) el deber de prevenir las violaciones de derechos humanos, (iii) la obligación de supervisar y fiscalizar las actividades de las empresas y otros actores no estatales, (iv) el deber de garantizar mecanismos de participación efectiva y acceso a la información, (v) el deber de prevenir actividades ilegales y formas de violencia, y (vi) el deber de garantizar el acceso a la justicia a través de la investigación, sanción y reparación adecuada de las violaciones de derechos humanos en estos contextos”.<sup>62</sup>

Posteriormente, en el informe sobre Empresas y Derechos Humanos, la CIDH especifica que los Estados también deben exigir a las empresas que actúen con debida diligencia y señala:

“La debida diligencia en materia de derechos humanos se ubica en la raíz del establecimiento de sistemas y procesos de derechos humanos efectivos, para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas por los daños que causan, a los cuales contribuyen o con los cuales las empresas y los Estados están relacionados”.<sup>63</sup>

De esta manera, se deberá analizar de qué manera el Estado cumplió, o hizo cumplir a la empresa, con el deber de debida diligencia, examinando cada uno de los elementos mencionados por la CIDH a los fines de atribuirle el acto de una empresa.

## 2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos

---

<sup>62</sup> Ibid., párr. 65

<sup>63</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos*, 01 de noviembre de 2019, OEA/Ser.L/V/II CIDH/REDESCA/INF.1/19, párr. 50.

### 2.1. Atribución de conductas de particulares

Desde el caso *Velázquez Rodríguez v Honduras*, la Corte IDH ha declarado que el Estado es responsable internacionalmente no sólo por la acción concreta de sus agentes, sino por la omisión en la toma de medidas para prevenir la desaparición forzada de una persona<sup>64</sup>.

Así, en el caso *Godínez Cruz c. Honduras*, la Corte IDH sostuvo que la conducta de particulares puede hacer surgir la responsabilidad del Estado, no por el hecho en sí, sino por la falta de debida diligencia para prevenir la violación a un derecho humano<sup>65</sup>.

Posteriormente, en el caso *Masacre de Mapiripán Vs. Colombia* la Corte IDH hizo referencia a la obligación que tienen los Estados de respetar y hacer respetar, las que abarcan no sólo la relación de sus agentes con los particulares, sino que se extiende a las relaciones inter-individuales<sup>66</sup>. Sin embargo, esa obligación no surge ante cualquier situación sino cuando el Estado toma conocimiento de un “riesgo real e inmediato para una persona o grupo de personas y tiene una posibilidad razonable de prevenir o evitar ese riesgo”<sup>67</sup>. Este criterio se aplica a todo acto, omisión o hecho de un particular<sup>68</sup>.

Asimismo, en el caso *Alban Cornejo c. Ecuador* la Corte IDH precisó que los actos de particulares resultan atribuibles al Estado cuando omite prevenir o impedir conductas de terceros que violen un derecho humano<sup>69</sup>.

### 2.2. Atribución de conductas de empresas

En lo que respecta a la actuación de las empresas, la Corte IDH sostuvo en el caso *Saramaka v Surinam* que el Estado había violado los derechos de un pueblo

---

<sup>64</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5., párr. 182.

<sup>65</sup> Ibid.

<sup>66</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C No. 134. párrs. 111 y 112.

<sup>67</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140. párr. 123;

<sup>68</sup> Ibid.

<sup>69</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Albán Cornejo y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171, párr. 119.

indígena al no haber garantizado que la explotación de una empresa se efectuara previa realización de un estudio de impacto ambiental, consultando a los miembros de la comunidad y permitiendo su participación en los beneficios de la explotación<sup>70</sup>.

Asimismo, en el caso *Sarayaku v. Ecuador* la Corte IDH reiteró la necesidad de la existencia de un riesgo real e inmediato para responsabilizar al Estado por el acto de una empresa<sup>71</sup>. También especificó que la obligación de efectuar una consulta previa no puede delegarse en la empresa, dado que es una obligación del Estado<sup>72</sup>, al igual que la realización de un estudio de impacto ambiental y social<sup>73</sup>.

En el caso *Kaliña Lokono v. Surinam*, la Corte IDH dejó entrever que evaluación de impacto ambiental puede estar a cargo de entidades independientes y técnicamente capaces, pero siempre bajo la supervisión del Estado<sup>74</sup>. El Tribunal también tuvo en consideración que el daño a los territorios de la comunidad indígena provenía de una empresa, motivo por el cual recurrió a los Principios. De esa manera señaló que si bien las empresas tienen el deber de respetar los derechos humanos de manera directa “los Estados tienen la responsabilidad de proteger los derechos humanos de las personas contra las violaciones cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros, incluidas las empresas”<sup>75</sup>.

Finalmente, en la *Opinión Consultiva N°23* sobre medio ambiente y derechos humanos la Corte IDH se pronunció sobre las obligaciones que tiene el Estado de

---

<sup>70</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 158.

<sup>71</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 245.

<sup>72</sup> Ibid, párr. 187.

<sup>73</sup> Ibid, párrs. 206-207.

<sup>74</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, párr. 214.

<sup>75</sup> Ibid, párr. 224.

regular<sup>76</sup>, supervisar y fiscalizar<sup>77</sup> las actividades que puedan dañar el ambiente, lo que puede ser aplicado por analogía a los deberes en relación con las empresas. En relación con la obligación de regular, la Corte IDH precisó que los Estados donde se encuentra registrada una empresa tienen la obligación de regular sus actividades, aún cuando esas actividades se desarrollen fuera de su territorio<sup>78</sup>. En esta Opinión Consultiva la Corte IDH fue más enfática en señalar que si bien los Estados tienen el deber de supervisar y regular “conforme a los “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos”, las empresas deben actuar de conformidad con el respeto y la protección de los derechos humanos, así como prevenir, mitigar y hacerse responsables por las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos”<sup>79</sup>.

De esta manera, la Corte IDH parece dar vuelta su jurisprudencia constante en materia de atribución de responsabilidad por actos de particulares, señalando que existen algunos supuestos donde la obligación primaria de respetar los derechos humanos ya no recae sobre el Estado, como ocurre en los casos en los que está bajo examen la conducta de una empresa.

### 3. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) es claro en afirmar que la conducta de personas particulares *per se* no puede ser atribuida al Estado<sup>80</sup>.

Sin embargo, el TEDH ha desarrollado una jurisprudencia en torno al deber de debida diligencia que deben ejercer los Estados sobre las conductas desarrolladas por las empresas. De esta manera, la responsabilidad internacional

---

<sup>76</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23, párr. 149.

<sup>77</sup> *Ibid.*, párr. 152 y ss.

<sup>78</sup> *Ibid.*, párr. 151.

<sup>79</sup> *Ibid.*, párr. 155.

<sup>80</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Tagayeva y otros v. Rusia*, Aplicación No. 26562, Decisión, 9 junio de 2015, para. 581.

surge en virtud de la atribución al Estado de la conducta de una empresa por el incumplimiento del deber de debida diligencia que recae sobre el Estado, la que consiste en prevenir que la violación ocurra<sup>81</sup>.

Al analizar la jurisprudencia del tribunal se observa que los primeros casos del TEDH no fueron claros en establecer un estándar. En el caso *López Ostra v. España*, el TEDH indicó que las emisiones contaminantes de una empresa no podían ser atribuidas al Estado aún cuando había permitido y subsidiado la construcción de la planta para el tratamiento de residuos<sup>82</sup>. Sin embargo, no otorgó una regla clara en cuanto a la atribución de la conducta de la empresa, señalando que el Estado resultaba responsable por la omisión en la realización de un balance adecuado entre la promoción de la prosperidad económica del pueblo donde se permitió la construcción de la planta y los derechos de las víctimas<sup>83</sup>.

En el caso *Guerra y otros v. Italia* el TEDH tampoco elaboró un estándar claro de atribución al Estado por actos ilícitos de empresas. Consideró que la afectación del derecho a la privacidad y vida familiar era producto de la emisión de gases tóxicos por parte de una empresa productora de fertilizantes, sin que el Estado diera cumplimiento a sus obligaciones positivas para garantizar los derechos de las víctimas<sup>84</sup>.

A partir del caso *Fedayeva v. Rusia* el TEDH comienza a establecer pautas para identificar en que supuestos el acto ilícito de una empresa resulta atribuible al Estado. Así el TEDH sostuvo que si bien la empresa contaminante no estaba bajo la propiedad, el dominio o la conducción del Estado, este resultaba responsable porque de los hechos del caso se infería la expectativa razonable de que el Estado

---

<sup>81</sup> De esta manera, se dejan de lado aquellos casos en los que, si bien existe una conducta de una empresa que afecta un derecho, la responsabilidad del Estado surge por no haber dado una respuesta una vez que la violación se materializó. Ello se observa en algunos casos vinculados con el derecho a la libertad de expresión y derechos laborales, entre otros.

<sup>82</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Lopez Ostra v. España*. Aplicación 16798/90, 12/09/1994, párr. 52.

<sup>83</sup> *Ibid*, párr. 58.

<sup>84</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Guerra y otros v. Italia*, Aplicación 14967/89, 19/02/1998, párr. 58.

debía haber actuado y prevenido la violación a los derechos de las víctimas<sup>85</sup>. Esa omisión creaba el nexo suficiente para vincular las actividades contaminantes con el Estado<sup>86</sup>.

En el caso *Taşkin y otros v. Turquía* el TEDH estableció que en los casos en que se autoriza a una empresa a explotar un recurso (en este caso, se trataba de la extracción de oro mediante el uso de cianuro) el Estado debe cumplir una serie de obligaciones procesales, tales como la elaboración de estudios de impacto ambiental y asegurar la participación de las personas afectadas en la toma de decisiones. En el caso concluyó que Turquía resultaba responsable por la violación al deber de respeto al derecho a la privacidad y vida familiar de las víctimas, al emitir permisos de explotación en favor de la empresa en violación de la decisión jurisdiccional interna que ordenaba lo contrario al haberse comprobado que la explotación minera afectaría a la población de la zona<sup>87</sup>.

En el caso *Storck v. Alemania* el TEDH señaló que, si bien la detención de una persona se había efectuado en un establecimiento psiquiátrico privado, el Estado permanecía obligado a supervisarlo y controlarlo. Sostuvo que un Estado no puede desligarse completamente de sus obligaciones al delegar sus atribuciones en individuos o entidades privadas<sup>88</sup>. A igual conclusión arribó en un caso previo, *Costello Roberts v. Reino Unido*, donde sostuvo que los actos disciplinarios ocurridos en un establecimiento educativo privado no son ajenos al deber de garantizar los derechos de quienes allí asisten<sup>89</sup>.

#### 4. El Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ONU)

---

<sup>85</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Fedayeva v. Rusia*, Aplicación 55723/00, 9/6/2005, párr. 89.

<sup>86</sup> *Ibid.*, párr. 92.

<sup>87</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Taşkin y otros v. Turquía*, Aplicación No. 46117/99, 10/11/2004, párrs. 118-125.

<sup>88</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Storck v. Alemania*, Aplicación No. 61603/00, 16/06/2005, párr. 103.

<sup>89</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Costello-Roberts v. Reino Unido*, Aplicación No. 13134/87, 25/03/1993, párr. 25-28.

El Comité ha señalado que las empresas privadas tienen responsabilidades en relación con ciertos derechos.<sup>90</sup> En cuanto a los estándares que permiten establecer que existe atribución por una omisión del Estado relacionada con una obligación primaria, resulta necesario recurrir a lo que sostuvo el Comité DESC en su Observación General N° 24:

“La obligación de proteger significa que los Estados partes deben prevenir de manera eficaz toda conculcación de los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de las actividades empresariales. Ello requiere que los Estados partes adopten medidas legislativas, administrativas, educativas y otras medidas apropiadas para asegurar una protección eficaz contra las vulneraciones de los derechos consagrados en el Pacto relacionadas con actividades empresariales y que proporcionen acceso a recursos efectivos a las víctimas de esos abusos”.<sup>91</sup>

Entonces, la atribución de responsabilidad al Estado por el acto ilícito de una empresa se enmarca en la obligación de proteger<sup>92</sup>. Esta obligación también alcanza a aquellas actividades de las empresas que puedan afectar los derechos de personas de otros Estados<sup>93</sup>.

---

<sup>90</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General, N° 14 “*El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*”, U.N. Doc. E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párr. 42; Observación General N°11, El derecho a una alimentación adecuada, U.N. Doc. E/C.12/1999/5, 12 de mayo de 1999, párr. 20; Observación General N°17, Derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor(a), U.N. Doc. E/C.12/GC/17, 12 de enero de 2006, párr. 55.

<sup>91</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general núm. 24 (2017) sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales, U.N. Doc. E/C.12/GC/24, 10 de agosto de 2017, párr. 14.

<sup>92</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N°11, El derecho a una alimentación adecuada, U.N. Doc. E/C.12/1999/5, 12 de mayo de 1999, párr. 20; observación General N°15, El derecho al agua. U.N. Doc. E/C.12/2002/11, 20 de enero de 2003, párr. 23; CDESC, Observación General, N° 14 “*El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*”, U.N. Doc. E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párr. 51; Observación General N°19, El derecho a la seguridad social, U.N. Doc. E/C.12/GC/19, 4 de febrero de 2008, párr. 45; Observación General N°21, Derecho de toda persona a participar en la vida cultural, U.N. Doc. E/C.12/GC/21/Rev.1, 17 de mayo de 2010, párr. 50.

<sup>93</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General, N° 14 “*El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*”, U.N. Doc. E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párr. 39; Observación General N°15, El derecho al agua. U.N. Doc. E/C.12/2002/11, 20 de enero de 2003, párr. 33; Observación General N°18, El derecho al trabajo, U.N. Doc. E/C.12/GC/18, 6 de febrero de 2006, párr. 52; observación General N°19, El derecho a la seguridad social, U.N. Doc. E/C.12/GC/19, 4 de febrero de 2008, párr. 54

## 5. Otros órganos universales de protección

El Comité sobre los Derechos del Niño a través de la Observación General N° 16 sostuvo que:

“(…) las obligaciones y las responsabilidades de respetar los derechos del niño se extienden en la práctica más allá de los servicios e instituciones del Estado y controlados por el Estado y se aplican a los actores privados y a las empresas. Por lo tanto, todas las empresas deben cumplir sus responsabilidades en relación con los derechos del niño y los Estados deben velar por que lo hagan. Además, las empresas no deben mermar la capacidad de los Estados para cumplir sus obligaciones hacia los niños de conformidad con la Convención y sus protocolos facultativos”.<sup>94</sup>

El Comité sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en la Recomendación General N° 35 sostuvo que:

“El artículo 2 e) de la Convención prevé explícitamente que los Estados partes deben comprometerse a adoptar todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas. Esa obligación, conocida con frecuencia como una obligación de diligencia debida, sienta las bases de la Convención en su conjunto y, en consecuencia, los Estados partes serán considerados responsables en caso de que no adopten todas las medidas apropiadas para prevenir, investigar, enjuiciar, castigar y ofrecer reparación por los actos u omisiones de agentes no estatales que den lugar a la violencia por razón de género contra la mujer, entre otras las medidas tomadas por empresas que operan de manera extraterritorial”.<sup>95</sup>

El Comité de Derechos Humanos, en la Observación General N° 31 también establece que:

---

<sup>94</sup> Comité de Derechos del Niño, Observación general N° 16 sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño. 17 de abril de 2013. U.N. Doc. CRC/C/GC/16, párr. 8.

<sup>95</sup> Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, Recomendación general N° 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la Recomendación General N° 19. 26 de julio de 2017. U.N. Doc. CEDAW/C/GC/35, Parr.24.

“Sin embargo, las obligaciones positivas de los Estados Partes de velar por los derechos del Pacto sólo se cumplirán plenamente si los individuos están protegidos por el Estado, no sólo contra las violaciones de los derechos del Pacto por sus agentes, sino también contra los actos cometidos por personas o entidades privadas que obstaculizarían el disfrute de los derechos del Pacto en la medida en que son susceptibles de aplicación entre personas o entidades privadas. Puede haber circunstancias en que la falta de garantía de los derechos del Pacto, tal como se exige en el artículo 2, produciría violaciones de esos derechos por los Estados Partes, como resultado de que los Estados Partes permitan o no que se adopten las medidas adecuadas o se ejerza la debida diligencia para evitar, castigar, investigar o reparar el daño causado por actos de personas o entidades privadas”.<sup>96</sup>

De tal manera, como señala PETERS (2016), este deber de debida diligencia le impone al Estado obligaciones de conducta, no de resultado, y sólo establece obligaciones para terceros de manera indirecta.

## 6. El Grupo de trabajo sobre la cuestión de las empresas y los derechos humanos

En el año 2011 el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas aprobó los Principios, que se fundan en tres pilares: la obligación de los Estados de proteger<sup>97</sup>, la obligación de las empresas de respetar<sup>98</sup> y el derecho de las víctimas a recibir una reparación<sup>99</sup>. En lo que aquí interesa, se ha interpretado que los Principios no establecen nuevas obligaciones de derecho internacional<sup>100</sup>, motivo por el cual resulta pertinente examinar cómo se interrelacionan con los estándares vigentes en materia de atribución.

<sup>96</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación general Nº 31 “Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto”. 26 de mayo de 2004. U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, párr. 8.

<sup>97</sup> Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos, Principio 1.

<sup>98</sup> Ibid, Principio 11.

<sup>99</sup> Ibid, Principio 25.

<sup>100</sup> Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (2011). *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos. Puesta en Práctica del marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar.* Recuperado de: [https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf), p. 1.

En cuanto a la obligación de proteger, se trata de una obligación de conducta que implica que el Estado no responde por actos de privados<sup>101</sup> con la excepción de aquellos supuestos en que no haya fiscalizado las actividades de las empresas que producen una violación a los derechos humanos. Por otro lado, la obligación de respeto recae sobre las empresas e implica que deben actuar con la debida diligencia entendida como los “procesos que todas las empresas deben incorporar a fin de identificar, prevenir, mitigar y justificar cómo subsanan los efectos adversos potenciales y reales sobre los derechos humanos causados total o parcialmente por sus actividades, o vinculados directamente con sus operaciones, sus productos o los servicios prestados por sus relaciones comerciales”<sup>102</sup>. Los elementos de la debida diligencia empresarial difieren de los que son requeridos al Estado. Ruggie señala que la debida diligencia de las empresas está compuesta de tres factores: a) consideración del contexto en que operan; b) posible impacto de su actividad sobre los derechos humanos; c) posible contribución al abuso de derechos vinculado a sus actividades<sup>103</sup>.

De esta manera, es la empresa la que tiene el deber de actuar con debida diligencia. Sin embargo, el Grupo de Trabajo ha indicado que el Estado tiene que adoptar medidas para garantizar que las empresas cumplan con el deber de debida diligencia. Esas medidas pueden ser legislativas,<sup>104</sup> de capacitación judicial<sup>105</sup>, de control sobre aquellas empresas estatales o que reciben apoyo estatal<sup>106</sup>. Así, el Grupo de Trabajo indica que “la expectativa de que todas las empresas comerciales actúen con diligencia debida en materia de derechos humanos no traslada la responsabilidad de los Gobiernos a las empresas”<sup>107</sup>. A su vez, esta obligación de

---

<sup>101</sup> Ibid., p. 3.

<sup>102</sup> Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, (16 de julio de 2018), U.N. Doc. A/73/163, párr. 2.

<sup>103</sup> Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie, (7 de abril de 2008), U.N. Doc. A/HRC/8/5, párr. 57.

<sup>104</sup> Grupo de Trabajo, supra nota 85, párr. 67.

<sup>105</sup> Ibid., párr. 76.

<sup>106</sup> Ibid., párr. 79.

<sup>107</sup> Ibid., párr. 14.

debida diligencia recae sobre todas las empresas, “desde las pequeñas y medianas hasta las grandes multinacionales”<sup>108</sup>.

RUGGIE (2017, p.7) señala que uno de los problemas que enfrenta la regulación de la actividad empresarial es el desajuste de escalas que existe: mientras las empresas operan a nivel global y de manera coordinada, las regulaciones sobre su actividad están fragmentadas en los distintos Estados, los que actúan sobre una sucursal de la empresa incorporada a su ordenamiento jurídico, sin tener incidencia sobre la totalidad de su actividad. El otro problema consiste en que si bien el derecho internacional reconoce el impacto que tienen las actividades de las empresas transnacionales, la respuesta que se brinda establece obligaciones sobre el Estado y no sobre la empresa.

La discusión acerca de quién debe responder por la violación de derechos humanos vinculadas con actos de empresas estaría llegando a su fin. MELISH (2018, p.118) destaca que desde el año 2014, se encuentra bajo negociación un tratado sobre empresas y derechos humanos, promovido por la presión ejercida por 90 Estados y más de 500 organizaciones de la sociedad civil. En virtud de este nuevo instrumento se crearía un órgano de control encargado de evaluar el cumplimiento del tratado por parte de la empresa. Sin embargo, la negociación de este nuevo instrumento no está libre de discusiones entre representantes de las empresas, los Estados y la sociedad civil.

## VI. Conclusiones

Se ha examinado como el nacimiento de obligaciones para las empresas se encuentra en una etapa inicial. De esta manera, se reconoce que las empresas están relacionadas con las violaciones a sus derechos que sufren las personas, pero aun no existen las instancias internacionales adecuadas para que sean consideradas responsables de manera directa.

---

<sup>108</sup> Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, (24 de abril de 2017), U.N. Doc. A/HRC/35/32, párrs. 10 y 16.

Por otro lado, desde la adopción de los Artículos, los estándares sobre atribución de actos de empresas a los Estados se han ido delineando con mayor precisión. La CDI reconoce que, si bien la regla es que los actos de particulares no resultan atribuibles al Estado, ello admite excepciones en aquellos casos en que el Estado no adopta las medidas necesarias para prevenir las violaciones a la norma que provienen de particulares. Al supuesto de atribución por omisión, se suma el enfoque según el cual las actividades de las empresas resultan atribuibles al Estado por encuadrar en lo estipulado en los artículos 5 u 8. La CDI también reconoce que en aquellos casos donde exista una regulación específica para determinar la existencia de responsabilidad internacional del Estado deberá respetarse el principio de *lex specialis*.

Desde el derecho internacional de los derechos humanos, se han especificado las obligaciones que recaen sobre el Estado, que dotan de contenido al concepto de omisión presente en el artículo 2 de los Artículos cuando se abordan los actos ilícitos de las empresas. Así, se han delineado los estándares vinculados con el deber de adoptar medidas con la debida diligencia, la obligación de proteger frente a posibles actos violatorios de particulares, hasta llegar a la etapa actual en la que se plantea que la obligación de respetar los derechos humanos recae directamente sobre la empresa. Asimismo, esta obligación se complejiza dependiendo del sujeto u objeto sobre el recae la protección. Así, cuando se afectan los derechos de un pueblo indígena o el ambiente, el Estado también debe fiscalizar que se efectúe una evaluación de impacto ambiental y social, la consulta a la comunidad y la participación en los beneficios de la explotación para sus miembros. Los órganos de tratados de las Naciones Unidas, del sistema regional europeo e interamericano también se han encargado de desarrollar los estándares sobre debida diligencia

De esta manera, los estándares de derechos humanos resultan insoslayables para dotar de un contenido más preciso a los estándares de atribución que surgen de los Artículos de la CDI, principalmente en lo que respecta a la atribución del acto ilícito de una empresa al Estado.

## Bibliografía

Revista Electrónica. Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja  
Número 27, diciembre 2021 – mayo 2022, Buenos Aires, Argentina, ISSN 1851-3069,  
pp. 351-390

- CLAPHAM, Andrew. (2006). *Human Rights Obligations of Non-state Actors*. New York: Oxford University Press.
- CRAWFORD, James (2009). Artículos Sobre Responsabilidad Del Estado Por Hechos Internacionalmente Ilícitos. *Biblioteca Audiovisual de las Naciones Unidas*. Recuperado de: [http://legal.un.org/avl/pdf/ha/rsiwa/rsiwa\\_s.pdf](http://legal.un.org/avl/pdf/ha/rsiwa/rsiwa_s.pdf).
- CRAWFORD, James (2013). Organs and entities exercising governmental authority. En Crawford James. (Ed.), *State Responsibility: The General Part* (pp. 113-140). Cambridge: Cambridge University Press.
- FORSYTHE, David (2012) *Human Rights in International Relations*. Cambridge, Cambridge University Press.
- FRIEDMAN, Wolfgang (1969), *General Course in Public International Law*, 127 Recueil de Cours 39, 122.
- GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina Sandra (2015). Responsabilidad internacional del Estado por Actos Ilícitos. En González Napolitano, Silvina Sandra (Ed.). *Lecciones de Derecho Internacional Público* (pp. 303-324). Buenos Aires: Errepar.
- GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina Sandra (2013). *La responsabilidad internacional del estado por violación de los derechos humanos: sus particularidades frente al derecho internacional general*. Avellaneda. SGN Editora.
- HIGGINS, Rosalyn (1978). Conceptual Thinking About the Individual in International Law. En *British Journal of International Studies*, Vol. 4, No. 1, pp.1-19.
- LUSTIG, Doreen (2020). *Veiled Power: International Law and the Private Corporation, 1886-1981*. Oxford, Oxford University Press.
- MCDUGAL, Myres (1953). *International Law, Power and Policy: A Contemporary Conception*, Vol. 82 Collected Courses of the Hague Academy of International Law.
- MELISH, Tara (2018). Volver a incluir los derechos humanos en los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos. Cambiar de marco e incorporar los derechos de participación. En Rodríguez

- Garavito Carlos. (Ed.), *Empresas y Derechos Humanos en el siglo XXI*, (pp.117-148). Buenos Aires. Siglo Veintiuno Editores.
- MUCHLINSKI, Peter (2021). *Multinational Enterprises and the Law*. Cambridge University Press. New York.
- O'BRIEN, Claire Methven. (2018). *Business and Human Rights. A handbook for legal practitioners*. Recuperado de: <https://rm.coe.int/business-and-human-rights-a-handbook-of-legal-practitioners/168092323f>.
- Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. (2011). *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos. Puesta en Práctica del marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar*. Recuperado de:



[p.pdf](#)

PETERS, Anne (2016). *Beyond Human Rights. The Legal Status of the Individual in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.

PINTO, Mónica (2020) El derecho internacional consuetudinario, las empresas y los derechos humanos. En La Ley 2020-B. 27 de abril de 2020, pp. 1-7.

RUGGIE, John G. (2017). "The Social Construction of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights." Recuperado de: <https://www.hks.harvard.edu/publications/social-construction-un-guiding-principles-business-human-rights>.

SANDRI FUENTES, Annabella (2014). "Negocios y derechos humanos: La responsabilidad de los Estados cuando intervienen empresas multinacionales en la violación de derechos humanos". En Rey S.A (Ed.), *Los Derechos Humanos en el Derecho Internacional*. (pp. 213-228). Buenos Aires. Infojus.

## Jurisprudencia

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, EDF (Services) Limited v. Romania, (8 de octubre 2009), Caso No. ARB/05/13.

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, Gustav F W Hamster GmbH & Co KG v. Republica de Ghana, (18 de junio de 2010), Caso No. ARB/07/24.

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, Lao Holdings N.V. v. Republica Democrática Popular Lao, (10 de junio de 2015), Caso No. ARB(AF)/12/6.

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. v. Republica de Turquía, (10 de marzo de 2014), Caso No. ARB/11/28.

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, Electrabel S.A. v. Republica de Hungría, (25 de noviembre de 2015), Caso No. ARB/07/19.

- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, *Ampal-American Israel Corporation y otros v. República Árabe de Egipto* (Caso No. ARB/12/11, (21 de febrero de 2017).
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, Unión Fenosa Gas, S.A. vs. República Árabe de Egipto, laudo, (31 de agosto de 2018), Caso No. ARB/14/4.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Godínez Cruz Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la “*Masacre de Mapiripán*” Vs. *Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C No. 134.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Albán Cornejo y otros Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del *Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309.

- Corte IDH. *Caso Mujeres Víctimas de tortura sexual en Atenco v. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Costello-Roberts v. Reino Unido*, Aplicación No. 13134/87, 25 de marzo de 1993.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Taşkin y otros v. Turquía*, Aplicación No. 46117/99, 10 de noviembre de 2004.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Storck v. Alemania*, Aplicación No. 61603/00, 16 de junio de 2005.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Samsonov c. Rusia*, Aplicación No. 2880/10. 16 de septiembre de 2014.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Tagayeva y otros v. Rusia*, Aplicación No. 26562, 09 de junio de 2015.
- Corte Permanente de Arbitraje, (18 de julio de 2014), Caso No. AA 226.

### Informes y resoluciones

- Asamblea General de las Naciones Unidas, Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, Compilación de las decisiones de cortes, tribunales y otros órganos internacionales, Informe del Secretario General. Adición. (20 de junio de 2017) U.N. Doc. A/71/80/Add.1.
- Asamblea General de las Naciones Unidas, Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, Compilación de las decisiones de cortes, tribunales y otros órganos internacionales, Informe del Secretario General. Adición. (17 de abril de 2007), U.N. Doc. A/62/62/Add.1.
- Asamblea General de las Naciones Unidas, Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, Compilación de las decisiones de cortes, tribunales y otros órganos internacionales, Informe del Secretario General, (30 de abril de 2010), U.N. Doc. A/65/76.
- Asamblea General de las Naciones Unidas, Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, Compilación de las decisiones de cortes,

tribunales y otros órganos internacionales, Informe del Secretario General, (30 de abril de 2013), U.N. Doc. A/68/72.

Asamblea General de las Naciones Unidas, Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, Compilación de las decisiones de cortes, tribunales y otros órganos internacionales, Informe del Secretario General, (21 de abril de 2016) U.N. Doc. A/71/80.

Asamblea General de las Naciones Unidas, Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, Compilación de las decisiones de cortes, tribunales y otros órganos internacionales, Informe del Secretario General. Adición, (20 de junio de 2017), U.N. Doc. A/71/80/Add.1.

Asamblea General de las Naciones Unidas, Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, Compilación de las decisiones de cortes, tribunales y otros órganos internacionales, Informe del Secretario General (23 de abril de 2019), U.N. Doc. A/74/83.

Comisión de Derecho Internacional, *Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, adoptado por la CDI en su 53º período de sesiones (A/56/10) y anexo por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 56/83 del 12/12/2001, Doc. A/RES/56/83, 28/01/2002, Comentarios de la CDI al Proyecto.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollos*, (31 diciembre 2015), OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/15.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos*, 01 de noviembre de 2019, OEA/Ser.L/V/II CIDH/REDESCA/INF.1/19.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Nº11, El derecho a una alimentación adecuada, (12 de mayo de 1999), U.N. Doc. E/C.12/1999/5.

- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General, N° 14 “*El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*”, (11 de agosto de 2000), U.N. Doc. E/C.12/2000/4.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N°15, El derecho al agua, (20 de enero de 2003), U.N. Doc. E/C.12/2002/11.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N°17, Derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor(a), (12 de enero de 2006), U.N. Doc. E/C.12/GC/17.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N°18, El derecho al trabajo, (6 de febrero de 2006), U.N. Doc. E/C.12/GC/18.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N°19, El derecho a la seguridad social, (4 de febrero de 2008), U.N. Doc. E/C.12/GC/19.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N°21, Derecho de toda persona a participar en la vida cultural, (17 de mayo de 2010), U.N. Doc. E/C.12/GC/21/Rev.1.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 24 (2017) sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales, (10 de agosto de 2017), E/C.12/GC/24.
- Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 31 “Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto”. 26 de mayo de 2004. U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13.
- Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 16 sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño, (17 de abril de 2013), U.N. Doc. CRC/C/GC/16.
- Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, Recomendación General N° 35 sobre la violencia por razón de género contra

la mujer, por la que se actualiza la Recomendación General N° 19, (26 de julio de 2017), U.N. Doc. CEDAW/C/GC/35.

Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie, (7 de abril de 2008), U.N. Doc. A/HRC/8/5.

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resolución 310 (1972), 4 de febrero de 1972.

Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, (24 de abril de 2017), U.N. Doc. A/HRC/35/32.

Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, (16 de julio de 2018), U.N. Doc. A/73/163.

## Las mujeres criminales del positivismo en Argentina: aproximaciones a partir del delito de infanticidio

The criminal women of positivism in Argentina: approaches from the crime of infanticide

Por Noelia Rozanski

**Resumen:** Es objetivo de este trabajo observar cómo es posible encontrar en el discurso jurídico contemporáneo patrones de análisis de la criminalidad de las mujeres propios del positivismo criminológico en continuidad con la criminología originaria/demonológica. Sostenemos como supuesto que los significados sobre el delito y la delincuencia son resultado de definiciones y procesos sociales y por ende la criminología es siempre una disciplina política (Del Olmo, 1990). No es posible concebir la criminología como campo de conocimiento homogéneo ni neutral, ya que en su desarrollo opera como discurso de poder para legitimar o cuestionar prácticas con el impacto social que esto implica. Como punto de inicio comenzaremos refiriendo a la génesis y desarrollo del positivismo criminológico en la Argentina en el plano académico de los intelectuales y en el "sentido común criminológico" configurado principalmente por la recepción de las publicaciones en la prensa y en menor medida en las revistas especializadas como *Criminalología Moderna*, fundada en 1898 y dirigida por Pietro Gori, y *Archivos de Criminología, Medicina Legal y Psiquiatría*, fundada en 1902 por Francisco de Veyga y dirigida por José Ingenieros, para posteriormente realizar aproximaciones a partir del delito de infanticidio y su vinculación con la tesis de la "locura/psicosis puerperal" como argumento estigmatizante y criminalizante de los cuerpos femeninos.

**Palabras clave:** criminología; positivismo; mujeres; feminismos; locura puerperal.

**Abstract:** It is the objective of this work to observe how it is possible to find in contemporary legal discourse patterns of analysis of the criminality of women typical of criminological positivism in continuity with original/demonological criminology. We hold as an assumption that the meanings about crime and delinquency are the result of definitions and social processes and therefore criminology is always a political discipline (Del Olmo, 1990). Criminology cannot be conceived as a homogeneous or neutral field of knowledge, since in its development it operates as a power discourse to legitimize or question practices with the social impact that this implies. As a starting point we will begin by referring to the genesis and development of criminological positivism in Argentina at the academic level of intellectuals and in the "criminological common sense" configured mainly by the reception of publications in the press and to a lesser extent in magazines specialized as *Criminalología Moderna*, founded in 1898 and directed by Pietro Gori, and *Archivos de Criminología*,

Medicina Legal y Psiquiatría, founded in 1902 by Francisco de Veyga and directed by José Ingenieros, for later to make approaches from the crime of infanticide and its link with the thesis of "puerperal insanity/psychosis" as a stigmatizing and criminalizing argument of female bodies.

**Keywords:** criminology; positivism; women; feminisms; puerperal insanity.

Fecha de recepción: 16/04/21

Fecha de aceptación: 03/08/21

Esta obra se publica bajo licencia Creative Commons 4.0 Internacional. (Atribución-No Comercial-Compartir Igual)



## Las mujeres criminales del positivismo en Argentina: aproximaciones a partir del delito de infanticidio<sup>1</sup>

Por Noelia Rozanski\*

### I. Introducción

“...dio a luz a un bebé de sexo masculino de aproximadamente 32 semanas de gestación, con una talla de 36 cm y 950 grs. de peso, el cual nació con vida, conforme se desprende del informe nº 1792 elaborado por el Dr. Armando Gustavo José, del Cuerpo Médico Forense del Poder Judicial. Después de dar a luz a su hijo, cortó el cordón umbilical que unía la placenta con el cuerpo de su hijo, luego lo anudó y con claras intenciones de provocar la muerte de su hijo, el cual se encontraba en un estado de total indefensión, lo arrojó por las cañerías del baño del mencionado nosocomio y tiró la cadena. Con su ilícito accionar provocó en su hijo un traumatismo encéfalo craneano, lesión que ocasionó el óbito del niño.”<sup>2</sup>

“[En definitiva, hay] un parto de un niño de aproximadamente treinta y dos (32) semanas de gestación, de casi un kilo de peso y una talla de 36 centímetros, que nació con vida, y que inmediatamente después de nacer, su madre, le cortó el cordón umbilical que los unía, anudó el cordón, e introdujo al niño en las cañerías de un inodoro, provocándole con su accionar un traumatismo encéfalo-craneano, que a la postre, le ocasionó la muerte. El hecho fue cometido, claramente, bajo la influencia y afectación del **estado puerperal** en que se encontraba la imputada, lo

<sup>1</sup> Este trabajo comenzó a gestarse en el curso de Criminología del Dr. Matías Bailone en la Universidad de Buenos Aires, agradezco a él y a Julieta Haure por ese valioso puntapié inicial.

\* Investigadora del Proyecto "La experiencia de la Asociación de Mujeres Jueces de España AMJE: juzgar con enfoque de género y educar en justicia igualitaria más allá de las fronteras" (UBA). Investigadora del Laboratorio de Investigaciones sobre Procesos Penales (UNPAZ). Maestranda en Criminología (UNQ). Profesora de Criminología (UAI). Correo electrónico: noelia.rozanski@gmail.com.

<sup>2</sup> Cámara penal. Sala III. Tucumán, Belén s/homicidio doblemente agravado por el vínculo y alevosía 19/04/2016.

cual, si bien no implicó la absoluta incompreensión de la criminalidad de sus actos, ni la imposibilidad total de dirigir sus acciones, operó como una circunstancia extraordinaria de atenuación.”<sup>3</sup>

Era habitual leer casos como este en la crónica policial de la segunda mitad del siglo XIX. Los infanticidios ocuparon gran protagonismo en la prensa, en la producción académica positivista de la época, y en el saber médico/clínico. La mujer, entendida como suerte de retraso en la escala evolutiva, débil pero a la vez de una peligrosidad latente tan letal como impredecible, fue situada en lo que en este trabajo llamamos la intersección entre la criminología positivista académica, la criminología mediática y la criminología clínica.

El caso del epígrafe sucedió en la ciudad de Tucumán en 2014, muy lejos de la época de mayor producción y trascendencia del positivismo criminológico. Belén acudió al hospital por dolores intestinales, allí tuvo un aborto espontáneo, y el resto de la historia se resume en 29 meses de prisión por homicidio en el marco de una condena de 8 años atenuada por su estado puerperal.

De este modo, sostenemos como supuesto que los significados sobre el delito y la delincuencia son resultado de definiciones y procesos sociales y por ende la criminología es siempre una disciplina política (DEL OLMO, 1990). No es posible concebir la criminología como campo de conocimiento homogéneo ni neutral, ya que en su desarrollo opera como discurso de poder para legitimar o cuestionar prácticas con el impacto social que esto implica. Por ello, es objetivo de este trabajo observar cómo es posible encontrar en el discurso jurídico contemporáneo patrones de análisis de la criminalidad de las mujeres propios del positivismo criminológico en continuidad con la criminología originaria/demonológica.

En este sentido, como punto de inicio comenzaremos refiriendo a la génesis y desarrollo del positivismo criminológico en la Argentina en el plano académico de los intelectuales y en el “sentido común criminológico” configurado principalmente por la recepción de las publicaciones en la prensa y en menor medida en las revistas

---

<sup>3</sup> Idem.

especializadas como *Criminalología Moderna*, fundada en 1898 y dirigida por Pietro Gori, y *Archivos de Criminología, Medicina Legal y Psiquiatría*, fundada en 1902 por Francisco de Veyga y dirigida por José Ingenieros, para posteriormente realizar aproximaciones a partir del delito de infanticidio y su vinculación con la tesis de la “locura/psicosis puerperal” como argumento estigmatizante y criminalizante de los cuerpos femeninos.

## II. El Positivismo criminológico en Argentina: intelectuales y “sentido común criminológico”

“Esta madre tan desnaturalizada, es argentina, de treinta años, soltera, cocinera, nacida en la Magdalena, de padre desconocido, color morena, estatura alta y bien fornida, manos hercúleas y ojos grandes y apagados. No mira nunca de frente, y con la cabeza inclinada, fija los ojos en el suelo. Su nariz es corta y aplastada, labios gruesos y salientes, frente de inclinación ósea achatada y muy robusta en general.”<sup>4</sup>

El positivismo criminológico en tanto conocimiento científico del delincuente tiene su génesis en la criminología europea principalmente a partir de su texto fundador: *L'uomo delinquente* (1876) de Cesare Lombroso. Esta línea de pensamiento criminológico, heredera en buena parte de la estructura inquisitorial de la criminología demonológica del siglo XV, buscó dar con explicaciones científicas sobre la delincuencia, para así, consecuentemente garantizar el progreso de la sociedad en la eliminación de los focos de peligrosidad que representaban algunos sujetos. Lombroso concluyó, a partir de examinar cráneos de delincuentes, que éstos poseían ciertas irregularidades compatibles con una matriz atávica, esto es, cierto retraso en la escala evolutiva que los tornaba asimilables a “salvajes” o animales.

De raíz darwinista, esta suerte de “derecho penal de autor” que asoció transgresión y retraso evolutivo con tendencias innatas que conducían a algunos

---

<sup>4</sup> “El crimen de la Magdalena: Un Monstruo de Ferocidad, Cinco Niños muertos por su Madre”, *La prensa*, 26 de julio, 1899. Citado en DI CORLETO, Julieta (2018) *Malas madres. Aborto e infanticidio en perspectiva histórica*. Didot. Bs. As.

sujetos al crimen, entendió al delincuente como “*un resabio del pasado evolutivo cuyo mal se manifestaba en morfologías craneanas, orejas, bocas, cejas.*” (CAIMARI, 2004;2012, p. 89). Su foco no estaba puesto en un proyecto de prevención general del delito ya que no se buscaba tanto castigar acciones delictivas como detectar a aquellas personas que, dados ciertos caracteres biológicos, se evidenciaban como delincuentes:

“[Lombroso] veía a su ciencia como un instrumento vital en la definición de los ciudadanos (productivos) de la sociedad del futuro. Era inútil, sostenía, intentar cambiar a quienes representaban atavismo y anarquía: debían ser sencillamente separados [inicialmente el inmigrante latino]” (Caimari, 2004; 2012, p. 91)

De este modo, la criminología fue entendida como medio para legitimar el control social en una “guerra contra el delito” para resguardar a la sociedad del peligro que representaban algunos sujetos. Una vez más la huella de la criminología demonológica en la alusión al peligro –la maximización de la criminalidad de algunos sujetos sindicados como potenciales delincuentes- y a la guerra como único modo de dar respuesta ante tamaña amenaza.

“*Guerra al delito*” se titula el editorial del número 1 de la revista *Criminalología Moderna*, dirigida por Pietro Gori. Esta revista, la primera en su género fundada en 1898, y a la que proseguiría *Archivos de Criminología, Medicina Legal y Psiquiatría* (1902) fundada por Francisco de Veyga y dirigida por José Ingenieros, entre otras, buscó ser un centro de difusión y echó luz sobre el conocimiento criminológico de la época construido principalmente sobre las bases lombrosianas:

“¿Cuál es el faro que en el proceloso amontonarse de las olas, ilumina el derrotero seguro de tan melancólico mar? La ciencia, la fuerte y serena investigadora de los hechos; la ciencia moderna con su brújula infalible; la indagación positiva de los fenómenos de la vida objetivamente considerados (...) Considerar el delito frente a frente, no sólo como abstracción jurídica, sino también como hecho real, como expresión patológica de una enfermedad (...) cuyas causas ya se encuentren en el individuo, ya en el ambiente, deben juzgarse no con aridez metafísica de justiciero, sino con ojo amante de los estudiosos en la clínica social.”<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> “Guerra al delito”, *Criminalología Moderna*, Año I, 1898, N°1, p.2

Ya no son las fuerzas de la inquisición -personificación de Dios en la tierra- la respuesta para combatir el mal eliminando en la hoguera a las brujas, sujeto más débil, influenciado y maléfico, víctima del poder del diablo y a la vez victimaria de la sociedad. No se buscan soluciones al delito desde explicaciones religiosas como la teoría de San Agustín del siglo IV que justificó la misoginia criminológica del siglo XV, tampoco se acude a la metafísica<sup>6</sup>. Ahora “el faro” para tal empresa es la ciencia positivista moderna, la que ilumina el delito “frente a frente” para dar batalla contra él:

“La criminología era positivista en la medida en que reemplazaría las analogías matemáticas de Beccaria por conocimiento obtenido sobre el modelo de la ciencia experimental [ligada a] la noción de progreso basada en la acumulación de conocimiento sobre la sociedad”. (CAIMARI, 2004;2012, p. 90)

El positivismo le agregó científicismo a las teorías que la criminología demonológica fundó en argumentos metafísicos propios del relato bíblico, buscando explicar el delito por causas congénitas que desatadas de manera innata o por condiciones ambientales generaban un estado de enfermedad/criminalidad en el sujeto que las poseía:

“Considerar el delito frente a frente, no solo como abstracción jurídica, sino también como hecho real, como expresión patológica de una enfermedad quizá esporádica o bien epidémica y contagiosa cuyas causas, ya se encuentren en el individuo, ya en el ambiente, deben juzgarse no con la aridez metafísica de justiciero, sino con el ojo amante de los estudiosos en la clínica social”.<sup>7</sup>

Dentro de la misma dualidad amigo/enemigo, de la lucha del bien contra el mal, se reprodujo la estructura inquisitorial de persecución de la brujería, pero esta

---

<sup>6</sup> También se hace alusión a la metafísica en oposición a la ciencia positiva, en la editorial del número 1 de la revista *Archivos de Criminología, Medicina legal y psiquiatría*: “De la metafísica penal a la criminología científica. El estudio científico del delito, considerado objetivamente como fenómeno mórbido de la actividad del individuo social, constituye el objeto de la moderna criminología. [El criterio metafísico] no podía seguir rigiendo la ciencia penal en una época en que todas las ciencias biológicas y sociales son regeneradas por las nociones fundamentales del evolucionismo y del determinismo. Era inevitable pues, que de las viejas doctrinas fundadas en la especulación pura se evolucionara hacia nuevos criterios cimentados en la observación directa de los hechos.” (INGENIEROS, José “Valor de la psicopatología en la antropología criminal”, *Archivos de Criminología, Medicina legal y psiquiatría*, Año I, 1902, N°1, p.3)

<sup>7</sup> “Guerra al delito”, *Criminología Moderna*, Año I, 1898, N°1, p.2

vez bajo una explicación científica que encuadraba otros delitos y otros sujetos. Ya no son las brujas la amenaza sino el atavismo, tampoco el mecanismo de control de la criminalidad fue la quema en la hoguera sino el discurso de la medicina, la antropología y la psiquiatría para justificar la persecución penal de la población más vulnerable conformada en buena parte por inmigrantes provenientes de zonas empobrecidas de Europa.

En este sentido, la importación del discurso criminológico positivista principalmente lombrosiano, estuvo conformada por dos carriles que aunque independientes, se presentaron en la sociedad como complementarios: el positivismo criminológico de los intelectuales, y el “sentido común criminológico” de la prensa.

Respecto al positivismo criminológico de los intelectuales, todos mantuvieron el foco en la búsqueda de explicaciones desde la ciencia moderna a través de la observación directa y la posterior elaboración de teorías para el control de la delincuencia, y asimismo valoraron el discurso médico como fuente de autoridad al servicio del discurso jurídico. Sin embargo, no receptaron el positivismo criminológico de manera homogénea sino con tres actitudes diferentes: “adopción”, “transacción” y “rechazo” (SOZZO, 2017).

La adopción de las ideas de Lombroso versó sobre cuatro ejes: la antropología criminal, el determinismo como forma de pensar los delitos – incluyendo la herencia como factor desencadenante de conductas delictivas-, la categoría del “hombre delincuente” y el “criminal nato”, la defensa social frente a los delincuentes en función de su peligrosidad -terapéutica del delito-. Son exponentes de esta línea, intelectuales como Samuel Gauche, quien en su tesis sobre psicopatología da especial peso a la “herencia” como causa del delito; Norberto Piñero, creador del primer curso sobre Derecho Criminal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, férreo defensor de la teoría del criminal nato; y Ramos Mejía, presidente de la Sociedad de Antropología jurídica. Para estos autores, el delito era considerado como un fenómeno natural, necesario, absolutamente determinado de manera congénita, y el delincuente como “producto anormal”, inferior al tipo medio de la humanidad, y en este sentido planteaban combatir el

delito de manera racional, positiva, actuando sobre los focos de peligrosidad, entendiendo la pena como un modo de eliminación de los anormales, o menos aptos en la escala evolutiva:

“Piñero enfatiza que ‘los delitos tienen autores’ y ‘es preciso tomarlos en consideración’, separándolos ‘en especies o grupos, según su índole, su temperamento, sus hábitos y condiciones psíquicas o físicas’. Sólo sobre estas bases es posible estudiar también ‘científicamente’ los medios de evitar el delito, tanto represivos como preventivos. Los primeros (...) deberían ajustarse “al carácter y a la **temibilidad** de los delincuentes a quienes ha de aplicarse”. (SOZZO, 2015, p. 226)

La transacción, fue representada principalmente por Luis M. Drago, quien cuestionaba el concepto de atavismo, al considerar que la degeneración en algunos sujetos es producto no sólo de factores congénitos, o hereditarios sino también ambientales. El rechazo a las ideas de Lombroso es evidente por un lado en Magnasco, quien rompe con la causalidad determinista postulando que a través de un régimen preventivo se puede evitar que la predisposición al delito se desarrolle, y a la vez rompe con la antropología criminal, ya que no considera que los rasgos físicos sean correlato directo del estado moral; por otro lado, vemos fuertes críticas a la teoría de Lombroso en Dellepiane, quien descarta la tesis del atavismo, y la asociación entre epilepsia y criminalidad al observar que no necesariamente todos los epilépticos cometen delitos, y al entender que el delito puede explicarse por causas sociales y psicológicas, no necesariamente congénitas.

Junto a los aportes de los intelectuales de la época, la prensa fue configurando lo que Lila Caimari llamó “sentido común criminológico”<sup>8</sup>, en un proceso de apropiación de la criminología positivista que si bien más que analizar la casuística del delito, realizaba una aplicación liviana de sus postulados más salientes, se

---

<sup>8</sup>Zaffaroni se refirió a este proceso de apropiación que los medios hicieron de las teorías criminológicas de la época “criminología mediática”: “...en paralelo a las palabras de la academia hay otra que responde a una creación de la realidad a través de la información, subinformación y desinformación mediática en convergencia con prejuicios y creencias, que se basa en una etiología criminal simplista asentada en una causalidad mágica.” (ZAFFARONI, Eugenio R. (2011) *La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelara*. Bs. As.: Ediar, p.365)

constituyó como “agente crucial en la difusión masiva y consolidación institucional de las ciencias vinculadas al conocimiento del criminal.” (CAIMARI, 2004;2012, p. 188)

La descripción física que se lee en el epígrafe, forma parte del artículo publicado en *La Prensa*, el 26 de julio de 1899 titulado “*El crimen de la Magdalena: Un Monstruo de Ferocidad, Cinco Niños muertos por su Madre*”, corresponde a Marcelina Arteyas, una mujer de treinta años que, debido a su imposibilidad económica, dio muerte por estrangulamiento a dos de sus hijos después del parto, y lo mismo había hecho anteriormente con otros tres.

El abordaje del caso se corresponde con la modalidad que adoptó la criminología mediática, y el “sentido común criminológico” que se fue configurando en torno a los delitos en general, y al crimen propiamente “femenino” en particular. Si bien es inapropiado hablar de crímenes “femeninos” o “masculinos”, ya que esa forma de entender la criminalidad nos lleva a ligar el delito a la persona, y lo que debemos observar son los hechos que las personas cometen, y por los cuales pueden eventualmente recibir un castigo, lo cierto es que el positivismo criminológico siguió la línea del derecho penal de autor. En este sentido, el delito que se consideró preeminentemente “femenino” fue el infanticidio.

En el caso de Marcelina Arteyas, lo que encontramos no es tanto el caso como su descripción física. Al basarse la teoría de Lombroso en la descripción física del delincuente, que también incluía lo psicológico porque se asociaban las patologías a rasgos de personalidad observables, rápidamente fue utilizada por la prensa en dos aspectos: la antropología criminal y las teorías de la degeneración específicamente ligadas a la herencia como factor de criminalidad. “Con su halo de exactitud y fuertes puntos de contacto con la prestigiosa ciencia médica, la antropometría y la antropología criminal prestaban a los retratos públicos del delincuente persuasivos efectos de autoridad” (CAIMARI, 2004;2012, p. 188)

De este modo, las ideas del positivismo criminológico que circularon a través de revistas científicas especializadas, y principalmente a través de publicaciones de la prensa dieron paso a la construcción de un nuevo no-ciudadano sinónimo de peligro social.

### III. Las mujeres criminales del positivismo en Argentina: infanticidio y locura puerperal

“En 1903 fue embarazada por cuarta vez. Se preparaba para abortar cuando fue detenida por sospechas de complicidad en un robo (...) Al ser puesta en libertad, su embarazo databa ya de ocho meses. Tuvo pues, un hijo al que no inscribió en el Registro Civil, tirándolo al día siguiente en el cajón de la basura, envuelto en trapos con que ella misma lo asfixió (...) Se advierte que en esta infanticida hay una ausencia congénita de sentido moral, reflejada en su falta de sentimientos sociales, maternales, de amistad, de amor, etc.”. (INGENIEROS, 1962, p. 326)

“El proceso de maternalización de las mujeres, es decir, la identificación de la maternidad como su deber y único destino posible encontró en la Medicina y en el aparato sanitario del Estado un apoyo sustantivo. Se buscaba reformar las prácticas vinculadas al cuidado de los niños de la clase trabajadora, en el convencimiento de que naturalmente las mujeres tenían aptitudes para ello, pero necesitaban ser educadas para hacerlo adecuadamente. El trasfondo de estos discursos eran prácticas como el aborto y el infanticidio, que ponían en cuestión este modelo de maternidad, y que llevaban a calificar a quienes las realizaban como “madres desnaturalizadas”. (BJERG Y PEREZ, 2020)

En *La mujer delincuente*, LOMBROSO Y FERRERO (1893;2004) señalaron que las mujeres están menos inclinadas congénitamente al delito que los hombres. En este trabajo, articulado con otros en los que desarrollaron categorías como “monstruosidad” o “criminal nato”, planteaban que si bien la inferioridad biológica de la mujer la convertía en sujeto con poca habilidad para planificar un delito, eso no la hacía menos criminal que el hombre. Sostenían que las mujeres cometían menos delitos que los hombres, pero con mayor perversión y crueldad por su insensibilidad al dolor, que eran celosas y vengativas, y deficientes morales con comportamientos similares a los niños. Tal como plantea Florencia Castells,

“El énfasis puesto en el determinismo biológico y/o social se proponía barrer con las nociones tradicionales de responsabilidad penal, hacia las nuevas concepciones

sobre la defensa social y sobre la **temibilidad** o peligrosidad (...) Los conceptos de temibilidad o peligrosidad eran observados desde una óptica universal, pero llevaban implícitas las diferencias en torno a la criminalidad masculina y a la femenina. En específico, los discursos pedagógicos, a partir de las ideas sobre la diferencia sexual amparadas en los postulados sobre la herencia y a los instintos, fueron configurando los atributos considerados propios de varones y mujeres, en sus dimensiones sociales, cognitivas y psíquicas. De esta manera, pedagogos, médicos y criminólogos compartían concepciones semejantes en torno a las diferencias sexuales. Ello permitió detallar una tipicidad de la delincuencia en las mujeres, y una mirada particular sobre la temibilidad femenina.” (CASTELLS, 2017, p. 30)

Al igual que la criminología originaria, el discurso del positivismo criminológico también se sostiene en una línea de pensamiento profundamente misógina. Si la inquisición justificaba la subordinación de la mujer en el relato bíblico nacida de la costilla de un hombre, el positivismo criminológico planteaba una explicación desde la ciencia, argumentando por ejemplo que la corteza cerebral, particularmente en los centros psíquicos, es menos activa que la del hombre.

Esta concepción de inferioridad de la mujer, intelectual y física, desarrollada por los exponentes del positivismo criminológico en el siglo XIX y XX, representa una versión actualizada de los argumentos que Sprenger y Kramer (1486) sintetizaron en el *Malleus Maleficarum* en el siglo XV. Este libro, también llamado Martillo de las brujas, fue el primer escrito que explicó de manera teórica el delito, y sistematizó una serie de métodos de tortura que habían sido utilizados desde el siglo XI como modo de abordarlo, constituyéndose así en puntapié para el inicio de la criminología como campo de saber.

Más allá del salto temporal, puede pensarse la continuidad entre el positivismo criminológico y la criminología demonológica con una misma lógica de opresión y control del cuerpo. Si en los inicios las persecuciones fueron principalmente al cuerpo femenino por considerárselo esencialmente débil y por tanto, más influenciado al poder del Diablo para hacer el mal a través de la brujería, con el paso del tiempo ese “sujeto delincuente” a perseguir fue adoptando otros actores sin alterar el mismo rol de peligrosidad.

“Esta peligrosidad se encontraba determinada tanto por las connotaciones particulares de los delitos considerados femeninos; por el incumplimiento de las pautas relativas a las mujeres; por el sector social al que pertenecían las mismas; y por las determinaciones psicopatológicas propias del discurso médico-legal argentino.” (CASTELLS, 2017, p. 41)

En paralelo, el foco de exterminio de la Inquisición se trasladó a América comenzando un largo proceso de colonización que diezmó las poblaciones indígenas que habitaban el territorio, lo que en el siglo XIX siguió con la persecución de la inmigración proveniente de zonas empobrecidas de Europa, y la criminalización de aquellas mujeres que no se ajustaban a los mandatos sociales hegemónicos.

Según José Cesano y Mariana Dovio (2009) el imaginario positivista sobre la criminalidad femenina recaía principalmente en temas como la menor incidencia cuantitativa de la criminalidad de la mujer en comparación al otro género, la criminalidad específica de la mujer en delitos como abortos, infanticidios, encubrimientos, homicidios por envenenamiento y hurtos domésticos, los alcances de la imputabilidad de la mujer delincuente considerando al sexo femenino, la vejez y la falta de educación como causas de disminución de la imputabilidad, y el interés de establecer una relación entre el fenómeno específico de la criminalidad femenina y “determinadas características de su fisiología (por ejemplo: menopausia y período menstrual)” (CESANO Y DOVIO, 2009, p. 58)

En la época, la delincuencia en las mujeres era menor no así en los infanticidios, un delito que no sólo se asociaba a factores congénitos, innatos, ligados a la herencia o a la inmoralidad, sino que además incluía la anormalidad vinculada a la transgresión del imperativo de maternidad y el amor, atributos considerados “naturalmente” femeninos. Como señala Sol Calandria,

“[las interpretaciones a la diferencia de delitos entre mujeres y hombres] han sido múltiples y, muchas de ellas, desde una perspectiva androcéntrica, han señalado que las mujeres delinquirían menos debido a que su naturaleza era ‘dócil’ y ‘débil’. Sin embargo, distintos estudios feministas sobre el control social demostraron que la respuesta a este fenómeno estaba lejos de explicarse por una supuesta esencia femenina, pues el hecho de que las mujeres delinquieran menos no significaba que estuvieran exentas de las formas de disciplinamiento social. En ese sentido,

demonstraron que el control social femenino no se redujo al espacio público, sino que se ejerció, principalmente, en el espacio doméstico”. (CALANDRIA, 2021, p. 334)

La producción intelectual y las publicaciones en revistas académicas siguieron la misma línea que la prensa al magnificar el delito de infanticidio pese a su escasa trascendencia en términos cuantitativos en comparación con el total de delitos contra la vida: 19 infanticidios cometidos en 1906 (11 procesadas y 8 condenadas)<sup>9</sup> (CALANDRIA, 2021), y para presentarlo en porcentajes: 0,43% en 1890, y 0,54% en 1910<sup>10</sup> (DI CORLETO, 2018). La “loca moral infanticida” presentada en el epígrafe, es según José Ingenieros (1916), un tipo de “anormal congénito” que debido a causas orgánicas es incapaz de adaptar moral y socialmente sus acciones. Huérfana de madre y padre, criada en una Casa de Expósitos, sirvienta y prostituta, Ingenieros repara en su transgresión al mandato maternal y al amor, lo que Lombroso denomina “función social [de la mujer]”.

En su artículo *“La dismaternidad en la mujer delincuente”*, publicado en 1899 en la revista *Criminalología Moderna*, el autor circunscribe la criminalidad de la mujer a su “función social: al amor y a la maternidad”, y vincula el delito a la falta de “caracteres femeniles” que clasifica en corporales, aspecto viril, vellos desarrollados, cabellos oscuros (sic), etc.; y morales, la dismaternidad y la falta de pudor:

“...la criminalidad de la mujer es específica, limitada a lo que es precisamente su función social: al amor y a la maternidad (...) así los estigmas de la mujer he demostrado que se encuentran en la falta de los caracteres femeniles, ya sea corporales (aspecto viril, vellos desarrollados, cabellos oscuros, etcétera), ya sea morales en la dismaternidad y falta de pudor (...)” (LOMBROSO, 1899, p.201).

Lombroso definió la dismaternidad como “aquel tedio o *aversión hacia los hijos*, que yo anotaré como característico de los criminales...”<sup>11</sup> y construyó una

<sup>9</sup> Información brindada por la autora sobre información contenida en Antonio Ballve, “El Primer Censo Carcelario de la República Argentina, sus resultados generales”, *Archivos de Criminología, Psiquiatría y Ciencias Afines* (1908): 539-561.

<sup>10</sup> Información brindada por la autora sobre información contenida en *Anuarios Estadísticos de la ciudad de Buenos Aires*, Buenos Aires: Compañía Sudamericana de Billetes de Banco, años 1892, 1900, 1903, 1907 y 1913 y *Anuario Estadístico de la ciudad de Buenos Aires*: imprenta y litografía La Buenos Aires, año 1902.

<sup>11</sup> Idem

mirada crítica respecto de situaciones que en apariencia podrían asociarse a la maternidad pero que a su juicio formaban parte de una ficción temporal de las mujeres delincuentes en la cárcel. Discutiendo con Griffith, director general de las cárceles inglesas, planteó que el sentimiento materno que mostraban algunas mujeres en ese contexto debía entenderse en el marco de una vida alterada por el encierro, muy distinta de “la habitación en el mundo libre, donde los instintos perversos tienen libre desahogo”<sup>12</sup>.

Y asimismo comparó la “dismaternidad” con el “horror hacia el trabajo”:

“Aún el aberitschau, el horror al trabajo, que es tan característico en el criminal nato, en los largos ocios de la cárcel, sea por reacción al excesivo reposo, por obediencia a las órdenes carcelarias o porque no existe otro medio de proporcionarse alguna ración suplementaria, (...) se diría muchas veces los presidiarios son los más activos trabajadores del mundo, aún cuando no sea más que para pasar el tiempo.”<sup>13</sup>

En este sentido, ensaya hipótesis para explicar la “falsa maternidad” que algunas mujeres desarrollan en la cárcel: por una parte, la ausencia de obligaciones que implica ser madre en ese contexto, “si tan solo gozan de sus ventajas, como las de acariciar o mecer un niño, es natural que demuestren en ello un vivo interés”; por otra parte, la simulación del interés maternal en función de obtener beneficios, “simulado para provocar compasión o para proporcionarse una distracción en la cárcel”. Asimismo, asocia la “falsa maternidad” a la histeria:

“y aquí debo comunicar un hecho curioso y de difícil explicación si no fuera por las contradicciones del histerismo: Todas las mujeres –al menos las que he encontrado en la cárcel condenadas por servicios horribles contra sus hijos y que, por tanto, demostraban ser anómalas en cuanto a la maternidad- eran sin embargo de una delicadeza de hábitos y de tratos extraordinarios en la cárcel (...) Tuve un caso en que el afecto de la maternidad lo fue en un grado excepcional pero turbado por la criminalidad. Se trata de una histérica quizá, e indudablemente inmoral y lujuriosa, que mientras prefería a un hijo joven y pervertido incitándolo a matar a

---

<sup>12</sup> Idem

<sup>13</sup> Idem

su padre (...) no sentía afecto alguno por sus otros dos hijos a quienes descuidaba por completo” (LOMBROSO, 1899, p.202).

La alusión a la histeria, como a los factores hereditarios u otras causas biológicas vinculadas al delito, se justificaron con la inclusión de la “criminología clínica”, un saber de “expertos” destinado a diagnosticar la “peligrosidad”, un discurso que fue fundamental para el positivismo criminológico que se pretendía objetivo y que para ello necesitaba fundarse a partir de la voz de la ciencia. Esa voz de autoridad la portaron los peritos, médicos cuya función fue brindar pruebas observables e irrefutables de la criminalidad de una persona. A decir de Zaffaroni:

“Con los médicos y su reduccionismo racista se confirmaba que los delincuentes eran degenerados semejantes a los salvajes colonizados y debían ser tratados de modo similar a éstos, en tanto que las personas decentes eran biológicamente superiores y, por ende, inmunes al poder punitivo”. (Zaffaroni, 2011, p. 96)

La referencia al saber clínico como argumento de la criminalidad en las mujeres también es retomada por Ricardo Del Campo. En *“Madres criminales. Los infanticidios de La Magdalena”* (DEL CAMPO, 1899, pp.277-279), publicado en la revista *Criminalología Moderna* en el mismo año que Lombroso publicó su artículo sobre dismaternidad, el autor vincula la *“ausencia absoluta del sentido de la maternidad”* con las *“intolerancias fisiológicas de la moralidad convencional”* y la *“perversión fisio-psíquica”*, y las circunscribe a un delito específico: el infanticidio<sup>14</sup>.

En su texto analiza el doble infanticidio cometido por Marcelina Arteyas en la localidad de Magdalena, Provincia de Buenos Aires. Ya en el apartado anterior dimos cuenta del tratamiento que *La Prensa* dio sobre el caso, en la línea de la popularidad que este tipo de delitos ganaba en el periodismo. Igual suerte corrió entre la producción de conocimiento criminológico intelectual. Se lee en el artículo de Ricardo Del Campo:

“sobre la infanticida reciente, tengo a la vista elementos suficientes para llegar a la conclusión de que se trata de una delincuente nata, en cuyo fondo antropológico

---

<sup>14</sup> Si bien Lombroso hizo referencia a la criminalidad de las mujeres en delitos que implicaban *“servicias horribles contra sus hijos”* y en la *“aversión a los hijos”*, no se refirió específicamente al delito de infanticidio como sí lo hizo Ricardo Del Campo a partir del análisis del infanticidio cometido por Marcelina Arteyas en La Magdalena.

sensiblemente degenerado, resulta en primer término la más completa *atrofia del sentido moral* (...) Al *factor hereditario* oficialmente comprobado [se acusa a la madre de la infanticida Marcelina de haber asesinado a varios de sus hijos], a *la ausencia absoluta del sentido de la maternidad*, característica de la mujer congénitamente criminal, reflejada en el número y forma de los infanticidios cometidos, se agrega luego la influencia obligada de los dos factores sociales que, salvo rarísimas excepciones, intervinieron siempre en esa clase de delitos: las crecientes y, a veces, insuperables dificultades económicas de la vida, y las intolerancias fisiológicas de la moralidad convencional (...) La profunda *perversión fisio-psíquica* de Marcelina Arteyas, no puede ponerse en duda ante los antecedentes referidos.” (DEL CAMPO, 1899, p.278).

Del Campo suma a los conceptos de Lombroso, otros de gran relevancia para el positivismo criminológico: a) la referencia a la “delincuencia nata” y la “mujer congénitamente criminal” cuya “dismaternidad”, aversión latente hacia los hijos, la llevaría inexorablemente a convertirse en algún momento en criminal; b) el factor hereditario: la madre de Marcelina fue culpable de idénticos delitos; y c) las dificultades económicas como factor social interviniente. Estos conceptos se articularon para dar forma al estereotipo de la infanticida en la intersección de la criminología académica de los intelectuales, la “criminología mediática” y la “criminología clínica”:

“La peculiaridad del enfoque psicopatológico privilegiado por Ingenieros consiste en considerar el estigma morfológico, “las anomalías morfológicas visibles y medibles, las deformidades, las divergencias del tipo medio”, como un rasgo característico no del tipo delincuente sino de la degeneración, del tronco común del que nacen la criminalidad y la locura. Sobre la base del estudio morfológico no resulta posible, según Ingenieros, distinguir al criminal de cualquier otro degenerado, porque la especificidad del comportamiento criminal reside en la especificidad de su funcionamiento psíquico. La presencia de anomalías psicológicas perfectamente definidas causadas por una particular conformación de la corteza cerebral que influye en diversa medida e incluso a un mismo tiempo sobre los elementos constitutivos de la personalidad: los sentimientos, la inteligencia y la voluntad.” (CREAZZO, 2007, p. 154)

En este sentido, al referirnos a las anomalías psicológicas es preciso hacer referencia a lo que Fernando Raffo llamó en 1888 “locura puerperal”. Su tesis homónima, escrita para optar al grado de Doctor en Medicina y Cirugía por la Universidad de Buenos Aires, fue la primera sobre el tema realizada en la Argentina. Sin la rigurosidad académica de la actualidad, y más con un sesgo ensayístico que de producción de conocimiento en el campo científico, su trabajo nos ayuda a comprender las concepciones de la época ligadas al imperativo de la maternidad en las mujeres, y la locura asociada a la dismaternidad y la criminalidad.

“...la escuela Somática, oponiendo argumentos positivos a teorías banales y erróneas, busca en las lesiones anatómicas de las vísceras el punto de origen de trastornos simpáticos, que repercutiendo sobre las facultades intelectuales, esclarecen las naturaleza y patogenia de las alteraciones de la inteligencia. Entre las locuras denominadas simpáticas, el tipo más perfecto y de mayor interés para su estudio, es la que se relaciona con los trastornos y modificaciones de los órganos de la generación; a esta clase pertenece la locura puerperal” (RAFFO, 1888, p.42).

Así comienza Raffo su tesis, y continúa con una clasificación de momentos de este estado de locura característico de la mujer gestante: “la locura puerperal se divide en, 1º locura del embarazo, 2º locura producida durante el trabajo de parto, 3º locura puerperal propiamente dicha, y 4º locura de la lactancia”. (RAFFO, 1888, p.42). Puede verse una asociación entre género y locura, porque los hombres no gestan, y por ende quedan excluidos de tal patología.

Es habitual en la producción académica positivista –y en la prensa también– la asociación de las mujeres con enfermedades de orden psicológico/psiquiátrico como la histeria, mencionada unos párrafos atrás. Acá volvemos a la patologización de la biología femenina, vinculada siempre al desorden hormonal y mental.

#### IV. Los usos contemporáneos del positivismo criminológico

“La idea de la existencia de alteraciones psicológicas propias del estado puerperal presente en la antigua figura no desapareció completamente, subsiste en la afirmación judicial respecto de que toda vez que ocurran, el hecho podrá encuadrarse en la “emoción violenta” o en “circunstancias extraordinarias de

atenuación". Esto así porque la derogación de la figura no se llevó consigo la explicación de corte positivista según la cual las mujeres que matan a sus hijos recién nacidos deben de padecer "locura" o "psicosis puerperal", antes bien, persiste la idea de una biología femenina peligrosa, del funcionamiento normal del organismo de las mujeres como causa de la locura y la desviación femenina" - cuestión que, en el imaginario social (y judicial) vendría a explicar el rechazo a la maternidad-." (DAICH, 2008, p. 67-68)

El tipo penal de infanticidio<sup>15</sup> fue derogado en 1994 por la ley 24.410, sin embargo persiste en el sentido común de la práctica jurídica y opera para criminalizar la desviación del mandato materno. Así, mujeres que han vivido alguna emergencia/urgencia obstétrica<sup>16</sup> como abortos espontáneos o muerte del bebé en circunstancias no contempladas dentro de lo esperable, resultan blanco de la sanción normalizadora del castigo penal. Tanto para el infanticidio como para el aborto se demoniza la transgresión del estereotipo de maternidad.

"En los casos de mujeres que matan a sus hijos recién nacidos, se trata de actos que contradicen el rol idealizado de una madre amorosa y cariñosa, estas mujeres aparecen entonces desobedeciendo un mandato "natural" ("las mujeres maternas por naturaleza") y un mandato de género; desafían a través de sus actos el mito del amor maternal, al tiempo que dan cuenta de su artificialidad." (DAICH, 2008, p. 61)

Estos patrones discursivos de la criminalidad ligados a la maternidad como mandato "natural" de las mujeres pueden advertirse en algunos casos contemporáneos. Ello no significa mirar esos casos como si hubieran sucedido en el

---

<sup>15</sup> Art. 81 inc. 2 (derogado): "Se impondrá reclusión hasta tres años o prisión de seis meses a dos años a la madre que, para ocultar su deshonra, matare a su hijo durante el nacimiento o mientras se encontrara bajo la influencia del estado puerperal y a los padres, hermanos, marido e hijos que, para ocultar la deshonra de su hija, hermana, esposa o madre, cometiesen el mismo delito..."

<sup>16</sup> La denominación "emergencia/urgencia obstétrica" fue tomada del documento "Guías para la atención de las principales emergencias obstétricas", elaborado en 2012 por los autores Fescina R, De Mucio B, Ortiz E, Jarquin D., Montevideo: CLAP/SMR (CLAP/SMR. Publicación Científica; 1594), con el apoyo del Centro Latinoamericano de Perinatología, Salud de la Mujer y Reproductiva - CLAP/SMR, y la Organización Panamericana de la Salud / Organización Mundial de la Salud-OPS/OMS. El mismo postula "el presente documento pretende ser una herramienta accesible y práctica para el abordaje de las situaciones de emergencia y urgencia obstétricas más frecuentes" (2012: 9).

siglo XIX ni realizar un aplicacionismo acrítico de teorías de otros momentos históricos sino analizar con inquietud antropológica los sentidos que a través del discurso jurídico se construyen sobre la criminalidad femenina y el mandato de “buena madre”.

Belén fue condenada por el “homicidio” de “su hijo” mediando “circunstancia extraordinaria de atenuación” con varias referencias del “desorden mental” que le había producido el “estado puerperal”:

“gestó; es decir, que el hecho analizado lo cometió en ese contexto de puerperio. Y cabe adelantar que, como lo dije, ante la derogación de la figura atenuada del ‘infanticidio’ y la consecuente imposibilidad de considerar el encuadramiento de este hecho en dicha figura atenuada, considero que debe tomarse a ese ‘estado puerperal’ que afectó a la imputada como una ‘circunstancia extraordinaria de atenuación’, prevista en el último párrafo del artículo 80 del Código Penal”.<sup>17</sup>

Este caso de gran trascendencia pública ocurrido en la ciudad de Tucumán en 2014, en el que una mujer de 25 años asiste a un hospital público con dolor abdominal y termina los siguientes 29 meses en prisión por un aborto espontáneo, nos muestra cómo la administración de justicia ordena y reorganiza las relaciones sociales de acuerdo a estereotipos de género y cómo el derecho opera en sí mismo como una tecnología de género que produce y reproduce sujetos dotados de género. De este modo, la criminalización del aborto, el mote de “las mujeres que matan a sus hijos”, y las formas no establecidas de vivir su sexualidad refuerzan el ideal positivista que liga a las mujeres con un rol maternal como destino natural.

Podría pensarse que el infanticidio -derogado pero en vigencia de hecho- resulta beneficioso si una condena por homicidio doblemente agravado con pena de reclusión perpetua termina en ocho años. Sin embargo, la vigencia de la alusión al estado puerperal encierra dos problemas: por un lado, la pena de ocho años al parecer beneficiosa no lo es tanto si consideramos que para el infanticidio se preveían penas de hasta tres años, por otro lado, se refuerza la idea de “locura latente” ligada al estado puerperal. Respecto a esta cuestión sostiene Déborah Daich,

---

<sup>17</sup> Cámara penal. Sala III. Tucumán, Belén s/homicidio doblemente agravado por el vínculo y alevosía 19/04/2016

“El problema es que, si bien una figura legal de este tipo beneficiaría en la práctica a las mujeres, esta conceptualización disloca la discusión para otro plano, la cierra (las mujeres son necesariamente madres, cuando matan a sus hijos recién nacidos deben estar locas) cuando la discusión debería ser otra, deberíamos desnaturalizar la idea de reproducción como rol femenino por excelencia, desarmar la díada femineidad-maternidad y poner sobre la mesa la necesidad de políticas de salud sexual y procreación responsable, de educación sexual en las escuelas, de despenalización y gratuidad del aborto.” (Daich, 2008, p. 68-69)

La “locura puerperal”, también llamada “psicosis post parto”, sostenían los especialistas a principios del siglo XX, se podía manifestar en un lapso de dos meses posterior al parto, y sus efectos nocivos podían extenderse de manera incierta, atenuarse, agravarse o incluso convertirse en trastorno definitivo. En 2016, el Tribunal de la Sala III. Tucumán, condenó a Belén con idénticos argumentos:

“...Cabe señalar que el hecho de que el desorden mental de la parturienta, que pertenece al patrimonio del conocimiento público y que ha sido reconocido por la medicina forense, haya sido ignorado por el legislador al eliminar la figura atenuada del infanticidio, no quiere decir que estos efectos desaparezcan de la medicina y, sobre todo, de la realidad. De hecho, dicho estado incide claramente sobre la autonomía de la voluntad de la mujer gestante -especialmente en el momento del parto-, pero sin que ello constituya, necesariamente, una patología excluyente de la imputabilidad. En efecto, el “estado puerperal” sigue existiendo y es un reductor de la autonomía de la voluntad en el hecho constitutivo del injusto, que incide necesariamente sobre el grado de reproche de culpabilidad, pero que, insisto, no implica per se una exclusión de la imputabilidad”.<sup>18</sup>

Esta asociación entre puerperio y locura, y entre locura y delito, puede verse también en el conocimiento científico citado en sentencias contemporáneas como fuentes de autoridad, haciendo alusión incluso al tipo penal de infanticidio y homologándolo al tipo de homicidio agravado por el vínculo mediando circunstancias extraordinarias de atenuación. El primero había surgido para evitar la deshonra de un parto fuera de los límites de la familia tradicional, el segundo

---

<sup>18</sup> Idem

reemplaza ese precepto moral con la patologización de la biología femenina, al entender el puerperio como factor que afecta la psiquis y por tanto, circunstancia extraordinaria de atenuación:

“el estado puerperal no es una mera fictio iuris, sino un real estado existencial de la mujer al dar a luz. Hay algunos estados previos que se exacerban por el embarazo o el parto como fobias psicastevias o verdaderos estados de aberración, sin olvidar, por último, la psicosis puerperal”.<sup>19</sup>

Podríamos preguntarnos por qué se demoniza/criminaliza la biología femenina cuando lo que sucede es un proceso de transformación físico y psicológico que no sitúa a la persona gestante en un lugar de enfermedad, ni la transforma en criminal. Esto sucede porque el control social inquisitorial del siglo XV que produjo la persecución de miles de mujeres, y su confinamiento a la esfera privada del hogar, en un rol de producción de recursos humanos, no ha dejado margen para transgredir el mandato de maternidad y cuidado, y por tanto **toda conducta no compatible con ese mandato, incluso el silencio**, se supone prejuiciosamente, esconde lo que en líneas precedentes presentamos como “aversión a los hijos”, denominada por Lombroso como “dismaternidad”:

“El silencio previo de la mujer, que es frecuente, lleva a algunos a denominar esta situación como "síndrome del silencio". Se ha señalado que este mutismo -que en algunos casos es síntoma de la depresión post parto- se debe al temor de la mujer de exponer sus sentimientos negativos hacia la criatura por ser contrario al rol social aceptado de madre, impidiendo así un diagnóstico preventivo para enderezar la enfermedad de la mujer”.<sup>20</sup>

## V. Conclusión

Comenzamos este trabajo planteando que la criminología es una disciplina política, un tipo de conocimiento y por ende discurso de poder que no es homogéneo

---

<sup>19</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación - Tejerina, Romina Anahí s/ homicidio calificado. Causa N° 29/05 - 08/04/2008

<sup>20</sup> Idem

ni neutral, porque tanto el delito como la delincuencia son resultado de definiciones y procesos sociales. Analizamos las concepciones del positivismo criminológico sobre la criminalidad de las mujeres, y observamos en la construcción discursiva del delito de infanticidio, el estigma que la inquisición plasmó en los cuerpos femeninos.

Advertimos en este sentido, cierta continuidad entre el positivismo criminológico y la criminología originaria presente también en el discurso jurídico contemporáneo: la mujer ligada al imperativo de maternidad, la biología femenina como factor desencadenante de criminalidad, y la demonización y patologización de prácticas distintas del imperativo social.

Las concepciones del saber criminológico positivista sobre la criminalidad de la mujer y específicamente el delito de infanticidio implica los mismos patrones de pensamiento que el delito de brujería, ya que como consta en el *Malleus Maleficarum*, eran las mujeres responsables de las muertes de niños, les impedían nacer o los devoraban u ofrecían al demonio (KRAMER Y SPRENGER 1486;2021:291)

Estos preceptos de uso contemporáneo, que se han valido del discurso demonológico primero y del médico y mediático después, remiten al fin último de la caza de brujas en Europa, y su continuidad con el proceso de colonización en América. Como plantea Silvia Federici:

“...la caza de brujas en Europa fue un ataque a la resistencia que las mujeres opusieron a la difusión de las relaciones capitalistas y al poder que habían obtenido en virtud de su sexualidad, su control sobre la reproducción y su capacidad de curar. La caza de brujas fue también instrumental a la construcción de un orden patriarcal en el que los cuerpos de las mujeres, su trabajo, sus poderes sexuales y reproductivos fueron colocados bajo el control del estado y transformados en recursos económicos”. (FEDERICI, 2010;2015, p. 275)

La prensa jugó un rol fundamental en la recepción y divulgación de las ideas que circulaban en revistas académicas como *Criminalología Moderna*, y *Archivos de Criminología, Medicina Legal y Psiquiatría*, y abonaron a la construcción de un sentido común en torno de la relación de las mujeres y la criminalidad en general, y del delito de infanticidio en particular, del mismo modo que resultó un espacio de

transmisión del saber médico que justificaba de manera científica el binomio mujer-madre con conceptos como “locura puerperal” o “loca infanticida”.

Aquí la intersección de la criminología positivista académica, la criminología mediática y la criminología clínica, tres patas de una estructura misógina y patriarcal tan actual como reproductora de la estructura inquisitorial que vio nacer la criminología en el siglo XV.

### Bibliografía

- BERJ, María y PÉREZ, Inés (2020). Infanticidio en una casa de mujeres. Maternalismo y compasión en la Buenos Aires de inicios del siglo XX. En Revista Historia Social N° 96.
- CAIMARI, Lila (2004;2012). *Apenas un delincuente. Crimen, castigo y cultura en la Argentina 1880-1955*. Siglo XXI. Bs. As.
- CAIMARI, Lila y SOZZO Máximo (editores) (2017) *Historia de la cuestión criminal en América Latina*. Protohistoria. Rosario.
- CALANDRIA, Sol (2021). Delincuencia femenina, violencia y castigo: ladronas, asesinas e infanticidas. Provincia de Buenos Aires, Argentina, 1904- 1921. En Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura 48.1 [pp.327-356]
- CASTELLS, Florencia (2017). La temibilidad femenina en los discursos médico-legales argentinos (1902-1913). En *Revista de Historia del Derecho* N° 54, julio-diciembre 2017 - Versión on-line ISSN: 1853-1784. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho - Buenos Aires (Argentina). Sección Investigaciones [pp. 25-51]
- CESANO, José D. y DOVIO, Mariana (2009). *La criminalidad femenina en el discurso del positivismo criminológico argentino*. Editorial Brujas. Córdoba
- CREAZZO, Giuditta (2007). *El positivismo criminológico italiano en la Argentina*. Ediar. Bs. As.
- DAICH, Déborah (2008). Buena madre. El imaginario maternal en la tramitación judicial del Infanticidio. En TARDUCCI, Mónica (compiladora) *Maternidades en el siglo XXI*. Espacio Editorial. Bs. As.

- DEL OLMO, Rosa (1990). La criminología de América Latina y su objeto de estudio. En *Nuevo Foro Penal*. P.p. 483-497. Editorial Temis. Bogotá
- DI CORLETO, Julieta (2018). *Malas madres. Aborto e infanticidio en perspectiva histórica*. Didot. Bs. As.
- FEDERICI, Silvia (2015). *Calibán y la bruja. Mujeres, cuerpo y acumulación originaria*. Tinta Limón. Bs. As.
- GAGO, Verónica (2011). La vida de las mujeres infames. En *Revista de Derecho Penal y Criminología*, pp.89-96.
- INGENIEROS, José (1916). *Criminología*, en Ingenieros, José Obras completas. Mar Océano. Buenos Aires.
- INGENIEROS, José (1902). Valor de la psicopatología en la antropología criminal. En *Archivos de Criminalología, Medicina legal y psiquiatría*, Año I, N°1.
- KRAMER, Heinrich y SPRENGER, Jacob (1486; 2021). *Malleus maleficarum. Estudio preliminar de Eugenio Raúl Zaffaroni*. Remanso. Rosario
- LOMBROSO, Cesare y Ferrero, Guglielmo (1893; 2004). "Criminal Woman, the Prostitute, and The Normal Woman". Durham/London: Duke University Press
- RAFFO, Fernando (1888). "Locura puerperal". Tesis para optar al grado de Doctor en Medicina y Cirugía por la Universidad de Buenos Aires, en *Revista Temas de historia de la psiquiatría argentina*, Volumen XV, 2012, N°32
- SOZZO, Máximo (2015). *Locura y crimen. Nacimiento de la intersección entre los dispositivos penal y psiquiátrico*. Didot. Bs. As.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl (2011). Segunda conferencia. En *La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar*. Ediar. Bs. As.

## Jurisprudencia

- Cámara penal. Sala III. Tucumán, Belén s/homicidio doblemente agravado por el vínculo y alevosía 19/04/2016
- Corte Suprema de Justicia de la Nación - Tejerina, Romina Anahí s/ homicidio calificado. Causa N° 29/05 - 08/04/2008

**Fuentes**

DEL CAMPO, Ricardo “Madres criminales. Los infanticidios de La Magdalena”,  
*Criminalogía Moderna*, Año II, 1899, N°9

LOMBROSO, Cesare, “Guerra al delito”, *Criminalogía Moderna*, Año I, 1898, N°1

LOMBROSO, Cesare, “La dismaternidad en la mujer delincuente”, *Criminalogía Moderna*, Año II, 1899, N°7

## El Consultorio Ambiental INEDES: un ámbito Interdisciplinar al servicio de la comunidad en la ciudad de Luján, en Argentina

The INEDES Environmental Clinic: an Interdisciplinary field at the service of the community in the city of Luján, in Argentina

Por Mariano Ferro ; Adonis Giorgi ; Clara María Minaverry ;

Ma. Carolina Rodríguez Castro ; Ailén Sol Flores

**Resumen:** Este artículo tiene como objetivo caracterizar la dinámica de trabajo de un consultorio ambiental, creado en octubre de 2019, en el Instituto de Ecología y Desarrollo Sustentable (INEDES), que es una experiencia novedosa a nivel nacional, en Argentina. Este consultorio está integrado por un grupo de especialistas provenientes de distintas disciplinas relacionadas con el medio ambiente, y tiene el objetivo de brindar a la comunidad orientación para la búsqueda de soluciones relacionadas con los problemas que surgen en el ámbito de los ecosistemas urbanos, industriales y/o rurales. El consultorio no es un ámbito de investigación, aunque las problemáticas planteadas allí originaron varias propuestas para proyectos de investigación, algunos de ellos que se encuentran en marcha. Las consultas recibidas se dividen en tres áreas: 1) técnicas de laboratorio o biológicas, 2) análisis normativo ambiental y 3) problemáticas complejas (i.e. acceso al agua) que necesitan de la concurrencia de varios puntos de vista. De ese modo, lo interdisciplinar se manifiesta necesariamente en las respuestas que se elaboran para los informes ya que es necesario este abordaje para atender a la multiplicidad de problemas ambientales que afectan a los habitantes. Este tipo de consultas contribuyen al monitoreo ambiental y al acceso a la información acerca de diversos problemas y para analizar posibles soluciones para enfrentarlos. Por ello la existencia de consultorios ambientales pueden ayudar a promover una mayor participación de la sociedad en la búsqueda de soluciones a conflictos ambientales de distinto grado.

**Palabras clave:** información ambiental; monitoreo ambiental; contaminación.

**Abstract:** This paper aims to characterize the work dynamics of an environmental clinic, created in October 2019, at the Institute of Ecology and Sustainable Development (INEDES), which is a novel experience at the national level, in Argentina. This clinic is conformed by a group of specialists from different disciplines related to the environment, with the aim of providing the community with guidance for the search for solutions related to the problems that arise in the field of urban, industrial and / or rural ecosystems. The clinic is not a research area, although the problems gave rise to several proposals for research projects, some of them underway. The inquiries received are of three kinds: 1) Laboratory or biological techniques, 2) environmental regulatory analysis, and 3) complex problems (i.e. access to water) that require the

concurrency of various points of view. In this way, an interdisciplinary approach is necessarily incorporated in the answers that are prepared for the reports since this approach is necessary to attend to the multiplicity of environmental problems that affect the inhabitants. This type of consultation contributes to environmental monitoring and access to information about various problems and to analyse possible solutions to face them. Therefore, the existence of environmental clinics can help to promote greater participation by society in the search for solutions to environmental conflicts of different degrees.

**Keywords:** environmental information; environmental monitoring; pollution.

Fecha de recepción: 26/08/21

Fecha de aceptación: 26/09/21



## El Consultorio Ambiental INEDES: un ámbito Interdisciplinar al servicio de la comunidad en la ciudad de Luján, en Argentina

Por Mariano Ferro\*; Adonis Giorgi\*\*; Clara María Minaverri\*\*\*;  
Ma. Carolina Rodríguez Castro\*\*\*\*; Ailén Sol Flores\*\*\*\*\*

### I. Introducción

Los problemas ambientales van incrementándose día a día en número y en complejidad. En forma paralela se genera nueva normativa, se desarrollan nuevos equipos y técnicas de investigación y se entrenan investigadores en la detección de fuentes contaminantes e inclusive en procesos de remediación. Sin embargo, la gran profusión de medidas para intentar enfrentar a las distintas problemáticas ambientales hace que la información que se genera se encuentre poco accesible para cualquier ciudadano, e inclusive para aquellos especializados en algún aspecto de la compleja área ambiental. Por nuestra actividad como docentes de Ecología, Biología y Derecho Ambiental, así como investigadores, hemos detectado que existe gran cantidad de información dispersa pero también resulta escasa para enfrentar algunas problemáticas. Sin lugar a dudas esto genera que recibamos consultas informales sobre a qué organismo le corresponde el contralor de una fábrica contaminante, cómo saber si el agua que tomamos es o no potable, si los agroquímicos e insecticidas ejercen algún efecto sobre los seres humanos, cómo actuar ante ruidos molestos, emanación de gases o instalaciones clandestinas de fábricas grandes o pequeñas. Entendemos que

\* Instituto de Ecología y Desarrollo Sustentable (INEDES), CONICET, Universidad Nacional de Luján, Provincia de Buenos Aires, Argentina. <https://orcid.org/0000-0003-2733-0838>. Correo electrónico: [marianodamianferro@gmail.com](mailto:marianodamianferro@gmail.com).

\*\* Instituto de Ecología y Desarrollo Sustentable (INEDES). CONICET-Univ. Nac. Luján, Departamento de Ciencias Básicas, UNLu. Luján, Buenos Aires. <https://orcid.org/0000-0002-9317-2391>.

\*\*\* Instituto de Ecología y Desarrollo Sustentable (INEDES). CONICET-Univ. Nac. Luján, Departamento de Ciencias Sociales, UNLu. Luján, Buenos Aires. <https://orcid.org/0000-0003-0153-7224>.

\*\*\*\* Instituto de Ecología y Desarrollo Sustentable (INEDES). CONICET-Univ. Nac. Luján, Departamento de Ciencias Sociales, UNLu. Luján, Buenos Aires. <https://orcid.org/0000-0001-8471-7647>.

\*\*\*\*\* Instituto de Ecología y Desarrollo Sustentable (INEDES). <https://orcid.org/0000-0002-4843-0494>.

existe mucha información de gran importancia para resolver y dar respuesta a estos asuntos, y muchos otros asociados a problemas ambientales pero que, al encontrarse dispersa y en algunos casos inaccesibles, estos pierden su utilidad.

En este contexto, el objetivo general de esta iniciativa es brindar orientación a la comunidad para la búsqueda de soluciones relacionadas con los problemas que surgen en el ámbito de los ecosistemas urbanos, industriales y/o rurales en el Noreste de la Provincia de Buenos Aires.

En este artículo se caracterizará la dinámica de trabajo de un consultorio ambiental creado en octubre de 2019, las potencialidades y proyecciones de esta iniciativa y las conclusiones preliminares de esta actividad. El Consultorio Ambiental se conformó en el ámbito del Instituto de Ecología y Desarrollo Sustentable (INEDES)<sup>1</sup> y se presenta como una experiencia original en el contexto nacional argentino.

El consultorio aspira a poner al alcance de la población la posibilidad de acceder a los conocimientos científicos, técnicos y de normativas que ayuden a comprender, enfrentar y resolver problemas ambientales propios de áreas rurales o urbanas. Los servicios se encuentran dirigidos a personas físicas y/o jurídicas para asesorarlos respecto de sus derechos y obligaciones ambientales, y sobre diversos aspectos técnicos, con la finalidad de elevar la calidad de vida de la población de la localidad de Luján y de sus alrededores, en la provincia de Buenos Aires, en Argentina. Las funciones y servicios son:

- Brindar asesoramiento jurídico-ambiental.
- Derivar requerimientos de estudios de laboratorio, muestreos.
- Derivar casos a especialistas externos.
- Relevamientos, análisis primarios y de evaluaciones de impacto ambiental.
- Organizar cursos y/o capacitaciones breves para sensibilizar a la población en diversas problemáticas ambientales.

---

<sup>1</sup> El INEDES fue creado en 2008 en el ámbito de la UNLu. Desde 2015 el INEDES se ha vinculado a CONICET (Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología) al constituirse como una unidad ejecutora de dicho organismo de investigación y algunos de sus integrantes interactuaron con el Programa Ciencia y Justicia de CONICET, participando en tareas de asesoramiento y capacitación de personal de la Justicia. Para más información <http://www.inedes.unlu.edu.ar/>

- Brindar asistencia técnica a personas, organizaciones, instituciones o empresas públicas o privadas.
- Colaborar en la resolución de problemáticas socio-ambientales.

El consultorio no es un ámbito de investigación, aunque las problemáticas están originando nuevas propuestas para proyectos de investigación y de extensión, algunos de ellos en marcha.

## II. Breve historia y antecedentes del Consultorio Ambiental

El consultorio fue creado formalmente el 15 de octubre de 2019 y pasó a integrar el listado de servicios proporcionados por el INEDES. Sus integrantes provienen de diversas disciplinas de las áreas de biología, información ambiental, derecho y sociología. Recientemente, en marzo del presente año se incorporó a una estudiante de la carrera de Licenciatura en información ambiental quien también es becaria de investigación.

En una primera etapa, las consultas se atendieron en forma presencial en una de las oficinas del INEDES o a través del correo electrónico del consultorio. Luego de las medidas de confinamiento dispuestas por el gobierno ante la crisis sanitaria provocada por el Covid-19, las consultas se atendieron a través del email institucional.

Las primeras requirieron, además de compartir conocimientos adquiridos con la práctica profesional e investigativa, consultas técnicas con centros o sitios de referencia que presten ese tipo de servicios a la comunidad para trabajar en red. Entre ellos: al Instituto Tecnológico de Chascomús, respecto del tipo de servicios de análisis fisicoquímico y bacteriológico de aguas; el Laboratorio de Ecotoxicología y Contaminación Ambiental; el Instituto de Investigaciones Marinas y Costeras-CONICET; entre otros.

A los pocos días que el Consultorio fue creado algunos colegas se ofrecieron a colaborar en el ámbito nacional. Estas comunicaciones permitieron ampliar la red de contactos del Consultorio para contestar diversos tipos de consultas de legos y expertos sobre temas diversos, muchas de los cuales requieren encontrar

profesionales con un alto grado de experticia técnica y de laboratorios con equipamiento adecuado para el análisis de muestras de diversos contaminantes.

La necesidad de ampliar y profundizar en este tipo de consultas llevó a la confección de listados de grupos de investigación, laboratorios privados, sitios oficiales de consulta, tales como cartillas de emergencias ambientales, entre otros, muchas de las cuáles no son de fácil acceso en los servicios ofrecidos por las instituciones públicas abocadas a las cuestiones ambientales.

**Tabla N° 1. Cartilla de emergencias ambientales**

Nacional		
Organismo	Teléfono	Correo electrónico
Departamento de Delitos Ambientales (Policía Federal Argentina)	(011)4381-3110 / 4383-9586	denunciasdelitosfederales@policiafederal.gov.ar
Unidad Fiscal para la Investigación de Delitos contra el Medio Ambiente (UFIMA)	(011) 4381-7718 / 4382-0054 / 4383-0731	ufima@mpf.gov.ar
Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación	(011)-4348-8200	mesadeentradas@ambiente.gob.ar
Defensoría del Pueblo de la Nación	(0810)-333-3762	-----
Instituto Malbrán (por venenos)	(011)-43031881	-----
Instituto del Quemado, Hospital Dr. Arturo Humberto Illia (Sustancias corrosivas)	(011) 4923-3022	-----

Centro Nacional de Intoxicaciones (CNI)	0800-333-0160	cni@hospitalposadas.gov.ar
Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT)	(54-11) 4340-0800	mesadeentradasanmatcentral@gmail.com
Coordinación de Salud Ambiental del Ministerio de Salud de la Nación	(011) 4372-3733	dsab@msal.gov.ar
Consejo Hídrico Federal (COHIFE)	(011) 4328-4027	secretariacohife@gmail.com
Dirección de Residuos Peligrosos- Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación	(011) 5032-2360	<a href="mailto:residuospeligrosos@ambiente.gob.ar">residuospeligrosos@ambiente.gob.ar</a>

Fuente: Elaboración propia.

Antes de la creación formal del Consultorio Ambiental se realizó una búsqueda de antecedentes internacionales que delinearon el panorama general en relación al desarrollo de iniciativas similares a nivel mundial.

A continuación, acompañamos algunas referencias y datos de las instituciones que se encuentran funcionando en la actualidad, que han sostenido una actividad exitosa y cuyos aportes han contribuido a la creación de nuestra iniciativa.

**Tabla N°2. Antecedentes internacionales de instituciones**

Nombre	País	Link	Objetivo central	Interdisciplinario
Consultorio Ambiental - Facultad de Ingeniería, Universidad Libre	Colombia	<a href="http://www.unilibre.edu.co/bogota/ul/noticias/noticias-universitarias/2295-consultorio-">http://www.unilibre.edu.co/bogota/ul/noticias/noticias-universitarias/2295-consultorio-</a>	Prestar servicios de asistencia, asesoría, capacitación, orientación y consultoría a todas las personas, instituciones, municipios, organizaciones y	Si

(Bogotá)		<a href="#">ambiental-sobre-nosotros</a>	empresas buscando las mejores alternativas de uso, manejo, recuperación y solución a los diferentes conflictos y/o requerimientos ambientales.	
Abrams Environmental Law Clinic - School of Law University of Chicago	Estados Unidos	<a href="https://www.law.uchicago.edu/clinics/environmental">https://www.law.uchicago.edu/clinics/environmental</a>	Se propone solucionar los problemas ambientales más urgentes de Chicago.	No (solamente estudiantes de Derecho)
Interdisciplinary Environmental Clinic, School of Law. Washington University of St. Louis	Estados Unidos	<a href="https://law.wustl.edu/academics/clinical-education-program/interdisciplinary-environmental-clinic/">https://law.wustl.edu/academics/clinical-education-program/interdisciplinary-environmental-clinic/</a>	Gestionar los casos ambientales y sobre salud pública de la comunidad por parte abogados, ingenieros, médicos, arquitectos, etc.	Si
Emmett Environmental Law and Policy Clinic, University of Harvard Law School	Estados Unidos	<a href="https://hls.harvard.edu/dept/clinical/clinics/emmett-environmental-law-and-policy-clinic/">https://hls.harvard.edu/dept/clinical/clinics/emmett-environmental-law-and-policy-clinic/</a>	Está centrada en la práctica de los estudiantes de derecho en temas ambientales.	Si
Environmental Protection Clinic - University of Yale	Estados Unidos	<a href="https://law.yale.edu/studying-law-yale/clinical-and-experiential-learning/our-clinics/environmental-protection-clinic">https://law.yale.edu/studying-law-yale/clinical-and-experiential-learning/our-clinics/environmental-protection-clinic</a>	Se encuentra asociada a diferentes organizaciones ambientales para dedicarse a la resolución de los problemas urgentes relacionados con cuestiones ambientales.	Si
Environmental Justice Clinic - School of Law, University of Miami	Estados Unidos	<a href="https://www.law.miami.edu/academics/clinics/environmental-justice-clinic">https://www.law.miami.edu/academics/clinics/environmental-justice-clinic</a>	Apoya y asesora a las comunidades con bajos o medianos recursos económicos que son quienes soportan problemas ambientales, económicos y de salud. Se dedican a analizar la aplicación de la normativa vigente y su intersección con los derechos civiles, la pobreza y la equidad.	No

Environmental Law and Policy Clinic - University of Duke	Estados Unidos	<a href="https://law.duke.edu/envlawpolicy/">https://law.duke.edu/envlawpolicy/</a>	Tiene la finalidad de entrenar a las próximas generaciones para resolver los problemas ambientales y proveer acceso a la justicia a las comunidades más postergadas.	No (solamente Derecho)
Eco Law - School of Law, University of Sussex	Reino Unido	<a href="http://www.sussex.ac.uk/broadcast/read/55051">http://www.sussex.ac.uk/broadcast/read/55051</a>	Ofrecer asesoramiento legal ecológico gratuito por parte de estudiantes de Derecho y sus tutores a su comunidad.	No
The Environmental Regulation Clinic - Faculty of Law, Ilan University	Israel	<a href="https://envclinic.biu.ac.il/en">https://envclinic.biu.ac.il/en</a>	Brindar asesoramiento legal a las instituciones y a las comunidades que sufren problemáticas ambientales y combinar la investigación con la práctica.	No

Fuente: Elaboración propia.

Los resultados obtenidos del relevamiento sugieren que la mayoría de los antecedentes se encuentran en el ámbito de Estados Unidos y se han registrado en la mayoría de las facultades de derecho. La búsqueda fue escasa en el ámbito de América Latina y Europa donde se han registrado algunos casos incipientes.

En general existen dos formatos de organización que poseen diferentes nombres pero que en algunos casos realizan tareas de asesoramiento legal únicamente y en otros, en una menor cantidad, guían a la población aplicando un enfoque interdisciplinario. En estos últimos casos sus equipos están conformados, no solamente por abogados, sino por profesionales que, en virtud de su área de experticia puedan abordar problemas ambientales.

Los casos más importantes relevados son los que se desarrollaron dentro de una facultad de derecho<sup>2</sup> y que, al mismo tiempo, se creó un ámbito interdisciplinario para dar respuesta a este tipo de asuntos (por ejemplo: Environmental Protection Clinic - University of Yale o en el Consultorio Ambiental - Facultad de Ingeniería,

<sup>2</sup> A nivel nacional existe el caso de Clínica Jurídica FARN-UBA para brinda asesoramiento jurídico a personas y comunidades. Para más información <https://farn.org.ar/asesoramiento-legal/>

Universidad Libre de Bogotá).

Inspirados en este tipo de trayectorias, y por la propia experiencia de los casos tratados por el Consultorio, uno de los aspectos que se está ampliando es la formación de estudiantes, becarios y tesistas, con el objetivo de que puedan realizar sus trabajos de tesis dentro del ámbito del Consultorio Ambiental INEDES y que, a su vez, participen en las tareas de asesoramiento.

### III. Caracterización de las consultas

Las consultas se pueden clasificar de la siguiente manera: a) técnicas o de laboratorio, requerimientos de laboratorios que realicen determinadas técnicas y determinaciones en diferentes matrices (suelo, sedimento, agua, biota); b) sobre análisis normativo ambiental y de los derechos y obligaciones de los ciudadanos, o c) referidas a problemáticas complejas como la calidad del agua, la cual requiere de considerar tanto aspectos físico-químicos como otros de tipo legal. De ese modo, el trabajo interdisciplinar se manifiesta en la creación de los informes que son requeridos para poder dar respuestas a la multiplicidad de problemas ambientales que afectan a los habitantes.

Algunos ejemplos del tipo de preguntas recibidas son: ¿A qué organismo le corresponde el control de una fábrica contaminante? ¿Cómo saber si el agua que tomamos es o no potable? ¿Los agroquímicos e insecticidas vertidos de determinadas formas ejercen algún efecto sobre los seres humanos? ¿Cómo actuar ante ruidos molestos, o frente a la emanación de gases o instalaciones clandestinas de fábricas grandes o pequeñas?

A veces las preguntas surgen como consecuencia del padecimiento de externalidades negativas – costos directos que el sector privado no reconoce ni asume, pero que afecta el medio socioecológico – procedentes de actividades productivas urbanas o rurales, que presentan diverso grado de complejidad: agudo o crónico. Un ejemplo es una consulta sobre las consecuencias para la calidad de vida de un molino por las vibraciones, las emanaciones de partículas de diverso tamaño y el incremento de tráfico pesado.

Algunas consultas se suscitaron debido a la existencia de preocupaciones de la comunidad relacionadas los efectos del uso de agroquímicos y a su nivel de contaminación sobre el suelo, aire y el agua. En este sentido se han recibido requerimientos de un grupo de vecinos de Mar Chiquita y de una comunidad de agricultores de verduras orgánicas ubicada en la localidad de Luján. En ambos casos, se solicitó asesoramiento legal, en el primero, en relación al riesgo de consecuencias para la salud derivadas de fumigaciones con glifosato, atrazina y otros agroquímicos, que según se informó eran realizadas a menos de 50 metros de las áreas residenciales. En primer lugar, existía un vacío legal por ausencia de una ordenanza municipal que regulara las fumigaciones. Si bien los vecinos promovieron la sanción de una norma al respecto ante las autoridades municipales, hubo demoras en su aplicación, y restricciones en la participación. Una vez aprobada la nueva norma (Ordenanza Municipal N° 19-20, Partido de Mar Chiquita) estaba claro que, según lo informado, se estaba incumpliendo con lo establecido previamente por un fallo judicial dictado en diciembre de 2019 que establecía una distancia mínima de 1500 metros de centros poblados, escuelas, mar y cuerpos de agua para la aplicación de agroquímicos (Corrado Souto Guillermo Cristian y otros c/ Agropecuaria SA y otros s/ Acción Preventivo - Daños". 12 de Diciembre de 2019. Juzgado Civil y Comercial N° 4 Departamento Judicial de Mar del Plata. Provincia de Buenos Aires, Argentina).

Como resultado del análisis normativo, se constató una posible violación a los derechos ambientales, establecidos en la Constitución Nacional (art. 41)<sup>3</sup> y diversas normas de alcance nacional (como la Ley General del Ambiente 25675) y otras de tipo provincial, que incluyen la participación ciudadana (como la Ley 11723) todo lo cual

---

<sup>3</sup> Artículo 41: "Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.

Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos".

daba lugar a tomar medidas legales, como es el caso del amparo ambiental o la iniciación de un incidente de ejecución (INEDES, 2020a).

El caso de la comunidad de Luján es similar. Los agricultores estaban preocupados por su salud y la de sus familias, como así también por la aplicación de fitosanitarios sin un control adecuado que pudiese afectar a su producción y los recursos naturales. Se añade que ese grupo de vecinos utiliza para su producción prácticas agroecológicas, sin utilización de agroquímicos industriales, por lo que la contaminación de ese tipo de productos derivada de áreas rurales aledañas puede dañar su derecho a la utilización de esa práctica. Este último es un derecho que se encuentra regulado por la Ordenanza 7222/2019 dictada por el Municipio de Luján, en la provincia de Buenos Aires. Sin embargo, se detectó que dicha norma no definía de forma precisa varios aspectos importantes para hacer efectiva su aplicación. En esta situación, la acción que se consideró apropiada fue la elaboración de un informe con recomendaciones legales para un proyecto de reglamentación de la mencionada ordenanza (INEDES, 2019a), en donde también participaron investigadores y profesores de la Universidad Nacional de Luján para asesorar en dicha instancia legal.

La calidad del agua y su acceso es uno de los principales problemas ambientales y para la salud pública en Argentina y ello se ve reflejado en las diversas consultas (OCDE, 2020). En ocasiones las preguntas se asocian a posibles impactos ambientales de actividades productivas, como las dos mencionadas. Otras veces por los niveles de arsénico (As), que es una de las características naturales del agua subterránea (Auge, 2014) y del agua superficial (Rodríguez Castro et al, 2017) en la provincia de Buenos Aires.

En este sentido, se han recibido solicitudes de información sobre el grado de contaminación con arsénico, los niveles admitidos por la ley, y pedidos de asesoramiento técnico sobre métodos para el tratamiento de aguas arsenicales. En estos casos se han elaborado informes detallando las características fisicoquímicas del arsénico, las patologías asociadas a su ingesta, y las posibles tecnologías disponibles que se puedan emplear cuando la vivienda tiene energía eléctrica, tales como la ósmosis inversa y la adsorción e intercambio iónico, o bien cuando carezca de ella,

como la remoción del As por oxidación solar modificada (RAOS), y se vuelca información sobre desarrollos tecnológicos recientes, tales como el diseño de una planta modular de abatimiento de As por parte de un equipo del INTI (INTI, 2015; INEDES; 2020b).

Respecto del acceso al agua potable se recibió una consulta de un grupo de vecinos de una localidad de Chubut, que se encontraban en conflicto, en los últimos diez años, con las autoridades municipales. Su origen se debía a que las autoridades locales habían permitido el fraccionamiento de lotes en áreas rurales de hasta sólo una hectárea, a sabiendas que no era posible el acceso al agua subterránea desde perforaciones individuales, ni tampoco al gas natural de red. Por ese motivo, según se detalló, los vecinos compradores de los últimos cinco años estuvieron obligados a firmar un documento en el que no iniciarían acciones judiciales contra el municipio. En respuesta a sus derechos afectados, los propietarios crearon una junta vecinal por el acceso al gas y al agua. Luego de unos tres años de reclamo consiguieron el acceso al gas, mientras que no se logró llegar a un acuerdo con las autoridades para poder acceder al agua potable, para todos los involucrados, motivo por el cual solicitaban asesoramiento legal. En base a la labor de pesquisa se identificó que la ineficacia en la aplicación de normas, en particular las referidas al plan de desarrollo territorial, estaba afectando el derecho al acceso al agua potable, lo que daba lugar a acciones posibles, entre ellas el amparo (art. 54 de la constitución provincial). A su vez, se proporcionó información sobre herramientas que pudiesen ayudar a los vecinos para llegar a un acuerdo con las autoridades municipales, entre ellas: al abastecimiento de agua mediante cisternas; la recuperación y utilización del agua de lluvia; la explotación de fuentes naturales cercanas (INEDES, 2020c).

Sin embargo, los primeros requerimientos que recibió el Consultorio Ambiental se relacionaron con un desastre industrial ocurrido en la localidad de Mercedes que contaba con características dramáticas en relación al gran impacto generado en el ambiente. Se trató de un incendio en una fábrica de agroquímicos, en donde se formó una nube tóxica, que por efecto de los vientos se esparció sobre áreas residenciales y rurales aledañas generando grave riesgo de contaminación a) del aire,

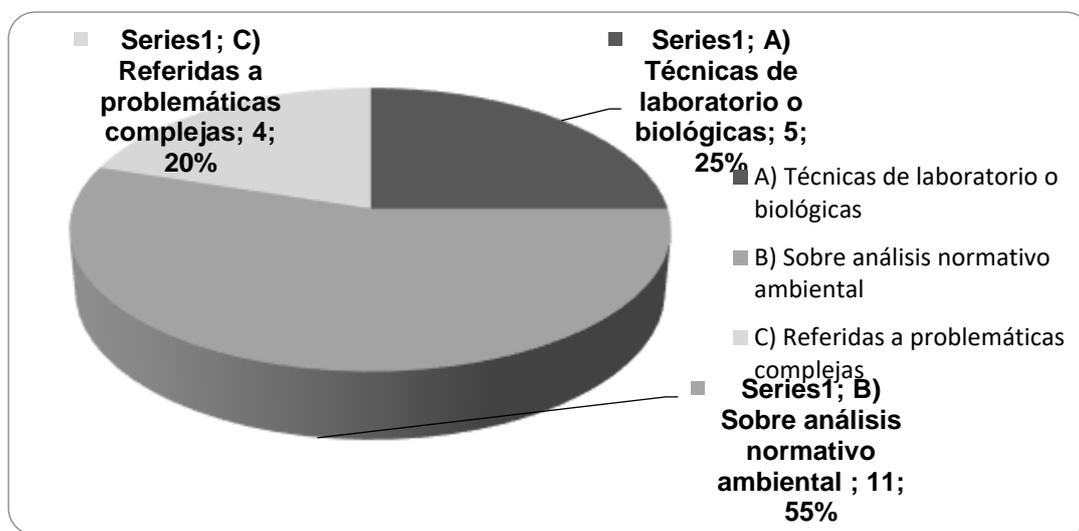
debido a que se produjo una gran columna de humo por la quema de biodiesel, glifosato, clorpirifos, paraquat y otros agroquímicos; b) de las aguas superficiales, por los derrames a las zanjas de drenaje pluvial; c) del suelo, por el vuelco de líquidos de ese incendio sobre el piso interior y exterior de la planta y d) las aguas subterráneas, debido a que la planta poseía tres frentímetros y una perforación de agua semisurgente. Hubo vecinos que manifestaron que cuando se acercaban a la fábrica sentían ardor y picazón en los ojos, y expresaron su preocupación por cuanto podría afectar la salud y el ambiente, sus propiedades, el aire, el ganado, los cultivos, semillas, y quisieron saber si era posible realizar un monitoreo de la calidad del aire. Ese tipo de consultas requiere de análisis fisicoquímicos y pericias ambientales para determinar el grado de contaminación y riesgo ambiental. En los informes de respuesta se dieron una serie de recomendaciones a los vecinos, por ejemplo, evitar ingerir alimentos que hayan estado expuestos a la contaminación, ni alimentar al ganado ni vender alimentos sin analizar su contenido de agroquímicos. También se describieron las características que debería tener el plan de remediación, entre otras (INEDES, 2019b; INEDES, 2019c).

Algunas consultas han tenido un carácter propositivo, como el pedido de asesoramiento sobre la factibilidad de constituir una reserva natural en bioparque, en la localidad de La Plata. En ese caso, la pesquisa permitió identificar la viabilidad de tal propuesta en razón de que a) existe una figura de protección a nivel provincial del Paseo del Bosque en el cual se inserta el ex zoológico de la ciudad de La Plata y actual Bioparque; b) que dado que las tareas que se proponían desarrollar no contradicen la normativa del bioparque, resultaba conveniente sumarlas como actividades específicas a ser desarrolladas, c) las características que debía tener el informe técnico a presentar en cuanto a la experticia de quienes participen en su elaboración y d) recomendaciones sobre el trazado de los límites del bioparque, a fin de evitar posibles superposiciones que pudiesen derivar en discusiones futuras (INEDES, 2020d).

Las consultas, muchas veces, son potenciales catalizadores de nuevas líneas de investigación. Por ejemplo, ante un pedido efectuado por vecinos que preguntaban ¿Qué tipo de arroyos (por sus dimensiones) pueden quedar incluidos dentro de

terrenos privados y si las márgenes son de dominio público? La respuesta a este tipo de interrogantes conlleva a revisar cuestiones susceptibles de abrir pesquisas, en consideración que la legislación sobre aguas presenta zonas grises para la interpretación. Por ejemplo ¿Cuál es el grado de participación ciudadana en el proceso de gestión de un bien tan trascendente para el consumo humano y los ecosistemas? Entonces ahí nos encontramos con varias ambigüedades o problemas en la regulación del agua que hacen comprensibles la duda de los ciudadanos al respecto y que nos generan una oportunidad para profundizar sobre estos temas. También aparecen normativas superpuestas en donde existen dos o más autoridades de aplicación e inclusive normativas que pueden llegar a ser contradictorias entre sí (GRAZIANO ET AL., 2020; FERRO Y MINAVERRY, 2019; MINAVERRY Y FERRO, 2016).

**Gráfico 1. Consultas agrupadas según tipo.**



Fuente: Elaboración propia, 2021.

Como se manifestó inicialmente las consultas son variadas ya que emanan de diversos problemas ambientales que se reflejan gráficamente en la nube de palabras generada.



aparecen alejadas de la cotidianeidad ciudadana (i.e. Organismo Provincial de Desarrollo Sustentable).

Esas mismas personas, si tuvieran un problema de salud buscarían hospital, clínica o salud y encontrarían alguna orientación sobre la elección de los organismos públicos. Por ello, los consultorios ambientales podrían tener una función comparable con la que desarrollan las unidades de primeros auxilios, y pueden colaborar a promover una mayor participación de la sociedad en la búsqueda de soluciones a conflictos ambientales de distinto grado, entendiendo que la información ambiental es un insumo fundamental para la participación. Al mismo tiempo también se proporcionan herramientas para la participación como la opinión respecto de diversos cursos de acción legal que podrían tomarse en virtud del marco normativo de los temas o conflictos que son objeto de consulta. La creación de una red de contactos también facilita la posibilidad de una acción cooperativa entre las autoridades y los ciudadanos.

Desde la creación del consultorio ambiental del INEDES, se pueden identificar una serie de aspectos positivos en varias dimensiones.

a) Respecto de la actividad de investigación:

- La interacción con los habitantes del área geográfica de la UNLu y de otras partes del país permite fortalecer líneas de investigación previas o creación de otras futuras, de sus integrantes individuales, como de proyectos grupales. No sólo se permite identificar “huecos de conocimiento”, sino también orientar las pesquisas con determinados problemas que se dan en el territorio (Momo et al., 1999; Giorgi et al, 2018).

- En este sentido, contribuir a la formación de recursos humanos. La incorporación reciente de una becaria al consultorio tiene como objetivo orientar la labor investigativa en una relación directa con la experiencia empírica y la problemática socio ambiental y ecológico en el ambiente local, regional y nacional. Además, en la medida que se vaya avanzando en la labor de consultoría este tipo de dinámica evitaría una formación académica ajena de la experiencia concreta. La experiencia indica que cuanto más abstractos son los sistemas teóricos en los que

ocupan la labor académica más se aleja la actividad profesional de la resolución de los problemas prácticos de los habitantes.

- Las comunicaciones derivadas con expertos e instituciones por consultas técnicas, a su vez, permite un **entrelazamiento de saberes** en aras de dar respuesta sobre temas complejos. En este sentido, este tipo de práctica permite avanzar en el trabajo interdisciplinario, pero también en la acción interinstitucional.

- La interacción con otros institutos y especialistas podría ser el germen de la creación de una **red de consultorios ambientales**.

b) Respecto **del impacto social** de la actividad del consultorio se pueden destacar los siguientes aspectos que se dan en un proceso:

- El asesoramiento técnico volcado en las comunicaciones personales e informes permite contar, a los destinatarios de las consultas, con información técnica sobre decisiones que afectan su vida diaria en su unidad familiar y/o comunitaria. Por ejemplo, ante un pedido de asesoramiento acerca de métodos para tratar del problema del arsénico en el agua, se proporciona indicaciones sobre dispositivos aptos para la eliminación de especies químicas contaminantes, análisis de muestras contaminantes, o derivaciones a laboratorios.

En ocasiones las entidades públicas presentan déficits en sus informes públicos, como ha sido observado en investigaciones sobre información pública ambiental (MARCHEGANI, 2012). Por lo tanto, este tipo de actividad es susceptible de suplir o complementar en materia de derecho al acceso a la información pública ambiental.

c) Finalmente, la labor del consultorio dio lugar a un proyecto de extensión en curso, que tiene como objetivo brindar orientación a la comunidad para la búsqueda de soluciones relacionadas con los problemas ambientales en áreas urbanas y/o rurales en el Noreste de la Provincia de Buenos Aires. En este proyecto se propone como metodología de trabajo contactar a organizaciones ambientalistas de las ciudades cercanas a la Universidad, para coordinar con ellos actividades de capacitación que serán brindadas por nuestro equipo, en relación a cuáles son los problemas ambientales rurales y urbanos.

## Bibliografía

- AUGE, Miguel Pedro (2014). Arsénico en el agua subterránea de la provincia de Buenos Aires, Argentina. En: M. I. Litter, H. B. Nicolli, J. M. Meichtry, N. Quici, J. Bundschuh, P. Bhattacharya, & R. Naidu (Eds.), *Conference Proceedings of the 5th International Congress on Arsenic in the Environment* (pp. 125–128). CRC Press.
- FERRO, Mariano y MINAVERRY, Clara (2019). Aportes normativos, institucionales y sociales a la gestión del agua y el enfoque ecosistémico en la Cuenca del Río Luján, Argentina, *Revista De Derecho*, (20), 25-55, <https://doi.org/10.22235/rd.vi20.1859>, disponible en: <https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/1859>.
- GIORGI, Adonis; BERGES, Pamela; RIGACCI, Laura; LÓPEZ, Laura; AMADO, Gabriela; DUVERNE Laura y ZUNINO, Eduardo (2018). *Efecto del río Luján en la calidad de las aguas subterráneas de la población afectada por las inundaciones*. Buenos Aires. *Aidis* 133; 28-33.
- GRAZIANO, Martin; Adonis Giorgi y Claudia Feijoó (2020). Múltiple stressors and social-ecological traps in Pampean streams (Argentina): a conceptual model, *Science of the Total Environment*, <https://doi.org/10.1016/j.scitotenv.2020.142785>.
- INTI (2015). *Agua segura: una mirada de product*. Pablo Herrero, et al., 1a ed., San Martín: Instituto Nacional de Tecnología Industrial, Argentina.
- MARCHEGIANI, Pía (2012). El acceso a la información pública ambiental como herramienta clave para medir el cumplimiento de las normas ambientales. En: (Di Paola, Sangalli, Ragaglia, editors) *Informe Ambiental Anual 2012*, Fundación Ambiente y Recursos Naturales, Buenos Aires.
- MINAVERRY, Clara y FERRO, Mariano (2016). La fragmentación jurídico-institucional como obstáculo para aplicar el paradigma ambiental. *Revista Reflexiones*, San José de Costa Rica; Año: 2016, vol. 95, N° 1. Disponible en: <http://www.scielo.sa.cr/pdf/reflexiones/v95n1/1659-2859-reflexiones-95-01-00115.pdf>.

- MOMO, Fernando; CUEVAS, Walter; GIORGI, Adonis; BANCHERO, Marta; RIVELLI, Silvia; TARETTO, Claudia; GÓMEZ VÁZQUEZ, Alicia & FEIJOÓ, Claudia (1999). "Mapping the water quality of the Puelchensesubaquifer in Luján (Argentina)". En: P. Anagnostopoulos y C.A. Brebbia (eds), *Water Pollution V. Modelling, measuring and prediction*. WitPress, Southampton, Boston: 493-501.
- OCDE (2020). Gobernanza del agua en Argentina. Disponible en: <https://www.oecd-ilibrary.org/sites/f8509bda-es/index.html?itemId=/content/component/f8509bda-es>, consultado: febrero de 2021.
- RODRÍGUEZ CASTRO, María Carolina; MARCÓ, Lué-Merú; RANIERI, María Constanza; VÁZQUEZ, Cristina; GIORGI, Adonis (2017). Arsenic in the Health of Ecosystems: Spatial Distribution in Water, Sediment and Aquatic Biota of PampeanStreams, *EnvironMonit Assess* 189 (11), 542-554.

### Informes del Consultorio Ambiental INEDES citados

- INEDES, 2019a. *Informe sobre el pedido de recomendaciones legales del proyecto de Reglamentación de la Ordenanza N° 7222 de 2019, Partido de Luján, Provincia de Buenos Aires*. Consultorio Ambiental. Luján, Provincia de Buenos Aires.
- INEDES, 2019b. *Informe sobre la propuesta de Estudios de caracterización de sitios contaminados y plan de remediación ambiental por el incendio ocurrido en el partido de Mercedes, Buenos Aires*. Consultorio Ambiental. Luján, Provincia de Buenos Aires.
- INEDES, 2019c. *Informe sobre el pedido de recomendaciones por el incendio ocurrido en el partido de Mercedes, Provincia de Buenos Aires*. Consultorio Ambiental. Luján, Provincia de Buenos Aires.
- INEDES, 2020a. *Informe sobre un pedido de recomendaciones legales respecto del dictado de una nueva ordenanza municipal sobre aplicación de fitosanitarios en el Partido de Mar Chiquita, Provincia de Buenos Aires*. Consultorio Ambiental, Luján, Provincia de Buenos Aires.

INEDES, 2020b, *Respuesta sobre el pedido de asesoramiento técnico acerca de los métodos para tratar el problema del arsénico en el agua*. Consultorio Ambiental, Luján, Provincia de Buenos Aires.

INEDES, 2020c. *Informe sobre normativa relevante sobre el derecho de acceso al agua potable en la Provincia de Chubut, opinión legal y herramientas para llegar a un acuerdo con el municipio*. Consultorio Ambiental, Luján, Provincia de Buenos Aires.

INEDES, 2020d. *Informe sobre recomendaciones legales sobre una propuesta de creación de una reserva natural en el Partido de La Plata*. Consultorio Ambiental, Luján, Provincia de Buenos Aires.

### Normas jurídicas citadas

Constitución de la Nación Argentina.

Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

Ordenanza Municipal N° 19-20, Partido de Mar Chiquita, Provincia de Buenos Aires, Argentina. BO: 23 de junio de 2020.

Ordenanza Municipal N° 7222/2019, Partido de Luján, Provincia de Buenos Aires, Argentina.

Provincia de Buenos Aires, Ley 11.723, Ley Provincial Ambiental. BO: 22/12/1995.

República Argentina. Ley 25.675, Ley General del Ambiente - Bien jurídicamente protegido. BO: 28/11/2002.

### Jurisprudencia

“Corrado Souto Guillermo Cristian y otros c/ Agropecuaria SA y otros s/ Acción Preventivo - Daños”. 12 de Diciembre de 2019. Juzgado Civil y Comercial N° 4, Departamento Judicial de Mar del Plata. Provincia de Buenos Aires, Argentina.

Clérico, Laura - Gaido, Paula (ed.) (2019). *La Corte Genaro Carrió*. Buenos Aires: Ad Hoc. ISBN: 978-987-745-160-3, 290 páginas.

Por Daniela López Testa\*

Fecha de recepción: 25/06/21  
Fecha de aceptación: 13/09/21

Esta obra se publica bajo licencia Creative Commons 4.0 Internacional. (Atribución-No Comercial-Compartir Igual)



## I. La Corte Genaro Carrió como la Hora Cero argentina

*La Corte Genaro Carrió* a cargo de las directoras Paula Gaido y Laura Clérico, publicado por la editorial Ad-Hoc inaugura la colección de “la Corte y sus presidencias”, también editada por las dos directoras<sup>1</sup>.

*La Corte Genaro Carrió* reúne textos de autores como Leticia Barrera; Alberto Garay; Miguel A. Benedetti; Leonardo G. Filippini; Gustavo A. Beade, Camila Petrone, María de los Ángeles Ramallo; Liliana Ronconi, Victoria Fiorotto, Martina Galli; Hernán Gulco; Margarita Maxit y Juan F. González Bertomeu.

Un dato peculiar de por lo menos esta edición es que Paula Gaido y Laura Clérico se involucraron de tal forma en la metodología que se podría llamarlas curadoras de la obra y de la colección. Así, desde el comienzo del proyecto definieron su objetivo: presentar un panorama abarcador de la producción de la Corte Genaro Carrió. Asimismo, las hipótesis que manejaron fueron dos: una relativa al modelo de justificación judicial que legó esta corte y otra referida a la modalidad de trabajo que

---

\* Abogada por la Universidad Nacional de Tucumán (medalla de oro 2009), Doctora en derecho (summa cum laude) por la Universidad de Erlangen-Núremberg, Alemania, LL.M en la Universidad de Freiburg, Alemania. Actualmente trabajo en el Poder Judicial de la Nación, en el Juzgado N° 1 de Tucumán y en la Cátedra de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Tucumán. [danylt24@hotmail.com](mailto:danylt24@hotmail.com)

<sup>1</sup> Los demás tomos que conforma la colección son: La Corte José Severo Caballero I y II; la Corte Petracchi I, la Corte Levenne h., la Corte Boggiano, la Corte Nazareno I, II y III; la Corte Petracchi II y la Corte Lorenzetti I, II y III.

se espera de un tribunal colegiado. Con respecto a la primera, ella consiste en la instauración de la cultura del argumento para una sociedad democrática. La segunda se relaciona con la cultura del diálogo y la deliberación, como forma de trabajo entre los vocales de la corte.

Para conseguir su cometido inauguraron un enfoque novedoso de investigación que se replica respecto a cada una de las otras cortes que conforman la colección. Decimos novedoso porque la obra propone abordar las “producciones” de la corte desde una mirada integral e interdisciplinaria. Es integral porque el enfoque incluye varios objetos de estudio. Entre ellos, la producción jurisprudencial, la producción de acordadas y resoluciones, la semblanza del presidente de la corte, el contexto histórico político de la época y los focos jurisprudenciales del período, todos a cargo de especialistas en cada uno de los temas. La producción comienza con un mapeo panorámico de todas las producciones de la corte en ese período, este último a cargo de las editoras de *La Corte Genaro Carrió*. La aplicación del mismo enfoque a las siguientes cortes aporta gran armonía y unidad al conjunto, dignas de un grupo de investigación articulado. El hecho de que las directoras sean investigadoras del CONICET no es casual. En ambas se deja entrever la impronta de la precisión metodológica de la academia dedicada en forma exclusiva a la investigación, la docencia y a la formación de jóvenes investigadoras/es.

Esta propuesta editorial es novedosa para nuestro país en tres sentidos. Por un lado, inaugura una nueva periodización de las producciones de la corte tomando como criterio de clasificación el período ocupado por el correspondiente presidente de la corte. De esta manera, forma parte de la propia obra desafiar las periodizaciones ensayadas por la academia argentina. Por lo general, estas periodizaciones se basaban en la relación de la corte con el poder ejecutivo, de ahí que se haya bautizado a las cortes con los apellidos de los titulares del PEN. Por el otro lado, plantea el abordaje del estudio de las producciones del máximo tribunal argentino preguntándose si la figura del presidente de la corte y su poder de agenda nos permite alcanzar nuevos conocimientos sobre la labor del tribunal. Por último, la obra no se limita al estudio de sus sentencias, sino que aborda en forma

sistemática sus resoluciones y acordadas. Se trata de producciones que no suelen ser investigadas por la academia argentina y, si bien existen trabajos sobre acordadas y resoluciones puntuales, no abundan los trabajos que las mapeen en su totalidad y las estudien en forma integral como en esta obra. Esto último, intenta mostrar además el papel de la corte como actor político.

El contexto político y social en esta obra tiene además un rol fundamental para iluminar las decisiones políticas del tribunal y como clave de interpretación de sus producciones. En este caso, la recuperación democrática y la consiguiente necesidad de reconstruir el país, desde nuevos parámetros son transversales a las sentencias y acordadas estudiadas.

El libro comienza con el capítulo inaugural de Clérico y Gaido que es develador de todo lo que se encuentra en las páginas siguientes. Ellas extraen dos hipótesis del conjunto: en primer lugar, que Genaro Carrió introdujo a la corte un nuevo modelo de justificación y, en segundo lugar, que apostó a generar una modalidad de trabajo con un fuerte componente deliberativo para un tribunal colegiado. El lector puede encontrar aquí, también una reconstrucción de las decisiones del poder ejecutivo que marcaron la agenda del tribunal: el juzgamiento a los militares en lo civil; la invalidez de las normas de facto que deben ser expresamente ratificadas o desechadas; la condena e investigación a la desaparición forzada de personas durante la dictadura; la revisión del requisito de caso en ocasión del llamado a consulta por el Canal de Beagle; otras líneas de la corte marcadas por el examen de la restricción de derechos fundamentales en general; y la aplicación de las garantías en el proceso penal y en el derecho laboral. Gaido y Clérico sintetizan la presidencia de Carrió con la idea de que bajo su liderazgo, la corte estuvo preocupada por sentar las bases de la cultura del argumento en una sociedad democrática. Esto vuelve a este período tan interesante para su estudio.

Leticia Barrera se ocupa en su capítulo del rol de la corte en el contexto histórico. En esto distingue dos aspectos, por un lado, los efectos simbólicos del discurso, los actos y las prácticas en relación al reclamo de justicia por violación de derechos humanos, en tanto esta reivindicación constituye un elemento legitimador

del nuevo régimen democrático. Por el otro, analiza la política del nuevo gobierno democrático en relación con el poder judicial.

Alberto Garay, por su parte, hace un aguafuerte de la persona y trayectoria de Genaro Carrió y su legado. Narra desde sus estudios en Estados Unidos, su estancia de investigación de postdoctorado en Oxford bajo la dirección de Hart, pasando por su actividad en defensa de los Derechos Humanos como abogado litigante e integrante de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos hasta su paso por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Miguel Benedetti se propone explorar la actividad desplegada a través de resoluciones, y acordadas de la corte. Es decir, la actividad no jurisdiccional. Entiende el autor que estas no sólo abordan cuestiones de organización interna o de mera burocracia sino que también pueden resultar medios de intervención pública y expresión política del tribunal frente a la sociedad, los poderes políticos y ante el propio poder judicial. Este autor parte de la premisa de que diversas acordadas y resoluciones aluden explícitamente a las críticas transiciones de aquel tiempo. Un aspecto importante a la luz del contexto es que analiza lo que sucedió con la morgue judicial acusada de graves irregularidades durante la dictadura.

Leonardo Filippini se adentra en cómo esta corte evaluó la validez misma de la jurisdicción militar para el juzgamiento de los crímenes de la dictadura en un momento crítico. Y cómo confirmó la constitucionalidad del esquema de la ley 23.049 que reformó al Código de Justicia Militar, con argumentos muy similares a los expuestos por las mayorías parlamentarias. En definitiva, la corte recortó la influencia de los tribunales militares en la solución de casos civiles e hizo que el juicio a las juntas fuera posible. Es decir, asignó este asunto a la jurisdicción de la justicia federal penal como lo venía exigiendo la agenda de Derechos Humanos del poder político y de la ciudadanía. La hipótesis de la que parte es que la Corte Genaro Carrió colaboró con romper con un pasado cruel pero buscando lazos con la jurisprudencia pasada del tribunal: “haciendo un esfuerzo en recuperar selectivamente trazas de legalidad en sus propios fallos anteriores”.

Gustavo Beade, Camila Petrone y María de los Ángeles Ramallo analizan la posición tradicional de la corte sobre validez de las normas de facto y cómo la Corte Genaro Carrió la cambia para sostener que “las normas de facto no son válidas hasta tanto no sean ratificadas por los órganos constitucionalmente competentes para dictarlas”. Ellos sostienen que, habitualmente, otros teóricos y comentaristas afirman que las decisiones de los casos “Aramayo”, “Dufourq”, “Bosch”, “Gary”, “Buzetti Thompson” y “Brieba” constituyen un grupo uniforme en el que la Corte Genaro Carrió construye una doctrina sobre el problema mencionado anteriormente. Pero el equipo autoral encuentra que estos casos tienen situaciones de hecho distintas. Terminan sosteniendo que la doctrina de Genaro Carrió, que culmina con la llamada doctrina de facto, es correcta pero que hay que señalar algunas reglas que han sido omitidas en la reconstrucción histórica de estas decisiones. El hallazgo del capítulo es marcar algunas reglas e inconsistencias, luego de un análisis minucioso de los casos y de sus escuetas justificaciones, que han sido omitidos en la reconstrucción histórica de estas decisiones.

El emblemático caso “Arenzón” sobre derecho a la educación y prohibición de discriminación es el tema central en torno al que gira el capítulo de las autoras Liliana Ronconi, Victoria Fiorotto y Martina Galli. Este es explicado en el contexto de la refundación democrática del país contra el autoritarismo. El paradigma autoritario había calado tan hondo durante la dictadura que incluso se puede hablar de una educación de impronta autoritaria que impregna, no sólo los requisitos para ingreso a los profesados sino también la relación docente/alumnado, el proceso de aprendizaje, las normativas reglamentarias, y las conductas “tolerables”. Este trascendental fallo sienta las bases de una concepción liberal del Estado que luego se extenderá a la Corte Caballero. No sólo deja en claro, en el caso, que las facultades discrecionales de la administración no deben ser arbitrarias. También emprende un examen de igualdad para llegar a determinar, finalmente, que la negativa de un Instituto de Educación Pública de inscripción del afectado en atención a su baja estatura no guarda razonable relación con el objetivo de estudiar el profesado de matemáticas, lo que vulnera el principio de razonabilidad.

Otro fallo de vital importancia es presentado por Hernán Gullco: “Ponzetti de Balbín” sobre derecho a la intimidad y a la imagen. El autor reconoce su impacto en el resto de la jurisprudencia. También lo resalta por realizar el primer análisis moderno sobre la tensión entre libertad de expresión y derecho a la intimidad. En él, la corte intentó elaborar una pauta más o menos operativa acerca de los límites de la libertad de expresión en colisión con otros derechos fundamentales, como el derecho a la intimidad con fundamento constitucional. Tal pauta consistiría en que se permite la divulgación de información relativa a personas públicas, en lo que se relacione con la actividad que les da prestigio, siempre que esto esté justificado por el interés general.

Margarita Maxit y Juan F. González Bertomeu analizan el fallo “Fiorentino”, una decisión clásica en materia de garantías en el proceso penal y parte del canon constitucional en lo relativo a la regla de la exclusión de la prueba obtenida ilegalmente. Los autores sostienen que, en este fallo, la corte se dirigió a los jueces de otras instancias exhortándolos a cambiar el criterio que consideró propio de otra época más autoritaria y conservadora, y que permitió excusar o encubrir las violaciones a las garantías constitucionales cometidas.

La decisión en “Fiorentino” es, a modo de ver del equipo autoral, un instrumento de justicia transicional transformadora, pues cuestiona la validez del accionar estatal desde el prisma constitucional y pugna por un cambio de paradigma más comprometido con la vigencia de los derechos humanos. También reconoce la contribución simbólica de este fallo, como quiebre con el pasado y como forma de abrazar la nueva legalidad desde un enfoque de derechos humanos. Asimismo, sirve para modificar criterios autoritarios imperantes en el poder judicial. De nuevo, abundan las referencias al contexto histórico, a la transición de la democracia y a la oposición al autoritarismo. El capítulo se luce por poner el caso “Fiorentino” en perspectiva comparada, al sostener que la corte argentina consagra una interpretación categórica de la regla de exclusión frente a su par norteamericana, que se inclina por el modelo instrumental. Así, en este punto, la corte argentina se perfila como más garantista.

Finalmente, en el anexo, Miguel Benedetti, realiza un estudio medular del proceso de designación y duración de la presidencia de la CSJN desde el inicio de su funcionamiento, mostrando los cambios del proceso. A su vez, el trabajo analiza las funciones de la Presidencia de la CSJN. Ello permite evaluar el poder de agenda que implica el cargo y en relación con esto, ahondar en las razones o sinrazones de las constantes disputas por acceder al cargo de presidente de la corte. Además, expone la reforma reciente de las competencias de la presidencia de la corte a través de la Acordada 44 de 2018.

De la estructura arriba detallada se desprende la profundidad de los análisis, no sólo a nivel histórico sino también desde el punto de vista dogmático y de la teoría de la argumentación. Asimismo, el libro en sí, viene a inaugurar una nueva tradición argentina como lo es el abordaje de la producción de la corte desde sus distintas presidencias. En este sentido es un texto *sui generis* en el país. Este enfoque es fructífero en países como Estados Unidos, como lo demuestra el estudio de la emblemática Corte Warren, a la que se caracteriza con una gran protección de los derechos civiles<sup>2</sup>. Se puede decir que este criterio ordena ideológicamente el conjunto de fallos que se dictan en un período determinado y le asignan identidad. Así se puede identificar períodos conservadores, períodos liberales, progresistas, etc. Otra novedad radica en el análisis en clave sociológica de las acordadas, lo que demuestra el rol social de la corte como actor político. Se puede conocer así su discurso en un sentido amplio, no reducido únicamente a sus sentencias.

De regreso a la Corte Genaro Carrió, la obra muestra que ella fue piedra basal para lo que vendría luego. Si bien, todas las cortes están atravesadas por lo histórico, esta tuvo un diálogo con su momento histórico como ninguna. La voluntad de refundar la nación con bases institucionales fuertes y con respecto a la legalidad y a los Derechos Humanos fue la motivación que explica la toma de decisiones en muchas sentencias.

---

<sup>2</sup> Ver un resumen de esto en: The Supreme Court Historical Society “The Warren Court, 1953-1969”. Disponible en: <https://supremecourthistory.org/history-of-the-court-history-of-the-courts/history-of-the-courts-the-warren-court-1953-1969/>. Fecha de consulta: 03/09/2021.

Por su análisis de los argumentos de la corte, por la búsqueda de la racionalidad en las decisiones en pos de poder lograr una falsación, es un texto ideal para la academia jurídica, para la ciencia política y la historia reciente. A su vez, es altamente recomendable para personas relatoras y juezas ya que permite reflexionar sobre la historicidad de la función judicial.

Con el precedente que sienta este libro, el resto de la colección suena muy prometedor.

Ronconi, Liliana - Clérico, Laura (coord.) (2021). *Tratado de géneros, derechos y justicia. Derecho Constitucional y Derechos Humanos*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni. ISBN: 978-987-30-2300-2, 984 páginas.

Por Anabel Papa\*

Fecha de recepción: 05/07/21  
Fecha de aceptación: 11/08/21

Esta obra se publica bajo licencia Creative Commons 4.0 Internacional. (Atribución-No Comercial-Compartir Igual)



## I. Introducción

El *Tratado de géneros, derechos y justicia. Derecho Constitucional y Derechos Humanos*, coordinado por Liliana Ronconi y Laura Clérico, forma parte de un tratado cuyas directoras generales son Marisa Herrera, Silvia E. Fernández y Natalia de la Torre, y del cual Carolina A. Videtta es la coordinadora general.

En su totalidad, el tratado abarca cinco grandes áreas: derecho penal y sistema judicial, derecho laboral, derecho civil, políticas públicas y multidisciplinaria, y derecho constitucional y derechos humanos. Cada una de ellas, a su vez, están subdivididas en ejes temáticos bajo la coordinación de especialistas destacadas en la materia.

En el *Tratado de género, derechos y justicia. Derecho Constitucional y Derechos Humanos* las coordinadoras proponen visitar los temas que comúnmente se abordan en los programas de las materias derecho constitucional y derechos humanos desde una perspectiva de géneros, a partir del mandato constitucional imperativo e insoslayable de los artículos 37 y 75 incisos 22 y 23 de la Constitución Nacional (en adelante, CN).

---

\* Abogada (UBA), Maestría en Derecho Administrativo y Administración Pública (UBA), Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos (UP en curso). Auxiliar docente de DIDH (UBA). Trabaja en el Poder Judicial CABA. Agradezco a Leticia Vita y Camila Fernández Meijide la invitación a realizar esta reseña bibliográfica. [anabelpapa@yahoo.com.ar](mailto:anabelpapa@yahoo.com.ar)

## II. La estructura del libro

La obra reúne treinta y cinco artículos de diferentes autoras y autores en los que se abordan seis grandes temas del programa que se utiliza para la enseñanza de las asignaturas derecho constitucional y derechos humanos. Estos temas son: 1) constitución y principios estructurantes; 2) protección multinivel, interpretación, adjudicación y principios; 3) garantías constitucionales; 4) derechos; 5) organización de los poderes; y 6) federalismo<sup>1</sup>. Cada una de esas temáticas incluye trabajos de lo más variados, como el constitucionalismo social, la autonomía personal, el examen de legalidad y de proporcionalidad, la interseccionalidad, los estereotipos, el derecho público local, los derechos de ciudadanía, los derechos económicos, sociales y culturales, el derecho a la vivienda digna, el aborto, la prohibición de trata y explotación de personas, la justicia penal juvenil, la libertad de expresión, los poderes del estado y los órganos de control; todos ellos atravesados por la perspectiva de géneros.

Las coordinadoras advierten en la introducción de la obra que varios de los trabajos que la conforman documentan las marchas legislativas, judiciales y en las relaciones entre privados; pero también los obstáculos, los desafíos y las enormes resistencias que aún persisten.

## III. Mandatos constitucionales, Poderes del estado y perspectiva de géneros

Los capítulos relativos a la organización estatal están atravesados por el deber del Estado argentino de garantizar a las mujeres el reconocimiento, goce, ejercicio y protección del derecho a tener igualdad de acceso a las funciones públicas y a participar en los asuntos públicos, incluyendo la toma de decisiones (artículo 4 inciso j de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer, conocida también como Convención de Belém do Pará).

La claridad con que está redactada la citada obligación convencional, conforme lo ponen de resalto las autoras en sus textos, no evita que en los hechos existan

---

<sup>1</sup> Señalan las coordinadoras que algunos de los temas han quedado afuera de la obra porque son trabajados en otros tomos del tratado.

barreras de acceso para las mujeres en los cargos jerárquicos y de toma de decisión. Así, partiendo de diferentes análisis, las autoras Noelia Garone, M. Jimena Sáenz, Mariana Kohan y Ornella Mazza Gigena dejan en evidencia el *techo de cristal* en el poder judicial y manifiestan la necesidad de transformar su composición a fin de garantizar la igualdad y la pluralidad de voces.

En “El poder judicial vedado: una aproximación desde la perspectiva de las mujeres” Noelia Garone analiza los obstáculos que existen en el poder judicial para las mujeres. Señala que, desde afuera del poder judicial, su pretendida neutralidad e imparcialidad ha perpetuado la subordinación y la desigualdad histórica que sufren las mujeres dentro de la estructura social patriarcal, y les ha impedido o negado el acceso a la justicia y el uso de los tribunales como espacios de conquista de derechos. Refiere que dichas trabas o dificultades son experimentadas por las mujeres también hacia adentro de la institución, cuando se les niega a sus integrantes mujeres acceder a roles jerárquicos de decisión. Ambos tipos de exclusiones que detecta la autora confluyen en detrimento de sus derechos y se retroalimenta, pues “(l) *a escasa integración de mujeres en los roles jerárquicos del Poder Judicial (...) repercute ostensiblemente en la ausencia de perspectiva de género y la utilización de estereotipos en las decisiones judiciales*” (p. 747).

El impacto favorable que postula Garone en la incorporación de más mujeres en los cargos jerárquicos del Poder Judicial queda evidenciado en “Perspectiva de géneros y Corte Suprema: avances y deudas pendientes en la ‘cultura institucional interna’” donde M. Jimena Saénz analiza al máximo tribunal nacional a partir del estudio de su normativa interna (su reglamento interno, las acordadas y las resoluciones de superintendencia). Allí la autora destaca los avances que hubo en materia de protección de los derechos de las mujeres desde que Argibay y Highton integraron la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN), entre los años 2004 y 2006<sup>2</sup>, en el marco de un contexto de progreso en el reconocimiento normativo y la visibilización de los movimientos feministas y LGBTTTBI. Dentro de

<sup>2</sup> La autora menciona que, desde su instauración en 1863, sólo integraron la CSJN tres mujeres. Además de ARGIBAY y HIGHTON, pasó por ella Margarita ARGÚAS, designada en 1970 y que permaneció en el cargo hasta 1973.

esos avances de mayor impacto incluye la creación de la Oficina de Violencia de Doméstica (OVD) y la Oficina de la Mujer (OM). Aun cuando la instauración de ambas oficinas representó un impulso para las políticas judiciales de género en el poder judicial nacional, los provinciales y el de la CABA, Sáenz evidencia ciertas deficiencias institucionales. Además de coincidir con otras autoras sobre el escaso grado de inclusión y paridad de género, en especial entre los cargos de mayor jerarquía y escala salarial, refiere como un gran defecto que ni la OVD ni la OM intervienen o participan de forma alguna en los casos de la CSJN que involucran cuestiones de género o en los que sería o hubiese sido relevante que se introduzca la perspectiva de género<sup>3</sup>.

A partir del estudio del Consejo de la Magistratura de la Nación, en “Diversidad y perspectiva de género en el Consejo de la Magistratura de la Nación”, Mariana KOHAN destaca la escasa presencia de mujeres también en los cargos de consejeras. En particular, explica que, desde su primera integración, solo el 16.84% del total de los cargos de consejeros/as han sido ocupados por ellas. Refiere que esta misma circunstancia, como se advierte en otros capítulos, se replica hacia el interior del poder judicial, donde el *techo de cristal* les impide a ellas llegar a la nómina de magistrados/as. Estrechamente vinculado con esto, en “Las facultades del poder ejecutivo desde una perspectiva de género” Ornela Mazza Gigena elige como caso de estudio la competencia del/de la presidente/a para designar magistrados/as federales en base a las ternas propuestas por el Consejo de la Magistratura de la

---

<sup>3</sup> Uno de los casos en los que sin dudas la incorporación de la perspectiva de género hubiese sido de gran importancia y representado un gran avance en el reconocimiento de los derechos de las mujeres, fue la sentencia de la CSJN “Q. C.” de 2012 sobre exigibilidad del derecho a la vivienda. Esta decisión es analizada Ana María BESTARD en “Emergencia habitacional, derecho a la vivienda digna y género. Análisis del fallo ‘Quisberth Castro’ desde un enfoque de género”, donde señala que el eje central del argumento del voto mayoritario descansó en los derechos del niño con una discapacidad extrema, la falta de recursos económicos y la imposibilidad de su madre de trabajar quien debía cuidar de su hijo continuamente. Sin embargo, la autora refiere que la importancia de esta sentencia quedó opacada por dos deficiencias, a saber: la calificación de derecho de *operatividad derivada* que la CSJN le otorgó al derecho a la vivienda adecuada; y la invisibilización de la madre y sus derechos como mujer. Esto última deficiencia, que está presente en los diferentes votos de las/os magistradas/os de la CSJN, significó hacer caso omiso de la situación de desigualdad estructural en que se encuentran las mujeres en punto al acceso a la vivienda y el goce de otros derechos fundamentales, y sobre los que han hecho eco diferentes instrumentos internacionales que analiza la autora en su artículo.

Nación. En tanto coincide con las demás autoras sobre la clara desigualdad de género a medida que se asciende en la escala jerárquica dentro del poder judicial, propone herramientas de interpretación de las competencias constitucionales que otorga la Constitución Nacional al/la presidente/a al designar magistrados/as en base a la terna del Consejo de la Magistratura, a fin de garantizar verdaderamente a las mujeres el acceso a cargos de toma de decisión según las obligaciones constitucionales y convencionales. A su vez, si esta competencia del Poder Ejecutivo –en parte regalada, en parte discrecional– es sometida al control judicial, propugna que éste debe ejercerse de forma amplia o plena, con la posibilidad incluso de sustituirla en caso de que las mujeres hayan sido excluidas de la selección. Así pues, hasta tanto se implemente la obligatoriedad de que las ternas estén integradas por mujeres, la autora señala la necesidad del escrutinio estricto por parte del Poder Judicial en los procesos de impugnación sobre ternas sin mujeres que lleguen a su conocimiento.

Por su parte, las autoras Natalia Aprile y Margarita Nicoliche denuncian también deficiencias en el grado de inclusividad y paridad de género en los órganos de control de raigambre constitucional.

En “La perspectiva de género en la Defensoría del Pueblo” Natalia Aprile refiere que este órgano independiente encargado de la protección y promoción de los derechos humanos y de controlar el ejercicio de las funciones administrativas, tiene una gran responsabilidad en la incorporación de la perspectiva de género y en la defensa de los derechos de las mujeres desde tres niveles de intervención. Éstos son: a) la labor de la Defensoría del Pueblo en la capacitación y concientización de sus integrantes en temas de género, lo que permite garantizar un correcto abordaje de los asuntos que lleguen a su conocimiento; b) el contacto directo con las mujeres a través de sus denuncias, permite a la defensoría del pueblo conocer necesidades sociales en la materia y, en virtud de sus competencias, proponer acciones necesarias para garantizar la protección y el efectivo goce de los derechos de las mujeres, actuando a modo de canal de transmisión de demandas de la ciudadanía; c) a partir de la intervención y acción de la defensoría del pueblo en las redes de trabajo

nacional, regional e internacional a fin de transferir recursos e información y generar estrategias de acción eficaces en casos que involucran a las mujeres. Por su parte, Margarita Nicoliche, en “Auditoría General de la Nación y generizando el control”, demuestra a través de datos oficiales que desde 2009 hasta 2019 las posiciones de toma de decisión del órgano de control externo de la actividad de la administración pública han estado mayoritariamente en manos de hombres. Resalta que esta deficiencia en la integración de la Auditoría General de la Nación incumple con las obligaciones constitucionales y compromisos internacionales ya mencionados, e inciden de forma directa en la legitimidad de sus informes al carecer de pluralidad de voces y de perspectiva de géneros.

La incorporación de la perspectiva de género como herramienta para garantizar la pluralidad de voces está presente en muchos otros de los artículos de la obra. Por ejemplo, en “Perspectivas que estructuran el poder legislativo con inclusión de perspectiva de género” Marcela Basterra hace un recorrido por las principales leyes sancionadas por el Congreso de la Nación tendientes a revertir la histórica situación de vulnerabilidad que ha afectado a las mujeres, y que han contribuido a la lucha por la erradicación de la injustificada desigualdad y los estereotipos de género fundados en la supuesta inferioridad de lo femenino respecto a lo masculino. En su análisis encontramos la ley 26485 de protección integral de la mujer; la ley 26791 que modificó el Código Penal e incorporó un tipo penal especial para la sanción de los homicidios de mujeres perpetrado por hombres mediando violencia de género; las leyes 24012 y 27412 conocidas respectivamente como ley de cupos o cuotas y ley de paridad de género en ámbitos de representación política; y la ley 27499 o ley Micaela, que prevé la capacitación obligatoria en temas de género y violencia contra las mujeres para todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquía en el Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Nación.

El estudio de casos está presente en diferentes artículos que integran la obra. A modo de ejemplo, Julieta Rossi en “La Corte Suprema Argentina y la aplicación de estándares internacionales en materia de igualdad y no discriminación. Su

proyección hacia la igualdad de género en la garantía de derechos sociales”, analiza cómo se ha ido moldeando la jurisprudencia de la CSJN y los dictámenes del Ministerio Público Fiscal en materia de igualdad y no discriminación. En particular, advierte un alto grado de uso de la normativa internacional en la materia, así como de las decisiones de los órganos internacionales creados para su interpretación y aplicación, principalmente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A lo largo de los últimos quince años, la CSJN ha mostrado una lenta evolución en los desarrollos del principio de igualdad y no discriminación, incluso en el marco de relaciones entre particulares, lo que incluyó la adopción de la doctrina de las categorías sospechosas y el test de escrutinio estricto, reafirmada en el caso “Castillo” de 2017 sobre educación religiosa en las escuelas públicas de la provincia de Salta. Si bien destaca que aún se desconoce el estándar que aplicará la Corte Suprema en casos de discriminación por género, manifiesta que dicho tribunal avanza hacia un modelo de igualdad estructural o como no sometimiento, que considera al individuo como integrante de un grupo y toma en consideración el contexto en el que se aplican normas, políticas públicas o prácticas y el modo en que éstas impactan en los grupos desaventajados.

El caso “Castillo” de la CSJN también es estudiado por Magdalena Inés Álvarez en “¿Es posible la igualdad? Artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional en el centro de la escena y otros principios estructurante desde la perspectiva de género”. Destaca que en la mencionada sentencia que la Corte Suprema recurrió a la concepción de igualdad como no sometimiento del artículo 75 inciso 23 de la CN, y analizó la discriminación en consideración del contexto social en el que se implementaba la normativa que disponía la educación religiosa obligatoria. Esta doctrina de la discriminación indirecta o de impacto –utilizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para develar el impacto desigual que cierta medida aparentemente neutral generaba sobre las mujeres– implica un avance en la concepción de igualdad en la jurisprudencia de la CSJN que puede resultar de importancia para el tema de género. Así pues, señala que mientras una concepción robusta de igualdad como no sometimiento del artículo 75 inciso 23 de la CN –a

diferencia de la visión estrecha e individualista de igualdad usada en varios precedentes por la CSJN—permite detectar y combatir las situaciones de hecho que son producto de la estructura de poder asimétrica entre el hombre y la mujer, la concepción de discriminación por impacto, expresamente receptada en el artículo 1 de la CEDAW, es necesaria para develar el impacto negativo y discriminatorio de normas, criterios, conductas o prácticas sociales aparentemente neutrales en las mujeres<sup>4</sup>.

El capítulo de Camila Fernández Meijide, “Apuntes para introducir la interseccionalidad al derecho constitucional” presenta ciertos puntos de contacto con el texto de Álvarez. Así, postula que los casos de desigualdad que involucran prácticas discriminatorias que responden a patrones sociales no pueden ser abordados de manera individual. Un correcto abordaje de éstos requiere tener presente el contexto sociohistórico, las experiencias de vida, de opresión y los privilegios y demás aspectos que no pueden ser captados por las leyes, sentencias o políticas públicas que se enfocan únicamente en un aspecto o característica social por separado (ej. género, edad, raza, etc.). Propone entonces interpretar el mandato del artículo 75 inciso 23 de la CN de revertir y solucionar situaciones de desigualdad estructural, en términos de interseccionalidad. De esta forma, considerar la interseccionalidad como una herramienta o metodología adecuada para responder dicho mandato constitucional, permite a su intérprete —al redactar leyes, decidir casos administrativos o judiciales, planificar y evaluar políticas públicas y/o realizar investigación jurídica— vincular los distintos ejes de discriminación con el contexto

---

<sup>4</sup> Resulta de especial interés el estudio comparativo de la cláusula constitucional del artículo 75 inciso 23 de la CN con los textos constitucionales anteriores, en particular, con la Constitución de 1949 que se inscribió dentro del constitucionalismo social. Leticia VITA, en “Constitucionalismo social y perspectiva de géneros: la constitución económica de las mujeres”, aborda la perspectiva de género en el constitucionalismo social que se inició en las primeras décadas del siglo XX en Europa, pero que también se expandió ampliamente por América Latina y Asia. Allí señala que, si bien la constitucionalización de la cuestión social significó un avance sustancial en materia de reconocimiento de derechos y superación de la igualdad meramente formal, este constitucionalismo no cuestionó el rol de desigualdad y sometimiento que ocupaba la mujer en la sociedad. En efecto, la mujer no ingresó al texto constitucional 1949 como ciudadana o trabajadora con autonomía económica, sino como objeto de regulación, en su carácter de elemento dentro de la familia, relegada al rol de esposa y madre a cargo de las tareas de cuidado y reproducción que desarrolla en la esfera privada y sin retribución alguna, y sujeta al salario del hombre proveedor.

social, económico, histórico, político y legal, a la vez que se evita caer en la idea de que las mujeres forman parte de un grupo homogéneo de experiencias de opresión universales, dando lugar así a distintas experiencias de opresión y de privilegio.

#### IV. Consideraciones finales

El *Tratado de géneros, derechos y justicia. Derecho Constitucional y Derechos Humanos* ofrece una relectura de temas clásicos de derecho constitucional y derechos humanos desde una perspectiva de géneros. A lo largo de la obra pueden conocerse, desde los más variados enfoques, los avances, dificultades e impedimentos en el reconocimiento de los derechos de las mujeres, e invita a las/os lectoras/es a la reflexión.

Si bien en la presente reseña no se abordan la totalidad de los artículos que integran la obra, cabe destacar que en todos ellos se vislumbra con claridad que la inclusión de la perspectiva de géneros resulta insoslayable. No sólo porque se trata de un mandato constitucional que –conforme califican las coordinadoras en la introducción– es de cumplimiento necesario y urgente, sino porque únicamente de esta forma se puede asegurar la pluralidad de voces, la representación de los miembros de la sociedad y la correcta defensa de sus derechos e intereses. En definitiva, garantizar las bases propias de una sociedad democrática.